

Légiférer l'intersexualité en Belgique : un défi pour notre société

Mémoire réalisé par
Marie-Laure Tounkara

Promoteur
Geneviève Schamps

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment : <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

J'adresse mes remerciements à ma promotrice, Madame Geneviève Schamps, pour sa bienveillance et ses conseils.

Je remercie également le docteur Anne-Françoise Spinoit et Kris Günther qui m'ont sensibilisée à la thématique de l'intersexualité et ont pris le temps de répondre à l'ensemble de mes questions.

Merci à Geoffrey et à ma sœur Anne-Sophie avec qui j'ai beaucoup discuté dans mes moments de doute.

Je remercie également ma maman pour son aide, ses relectures ainsi que pour ses précieux conseils quant aux réflexions qui ont accompagné ce mémoire. Je la remercie également de m'avoir donné le goût du risque et de l'innovation et de m'avoir appris à défendre mes idées.

Je n'oublie pas ma correctrice, Anne-Françoise Wauthy, qui est un « vrai radar » à faute d'orthographe.

Je remercie enfin mon kot-à-projet, sans lequel je ne me serais jamais intéressée à la question du genre.

INTRODUCTION

Qui n'a jamais entendu parler du mythe d'Hermaphrodite, fils d'Hermès et d'Aphrodite ? « *Alors qu'Hermaphrodite se baignait dans une source d'Halicarnasse, une naïade, Salmacis, tomba amoureuse du bel Hermaphrodite et tenta de l'approcher... C'est alors qu'« Hermaphrodite se débat, et résiste, et refuse. La Nymphé s'attache à lui, redouble ses efforts, le presse, et s'écrie : "Tu te défends en vain, ingrat ! Tu n'échapperas pas. Dieux, daignez l'ordonner ainsi ! Que rien ne me sépare de lui, que rien ne le détache de moi !"*

Les dieux ont exaucé sa prière. Au même instant, sous une seule tête, les deux corps se sont unis. Tels deux jeunes rameaux, liés l'un à l'autre, croissent sous la même écorce, et ne font qu'une tige. Hermaphrodite et la Nymphé ne sont plus ni l'un ni l'autre, et sont les deux ensembles. Ils paraissent avoir les deux sexes et ils n'en ont aucun.

Hermaphrodite s'étonne d'avoir perdu dans cette onde limpide son sexe et sa vigueur; il lève les mains au ciel, et s'écrie : "Divinités dont je porte le nom, vous, auteurs de mes jours, accordez-moi la grâce que j'implore ! Que tous ceux qui viendront après moi se baigner dans ces eaux y perdent la moitié de leur sexe !" Mercure et Vénus, touchés de sa prière, daignèrent l'exaucer; et sur ces eaux répandant une essence inconnue, leur donnèrent la vertu de rendre les sexes indécis »¹. C'est donc ainsi que l'on représente Hermaphrodite, doté d'un pénis et de seins.

L'hermaphrodisme ? Une légende ? Un rêve ? Une utopie diront certains. D'autres parleront peut-être d'un calvaire... L'objet de ce mémoire traitera de l'intersexualité : des enfants naissent avec une ambiguïté sexuelle, si bien que l'on ne peut pas définir, avec la plus grande assurance, le sexe de l'enfant. Le nombre d'enfants naissant avec de telles ambiguïtés n'est pas certain en raison du fait que très peu d'études ont été réalisées sur ce sujet mais aussi parce qu'il existe des différences de définitions selon les pays et des différences au niveau des cas enregistrés. Les journaux disent qu'en Europe, un nouveau-né sur 5000 naîtrait intersexué². Des rapports plus poussés parlent d'un nouveau-né sur 4500 naissances³. Des

¹ OVIDE, *Les Métamorphoses*, Histoire de Salmacis et d'Hermaphrodite, Livre IV, vers. 288 à 380.

² X, « L'Allemagne, premier pays européen à reconnaître un troisième genre », 19 août 2013, disponible sur www.lemonde.fr.

³ I.A. HUGHES, C. HOUK, S.F. AHMED, P.A. LEE, LAWSON WILKINS PEDIATRIC ENDOCRINE SOCIETY (LWPES)/ EUROPEAN SOCIETY FOR PAEDIATRIC ENDOCRINOLOGY (ESPE) CONSENSUS GROUP, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Journal of Pediatric Urology*, 2006, disponible sur www.sciencedirecte.com et www.ncbi.nlm.nih.gov/.

rapports belges parlent de plusieurs dizaines d'enfants naissants intersexués en Belgique tous les ans⁴. Le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand, parle de quinze à vingt nouveau-nés par an passant par son hôpital⁵. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une réalité non négligeable dont il faut parler ; nous en verrons les raisons au fil des différents chapitres composant ce mémoire. En effet, ces situations médicales sont très peu connues du grand public. Beaucoup d'entre nous ne savent même pas que cela peut exister.

Souvenons nous pourtant de John Money, psychologue ayant observé le premier un nombre important d'enfants intersexués. Il avait pu faire le constat que ces enfants avaient adopté le sexe qui leur avait été assigné à la naissance, pourvu que les parents les aient élevés avec conviction dans ce sexe. Il a alors développé la notion de « rôle de genre » qui n'est pas établi à la naissance mais est construit cumulativement à travers les expériences rencontrées, l'apprentissage, l'instruction explicite et l'inculcation⁶. Ce qui fit connaître John Money est en réalité l'histoire tragique de David Reimer. Au cours d'une intervention chirurgicale, lorsqu'il avait 8 mois, le pénis de David est accidentellement amputé. John Money convainc alors les parents de David de l'élever comme une fille. David deviendra Brenda à 18 mois ; un vagin est alors réalisé et plusieurs opérations chirurgicales sont pratiquées. Ses parents lui dévoilent la vérité à l'adolescence, il reprend alors son identité d'homme. Il se suicide en 2004 à l'âge de 38 ans. Les théories de John Money sont depuis lors rejetées officiellement⁷. Nous verrons qu'une telle vision du genre – c'est-à-dire une vision telle qu'un enfant ne fait que s'adapter au genre dans lequel ses parents l'éduquent – est toujours ancrée dans notre société concernant les enfants intersexes. Cette vision est encore plus marquée au sein du monde médical.

La situation des intersexes au niveau juridique est d'autant plus intéressante à étudier que, seule, l'une ou l'autre de nos dispositions légales concerne les intersexes. Nous allons commencer par analyser la pratique actuelle, médicale et juridique, face à de telles situations. Nous continuerons par pointer les critiques émises à l'encontre de notre manière d'appréhender la situation des intersexes. Nous ferons alors une analyse de droit comparé afin de voir comment les autres pays répondent à ces critiques. Nous développerons alors notre

⁴ Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Valérie Déom – Annexe, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°1242/005, p. 6.

⁵ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁶ C. CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée – Gender identity issue », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, Volume 56, Issue 6, September 2008, p. 329.

⁷ RTS, « Témoignage d'un intersexe », 18 janvier 2013, disponible sur [www. swissinfo.ch](http://www.swissinfo.ch).

point de vue quant à ces situations et nous tenterons de proposer des solutions juridiques acceptables pour la Belgique afin de pallier les différentes lacunes que nous observerons au sein de la législation belge tout au long de ce mémoire.

PARTIE 1. L'INTERSEXUALITÉ EN BELGIQUE

CHAPITRE 1. QU'EST-CE QUE L'INTERSEXUALITÉ ?

Section 1. Définitions et clés de compréhension

A. Notions utiles

Pour comprendre ce qu'est l'intersexualité – les médecins parlent de troubles du développement sexuel –, il semble opportun d'apporter quelques clés de compréhension à ce mémoire. En effet, il est important de bien distinguer les notions de « sexe » et de « genre ».

Aucune définition du mot *sexe* n'est proposée par notre droit interne ni par les Conventions internationales. Il est par ailleurs complexe de le définir car ce mot est polysémique ; il peut à la fois désigner un organe, une catégorie d'individus ou de comportements et une fonction. Il peut également être défini au sens large : il peut être biologique, juridique, culturel ou psychologique⁸. Au sens strict, l'on peut dire que le sexe « est ce qui relève du biologique et qui se fonde essentiellement sur les deux critères de la morphologie et de la génétique »⁹. On peut donc faire la distinction entre le « sexe anatomique » et le « sexe chromosomique ».

Le *sexe anatomique* « est déterminé par les signes sexuels extérieurs »¹⁰, c'est-à-dire les organes génitaux tandis que le *sexe chromosomique* « est défini par la présence des chromosomes XX (femme) ou XY (homme) »¹¹. Mais cela va bien plus loin. En effet, nous pouvons encore distinguer au sein du critère morphologique, le *sexe gonadique* (présence de testicules ou d'ovaires), du *sexe hormonal* (prédominance d'hormones masculinisantes – androgènes ou prédominance d'hormones féminisantes – oestrogènes), du *sexe gonophorique externe* (organes génitaux externes), du *sexe gonophorique interne* (organes génitaux internes)¹².

Le *genre*, quant à lui, relève du social et vise : « les rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités, les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les

⁸ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, Vol. 73, 2013, n°1, pp. 135 et 136.

⁹ *Ibid.*, p. 136.

¹⁰ G. HIERNAUX, « Approche de la transsexualité en droit belge », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 40.

¹¹ *Ibidem*.

¹² S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 1/2009, p. 61.

hommes et les femmes »¹³. Par exemple, les hommes, selon nos constructions sociales, font du bricolage, alors que les femmes aiment prendre soin d'elles. On élève un enfant en fonction du sexe qui lui est attribué à la naissance et qui détermine son genre. Caricaturalement, nous préférons habiller en rose une petite fille et en bleu un petit garçon, nous achetons des poupées aux petites filles et des voitures aux petits garçons. Nous parlerons donc de *genre* quand il s'agira d'évoquer un comportement social et de *sexe* quand il s'agira de parler de réalité biologique.

Quelques notions doivent encore être distinguées du thème principal de ce mémoire qu'est l'intersexualité. La première est celle de *la transsexualité* qui est « une contradiction vécue entre les caractères physiques et biologiques non ambigus du sexe et les composantes psychosociales qui font que l'individu ressent une appartenance au sexe opposé »¹⁴. Une personne transsexuelle a donc « la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance »¹⁵. Le transsexuel ne peut vivre dans l'apparence d'un sexe qui ne lui correspond pas, il fera dès lors appel à une intervention médicale assortie d'un traitement hormonal afin de mettre en conformité son apparence avec son identité psychologique¹⁶.

Une autre notion, proche de celle de la transsexualité mais qui s'en différencie néanmoins en certains points est celle de *transgenderisme* ou de *personnes transgenres*. Il s'agit d'une « personne qui ne s'identifie pas complètement au rôle social culturellement assigné à son sexe, sans se croire pour autant atteinte d'un “trouble d'identité de genre” ou d'un syndrome, et qui se libère de toute croyance en des rôles sexués naturels et intangibles »¹⁷. Cette personne adopte le mode de vie de l'autre genre et commence certainement à se travestir sans recourir à une intervention médicale. Elle peut néanmoins évoluer vers le transsexualisme.

Le *travestisme*, quant à lui, se manifeste par « l'emprunt de comportements et codes vestimentaires propres à l'autre [genre], notamment pour en retirer une satisfaction érotique »¹⁸.

¹³ O. TODTS, *op. cit.* (voy. note 8), p. 136.

¹⁴ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Athémis, 2013, p. 175.

¹⁵ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2, al. 1.

¹⁶ G. HIERNAUX, *op. cit.* (voy. note 10), p. 39.

¹⁷ O. TODTS, *op. cit.* (voy. note 8), p. 139.

¹⁸ G. HIERNAUX, *op. cit.* (voy. note 10), p. 40.

Enfin, *l'homosexualité* est l'attraction que l'on a pour les personnes de même sexe. Si deux hommes homosexuels sont attirés l'un par l'autre, ils s'identifient néanmoins comme étant des hommes.

B. Définitions : les troubles du développement sexuel ou l'intersexualité

Une personne souffrant de « *disorder of sex development* » (DSD), en français : trouble/désordre du développement sexuel est une personne en état d'intersexualité. « Les différences ou désordres du développement sexuel (DSD) correspondent à une contradiction biologique entre le sexe chromosomique, gonadique et phénotypique¹⁹ touchant souvent la morphologie des organes génito-urinaires. Les DSD sont le plus souvent liées à des anomalies génétiques touchant la composition chromosomique ou un gène unique »²⁰.

Certains médecins parleront de troubles du développement sexuel mais d'autres considéreront que « variations du développement sexuel » est plus adapté. En effet, « les cas de DSD ne correspondent pas tous à un « trouble » pouvant être qualifié de maladie, c'est-à-dire à une déficience fonctionnelle provoquant une souffrance »²¹. Qui parle de maladie parle alors de problème à soigner. La notion de « trouble » peut dès lors être stigmatisante pour ces personnes.

Il faut donc comprendre que ces situations médicales sont le résultat soit d'un désordre hormonal soit d'un désordre génétique ou chromosomique²².

L'intersexualité est donc l'état que subissent des personnes présentant une DSD ; il se définit comme étant : « l'état d'un individu chez lequel coexistent des caractères sexuels mâles et femelles (dans l'espèce humaine, il s'agit de l'hermaphrodisme et du pseudo-hermaphrodisme) »²³. Il s'agit donc d'une réalité biologique. « Les états d'intersexualité

¹⁹ Ensemble des caractéristiques corporelles d'un organisme. Le phénotype est l'expression morphologique de certains éléments du génotype, ensemble des caractéristiques inscrites dans le patrimoine génétique. ; Définition du Larousse médical, édition 2006, p. 760, disponible sur <http://www.larousse.fr/archives/medical>.

²⁰ O. HIORT, « Long-term management of patients with disorders of sex development (DSD) », *Annales d'Endocrinologie*, Volume 75, Issue 2, May 2014, p. 64, disponible sur www.sciencedirect.com

²¹ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012 sur l'Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel - *Questions éthiques sur l'« intersexualité »* de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine - NEK-CNE, p. 8.

²² Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

²³ Définition du dictionnaire Larousse disponible sur www.larousse.fr/dictionnaires/francais.

présentent une anomalie morphologique d'origine chromosomique, hormonale ou autre »²⁴. À l'époque, on parlait plutôt d'hermaphrodisme. Aujourd'hui le mot intersexe a pris le pas sur la notion d'hermaphrodisme. De manière simplifiée, on distinguait généralement l'hermaphrodisme vrai avec les pseudos-hermaphrodisme masculin ou féminin.

L'hermaphrodisme vrai vise les individus qui possèdent à la fois un tissu testiculaire et un tissu ovarien. « La formule chromosomique est variable. Elle peut être de 46 XX, ou tout type de mosaïque 46 XX, XY »²⁵. Dans un tel cas, la fertilité est possible.

Le pseudo-hermaphrodisme masculin vise l'homme qui présente des gonades²⁶ et un caryotype²⁷ masculin (46 XY) mais dont les organes génitaux externes sont ambigus.

Alors que le pseudo-hermaphrodisme féminin vise la femme qui présente des ovaires et un caryotype (46, XX) et des organes génitaux externes ambigus sans qu'il y ait des testicules palpables²⁸.

Néanmoins, les situations médicales sont bien plus complexes (voir section 2 du Chapitre 1).

Alors que les médecins préféreront parler de personnes souffrant d'une DSD, les personnes vivant cette situation médicale préféreront la dénomination « intersexe », ou encore « inter ». En effet, Kris Günther, intersexe militant à l'ASBL « Genre pluriel » et faisant partie de l'OII Europe Francophone (Organisation Internationale des Intersexués Europe), considère qu'intersexe est plus adapté que le mot trouble du développement sexuel. Selon lui, si l'on parle de trouble ou de désordre, cela veut dire qu'il faut remettre de l'ordre, ce qu'il n'accepte pas. La doctrine, quant à elle, parle tantôt de DSD, tantôt d'intersexualité. Puisque les personnes intersexuées préfèrent que l'on emploie ce mot, nous parlerons dans ce mémoire de personnes intersexuées, par respect des revendications de ces associations militantes.

²⁴ G. HIERNAUX, *op. cit.* (voy. note 10), p. 40.

²⁵ V MIRLESSE, C. NIHOUL-FEKETE, J. MAC ALEESE, « Pathologie génitale fœtale », *EMC - Pédiatrie*, Volume 1, Issue 2, May 2004, p. 208, disponible sur www.sciencedirect.com.

²⁶ Glande sexuelle, mâle ou femelle (testicule ou ovaire), qui produit les cellules germinales (cellules dont la division et la maturation conduisent à la formation des cellules sexuelles, ou gamètes). Les gonades n'acquièrent leurs caractéristiques mâles ou femelles qu'à la 7e semaine du développement ; définition du Larousse médical, édition 2006, p. 417.

²⁷ Représentation photographique des chromosomes d'une cellule dans leur état de condensation maximum, réunis par paires d'exemplaires identiques et classés par dimension ; définition du Petit Larousse illustré 2001.

²⁸ G. HIERNAUX, *op. cit.* (voy. note 10), p. 40.

Section 2. Situations médicales

Nous allons tenter d'expliquer certaines situations médicales qui permettent de déterminer que l'on est face à une personne intersexe. Néanmoins, au vu de la diversité des situations médicales, nous ne développerons que les plus fréquentes et les plus facilement repérables.

Les situations médicales que peuvent présenter les intersexes les plus facilement repérables sont celles qui se présentent chez l'enfant par des organes sexuels externes ambigus. Cela est beaucoup plus compliqué lorsque l'intersexualité ne se remarque pas immédiatement et qu'un examen échographique la révèle, d'autant plus que cette situation ne se découvrira souvent que bien plus tard.

A. Les malformations génitales découvertes à la naissance

Plusieurs situations médicales permettent de voir, dès la naissance, que l'on est face à un enfant intersexe. Nous allons en citer quelques unes d'entre elles.

- *La cryptorchidie bilatérale avec testicules non palpés*²⁹ : « La cryptorchidie est une pathologie congénitale qui fait l'objet de nombreuses controverses. Elle désigne tout testicule qui se trouve spontanément et en permanence en dehors du scrotum et dont l'abaissement manuel est suivi d'un retour immédiat à la position initiale dès que cesse la traction. Elle constitue la malformation congénitale de l'appareil génital masculin, la plus fréquente »³⁰. Elle peut être unilatérale ou bilatérale. Elle est souvent unilatérale³¹. La cryptorchidie bilatérale est donc un cas plus rare.
- *Un hypospade postérieur chez un enfant ayant l'aspect d'un garçon*³² : « L'hypospade peut se définir comme une insuffisance de virilisation du bourgeon génital de l'enfant mâle »³³. Cette anomalie présente des malformations telles qu'un gland ouvert à sa

²⁹ C. BOUVATTIER, C.-L. GAY, P. CHATELAIN, « Prise en charge néonatale des désordres de la différenciation sexuelle », *Archives de Pédiatrie*, Volume 21, Issue 5, Supplement 1, May 2014, p. 39, disponible sur www.sciencedirect.com.

³⁰ O. NDOUR, M. FALL, AL FAYE FALL, C. DIOUF, N.A. NDOYE, G. NGOM, M. NDOYE, « Aspects épidémiologiques, cliniques et thérapeutiques de la cryptorchidie chez l'enfant: analyse de 123 observations », *African Journal of Urology*, 29 March 2015, p. 2, disponible sur www.sciencedirect.com.

³¹ *Ibid*, p. 4.

³² C. BOUVATTIER, C.-L. GAY, P. CHATELAIN, *op. cit.* (voy. note 29), p. 39.

³³ D. DEMÈDE, E. DE MATTOS E SILVA, D. GORDUZA, P. MOURIQUAND, « Actualités sur l'hypospade », *Archives de Pédiatrie*, Volume 15, Issue 8, August 2008, p. 1366, disponible sur www.sciencedirect.com

face ventrale ou un urètre non entouré de corps spongieux, recouvert d'une peau très adhérente³⁴.

- *Un orifice vaginal non visible ou fusion postérieure des bourrelets génitaux (grandes lèvres) chez un nouveau-né ayant l'aspect d'une fille*³⁵ ;
- *Une hypertrophie isolée du clitoris*³⁶ ;
- *Des organes génitaux externes féminins avec présence d'une masse uni- ou bilatérale dans les grandes lèvres ou les canaux inguinaux, pouvant faire suspecter la présence de testicules*³⁷ ;

La conférence de consensus de Chicago, en 2005³⁸ a, quant à elle, classé arbitrairement les formes d'intersexualité en fonction de leurs profils chromosomiques :

- *Les 46 XX essentiellement représentés par les hyperplasies surrénales congénitales* pour lesquelles le tubercule génital est trop développé, le vagin n'est pas ouvert au périnée mais au niveau du mur postérieur de l'urètre et les bourrelets génitaux sont plus ou moins fusionnés³⁹. Grossièrement, il s'agit d'une fille avec un petit pénis.
- *Les 46 XY qui comprennent certaines anomalies de la biosynthèse des stéroïdes*⁴⁰ sexuels, les dysfonctions gonadiques ou centrales et les dysfonctions des tissus cibles et de leurs récepteurs hormonaux⁴¹ ;
- *Les mosaïques chromosomiques essentiellement représentées par les patients 45 X/46 XY (dysgénésie gonadique*⁴² *mixte) : ils présentent généralement une asymétrie des organes génitaux externes*⁴³ ;

³⁴ D. DEMÈDE, E. DE MATTOS E SILVA, D. GORDUZA, P. MOURIQUAND, *op. cit.* (voy. note 33), p. 1366.

³⁵ C. BOUVATTIER, C.-L. GAY, P. CHATELAIN, *op. cit.* (voy. note 29), p. 39.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem*

³⁸ I.A. HUGHES, C. HOUK, S.F. AHMED, P.A. LEE, LAWSON WILKINS PEDIATRIC ENDOCRINE SOCIETY (LWPES)/ EUROPEAN SOCIETY FOR PAEDIATRIC ENDOCRINOLOGY (ESPE) CONSENSUS GROUP, *op. cit.* (voy. note 3).

³⁹ P. MOURIQUAND ET LE CENTRE NATIONAL MALADIE RARE SUR LES ANOMALIES CONGÉNITALES DU DÉVELOPPEMENT GÉNITO-SEXUEL (CNMR DSD), « Mise au point sur la prise en charge chirurgicale des anomalies congénitales du développement génito-sexuel (Disorders of Sex Development: DSD) », *Archives de Pédiatrie*, Volume 21, Issue 5, Supplement 1, May 2014, p. 41, disponible sur www.sciencedirect.com.

⁴⁰ Hormone dérivée des stérols et sécrétée notamment par les glandes endocrine (ex. glandes génitales) ; définition du Petit Larousse illustré 2001.

⁴¹ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 41.

⁴² La dysgénésie est une malformation d'un organe ou d'un tissu survenant pendant le développement embryonnaire. La dysgénésie gonadique est une malformation des glandes génitales, elle est une cause de

- *Les cas d'hermaphrodisme vrai* où cohabitent des structures génitales et gonadiques masculines et féminines ;
- *Les malformations cœlosomiques ou caudales majeures comme les exstrophies vésicales*⁴⁴ : il s'agit de DSD non hormonales⁴⁵.

A travers ces différentes ébauches de classifications, nous constatons que l'intersexualité peut se présenter sous diverses situations médicales très hétérogènes qu'il est très compliqué de systématiser. En tout état de cause, lorsqu'il s'agit de telles anomalies visibles, elles sont découvertes dès la naissance.

B. Les formes d'intersexualité ne comportant pas de malformations génitales

Il arrive qu'on ne découvre pas l'intersexualité d'une personne à la naissance mais lors d'un examen échographique, d'une intervention chirurgicale ou encore fortuitement lorsque l'on constate chez une adolescente l'absence de règles par exemple⁴⁶. Il existe, pour illustration, le syndrome de persistance des canaux de Müller (SPCM) ou « homme à utérus ». C'est une forme rarissime de pseudohermaphrodisme masculin caractérisée chez des sujets à caryotype normal 46 XY⁴⁷. Cela peut arriver également chez une personne qui est insensible aux androgènes⁴⁸ : il s'agit de la situation d'un garçon génétique qui prend l'apparence

stérilité. Elle est due soit à une anomalie chromosomique (syndrome de Turner chez la femme, de Klinefelter chez l'homme), soit à une mutation génétique ; définition du Larousse médical, édition 2006, p. 304.

⁴³ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 41.

⁴⁴ La vessie est ouverte vers la cavité amniotique, sa paroi antérieure faisant défaut ; la muqueuse de sa paroi postérieure, plus ou moins végétante, se poursuit directement par le plan cutané avoisinant ; C. FURTOS, G. CHENE, M.-N. VARLET, F. VARLET, P. SEFFERT, C. CHAULEUR, « Diagnostic anténatal et prise en charge des extrophies vésicales isolées », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, volume 38, 2010, p. 625, disponible sur www.sciencedirect.com.

⁴⁵ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 41.

⁴⁶ Dans un tel cas, il faut toujours suspecter qu'il s'agisse d'un garçon atteint de CAIS, *complete androgen insensitivity syndrome* ; Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁴⁷ R.B. GALIFER, N KALFA, M.P. GUIBAL, « Que peut cacher un testicule caché ? ... ou les pièges cliniques de la cryptorchidie », *Archives de Pédiatrie*, Volume 11, Issue 4, April 2004, p. 352, disponible sur www.sciencedirect.com.

⁴⁸ Il s'agit des hormones stéroïdes mâles sécrétées par les testicules, les ovaires et les glandes surrénales. La testostérone est l'androgène le plus actif, présent à un taux 20 fois plus élevé chez l'homme que chez la femme ; Définition du Larousse médical, édition 2006, p. 49.

parfaite d'une fille par insensibilité totale de ses seuls organes génitaux externes à ses propres androgènes testiculaires⁴⁹.

Soulignons l'existence de deux syndromes - le syndrome de Klinefelter et le syndrome de Turner – qui ne provoquent généralement pas, chez une personne atteinte, des organes génitaux externes ambigus.

Le syndrome de Turner est dû à l'existence, chez une femme, d'un caryotype 45 X0 ou d'un caryotype dans lequel un des chromosomes X présente une anomalie de structure aboutissant à une délétion⁵⁰ partielle. Ce syndrome peut également provenir de la perte d'un chromosome Y aboutissant à un caryotype 45 X0⁵¹.

Le syndrome de Klinefelter, quant à lui, est dû à l'existence chez l'homme d'un X supplémentaire ; son caryotype se présente donc sous la forme 47 XXY⁵².

Puisqu'il s'agit de syndromes ayant une cause génétique, ils sont souvent connus dans la famille et on cherche à les identifier dès la grossesse. Ils sont parfois découverts plus tard, à l'adolescence ou à l'âge adulte⁵³.

Il s'agit de deux des causes génétiques majeures d'infertilité ; elles peuvent provoquer la dysgénésie gonadique responsable d'un hypogonadisme et d'une infertilité à l'âge adulte⁵⁴. Il s'agit donc de personnes qui ont une fertilité moindre. Elles ont des organes génitaux parfois un peu plus petits que la normale. Ces syndromes font de ces personnes des intersexes étant donné qu'il existe une ambiguïté du sexe chromosomique mais ce sont toutefois des personnes qu'il n'y a pas lieu d'opérer et qui vivent tout à fait normalement selon le docteur Anne-Françoise Spinoit⁵⁵.

⁴⁹ R.B. GALIFER, N KALFA, M.P. GUIBAL, *op. cit.* (voy. note 47), p. 353. Pour d'autres cas rarissimes d'intersexualité voir le même ouvrage p. 353 et s. et I.A. HUGHES, C. HOUK, S.F. AHMED, P.A. LEE, LAWSON WILKINS PEDIATRIC ENDOCRINE SOCIETY (LWPES)/ EUROPEAN SOCIETY FOR PAEDIATRIC ENDOCRINOLOGY (ESPE) CONSENSUS GROUP, *op. cit.* (voy. note 38).

⁵⁰ Perte d'un petit fragment d'ADN par un chromosome ; définition du Petit Larousse illustré 2001.

⁵¹ C. RAVEL, J.-P. SIFFROI, « Anomalies de structure du chromosome Y et syndrome de Turner », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Volume 37, Issue 6, June 2009, p. 512, disponible sur www.sciencedirect.com.

⁵² C. PIENKOWSKI, A. CARTAULT, S. CAULA-LEGRIEL, Z. AJALTOUNI, M. DAUDIN, M. TAUBER, « Syndrome de Klinefelter et syndrome de Turner : pour une meilleure prise en charge », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Volume 39, Issue 9, September 2011, p. 521, disponible sur www.sciencedirect.com.

⁵³ Entretien téléphonique avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁵⁴ C. PIENKOWSKI, A. CARTAULT, S. CAULA-LEGRIEL, Z. AJALTOUNI, M. DAUDIN, M. TAUBER, *op. cit.* (voy. note 52), p. 521.

⁵⁵ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

Section 3. La pratique médicale face à des situations d'intersexualité

A. Quand peut-on détecter un état d'intersexualité ?

Il est possible de détecter l'intersexualité d'une personne à trois moments différents. Dans des cas plus rares, il est possible de savoir qu'un enfant est intersexe avant la naissance. En effet, lors d'une échographie, il peut apparaître une discordance entre l'apparence échographique des organes génitaux externes et le caryotype⁵⁶.

Habituellement – et dans la majorité des cas en Belgique⁵⁷ – l'intersexualité se détecte à la naissance de l'enfant, face à l'apparence inhabituelle des organes génitaux externes. Mais il peut arriver que l'enfant naisse en dehors de structures médicales ou encore dans de petites cliniques. Dans de tels cas, l'enfant ne sera pris en charge que quelques jours après sa naissance, une fois transféré dans un centre de référence. En Belgique, le Clinique Universitaire de Gand est le seul hôpital spécialisé en la matière.

Enfin, l'intersexualité peut être découverte au cours de la vie d'une personne lors d'un examen de routine ou lors d'une intervention chirurgicale. Il peut donc arriver que l'on découvre chez un enfant de phénotype féminin des testicules – cette fille est donc totalement insensible aux androgènes – ou des signes de virilisation à la puberté et une aménorrhée⁵⁸.

B. Quels sont les examens médicaux que le corps médical va pratiquer ?

Lorsque les médecins se retrouvent face à un enfant naissant avec des organes génitaux externes ambigus, il faut de suite le transférer vers un corps médical spécialisé qui puisse prendre en charge une telle situation médicale.

En Belgique, la Clinique Universitaire de Gand est la référence en la matière. Il existe une équipe DSD, composée d'un endocrinologue pédiatrique (kinderendocrinoloog - Prof. dr. M. Cools), de plusieurs urologues pédiatriques (kinderuroloog - Prof. dr. P. Hoebeke, Dr. E. Van Laecke, Dr. A. Groen, Dr. AF. Spinoit), d'un psychologue/sexologue (psycholoog-sexuoloog - B. Vanhoorde), d'un psychologue pour enfant (kinderpsycholoog - Dr. E. Van Hoecke), d'un endocrinologue-andrologue (endocrinoloog-androloog - Prof. dr. G. T'Sjoen), d'un

⁵⁶ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 41.

⁵⁷ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁵⁸ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 42.

gynécologue (gynaecoloog - Prof. dr. K. Roelens), d'un gynécologue spécialisé pour enfants et adolescents (kinder- en adolescentengynaecoloog - Dr. M. Merckx), d'un néonatalogiste (neonatoloog - Dr. N. Mariën), d'un généticien moléculaire clinique (klinisch moleculair geneticus - Prof. dr. E. De Baere), d'un physiothérapeute pelvien (bekkenbodempysiotherapeute - B. Stockman) et d'une coordinatrice scientifique (wetenschappelijke ondersteuning - A. Desloovere)⁵⁹.

Nous notons l'importance de la multidisciplinarité de cette équipe. C'est ce qui fait que Gand est le seul centre spécialisé pour de telles situations en Belgique.

Rappelons qu'il existe un grand nombre de situations médicales que peuvent présenter les intersexes. Par conséquent, certains états d'intersexualité devront être analysés par des tests spécifiques. Néanmoins, trois séries de tests seront d'office réalisées concernant un enfant intersexe et ce, le plus rapidement possible.

1. Une description anatomique⁶⁰

Puisque l'enfant présente, dans la plupart des cas, des organes génitaux externes ambigus, les médecins vont analyser ces derniers. Il s'agira, par exemple, de vérifier si l'enfant présente des gonades palpables dans les bourrelets génitaux. Si une gonade est bien palpée, il s'agira, *a priori*, d'un testicule, et donc d'un défaut de virilisation chez un nouveau-né. Un caryotype 46 XY ou 45 X/46 XY est le plus probable.

Si, par contre, aucune gonade n'est palpée, le diagnostic d'hyperplasie congénitale des surrénales chez une fille 46 XX doit être évalué de façon urgente.

Le bourgeon génital peut également être analysé afin de détecter un hypospade. Le bourgeon génital est défini par sa longueur, son épaisseur, sa coudure et la position de l'urètre. Une longueur inférieure à 25 mm est habituelle.

Les bourrelets génitaux peuvent être aussi analysés. Ils peuvent être striés transversalement, d'aspect scrotal, ou au contraire lisses, évoquant des grandes lèvres.

Enfin, les médecins pourront compter le nombre d'orifices (urétral, vaginal).

⁵⁹ Entretien téléphonique avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand. Cette équipe

⁶⁰ C. BOUVATTIER, C.-L. GAY, P. CHATELAIN, *op. cit.* (voy. note 29), p. 39.

2. Une prise de sang en vue de l'analyse chromosomique

Il sera également important de déterminer le sexe chromosomique de l'enfant en faisant une prise de sang et une analyse caryotype. Il sera souvent plus aisé de déterminer le sexe de l'enfant si le caryotype se présente sous la forme XX ou XY. Par contre lorsqu'on est face à une mosaïque qui n'est ni XX ni XY, cela sera plus compliqué⁶¹.

3. Ionogramme urinaire

Enfin, il sera essentiel d'analyser les sels afin de détecter une hyperplasie congénitale des surrénales, celle-ci étant la cause la plus fréquente d'ambiguïté des organes génitaux externes⁶². Il s'agit d'un examen à réaliser d'urgence car cette maladie comporte un risque majeur de syndrome de perte de sel, syndrome qui accompagne l'insuffisance surrénalienne néonatale et qui peut engager le pronostic vital⁶³. Un diagnostic rapide dans les tous premiers jours de vie permet d'instituer aussitôt un traitement substitutif.

C. La détermination du sexe de l'enfant et les opérations chirurgicales

Suite à cette batterie de tests, les médecins vont alors déterminer le sexe de l'enfant. Les parents seront, normalement – et on l'espère – associés à cette prise de décision. Un grand nombre de critères entrent en compte, notamment l'analyse chromosomique de l'individu, l'anatomie des organes génitaux et les possibilités de réparation chirurgicale (cavité vaginale, utérus, taille du bourgeon génital...), le diagnostic étiologique et l'évolution prévisible, en particulier en période postpubertaire⁶⁴, la substitution d'hormones sexuelles tout au long de la vie, la fertilité potentielle et la capacité du fonctionnement sexuel⁶⁵.

Il existe tellement de situations médicales différentes qu'il est difficile d'établir un tableau qui permettrait de savoir quand un enfant doit être considéré comme fille ou quand un enfant doit être considéré comme garçon.

⁶¹ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁶² M. KASSIS, Z. ASSAF, F. KIEFFER, J.F. MAGNY, M. VOYER, « Les pathologies de la détermination et de la différenciation sexuelle : période néonatale », *Journal de pédiatrie et de puériculture*, n°2, 2002, p. 125.

⁶³ C. BOUVATTIER, C.-L. GAY, P. CHATELAIN, *op. cit.* (voy. note 29), p. 40.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, V. 56, Issue 6, September 2008, p. 340.

Certains auteurs se permettent toutefois de donner quelques constantes : dans un cas d'insensibilité complète aux androgènes, le sexe sera déclaré féminin ; pour les pseudo-hermaphrodismes masculins par insuffisance en testostérone, le sexe sera déclaré masculin⁶⁶. L'orientation féminine ne se discute pas pour l'enfant XX atteint d'hyperplasie congénitale des surrénales, même très virilisée⁶⁷. En tout cas, le sexe choisi pour l'enfant ne correspondra pas forcément à son analyse chromosomique. Si les médecins sont face à un enfant désigné comme fille par ses chromosomes (XX) mais présentant un pénis assez bien développé, ils feront certainement de cet enfant un garçon.

Il faut néanmoins prendre distance à l'égard de ces propos. Tout ceci reste controversé selon les pays, l'âge de la découverte, la culture, etc. Dans un pays comme la Belgique, faire d'un enfant XX présentant un « petit pénis » une fille sera mieux accepté que dans d'autres pays où « couper le pénis » est considéré comme une gageure culturelle⁶⁸.

Une fois que le sexe a été déterminé, le corps médical fera appel à la chirurgie afin de restaurer l'anatomie et la fonction génitale de l'enfant. Il devra alors obtenir le consentement des parents. « Les chirurgies de « féminisation » comprennent l'ouverture du vagin au périnée ou sa création (dilatation ou substitution), la réduction éventuelle du bourgeon génital en préservant sa sensibilité et la reconstruction de la vulve. Les chirurgies de masculinisation comprennent la réparation de la verge hypospade et, dans de rares cas, la phalloplastie »⁶⁹. La chirurgie est également utilisée pour éviter des risques de cancer. Par exemple, on retire les ovaires ou les testicules lorsqu'ils sont dans des cas pré-cancéreux⁷⁰. Mais généralement les médecins essaient de les préserver. Ces interventions sont réalisées à des âges très variables selon les pays⁷¹. Les opérations se réalisent rarement en une fois. Plusieurs opérations devront être pratiquées durant l'enfance ainsi qu'à la puberté⁷².

Il est important de savoir que lorsque ces enfants sont opérés, ils doivent suivre un traitement médicamenteux, notamment hormonal, durant toute leur vie.

⁶⁶ M. KASSIS, Z. ASSAF, F. KIEFFER, J.F. MAGNY, M. VOYER, *op. cit.* (voy. note 62), p. 125.

⁶⁷ R.B. GALIFER, .N KALFA, M.P. GUIBAL, *op. cit.* (voy note 47), p. 356.

⁶⁸ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁶⁹ P. MOURIQUAND ET LE CNMR DSD, *op.cit.* (voy. note 39), p. 42.

⁷⁰ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² RTS, « Témoignage d'un intersexe », 19 janvier 2013, vidéo disponible sur <http://www.swissinfo.ch/>.

CHAPITRE 2. COMMENT LE DROIT BELGE REpond A L'INTERSEXUALITE ACTUELLEMENT ?

Ce chapitre sera consacré à une analyse de la pratique que la Belgique a décidé d'adopter pour répondre à la situation des intersexes. Nous pouvons distinguer deux moments : le moment où l'intersexe naît et le moment où l'intersexe est plus âgé et qu'il ne souhaite plus appartenir au sexe qui lui a été assigné. Enfin, nous passerons en revue les critiques émises face à un tel système.

Section 1. L'intersexe à la naissance

A. Le choix du sexe à la naissance

Lorsqu'un enfant vient à naître, les premières paroles que le médecin va prononcer est : « c'est une fille » ou « c'est un garçon ». Il est dès lors difficile d'imaginer que le médecin ne puisse pas nommer le sexe de l'enfant face à une ambiguïté de ses organes génitaux externes. Les parents sont prêts à imaginer que leur enfant puisse avoir un handicap physique ou mental mais ils n'imaginent jamais qu'il est possible que le sexe de leur enfant soit indéterminé. D'ailleurs, très peu de personnes sont au courant de l'existence de l'intersexualité.

Lorsque le médecin est face à une telle situation médicale, on l'a vu, la première chose à faire est de confier cet enfant à un corps médical spécialisé en la matière, notamment la team DSD de la Clinique Universitaire de Gand. Il est important que cet enfant soit tout de suite pris en charge puisque certains troubles peuvent engager le pronostic vital de l'enfant – notamment l'hyperplasie congénitale des surrénales.

Ensuite, cette prise en charge va servir à savoir quel sexe convient le mieux à l'enfant. À ce moment là, les médecins prennent des précautions et tentent d'expliquer au mieux la situation médicale de leur enfant aux parents. Il leur faudra obtenir leur consentement pour intervenir sur l'enfant. Tant que le sexe de l'enfant n'est pas encore défini, ils éviteront l'utilisation de termes anatomiques qui peuvent orienter vers un sexe ou un autre. L'analyse du caryotype de l'enfant permettra d'aider les médecins à prendre une décision sur son sexe. Mais lorsque les chromosomes ne sont d'aucune aide, les médecins doivent expliquer aux parents de l'enfant intersexe la situation telle qu'elle est. Au final, les médecins prendront la décision du choix du

sexe de l'enfant. Néanmoins, il arrive parfois que ce soit les parents qui prennent une décision sur le sexe à attribuer à leur enfant lorsque le sexe est trop indéterminable – il s'agit néanmoins d'un cas rare⁷³. Nous pouvons tout de même nous poser la question des critères sur lesquels les parents se basent dans de telles situations...

Lorsque les médecins (ou dans de rares cas les parents) ont décidé du sexe de l'enfant, ils vont alors l'opérer afin de conformer son sexe biologique au sexe choisi. Les parents seront avertis des conséquences pratiques du choix définitif du sexe, c'est-à-dire des interventions chirurgicales, du risque de stérilité, s'il y en a, ou d'un traitement substitutif si besoin⁷⁴. Les parents devront également y consentir. Il s'agit là, la plupart du temps, d'opération à visée esthétique⁷⁵. Selon le corps médical, ces opérations permettent de rassurer les parents sur le sexe de l'enfant et donc sur le genre correspondant à ce sexe mais également de ne pas faire de ce dernier un enfant perturbé par sa différence. On opère également ces enfants afin qu'ils aient plus tard une vie sexuelle plus ou moins dans la norme.

Nous pouvons dès lors nous demander ce qu'il se passe lorsque les parents ne veulent pas que l'on opère leur enfant. Anne-Françoise Spinoit, urologue pédiatrique à la Clinique Universitaire de Gand, explique que les parents finissent toujours par faire opérer les enfants intersexes en Belgique, comprenant finalement la démarche des médecins et l'importance de ces opérations.

L'on peut voir ici que le droit belge ne s'est pas immiscé dans la pratique médicale. Aucune législation n'est prévue afin de poser un cadre sur la pratique médicale face à des enfants intersexes. Il est probable que le droit belge n'ait pas pris la peine de légiférer car, comme nous le savons, la pratique médicale s'adapte à chaque cas particulier. Il est difficile d'établir « une liste des pratiques » lorsque les médecins doivent répondre à de telles situations médicales. D'autant plus que les médecins sont les mieux placés pour déterminer la réponse médicale la plus appropriée. Nous verrons à la section 3 de ce chapitre que certaines pratiques médicales sont très critiquées à l'heure actuelle.

⁷³ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

⁷⁴ M. KASSIS, Z. ASSAF, F. KIEFFER, J.F. MAGNY, M. VOYER, *op. cit.* (voy. note 62), p. 126.

⁷⁵ Nous avons néanmoins mentionné que certains syndromes demandaient une réponse médicale immédiate ou qu'il était parfois opportun d'opérer lorsqu'il existait des risques pour l'enfant *a posteriori*.

B. La mention du sexe sur l'acte de naissance

Le sexe est un élément de l'état de la personne. Il est normalement déterminé dès la naissance et il est même censé demeurer immuable tout au long de notre vie⁷⁶. Néanmoins, ces affirmations ne collent plus tellement à la réalité d'aujourd'hui. En effet, la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité permet aujourd'hui aux personnes transsexuelles de changer la mention de leur sexe sur leur acte de naissance.

En Belgique, juridiquement, on ne peut avoir qu'un seul sexe, soit féminin, soit masculin. Lorsqu'un enfant naît, la déclaration de naissance doit être faite « à l'officier de l'état civil du lieu dans les quinze jours qui suivent celui de l'accouchement »⁷⁷. Puisque le sexe est un élément de l'état de la personne, celui-ci doit être indiqué dans l'acte de naissance⁷⁸. Ces dispositions du Code civil ont longtemps posé problème aux parents d'enfants intersexes. En effet : « il est impossible aux parents de déclarer leur enfant dans les conditions et délais prescrits par la loi, des examens médicaux étant nécessaires afin de déterminer le sexe de l'enfant. Les parents se voient alors dans l'obligation de recourir aux services d'un avocat et ne peuvent percevoir ni allocations familiales, ni bénéficier de la mutuelle pour leur enfant »⁷⁹. En pratique, les parents concernés déclaraient à l'administration un sexe au choix, qu'ils devaient par après éventuellement faire modifier⁸⁰.

En 2007, une proposition de loi⁸¹ a été rédigée par Madame Josée Lejeune (MR à l'époque) afin d'éviter tous ces problèmes aux parents d'enfant intersexe. Madame Lejeune a en effet proposé que l'article 57,1° soit rédigé comme suit : « l'acte de naissance énonce : 1° le jour, l'heure, le lieu de la naissance, le sexe, le nom et les prénoms de l'enfant », soit complété comme suit : « Pour les enfants souffrant d'ambiguïté sexuelle, le sexe de l'enfant peut être déclaré par le père ou la mère ou par les deux auteurs dans un délai de trois mois,

⁷⁶ G. GÉNICOT, Droit médical et biomédical, Bruxelles, Larcier 2010, p. 534.

⁷⁷ C. civ., art. 55.

⁷⁸ C. civ., art. 57, 1° : « L'acte de naissance énonce : 1° le jour, l'heure, le lieu de la naissance, le sexe, le nom et les prénoms de l'enfant ».

⁷⁹ Proposition de loi du 24 juin 2004 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Proposition de loi et développements, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°1242/001, p. 3.

⁸⁰ Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Valérie Déom – Annexe, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°1242/005, p. 6.

⁸¹ Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°1242/006, p. 3.

moyennant une attestation médicale »⁸². Cette proposition a d'ailleurs été adoptée par les assemblées et est devenue la loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle. Elle est entrée en vigueur le 22 juillet 2007.

Le nouvel article 57 du Code civil permet donc aux parents d'enfant intersexe de déclarer le sexe de leur enfant dans un délai de trois mois. Ce délai de trois mois ne concerne que la mention du sexe sur l'acte de naissance et non la déclaration de la naissance. Madame Lejeune l'a d'ailleurs expliqué clairement : « l'objectif de la proposition de loi est de permettre aux parents dont l'enfant est victime d'un tel trouble, de fournir l'information sur le sexe de leur enfant dans un délai de trois mois après la naissance, tout en leur demandant de faire établir sans délai un acte de naissance. Il s'agit donc ici d'une facilité accordée aux parents dans le cadre de l'établissement de l'acte de naissance et non dans le cadre de la déclaration de naissance »⁸³. Ce délai de trois mois correspond en réalité au temps qu'il faut attendre pour obtenir les résultats de l'examen caryotype (deux mois en comptant un certain retard)⁸⁴.

La difficulté a donc été simplifiée pour ces parents. Il leur faudra néanmoins prouver l'ambiguïté sexuelle de leur enfant par une attestation médicale. Il s'agit d'une belle avancée de notre droit. Soulignons que nos homologues français qui d'une part, prévoient un délai de trois jours à partir de l'accouchement pour déclarer la naissance d'un enfant⁸⁵ (alors que notre délai est de quinze jours) prévoient également un délai supplémentaire de trois ans pour l'inscription du sexe sur l'acte de naissance.

Section 2. L'intersexe adolescent/adulte

L'intersexe adolescent ou adulte, nous l'avons vu, est une personne dont le sexe a été déterminé par les médecins (parfois les parents) et qui a subi des opérations permettant de conformer le sexe choisi à son corps.

Avant la loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 57 du Code civil, les parents d'enfant intersexe n'avaient d'autre choix que de déclarer l'enfant et son sexe dans les quinze jours de la

⁸² Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, *précitée*, p. 3.

⁸³ Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, *précitée*, p. 7.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁵ Code civil français, art. 55.

naissance. Le sexe retenu était celui évalué comme prédominant. S'il apparaissait ultérieurement que ce choix était erroné, les parents devaient alors introduire une procédure judiciaire en rectification de l'acte de naissance. Le fondement de cette procédure n'était pas contestable puisqu'il s'agissait bien d'une erreur commise par l'officier de l'état civil sur le sexe de l'enfant⁸⁶. La procédure judiciaire en rectification de l'acte de naissance est fondée aux articles 1383 à 1385 du Code judiciaire. Les parents, s'ils voulaient la rectification de l'acte de naissance de leur enfant intersexué, devaient donc introduire une requête au tribunal de première instance (aujourd'hui tribunal de la famille)⁸⁷. Les parents ou l'intersexe adulte étaient alors entendus au tribunal pour donner leurs explications⁸⁸. Il fallait alors prouver qu'il y avait eu « erreur » de la mention du sexe de l'enfant à suffisance de droit et que cette erreur était une erreur purement matérielle. On considérait généralement que la présomption de vérité inhérente aux actes authentiques – en l'occurrence l'acte de naissance – ne s'attachait pas aux mentions que l'officier de l'état civil n'avait pas personnellement vérifiées, ce qui permettait donc d'apporter la preuve de l'erreur commise concernant le sexe de la personne. La preuve apportée était l'attestation du chirurgien qui avait pratiqué l'intervention de réassignation sexuelle⁸⁹. Les tribunaux désignaient généralement un expert dans le but de se renseigner sur la personne et de procéder à l'un ou l'autre examen, notamment afin d'examiner s'il ne s'agissait pas une personne « simplement transsexuelle »⁹⁰. Les tribunaux ne discutaient pas trop face à de telles situations médicales et donnaient raison aux requérants⁹¹.

Le dispositif du jugement de rectification était alors remis à l'officier de l'état civil qui le transcrivait sur ses registres en y faisant mention en marge de l'acte réformé⁹².

Une fois qu'il avait été démontré qu'une personne avait changé de sexe sur base d'attestation médicale, elle pouvait alors introduire une requête en changement de prénom à laquelle les tribunaux ont toujours fait droit dans de telles situations⁹³.

⁸⁶ N. GALLUS, *op. cit.* (voy. note 14), p. 186.

⁸⁷ C. civ., art. 1383.

⁸⁸ C. civ., art 1384.

⁸⁹ Civ. Liège, 1^{er} avril 1981, *J.L.M.B.*, 1981, p. 220.

⁹⁰ Civ. Liège, 1^{er} avril 1981, *J.L.M.B.*, 1981, p. 220. ; Civ. Mons, 11 mai 1988 et 17 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, t. II., pp. 1170 à 1174.

⁹¹ Civ. Liège, 1^{er} avril 1981, *J.L.M.B.*, 1981, p. 220 ; Civ. Tournai, 19 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, t. I., p 357 ; Civ. Mons, 11 mai 1988 et 17 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, t. II., pp. 1170 à 1174.

⁹² C. civ., art. 1385.

⁹³ Civ. Liège, 5 décembre 1984, *J.L.M.B.*, 1985, pp. 424 et 425 ; Liège, 15 juin 1987, *J.L.M.B.*, t. II., 1987, pp. 994 et 995.

Pour limiter les situations dans lesquelles une procédure judiciaire est nécessaire, la loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, a permis aux parents d'enfant intersexe de déclarer son sexe au maximum trois mois après sa naissance⁹⁴. Avec ce délai, il n'y a donc « plus d'erreur possible » sur l'acte de naissance puisque les médecins ont eu le temps d'analyser la situation médicale de l'enfant. Les articles 1383 à 1385 du Code judiciaire restent néanmoins d'application et il est donc possible, pour un intersexe, d'introduire une action en rectification de son acte de naissance et de passer devant le tribunal de la famille s'il s'avère qu'il y a eu une erreur. Nous ne trouvons néanmoins aucune jurisprudence belge récente à ce sujet. Anne-Françoise Spinoit explique que, généralement, les enfants opérés ne ressentent pas le besoin de changer de sexe et sont d'accord avec l'assignation qu'a choisie le corps médical. Il faut cependant nuancer ces propos puisqu'il existe énormément d'états d'intersexualité différents et il est clair que le ressenti de chacun ne peut être le même.

Section 3. Les critiques émises à l'encontre du système belge

A. L'association des parents aux prises de décision concernant leur enfant

Lorsque les médecins sont face à un enfant intersexe, ils doivent agir. Ils agissent afin de détecter les éventuelles maladies qui mettraient à mal sa santé. Ils agissent également afin d'assigner un sexe soit masculin, soit féminin à cet enfant. De telles situations médicales imposent aux parents de réfléchir et de prendre des décisions à l'égard de leur enfant. Le problème est qu'il est difficile pour un parent de comprendre la situation. En effet, rares sont ceux qui sont au courant de l'existence de l'intersexualité. Ils sont très souvent dans un état de stress important et sont totalement déboussolés par la situation. La plupart des parents s'en remettent entièrement au corps médical et lui demandent de faire en sorte que leur enfant ne soit plus « malade ». Et pourtant, seules quelques formes d'intersexualité provoquent des maladies graves, les autres cas n'ont normalement pas à être traités⁹⁵.

L'Organisation Internationale des Intersexes reproche à la pratique actuelle le fait que les parents ne sont pas associés autant qu'ils le devraient à la situation de leur enfant. Les parents doivent se décider très vite et en général ils suivent l'avis de l'équipe de médecins car ils n'ont

⁹⁴ N. GALLUS, *op. cit.* (voy. note 14), p. 186 ; Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, *précitée*, p. 8.

⁹⁵ Interview de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone.

aucune information sur l'intersexualité. Ils n'ont pas le temps de se constituer leur propre avis. Selon cette Organisation, on ne leur explique pas ce que vit réellement leur enfant, l'impact des opérations chirurgicales sur sa vie future. En quelque sorte, le consentement des parents d'enfants intersexes est vicié car ceux-ci ne sont pas assez outillés pour prendre une décision raisonnable en ce qui concerne leur enfant⁹⁶. Il faut cependant nuancer ces propos. Martine Cools, pédiatre et endocrinologue à la Clinique Universitaire de Gand explique que : « Nous n'abordons plus les choses de la même manière qu'il y a dix ou quinze ans. Avant, nous pensions qu'il ne fallait pas informer l'enfant, pour ne pas le perturber : aujourd'hui, nous transmettons les informations à tous les acteurs »⁹⁷. Actuellement, les médecins tentent d'associer au mieux les parents lorsqu'il faut prendre une décision à l'égard de leur enfant. D'autant plus que l'équipe DSD de la Clinique Universitaire de Gand se compose d'un psychologue et d'un sexologue. Ces personnes sont donc là pour prendre en charge les parents et leur expliquer au mieux ce qu'il en est sur la situation médicale de leur enfant. Kris Günther, intersexe militant à l'ASBL Genre Pluriel et membre actif de l'OII francophone, explique néanmoins qu'encore aujourd'hui, les parents ont du mal à suivre les médecins et qu'il existe une énorme pression médicale. Selon lui, les médecins veulent à tout prix faire de l'enfant un enfant « normal » et poussent les parents à accepter toutes les opérations qui s'offrent à leur enfant. Il explique également que certains parents, grâce à internet, le contactent afin d'en savoir plus sur l'intersexualité et de prendre les bonnes décisions.

De nombreux témoignages se contredisent sur ce point et il est difficile de dissocier le vrai du faux. Il semble que la pratique diffère d'un cas à l'autre. De nombreux auteurs, en tout cas, encouragent l'association des parents au processus d'assignation des enfants. A ce sujet, certains auteurs expliquent que : « selon leurs capacités cognitives, les parents ont besoin qu'on leur fasse prendre conscience des lacunes importantes dans notre connaissance et des controverses majeures parmi les professionnels au sujet des décisions de la gestion, là où c'est possible. Un tel conseil parental requiert un équilibre soigneux entre une hyper-simplification grossière d'un côté et une surabondance de détails de l'autre côté, avec pour résultat une paralysie de la prise de décision »⁹⁸.

⁹⁶ ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « FAQ (Foire Aux Questions) », disponible sur <http://web.archive.org/web/20090310074704/http://www.intersexualite.org/Curtis-fr.html>

⁹⁷ A.-CH. BERSIPONT, « Le combat des intersexes belges », 25 novembre 2013, disponible sur www.lesoir.be

⁹⁸ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, op. cit. (voy. note 65), p. 341.

B. Le choix du sexe et les opérations de réassignation sexuelle

En Belgique, la pratique est constante. Face à un enfant naissant avec intersexe, le corps médical décide de prendre en charge cet enfant afin de définir le sexe qui est le plus adapté à sa situation médicale et de pratiquer une opération de réassignation sexuelle pour conformer le sexe choisi au sexe morphologique. Encore une fois, aucune législation belge n'existe en ce qui concerne cette problématique.

1. *L'attribution du sexe à la naissance*

Les médecins, face à un enfant naissant avec une ambiguïté sexuelle, ne perdront pas de temps afin d'attribuer à cet enfant soit le sexe féminin, soit le sexe masculin. Ils vont dès lors analyser la morphologie de cet enfant et faire une analyse caryotype afin d'avoir entre les mains toutes les données qui permettront de déterminer au mieux son sexe. Le choix du sexe n'est pas toujours simple. Il est important que les médecins associent les parents autant que possible à cette réflexion et leur expliquent toute la difficulté de la situation. Toutefois, il arrive, dans la pratique, que les parents aient un avis à donner dans l'attribution du sexe de leur enfant, notamment lorsque l'ambiguïté est telle que l'attribution de l'un et l'autre sexe « s'équivaut »⁹⁹. Il ne semble pas objectif que les parents puissent attribuer seuls le sexe de leur enfant. Il semble que cette décision appartienne également au corps médical qui est le plus apte à rester neutre dans une telle situation.

Un autre problème qui se pose est le consentement de l'enfant à cette réassignation de son sexe. Lorsque l'enfant naît, il est clair qu'il ne peut pas prendre de décision concernant son cas et il est important, pour la majorité des parents, qu'une assignation de sexe soit faite le plus rapidement possible. Les titulaires de l'autorité parentale, le plus souvent les parents, sont alors présents pour prendre la meilleure décision en ce qui concerne leur enfant en prenant notamment en considération l'intérêt de ce dernier et son bien-être. Par contre, il peut arriver que le diagnostic d'intersexe ne soit pas fait dès le départ, en particulier quand les enfants sont nés en dehors de structures médicales ayant l'expérience des intersexes, et donc que le diagnostic correct soit fait plus tard par des spécialistes médicaux – il s'agit d'un cas rare. Pour le cas où une réassignation du sexe est désirable, la situation devient plus complexe étant donné que l'enfant est plus âgé. Il a été développé, par certains chercheurs, que le

⁹⁹ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

développement de l'identité de genre commence bien avant l'âge de 30–36 mois et l'âge le plus précoce auquel il peut être valablement évalué est encore objet de recherche. On doit considérer avec prudence l'âge de 18 mois couramment accepté comme la limite supérieure pour une réassignation du genre imposée¹⁰⁰. Dans de tels cas, il semble que le consentement de l'enfant soit important à prendre en considération. Les médecins ne devraient alors, non pas prendre leur décision sur base de considérations purement médicales, mais sur base d'une évaluation psychologique du développement comportemental de l'enfant.

En tout état de cause, les organisations militantes pensent qu'il serait plus judicieux d'attendre que l'enfant intersexe ait le discernement afin de choisir s'il se sent plus fille ou garçon. En d'autres termes, selon elles, il ne s'agit ni d'une décision qui doit être prise par les médecins, ni d'une décision qui doit être prise par les parents. Il s'agit du corps de l'enfant et de son identité de genre. Personne n'a à interférer dans sa vie. La solution serait alors, selon eux, d'attribuer un genre à l'enfant et de l'élever selon ce genre. Il faudrait alors attendre de voir comment l'enfant évolue tout en lui expliquant sa situation médicale¹⁰¹. Nous analyserons cette possibilité au sein du chapitre 3.

2. Les opérations de réassignation sexuelle

L'élément qui suscite le plus de discussions est la chirurgie génitale pratiquée sur les enfants intersexe dès la naissance. En effet, « certains enfants intersexes requièrent une intervention chirurgicale pour des raisons médicales urgentes. Cependant, dans la plupart des cas, la chirurgie génitale a été faite pour des raisons psychosociales afin de confirmer le genre assigné par l'apparence génitale et ainsi de faciliter l'éducation appropriée au genre, d'aider à développer une image du corps typique du genre et d'éviter un stigmat social »¹⁰². Les opérations de réassignation servent également à faciliter ultérieurement les relations sexuelles. Il s'agit en tout cas d'interventions pratiquées en Belgique à l'heure actuelle. Sur ce point, l'Organisation International des Intersexes (OII) a un avis tout autre que le corps médical.

L'OII a en effet un avis bien tranché. L'Organisation considère qu'il faut bannir toute chirurgie génitale et attendre que l'enfant prenne la décision seul de ce qu'il veut faire de son corps. Selon les militants, il s'agit d'actes assimilables à des mutilations génitales. Ces

¹⁰⁰ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 341.

¹⁰¹ C. O'DEA, « Contre les opérations forcées », disponible sur www.genrespluriels.be

¹⁰² H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 342.

opérations sont douloureuses et irréversibles. « La probabilité de réduire ou même d'anéantir le désir sexuel est très importante. Les opérations cosmétiques non-consentantes violent le droit à l'intégrité physique et à l'auto-détermination. Cela va à l'encontre des droits de l'homme »¹⁰³. De nombreux témoignages de personnes intersexes vont dans ce sens¹⁰⁴.

L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a d'ailleurs suivi les militants sur ce point via la Résolution 152 de 2013¹⁰⁵. En effet, « l'Assemblée parlementaire est particulièrement préoccupée par une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire. Ces pratiques comprennent notamment [...] les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués »¹⁰⁶. Elle invite dès lors les Etats membres à : « entreprendre des recherches complémentaires afin d'augmenter les connaissances de la situation spécifique des personnes intersexuées, s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé, garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'autodétermination aux personnes concernées, et fournir des conseils et un soutien adéquats aux familles ayant des enfants intersexués »¹⁰⁷.

Toujours au sujet des opérations d'assignation sexuelle, un rapport a été rédigé par le rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'Organisation des Nations Unies, Juan E. Méndez¹⁰⁸. Ce rapport vise notamment les intersexes : « Les enfants qui présentent à la naissance des caractères sexuels atypiques subissent fréquemment, sans leur consentement éclairé ou celui de leurs parents et dans le but de «rectifier leur sexe», une intervention d'assignation sexuelle irréversible, une stérilisation forcée ou une chirurgie normalisatrice de l'appareil génital, qui engendre une

¹⁰³ C. O'DEA,, « Contre les opérations forcées », disponible sur www.genrespluriels.be

¹⁰⁴ Interview de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII ; Interview de Daniela Truffer par M. TREMBLAY, « Intersexualité : aux enfants de décider de leur sexe », disponible sur www.fr.chatelaine.com ; Interview de Vincent Guillot, Propos recueillis par M.-A. DIVET, Intersexe, « Vincent Guillot sort de la nuit », disponible sur www.histoiresordinares.fr ; Interview de Natasha Cailleux, « Une "personne intersexe ", c'est quoi ? Natasha raconte », 3 janvier 2014, disponible sur www.rue89lyon.fr ; Interview de Kathie Berthiaume, par M. TREMBLAY, "Intersexualité : le témoignage de Kathie Berthiaume", disponible sur www.fr.chatelaine.com

¹⁰⁵ Résolution (CE), n°1952 du 1^{er} octobre 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique, disponible sur www.assembly.coe.int.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1 (point 2).

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 2 (point 7.5.3)

¹⁰⁸ Rapport des Nations Unies (A/HRC/22/53) du 1er février 2013, 22^{ème} session rédigé par JUAN E. MÉNDEZ, rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

infertilité définitive et des souffrances psychologiques aiguës »¹⁰⁹. Le Rapporteur spécial demande instamment à tous les états d'abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles, notamment la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital imposée, [...] et les « thérapies réparatrices » ou « thérapies de conversion » pratiquées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée »¹¹⁰. Nous verrons au chapitre 3 que certains pays ont formulé des avis ou adapté leur législation pour se mettre en accord avec cette vision des choses.

Le corps médical a, par contre, un tout autre avis sur le sujet. Certains médecins se sont d'ailleurs rassemblés afin de rédiger un article en réponse au rapport des Nations Unies sur l'opportunité des opérations d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes¹¹¹. Ils expliquent dans cet article que les organes génitaux ambigus développés de manière atypique peuvent affecter l'apparence physique et l'image du corps, mais aussi les fonctions de l'appareil urinaire, les reins, les gonades et engendrent des problèmes psychologiques et des problèmes au niveau du développement psychosexuel de l'individu¹¹². Ils opèrent en raison du fait que de telles ambiguïtés peuvent provoquer : l'élargissement du clitoris qui peut modifier l'image du corps, un développement pauvre du pénis, l'infertilité chez les hommes et femmes, le risque de cancers gonadiques tôt et tard dans la vie, le risque de symptômes urologiques tels que l'incontinence, et bien d'autres conséquences néfastes¹¹³. La chirurgie génitale a donc pour objectif d'éviter tous les dangers précités, de répondre aux attentes des parents et d'aider l'enfant à atteindre une fonction sexuelle future satisfaisante conformément à son identité de genre. Ils rappellent que les personnes qui émettent des plaintes à l'encontre de la pratique médicale sont des personnes qui ont été opérées il y a vingt ans voire davantage. La pratique n'était pas la même¹¹⁴. A l'époque, beaucoup de garçons XY ont été assignés en fille car il était beaucoup plus facile de les opérer pour en faire des filles que de tout reconstruire pour en faire des garçons. Aussi, il ne fallait pas en parler, on cachait les dossiers médicaux pour ne pas que les enfants y aient accès. Aujourd'hui, les opérations sont moins invasives et le critère est, non, un critère cosmétique mais plutôt le genre attendu chez l'enfant intersexe¹¹⁵. Il faudra

¹⁰⁹ Rapport des Nations Unies (A/HRC/22/53) du 1er février 2013, *précitée*, p. 20 (point 77).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 25 (point 88).

¹¹¹ P. MOURIQUAND, A. CALDAMONE, P. MALONE, J.-D. FRANK, P. HOEBEKE, « The ESPU/SPU standpoint on the surgical management of Disorders of Sex Development (DSD) », *Journal of Pediatric Urology*, 28 October 2013, pp. 1 à 3.

¹¹² *Ibid.*, p. 2.

¹¹³ P. MOURIQUAND, A. CALDAMONE, P. MALONE, J.-D. FRANK, P. HOEBEKE, , *op. cit.* (voy. note 111), p. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ A.-CH. BERSIPONT, *op. cit.* (voy. note 97).

attendre quinze années pour voir l'impact réel des opérations pratiquées aujourd'hui sur les enfants intersexes. Certains médecins, favorables à la chirurgie dès la naissance, pensent que lorsqu'elle est pratiquée de manière précoce, est beaucoup plus facile que si elle est pratiquée à l'adolescence – elle porte alors un risque de morbidité plus élevé. L'avis de réponse conclut en disant qu'il est tout à fait raisonnable de retarder la chirurgie gonadique tant que le risque de tumeur est évalué et qu'il y a un certain suivi des gonades. La question la plus importante, finalement, est l'irréversibilité de la chirurgie précoce par rapport à la chirurgie reconstructive intervenant plus tard. Il est difficile en tout cas de prévoir l'identité de genre surtout lorsque l'anatomie est ambiguë. Il y aura toujours des insatisfaits¹¹⁶.

Les avis sont donc assez contradictoires selon que l'on se place du côté des médecins ou du côté des personnes intersexes et des organisations militantes. Il est important de prendre du recul par rapport à ce que chacun argumente. Une analyse de droit comparé sera dès lors très intéressante dans cette recherche (cfr. Chapitre 3).

C. La mention du sexe sur l'acte de naissance

Nous sommes dans une société où nous ne pouvons imaginer que le sexe soit autre que binaire. Sur notre acte de naissance, notre carte d'identité, lorsque l'on achète un billet d'avion, lorsque l'on va dans des toilettes publiques, on est soit homme, soit femme. Un premier pas a déjà été réalisé par notre législation puisque, grâce à la loi du 10 mai 2007, les parents d'un enfant naissant avec une ambiguïté sexuelle peuvent aujourd'hui attendre trois mois avant de déclarer le sexe de l'enfant à l'officier de l'état civil. Néanmoins, l'OII pense qu'aucun sexe ne devrait être déclaré sur l'acte de naissance¹¹⁷. Certains pays (notamment l'Allemagne) ont adapté leur législation afin de trouver une solution pour les intersexes (cfr. Chapitre 3). Certains pays pensent à un « troisième sexe ». Il ne s'agit pas d'une classification acceptable pour l'Organisation qui considère que le sexe n'est pas binaire. Le troisième sexe serait un nouveau sexe qui se classerait par rapport aux deux sexes officiels. Cela revient à continuer à admettre la bipolarité des sexes à laquelle serait ajoutée cette catégorie particulière qui serait un troisième sexe. L'OII rejette ce dit « sexisme » comme étant une ségrégation à l'égard des personnes intersexuées. L'OII aimerait que la société voit le sexe comme un spectre en continuum du très féminin vers le très masculin. Les personnes très féminines et

¹¹⁶ P. MOURIQUAND, A. CALDAMONE, P. MALONE, J.-D. FRANK, P. HOEBEKE, , *op. cit.* (voy. note 111), p. 3

¹¹⁷ Interview de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone ; ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « FAQ (Foire Aux Questions) », *op. cit.* (voy. note 95).

celles très masculines seraient donc les extrêmes¹¹⁸. Cette vision des choses aboutit à cette revendication qu'est l'abolition de la mention du sexe sur l'acte de naissance.

Cette suppression de la mention du sexe à l'état civil peut être une solution d'adaptation de notre législation aux intersexes. En effet, s'il n'y a plus de déclaration du sexe à l'état civil, il n'y a plus d'empressement à opérer l'enfant ni même de procédure de modification de sexe devant l'officier de l'état civil. Nous analyserons cette possibilité au sein du Chapitre 3.

D. L'action en rectification de l'acte de naissance

Avant, le sexe était indisponible. On naissait soit homme, soit femme, et on le restait. Aujourd'hui, avec la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, toute personne qui a la conviction intime d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté du mieux que possible à ce sexe, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil et faire modifier l'acte de naissance avec la mention du nouveau sexe¹¹⁹. Néanmoins, la situation médicale des intersexes est totalement différente des personnes transsexuelles puisque les personnes intersexes naissent avec une ambiguïté morphologique.

L'intersexe qui ne se sent pas bien dans le sexe qui lui a été assigné n'a d'autre choix, s'il veut changer de sexe sur son acte de naissance, que d'introduire une action en rectification de l'acte de naissance devant le tribunal de la famille. Il s'agit d'une situation assez problématique étant donné qu'une personne intersexe vivant cette situation devra trouver un avocat, passer devant la justice (avec le temps et le coût que cela implique), justifier son état par son dossier médical (dossier qui est parfois difficile à établir pour des personnes ayant été opérées il y a au moins vingt ans). Finalement cette procédure est un frein au changement de sexe sur l'acte de naissance. Ce frein est d'autant plus choquant que la loi relative à la transsexualité permet aujourd'hui de changer la mention du sexe sur l'acte de naissance sans passer par les tribunaux. Cette procédure permet aux transsexuels de passer seulement devant l'officier de l'état civil¹²⁰. Il n'est donc pas normal que les personnes intersexes ne disposent d'aucune autre législation comparable. Nous pouvons imaginer que les intersexes décident de changer de sexe à l'état civil en répondant aux conditions de la loi du 10 mai 2007 mais il ressort des discussions concernant la proposition de loi relative à la transsexualité que les

¹¹⁸ Interview de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone ; ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « FAQ (Foire Aux Questions) », *op. cit.* (voy. note 95).

¹¹⁹ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2.

¹²⁰ Loi du 15 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2.

intersexes ne relèvent pas du champ d'application de la loi. Le transsexuel dispose d'un droit de choisir et non l'intersexe¹²¹.

Nous allons voir que les conditions imposées aux transsexuels afin de changer leur sexe à l'état civil sont très critiquées aujourd'hui. Une telle procédure est néanmoins un premier pas vers une simplification de procédure de changement de sexe et de prénom à l'état civil qui peut servir d'exemple pour les intersexes.

¹²¹ Projet de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme De Roeck, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1794/5.

PARTIE 2. L'INTERSEXE EN DROIT COMPARÉ – PROPOSITION DE LOI POUR LA BELGIQUE

Après avoir passé en revue les différentes failles de notre système juridique concernant l'intersexualité, nous avons vu que l'intersexualité est un thème qui mérite l'attention du grand public ainsi que du législateur. Cette deuxième partie sera consacrée à analyser la manière dont d'autres pays européens appréhendent de telles situations. Nous développerons notre avis quant aux différentes solutions possibles choisies par ces pays et ferons des choix justifiés pour la Belgique. Dans un deuxième temps, nous proposerons de manière plus concrète une modification de notre système législatif concernant les intersexes.

CHAPITRE 1. ANALYSE DE DROIT COMPARÉ ET ÉBAUCHE DE SOLUTIONS JURIDIQUES POUR LA BELGIQUE

Ce chapitre est consacré à une analyse plus détaillée des critiques émises à l'encontre du système juridique belge quant à la situation des intersexes. Nous allons analyser certains systèmes et rapports étrangers concernant l'intersexualité. Cette analyse nous permettra de réfléchir à la légitimité d'une réforme juridique en la matière en Belgique. Nous tenterons alors de nous constituer notre propre avis pour la Belgique et ainsi de remédier au vide juridique quasi-total en la matière et à toute l'insécurité juridique qui en découle.

Section 1. Les termes à employer

Il semble important de poser les bases de ce chapitre en expliquant clairement le vocabulaire qu'il convient d'employer dans le domaine juridique.

Nous avons expliqué, au sein du chapitre 1 de la première partie, que plusieurs termes se sont échelonnés dans le temps et varient selon l'auteur de la réflexion. Nous parlions autrefois d'hermaphrodisme, de pseudo-hermaphrodisme masculin/féminin. Ensuite, nous avons introduit la notion d'intersexe et enfin, les termes « *disorder of sex development* », « trouble du développement sexuel », ont été utilisés par les médecins.

Dans un contexte juridique, il est important de se poser la question de savoir quels sont les termes les plus adéquats à la situation, tout en gardant à l'esprit qu'il existe un très grand

nombre de situations médicales différentes que peuvent présenter les personnes intersexes. Il est donc important d'employer des termes les plus « larges » possibles afin d'éviter l'exclusion non-volontaire de certaines situations médicales.

Le terme « intersexe », on l'a dit, est un terme préféré par les associations militantes en la matière alors que le terme « DSD », en français : « troubles du développement sexuel » est préféré par les médecins. Le terme « intersexe » a l'avantage de correspondre à la volonté des militants intersexes. Par contre, il s'agit d'un terme qu'il faudra définir juridiquement, du moins un minimum.

Quant au terme « troubles du développement sexuel », développé par les médecins, nous l'avons expliqué, il n'est pas du tout accepté par les militants. Certains auteurs, quant à eux, ont évolué dans cette réflexion et ont tenté de trouver un autre terme que « troubles » ou « *disorder* ». L'expression « variation du développement sexuel » a été proposée¹²². Le terme « troubles » n'est pas la plus adéquate étant donné que toutes les situations d'intersexualité ne correspondent pas à un trouble que l'on peut qualifier de « maladie », c'est-à-dire une déficience fonctionnelle provoquant une souffrance. La notion de « *differences of sex development* » ou de « *Besonderheiten/Varianten der Geschlechtsentwicklung* » (« particularités/variations du développement sexuel ») a donc été proposée dans la littérature scientifique¹²³. La notion de « trouble ou variation du développement sexuel », en plus d'avoir le désavantage d'être refusée par les militants intersexes, renvoie à des termes médicaux qui auront probablement comme conséquence d'exclure certaines formes d'intersexualité. Par exemple, les personnes présentant le syndrome de Turner ou de Klinefelter sont considérées par les médecins comme des personnes en bonne santé et qu'il n'y a pas lieu d'opérer. Néanmoins, si l'une de ces personnes se sent intersexe (et la réalité biologique est telle que son caryotype est ambigu), nous ne pouvons l'exclure de notre définition.

Il semble finalement que le terme « intersexe » soit le terme le plus adéquat dans une optique de proposition de loi. D'une part, parce que le mot « intersexe » est un mot largement utilisé en la matière et préféré des ASBL militantes dans le domaine et d'autre part, parce qu'il semble que l'expression « variation du développement sexuel » ne permet pas de savoir immédiatement de quoi on parle. De plus, si l'on veut établir une comparaison, la loi relative à la transsexualité parle bien de personnes transsexuelles, notion largement connue du public et qui n'est pas considérée comme stigmatisante.

¹²² Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 8.

¹²³ *Ibidem*.

Une autre question se pose également : est-il judicieux de préciser la définition de ce qu'est un intersexe ? Pour une comparaison, la loi relative à la transsexualité ne définit pas ce qu'est une personne transsexuelle. Elle se borne à énoncer les conditions que doivent remplir les transsexuels pour changer la mention de leur sexe à l'état civil. Pourtant, dans la proposition de loi de départ, une définition avait été rédigée par les auteurs et fixait notamment les exigences minimales à respecter pour le traitement de la transsexualité¹²⁴. Tous les intervenants, lors des débats parlementaires, se sont accordés à l'égard de cette définition, pour dénoncer cette immixtion du droit dans la sphère médicale. Le législateur a donc renoncé à fixer une définition de la transsexualité¹²⁵.

Il semble donc qu'une définition trop détaillée de ce qu'est l'intersexualité soit, à la fois, une immixtion du droit dans la sphère médicale mais également une source de difficultés dans la pratique. En effet, si l'on se cantonne à définir l'intersexualité par des précisions médicales, il est probable que certaines situations médicales soient exclues de la définition et qu'il soit difficile pour les juristes d'analyser ces conditions.

Néanmoins, la notion d' « intersexualité » est bien moins connue que la notion de transsexualité. La solution la plus adéquate serait donc de définir la notion de manière simplifiée, globale et sans aucune précision médicale.

La seule référence aux intersexes dans notre droit est celle qui se trouve à l'article 57 du Code civil. Cet article parle « des enfants souffrant d'ambiguïté sexuelle ». Aucune critique n'a été émise à l'égard de ce vocabulaire. Il s'agit d'un terme assez large qui peut comprendre un grand ensemble de possibilités. Néanmoins, le terme « souffrir » n'est pas un mot qui est en accord avec la pensée des personnes intersexes, puisque, si l'on souffre, c'est forcément qu'il faut intervenir et soigner la « maladie ». On pourrait dès lors définir les intersexes comme des « personnes (en ce compris enfant) naissant avec une ambiguïté sexuelle ». La notion « d'ambiguïté sexuelle » est large puisque, comme nous l'avons expliqué au début de notre exposé, le sexe peut être défini à la fois dans un sens biologique et chromosomique, cela

¹²⁴ Proposition de loi relative à la transsexualité, Proposition, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°0903/001, p. 9 ; Art. 2 de la dite proposition : « *Est considéré comme transsexuel, au sens strictement médical, toute personne qui souffre d'une insatisfaction en raison de son sexe anatomique sans qu'il s'agisse d'intersexualité physique et qui souhaite être libérée de ses caractéristiques sexuelles primaires et secondaires au moyen de traitements hormonaux et d'un traitement chirurgical reconstructif et vivre, en permanence et sans être remarquée, conformément à l'autre rôle sexuel. Cette dysphorie de genre doit persister, de façon durable et ininterrompue, pendant au moins deux ans* ». Nous pouvons voir que l'idée de départ, dans cette proposition, était d'exclure les intersexes de cette simplification de procédure de changement de sexe à l'état civil.

¹²⁵ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 74.

couvre une infinité de situations médicales. La notion « d'ambiguïté », quant à elle, n'est pas stigmatisante et est relativement large. Enfin, le terme « naissant » explique bien qu'il s'agit de personnes nées avec cette situation médicale et non pas de personnes qui, par exemple, suites à de nombreuses opérations de réassignation sexuelle, ont des organes génitaux ambigus.

Section 2. Le choix du sexe de l'enfant intersexe

Nous avons vu qu'une première faille de la pratique actuelle est la détermination du sexe de l'enfant. Qui est habilité à prendre une telle décision ? Les parents, les médecins ? Il s'agit d'une décision d'une importance cruciale à prendre à l'égard d'un mineur. Nous allons analyser ce type de décision qu'est le choix du sexe d'un enfant mineur et nous nous positionnerons sur la manière dont, selon nous, les choses devraient se passer face à la naissance d'un enfant intersexe.

A. L'opportunité de déterminer le sexe de l'enfant

Nous sommes dans un système social, politique et juridique où le sexe est binaire. On est soit homme, soit femme. Cela est déterminé à la naissance et fait partie de l'état d'une personne mais il peut également arriver qu'une personne choisisse et déclare son sexe lorsqu'elle a la conviction intime d'appartenir au sexe opposé au sien. Dans tous les cas, ces personnes passent du sexe masculin au sexe féminin et vice versa. Il n'existe pas d'autre solution en Belgique. Lorsqu'un enfant naît avec une ambiguïté sexuelle, nous lui attribuons un sexe le plus rapidement possible pour plusieurs raisons.

Premièrement, pour des raisons pratiques. En effet, les parents, lorsque leur enfant naît, n'ont d'autres choix que de le déclarer à l'état civil dans les quinze jours de l'accouchement. L'acte de naissance énonce le jour, l'heure, le lieu de la naissance, *le sexe*, le nom et les prénoms de l'enfant¹²⁶. Pour le cas particulier de l'enfant intersexe, les parents disposeront d'un délai de trois mois. On le comprend, si ce n'est dans les quinze jours mais dans les trois mois, il faudra à un moment déclarer le sexe de l'enfant. Dans notre système législatif actuel, il n'est donc pas possible de ne pas déclarer le sexe de l'enfant à l'état civil. Nous verrons à la section 5 les possibles réformes concernant la mention du sexe sur l'acte de naissance.

¹²⁶ Code civil, art. 57, 1°.

Deuxièmement, pour des raisons sociales. Il est difficile d'imaginer, dans le système occidental qui est le nôtre, que l'enfant qui ne sait pas s'il est une fille ou un garçon, puisse s'intégrer à l'école ou s'identifier à son père ou sa mère. En effet, grossièrement, à l'école, les filles jouent d'un côté et les garçons de l'autre. Les toilettes sont séparées¹²⁷, les vestiaires sont séparés également. L'on peut donc se demander s'il serait possible qu'un enfant puisse s'épanouir sans avoir un sexe qui lui aurait été attribué dans notre système social actuel.

Troisièmement, pour des raisons affectives. Avoir un nouveau-né dont le sexe est indéterminé est une grande source de stress pour les parents. Il est donc important de procéder aux différents tests le plus vite possible afin d'attribuer un sexe à l'enfant. « Des périodes prolongées de non-décision font, pense-t-on, courir le risque d'une attribution du sexe chroniquement ambiguë ou inconsistante par la famille, ou du rejet de l'enfant, et de telles conséquences devraient être prévenues par des contacts fréquents avec la famille, la surveillance de l'adaptation de la famille et le conseil »¹²⁸.

Nous partons donc du postulat, dans cette section, que l'enfant doit avoir un sexe qui sera déclaré à l'officier de l'état civil. La section 5 de ce chapitre développera d'autres solutions juridiques quant à la déclaration du sexe à l'état civil.

B. Qui est habilité à déterminer le sexe de l'enfant ?

En pratique, lorsqu'un enfant vient de naître, la première information que les médecins fourniront aux parents est le sexe de l'enfant. C'est cette information que les parents communiqueront à leur tour à l'officier de l'état civil. Le sexe de l'enfant se détermine donc sur base de l'aspect extérieur des organes génitaux de l'enfant. La pratique, lorsqu'un enfant naît avec une ambiguïté sexuelle est, par contre, de déterminer le sexe de l'enfant sur base de différents tests et en tenant compte de différents critères, notamment : son caryotype, l'aspect de ses organes génitaux, la manière dont le corps va se développer à la puberté, les possibilités de chirurgie, la fertilité potentielle et la capacité du fonctionnement sexuel¹²⁹. Il s'agit donc d'analyses pratiquées par les médecins. Les parents seront alors associés à cette

¹²⁷ Notons néanmoins que Liesbeth Homans, ministre flamande en charge de l'Egalité des chances, a indiqué que l'on pourrait, dans l'avenir, installer des toilettes neutres dans les bâtiments officiels de Flandre pour que les transgenres puissent se sentir à l'aise. Un logo spécial pourrait être affiché sur les portes des toilettes indiquant que chacun peut les utiliser. LE VIF, « WC hommes, WC femmes... la Flandre veut aussi des WC transgenres », 9 juillet 2015, disponible sur <http://www.levif.be>.

¹²⁸ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), pp. 340 et 341.

¹²⁹ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 340.

démarche et s'en remettent à l'avis des médecins sur leur enfant. Nous avons vu également que, dans certains cas, il arrive que les médecins s'en remettent aux parents et leur laissent le choix du sexe de l'enfant. Mais finalement, qui est réellement habilité à déterminer le sexe d'un enfant lorsque celui-ci est ambigu ?

1. Les médecins

Les médecins sont d'une grande aide dans la détermination du sexe de l'enfant présentant une ambiguïté sexuelle. Ce sont peut être les seules personnes à avoir un avis objectif et spécialisé concernant l'intersexualité d'un enfant. Néanmoins, aucune législation belge ne semble donner un aussi grand pouvoir aux médecins que de déterminer le sexe d'un enfant qui a des organes génitaux ambigus. En effet, les médecins ne déclarent le sexe de l'enfant que sur base des organes génitaux. Les parents sont tout aussi habilités à déterminer le sexe d'un enfant de cette manière. L'avis des médecins concernant l'aspect médical de l'intersexualité est le plus pertinent mais l'on ne peut conclure à un « droit » des médecins à choisir le sexe de l'enfant naissant avec une ambiguïté sexuelle.

2. Les parents

Les parents – ou plutôt les titulaires de l'autorité parentale – exercent les droits du mineur à sa place. En effet, le mineur est incapable d'exercer ses droits tant qu'il n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans¹³⁰. Dans le domaine particulier du droit de disposer de son corps, la loi sur les droits du patient¹³¹ dispose : « si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur »¹³². La loi relative à la transsexualité du 10 mai 2007 prévoit, quant à elle, que le mineur transsexuel sera assisté de ses parents ou de son représentant légal¹³³. Néanmoins, la loi relative à la transsexualité est un cas particulier et ne semble pas pouvoir s'appliquer au nouveau-né étant donné qu'il n'a encore aucune volonté. Il est en tout cas clairement établi que les parents exercent les droits de l'enfant mineur¹³⁴, exercice d'autant plus important

¹³⁰ Code civil, art. 488 et 1124.

¹³¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

¹³² Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, art. 12.

¹³³ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2, al. 2.

¹³⁴ Code civil, art. 372.

lorsque cet enfant mineur vient de naître. Il s'agit du droit des deux parents, même si ceux-ci sont séparés¹³⁵.

Le problème qui se pose est de savoir si les parents d'un enfant intersexe sont les personnes les plus habilitées et les plus qualifiées pour prendre une décision concernant le sexe de leur enfant. D'une part, parce qu'un nouveau-né intersexe est une source de stress pour les parents et qu'il s'agit d'une situation médicale qu'ils ne connaissent bien souvent pas, et, d'autre part, parce qu'il s'agit d'un droit de la personnalité assez particulier. En effet, le sexe est un droit assez personnel dont finalement, seul l'enfant peut être maître de ce choix. Mais lorsque l'enfant vient de naître, il ne peut exercer ses droits, il n'a aucune volonté, ce sont ses parents qui prennent les décisions à sa place. Nous pouvons donc conclure que, légalement, le droit d'attribution du sexe appartient à l'enfant mais est exercé par les parents exerçant l'autorité parentale sur l'enfant. Ce sont d'ailleurs eux qui déclareront ce sexe à l'officier de l'état civil.

3. L'association des parents et de l'équipe pluridisciplinaire

Il semble primordial que les parents ne prennent cette décision que sur base de l'avis d'experts spécialisés en la matière. En Belgique, il s'agit de l'équipe pluridisciplinaire DSD de la Clinique Universitaire de Gand. Ce sont ces experts, et uniquement eux, qui analyseront la situation médicale de l'enfant et qui seront le plus à même d'y répondre. Nous avons vu qu'à l'heure actuelle, la pratique est telle que les médecins ont la main mise sur cette décision face à des parents bouleversés et peu informés. Il faut donc absolument poser un cadre juridique à cette prise de décision.

Si l'on veut qu'un système fonctionne correctement, il faut tout d'abord imposer, à tout corps médical, d'envoyer l'enfant à propos de qui on a des doutes sur le sexe à la Clinique Universitaire de Gand qui prendra alors en charge.

Selon nous, les parents et le corps médical devront prendre cette décision d'un commun accord. On ne peut arriver à une situation telle que les parents déclarent leur enfant de sexe féminin alors même que l'équipe pluridisciplinaire pense que le sexe masculin est le plus approprié et semble être le « genre de l'enfant ». Nous pourrions alors imaginer qu'il soit indiqué à l'article 57 du Code civil qu'une déclaration émanant de l'équipe pluridisciplinaire et des titulaires de l'autorité parentale, lorsque ces derniers déclarent l'enfant trois mois après

¹³⁵ Code civil, art. 373, al. 1.

l'accouchement, contiennent la décision d'attribution du sexe de l'enfant et qu'elle soit remise à l'officier de l'état civil en guise de contrôle.

Pour organiser un tel système, il faudra alors que les parents soient associés le plus possible aux démarches qu'entreprennent les médecins.

En Suisse, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine s'est d'ailleurs prononcée sur ce point. Elle propose que la situation complexe soit expliquée aux parents « de façon complète, compréhensible et sans parti pris, notamment au moyen d'évaluations scientifiquement étayées (instruments d'évaluation) [...] Le type de conseils donnés ayant une influence déterminante sur la prise de décision, un équilibre doit être trouvé entre les explications de nature médicale et les conseils non médicaux. Il convient en outre de s'assurer que les informations communiquées ont été correctement comprises »¹³⁶. Elle explique également qu'il est extrêmement important qu'un conseil et un accompagnement soient organisés tant à l'égard des parents que de l'enfant et qu'ils portent notamment sur :

- « un diagnostic le plus précis possible, étayé par des analyses génétiques et mentionnant aussi les aspects sains de l'enfant ;
- des informations sur les besoins, les possibilités et les risques thérapeutiques ;
- des précisions sur les risques et les problèmes de santé susceptibles de se poser en raison du DSD ;
- des informations sur les questions juridiques, notamment en ce qui concerne l'inscription du sexe et la possibilité de la modifier ultérieurement ;
- des précisions sur les difficultés liées au développement physique et psychique à la puberté et à l'âge adulte, ainsi que sur l'attitude à adopter par rapport aux attentes sociales en matière d'identité sexuelle, par rapport à l'environnement social et sur les questions d'éducation ;
- des informations sur les risques lors des futures grossesses ;
- des renseignements sur les offres de soutien complémentaire que constituent les groupes d'entraide et les ressources accessibles sur Internet »¹³⁷.

Un soutien professionnel attentif et individualisé devrait donc être proposé aux parents. Cette décision sur l'attribution du sexe de l'enfant sera alors la plus objective possible. L'équipe pluridisciplinaire fera tous les examens nécessaires afin de déterminer le genre qui semblera

¹³⁶ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 12.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 11.

être le plus adapté pour l'enfant. Elle expliquera alors aux parents toutes les précisions et conséquences sur le développement et la santé de l'enfant. Les parents seront là pour mettre un point final à ces examens et prendre une décision en prenant en compte le meilleur intérêt de leur enfant. Il est en tout cas indispensable que cette équipe pluridisciplinaire, telle qu'elle existe aujourd'hui, fonctionne main dans la main avec les parents de l'enfant.

Il semble judicieux qu'une personne fasse le lien entre les parents et les médecins. En effet, les parents peuvent parfois avoir du mal à accorder leur confiance au corps médical et il est important que cette décision ne soit pas purement médicale. Nous pourrions imaginer qu'un médiateur neutre et agréé, qui ne fait pas partie de l'équipe pluridisciplinaire, soit présent lors de ces discussions et s'assure que la décision concernant l'attribution d'un sexe à l'enfant, soit pleinement éclairée et prise d'un commun accord. Émanera de cette discussion un accord, signé par toutes les parties et par ce médiateur agréé et transmis ensuite à l'officier de l'état civil lors de la déclaration du sexe de l'enfant trois mois après sa naissance.

Pour le cas où l'équipe pluridisciplinaire et les parents n'arrivent pas à tomber sur un accord (par exemple, les parents n'écoutent pas les conseils de l'équipe pluridisciplinaire et semblent vouloir attribuer un sexe à l'enfant sans même tenir compte de l'intérêt de leur enfant), nous pourrions alors imaginer l'existence d'une Commission supérieure DSD, composée d'experts ayant les mêmes professions que les experts composant l'équipe DSD ainsi que de plusieurs intersexes qui sont les plus à même de savoir ce que vivent ces personnes.

Il semble, par contre, risqué d'imposer des critères à prendre en compte dans le cadre de l'attribution du sexe de l'enfant. Il existe beaucoup trop de situations médicales différentes pour en faire une généralité. D'autant plus que la pratique actuelle semble tout à fait adéquate : les différents tests pratiqués par l'équipe DSD actuellement permettent de connaître au mieux la situation médicale de l'enfant. Le seul critère que l'on pourrait imposer aux parents et au corps médical est de prendre en compte l'intérêt de l'enfant. Mais quel est cet intérêt ? Doit-on prendre en compte ses intérêts présents ou ses intérêts de futur adulte ? Il semble, selon nous, que la meilleure manière de prendre en compte l'intérêt de l'enfant est de tenir compte à la fois de son intérêt actuel et de ses intérêts futurs¹³⁸. Si certains critères seront satisfaisants pour l'enfant pendant son jeune âge, ce critère ne le sera peut être plus quand il sera adulte et vice versa. Alors que l'enfant préférera un rôle de l'identité de genre stable, la conformité et des relations non perturbées avec ses pairs, l'adolescent, quant à lui,

¹³⁸ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 13.

préférera l'authenticité, l'indépendance et le droit de choisir librement ses relations¹³⁹. Prenons un exemple : les médecins et parents souhaitent garder l'utérus d'un enfant intersexe et donc en faire une fille car cet enfant pourra avoir, plus tard, des enfants. Si ce critère de procréation n'est pas important pour l'enfant, ce critère prend beaucoup plus d'importance du point de vue du futur adulte. Les critères à prendre en compte sont donc nombreux et variables selon l'âge auquel on analyse l'intérêt de l'enfant. Une vue globale de cet intérêt sera donc plus que judicieuse mais il semble, en tout état de cause, que le droit ne peut s'immiscer plus profondément dans cette pratique. Les critères que l'équipe pluridisciplinaire et les parents prendront en compte devront en tout cas être mis en balance pour une meilleure décision du sexe de l'enfant.

Finalement, notre proposition est celle-ci : si la Belgique décide de légiférer en la matière, il est important qu'elle impose que tout enfant dont le sexe est ambigu soit envoyé à la Clinique Universitaire de Gand et pris en charge par une équipe pluridisciplinaire. Le choix du sexe de l'enfant devra être pris d'un commun accord entre les parents de l'enfant et l'équipe pluridisciplinaire. Un médiateur agréé fera le lien entre les parties afin d'aboutir à un accord qui devra être donné à l'officier de l'état civil lors de la déclaration du sexe de l'enfant.

C. L'attribution d'un sexe d'un enfant à un âge plus avancé

Une autre question à laquelle il est essentiel de répondre est la question de savoir ce qu'il faut faire si l'on découvre l'intersexualité d'un enfant à un stade plus avancé, c'est-à-dire une fois que son sexe a été déclaré à l'officier de l'état civil, donc, dans les faits, lorsqu'il a plus de trois mois. Avec un système tel que développé au point B, il semble que la plupart des enfants intersexes dont l'intersexualité est visible à la naissance, seront pris en charge par l'équipe DSD. Par contre, nous pouvons imaginer la situation d'un enfant qui serait né en dehors de structures médicales ou encore d'un enfant dont l'intersexualité n'est pas visible (par exemple le syndrome de persistance des canaux de Müller (SPCM) ou « homme à utérus »). Dans ce cas, le diagnostic intersexe interviendra plus tard et la question de la réassignation du sexe sur un mineur peut se poser. Néanmoins, ne serait-ce pas compliquer les choses que de réassigner un sexe à un enfant alors même que celui-ci aurait vécu les premiers mois voire les premières années de son existence en tant que garçon ou fille et éduqué comme

¹³⁹ C. WIESEMANN, S. UDE-KOELLER, G.-H. SINNECKER ET U. THYEN, « Ethical principles and recommendations for the medical management of differences of sex development (DSD)/intersex in children and adolescents », *Eur. J. Pediatr.*, 2010, p. 673.

tel. Selon certains auteurs « le développement de l'identité de genre commence bien avant l'âge de 30–36 mois et l'âge le plus précoce auquel il peut être valablement évalué est encore objet de recherche. On doit considérer avec prudence l'âge de 18 mois couramment accepté comme la limite supérieure pour une réassignation du genre imposée et s'y tenir »¹⁴⁰. Nous pouvons donc comprendre que lorsque l'on se pose la question de « réattribution du sexe », on se pose en réalité la question de « réattribution du genre ». L'identité de genre d'un enfant est perceptible aux environs de deux ans et semble solidement fixée autour de quatre ans. A cet âge, les enfants connaissent la différence des sexes basée sur l'anatomie des organes génitaux qui importe plus que leur nom, leurs habits et leurs comportements¹⁴¹. « L'idée que le genre est constant ne sera établie que vers six ans. L'enfant sait que son identité de garçon ou de fille a quelque chose à voir avec ses organes génitaux, mais il ne pourra assumer de le dire que plus tard, pour des raisons plus affectives que cognitives »¹⁴².

Ne devrait-on pas alors attendre de voir comment cet enfant évolue et quelles sont ses demandes puisque déjà à un très jeune âge il se rend compte de son identité de genre? Il apparaît que dans une telle situation, laisser l'enfant évoluer dans le genre qui lui correspond sera la meilleure solution pour lui. Nous pourrions alors imaginer que l'équipe DSD¹⁴³ suive chaque enfant intersexe jusqu'au moins sa majorité. Nous pourrions alors légiférer sur ce suivi et imposer un suivi à concurrence de minimum une fois par an. Ce suivi permettrait, à la fois, de bien mettre au courant l'enfant de sa situation médicale (ce qui n'a pas été fait pendant de très nombreuses années et qui ne semble toujours pas être fait aujourd'hui) mais également de le suivre dans sa démarche au cas où il ne se sentirait pas à l'aise avec le genre qui lui aura été attribué à la naissance.

En tout état de cause, une fois qu'un sexe a été assigné et déclaré à l'état civil, il semble qu'un changement juridique de sexe ne doive se faire qu'à la demande du mineur, avec l'assistance de ses parents. Nous analyserons à la section 5 les possibilités que l'on pourrait offrir au mineur et à l'adulte intersexe, afin de changer facilement la mention de son sexe à l'état civil ainsi que de changer son prénom.

¹⁴⁰ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 341.

¹⁴¹ M.-L. BOURGEOIS, « La différenciation des sexes et des genres. 1. Aspects biologiques », *Annales Médico-psychologiques*, Volume 166, Issue 9, November 2008, p. 760.

¹⁴² C. CHILAND, *op. cit.* (voy. note 6), p. 329.

¹⁴³ Notamment les psychologue et sexologue.

Section 3. Les opérations sur les enfants intersexes

La pratique qui induit le plus de discussions et de débats est la chirurgie génitale. Certains enfants intersexes requièrent une intervention chirurgicale pour des raisons médicales urgentes (par exemple : l'hyperplasie surrénale congénitale). La chirurgie est également pratiquée pour faciliter ultérieurement les relations sexuelles et même parfois rendre la conception et l'insémination possibles. Cependant, dans la plupart des cas, la chirurgie génitale est faite pour des raisons psychosociales afin de confirmer le genre assigné par l'apparence génitale et d'aider à développer une image du corps typique du genre¹⁴⁴. Les militants intersexes et les cliniciens expérimentés, nous l'avons vu, ont des avis totalement divergents sur le sujet.

Les militants sont fermement opposés aux interventions chirurgicales et hormonales précoces¹⁴⁵. Selon eux, de telles interventions rendent des enfants nés en bonne santé malades jusqu'à la fin de leur vie. Certains intersexes développent des maladies à cause de toutes ces opérations. Les intersexes à qui l'on prescrit de l'œstrogène sont en surpoids car cette hormone multiplie les cellules graisseuses. La plupart d'entre eux n'ont plus d'envies sexuelles et certaines opérations ont pour conséquence l'absence de sensations sexuelles. Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels, nous explique que les médecins ont tendance à avoir une vision du genre féminin et masculin assez exagérée en ce sens que si l'on fait d'une personne intersexe une fille, ils feront en sorte de lui prescrire des hormones assez fortes afin d'avoir un énorme développement mammaire et de ce fait, d'en faire une « vraie fille »¹⁴⁶. Finalement, la demande des militants est claire : les interventions chirurgicales et hormonales précoces doivent être supprimées. Ces interventions ne doivent intervenir que lorsque le sujet est en âge de les demander lui-même et de choisir son sexe. La difficulté sera alors de déterminer quelles sont les interventions nécessaires pour la santé de l'enfant¹⁴⁷.

Quant au corps médical, son avis a évolué avec le temps. Au départ, ces enfants naissant avec une ambigüité sexuelle devaient être « normalisés » le plus vite possible. La sage-femme ou le médecin tranchait et l'enfant était alors opéré. Les enfants, ni même les

¹⁴⁴ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 342.

¹⁴⁵ Interview du 2 avril 2015, de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ C. CHILAND, *op. cit.* (voy. note 6), p. 331 ; Interview du 2 avril 2015, de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone ; ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « Positions officielles de l'OII », p. 48 disponible sur www.intersexualite.org/Curtis-fr.html ; C. O'DEA, « Contre les opérations forcées », disponible sur www.genrespluriels.be.

parents, n'étaient réellement au courant de leur situation médicale. On ne savait pas construire un pénis satisfaisant, mais on pouvait créer un néovagin facilement ; on attribuait donc souvent le sexe féminin aux intersexes. Le choix a été souvent de sacrifier la fertilité à la plausibilité de l'apparence et à la possibilité de relations sexuelles¹⁴⁸. Aujourd'hui, nous l'avons vu, de nombreux critères sont pris en compte dans le choix du sexe de l'enfant. Il s'agit d'un choix bien plus réfléchi qu'à l'époque. Les médecins et chirurgiens affirment que les techniques chirurgicales ont fait énormément de progrès¹⁴⁹ mais nous devons encore attendre une dizaine voire une vingtaine d'années avant de pouvoir mesurer les bienfaits de telles opérations sur ces personnes. Les praticiens expérimentés en la matière sont clairs : si l'enfant n'est pas opéré, il sera stigmatisé, mis de côté et ne s'épanouira pas comme les autres enfants¹⁵⁰. Certains expliquent que « le fait même de l'ambiguïté génitale peut contribuer à retarder l'initiation sexuelle, et certains patients peuvent ne jamais atteindre ce stade du développement »¹⁵¹.

Finalement, aujourd'hui, il est impossible de déterminer le nombre d'intersexes qui ne se plaignent pas de ceux qui sont satisfaits de ces opérations et il n'y a toujours pas de consensus sur la question de la chirurgie précoce.

Plusieurs pays ont pris position face à cette pratique médicale. Nous allons étudier certaines positions et nous finirons par proposer une solution pour la Belgique.

A. La Suisse : la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine

En novembre 2012, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine a rédigé un rapport sur l'attitude à adopter face aux variations du développement sexuel¹⁵². Cet avis consultatif au sujet de l'intersexualité a suscité énormément de joie au sein la communauté intersexe. En effet, la Commission a recommandé aux médecins de mettre fin à toute opération d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes sans leur consentement.

Elle dit à ce propos : « La commission plaide fermement pour que les enfants puissent prendre part, en fonction de leur maturité, aux décisions relatives à des traitements médicaux avant même qu'ils soient capables de discernement, et qu'il soit tenu compte de leur avis autant que

¹⁴⁸ C. CHILAND, *op. cit.* (voy. note 6), p. 330.

¹⁴⁹ Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *op. cit.* (voy. note 65), p. 342.

¹⁵² Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21).

possible »¹⁵³, il en va du respect de ses droits les plus fondamentaux. Elle continue par dire que le corps médical devra se demander de quels organes génitaux (hormis les fonctions de l'appareil urinaire) un enfant a vraiment besoin, à quel âge, et quelles conséquences les interventions auront sur la santé physique et psychique de l'enfant (et lorsqu'il sera adolescent/adulte)¹⁵⁴. Tout traitement doit être soigneusement fondé d'autant plus qu'un sexe créé par opération d'assignation sexuelle n'est pas comparable au sexe que l'on a naturellement. De plus, les traitements de ce type sont souvent fondés dans le but d'intégrer l'enfant dans son environnement familial et social. Un tel but, selon la Commission, est contraire au bien de l'enfant, sans compter qu'il n'est pas garanti que le but supposé – à savoir l'intégration de l'enfant – soit finalement atteint¹⁵⁵.

Le principe est donc celui-ci : « aucune décision significative visant à déterminer le sexe d'un enfant ne devrait être prise avant que cet enfant puisse se prononcer par lui-même dès lors que le traitement envisagé entraîne des conséquences irréversibles et peut être reporté. Cela comprend les opérations d'assignation sexuelle pratiquée sur les organes génitaux et d'ablation des testicules ou des ovaires lorsqu'elles ne présentent aucun caractère d'urgence médicale »¹⁵⁶. Dès lors que l'enfant consent lui-même au traitement médical, lorsqu'il est capable de discernement, ses parents n'ont aucun droit de veto sur ses décisions¹⁵⁷.

Mais quand un enfant est-il capable de discernement ? Selon la Commission : « Une personne est capable de discernement lorsqu'elle a la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, celle d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté, et celle de résister normalement à une influence à laquelle elle est effectivement soumise »¹⁵⁸. En Suisse, on estime qu'un enfant est capable de discernement entre dix et quatorze ans. Certaines études ont même montré que des enfants peuvent prendre des décisions raisonnables concernant des traitements médicaux avant même l'âge de dix ans. Notons que cette faculté accordée à l'enfant doit croître graduellement et qu'elle se détermine en fonction de la sévérité de l'intervention et de ses conséquences¹⁵⁹.

¹⁵³ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 14 et 15.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 13.

La Commission est claire : il faut pousser les médecins à ne pas opérer les enfants sans obtenir au préalable leur consentement. Font exception à ce principe les interventions médicales urgentes visant à prévenir des atteintes sévères à l'organisme et à la santé¹⁶⁰. La Commission pense même à examiner les conséquences juridiques des interventions illicites pratiquées durant l'enfance de même que les questions pénales comme l'applicabilité des délits de lésions corporelles ou l'interdiction de la mutilation des organes génitaux¹⁶¹.

Il ne s'agit néanmoins que d'une recommandation. Certains médecins se conforment à la recommandation et décident de ne pas opérer les enfants tant qu'ils ne sont pas assez âgés pour donner leur consentement tandis que la majorité continue à pratiquer ces opérations de réassignation sexuelle¹⁶².

B. L'Allemagne : Le Comité d'éthique allemand

Le Comité d'éthique allemand a, lui aussi, pris position face à la problématique de la chirurgie génitale, en publiant une opinion sur l'intersexualité¹⁶³.

Concernant l'objectif de la chirurgie génitale, elle est pratiquée afin de permettre à l'enfant de se réaliser une identité sexuelle stable. Une prescription médicale ne peut, en aucun cas, être prévue pour une question d'adaptation sociale de l'enfant (termes proches de la Suisse). D'autant plus que cette adaptation n'est jamais garantie. Certains rapports montrent même que les enfants sont souvent ouverts d'esprit face à la différence des autres enfants¹⁶⁴.

De même, les traitements hormonaux ne sont pas destinés à éliminer une pathologie de l'enfant mais bien à entraîner des changements physiques et psychologiques chez ce dernier : notamment la croissance de la barbe ou des seins. De tels traitements peuvent alors entraîner des pathologies telles que l'ostéoporose¹⁶⁵.

Les interventions chirurgicales opérées sur les mineurs qui n'ont pas le discernement requièrent, en pratique, le consentement des parents qui ont le droit de prendre soin de leur enfant¹⁶⁶. Par contre, le principe selon lequel le bien-être de l'enfant doit être une

¹⁶⁰ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 20.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶² I. EICHENBERGER, « Le "troisième sexe" lutte pour conquérir sa place », 23 janvier 2013, disponible sur <http://www.swissinfo.ch>.

¹⁶³ DEUTSCHER ETHIKRAT, « Intersexuality – opinion », 23 february 2012, on www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 143.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 139 et 140.

considération primordiale donne lieu à une restriction des mesures médicales auxquelles les parents peuvent consentir¹⁶⁷. Des mesures médicales, telles que la chirurgie génitale, sont à ce point personnelles que seules les personnes concernées peuvent vraiment évaluer l'importance de leurs droits et de leurs corps. Le Comité pense que cette décision doit toujours être laissée à l'enfant¹⁶⁸.

Certaines interventions – comme la gonadectomie – induisent l'élimination de la fertilité alors qu'il s'agit d'un droit fondamental protégé par la Constitution allemande. La loi prévoit d'ailleurs que les parents ne peuvent consentir à une stérilisation ou castration de leur enfant¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

L'opinion qui prévaut est que les parents peuvent valablement donner leur consentement à la chirurgie génitale seulement dans le cas d'une indication médicale impérieuse¹⁷¹. Il faut donc que l'intervention soit urgente ou vitale. Un système légal qui prévoirait des limites au consentement parental semble le plus approprié¹⁷². La décision de traitement appartient donc à l'enfant et, pour le cas où ce dernier n'a pas le discernement, la décision doit tenir compte des avantages médicaux, psychologiques et psychosociaux pour lui tout en respectant le principe directeur qu'est l'intérêt de l'enfant. En cas de doute, de telles opérations devront être reportées jusqu'à ce que la personne concernée puisse prendre une décision seule. En tout état de cause, l'enfant, même s'il n'a pas le discernement doit être impliqué dans toutes les décisions le concernant et ses souhaits devront être pris en compte dans la mesure du possible¹⁷³. Le médecin pourrait alors potentiellement être responsable de sanctions pénales s'il est prouvé qu'il a fait une erreur dans le traitement ou qu'il n'a pas obtenu le consentement de la personne concernée ou de son représentant légal. Ce consentement peut ne pas avoir été obtenu par l'absence d'informations adéquates concernant la situation médicale¹⁷⁴.

Un tel système suppose que les patients et les représentants légaux reçoivent toute information pertinente qui dépendra de la gravité et de la nécessité de l'intervention. Cela induit non seulement la participation d'une équipe interdisciplinaire mais également de personnes

¹⁶⁷ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 142.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 146.

¹⁶⁹ Section 1631c sentence 1 BGB : « *The parents may not consent to a sterilisation of the child. Nor can the child itself consent to the sterilisation. Section 1909 does not apply* », disponible sur http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

¹⁷⁰ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 142.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 145.

¹⁷² *Ibid.*, p. 157.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 164.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 153.

intersexuées¹⁷⁵. Un soutien psychologique devrait également être accordé aux personnes intersexes ainsi qu'aux parents. Néanmoins, le Comité doute qu'un système légal puisse permettre à la fois une sécurité juridique et prenne en compte de manière adéquate la particularité des personnes intersexuées car l'intersexualité vise énormément de situations médicales différentes¹⁷⁶.

Ce rapport est très étayé et développé mais aucune loi n'a encore été élaborée en la matière. Mentionnons néanmoins un cas de jurisprudence, devant le tribunal de Cologne, qui a reconnu la souffrance subie par une personne intersexe qui avait été soumise à une chirurgie génitale trente ans plus tôt sans aucune information et sans son consentement. Le tribunal a accordé à cette personne 100.000 euros de dommages et intérêts¹⁷⁷.

Le Comité a également publié certains articles concernant l'intersexualité dont notamment l'avis d'un médecin¹⁷⁸. Jorg Woweries, un médecin s'occupant principalement des soins des nouveaux-nés, explique son point de vue dans cet article. Il explique qu'il est important qu'un pédiatre examine de près un enfant intersexe mais qu'à partir du moment où il peut exclure une maladie mortelle, il n'a pas à opérer. Les médecins devraient alors renseigner les parents sur comment et où pouvoir obtenir de l'aide afin d'être informés le mieux possible – notamment près de groupes d'entraide. Aucune étude ne prouve que la chirurgie précoce soit nécessaire ni même que le report de la chirurgie soit nocif. Il existe également des études qui montrent que les jeunes sont en mesure de gérer leur spécificité et leur traitement mais pas toujours de manière positive. Le soutien à apporter aux intersexes est un soutien professionnel mais non chirurgical, complet et de qualité. La question de ces interventions est une question qui concerne l'enfant et les parents ne sont pas habilités à prendre une telle décision¹⁷⁹.

C. Malte : L'adoption d'une loi

Malte a fait un pas supplémentaire, en comparaison avec la Suisse et l'Allemagne, puisqu'elle a adopté le 1^{er} avril 2015 une loi qui valide les droits humains des personnes

¹⁷⁵ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 149 et 158.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 157.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 136 and 137.

¹⁷⁸ J. WOWERIES, « Die Befreiung aus den medizinischen Denksystemen », 28. Juli 2011, auf www.diskurs.ethikrat.org/.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

transgenres et intersexuées et les protège contre la discrimination¹⁸⁰. Cette loi interdit toute intervention chirurgicale inutile sur les caractères sexuels d'une personne sans son consentement, ce qui fait de Malte le premier pays au monde à adopter une telle disposition¹⁸¹. Cette loi prévoit l'interdiction de telles interventions sur un mineur pour le cas où ces interventions/traitements peuvent être reportées jusqu'à ce que la personne puisse donner son consentement éclairé¹⁸².

Elle autorise, par contre, dans des circonstances exceptionnelles, qu'un traitement soit effectué, avec l'accord de l'équipe interdisciplinaire et les titulaires de l'autorité parentale, sur le mineur qui n'est toujours pas en mesure de donner son consentement. Elle ajoute encore que cette permission exceptionnelle, si elle est pratiquée pour des raisons sociales, sans le consentement de la personne, sera considérée comme violant la loi¹⁸³.

Ce qui est également intéressant, c'est que la loi maltaise prévoit qu'une équipe interdisciplinaire s'occupera de l'enfant. Nous avons déjà développé à quel point il était important qu'une telle équipe prenne en charge ces situations médicales. Au sujet de l'équipe interdisciplinaire, la loi pose comme principe qu'elle sera nommée par le Ministre pour une durée de trois ans, renouvelable une fois et sera composée de professionnels que le Ministre considère comme « appropriés », compétents¹⁸⁴. Cette équipe interdisciplinaire devra être composée de trois experts dans les questions relatives aux droits de l'homme, de trois

¹⁸⁰ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015.

¹⁸¹ A.GESSLING, « Transgenre et intersexes : Malte donne l'exemple », 2 avril 2015, disponible sur www.360.ch.

¹⁸² The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (1) : « *It shall be not be lawful for medical practitioners or other professionals to conduct any sex assignment treatment and, or surgical intervention on the sex characteristics of a minor which treatment and, or intervention can be deferred until the person to be treated can provide informed consent*

Provided that such sex assignment treatment and/or surgical intervention on the sex characteristics of the minor shall be conducted if the minor gives informed consent through the person exercising parental authority or the tutor of the minor. ».

¹⁸³ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (2) : « *In exceptional circumstances treatment may be effected once there is an agreement between the Interdisciplinary Team and the persons exercising parental authority or tutor of the minor who is still unable to provide consent : Provided that medical intervention which is driven by social factors without the consent of the individual concerned will be in violation of this Act* ».

¹⁸⁴ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (3 and 4) : « (3) *The Interdisciplinary Team shall be appointed by the Minister for a period of three years, which period may be renewed for another period of three years.*

(4) *The Interdisciplinary Team shall be composed of those professionals which the Minister considers as appropriate* ».

professionnels psychosociaux et de trois experts médicaux¹⁸⁵. La composition de cette équipe est assez vague mais semble néanmoins être satisfaisante.

Enfin, la loi maltaise prévoit que la décision prise par le mineur quant à un traitement médical sera prise avec le consentement des personnes exerçant l'autorité parentale ou de son tuteur. Il n'y a par contre aucune indication pour le cas où les titulaires de l'autorité parentale n'accorderaient pas leur consentement à cette décision. Pour le cas où le mineur a pris la décision de se faire traiter médicalement – avec le consentement des titulaires de l'autorité parentale –, les professionnels devront alors s'assurer de deux choses :

- que les intérêts supérieurs de l'enfant tels qu'exprimés dans la Convention sur les droits de l'Enfant, soient pris en considération de manière primordiale ;
- et dans la mesure du possible, qu'une juste importance soit accordée aux points de vue du mineur au regard de son âge et de sa maturité¹⁸⁶.

Nous pouvons en tout cas retenir que cette loi tente de trouver un juste équilibre entre les opinions divergentes en la matière. Elle interdit les interventions médicales sur l'enfant mineur sans son consentement mais prévoit une exception pour des « circonstances exceptionnelles » qui ne doivent pas être d'ordre social.

D. Organisations européennes

A l'échelle européenne, deux organisations ont pris position concernant cette problématique : l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que le Conseil de l'Europe. Nous allons analyser la prise de position de chacune d'elles.

¹⁸⁵ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 16 (4) : « *The members shall be three experts in human rights issues, three psychosocial professionals and three medical experts* ».

¹⁸⁶ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (5): « *When the decision for treatment is being expressed by a minor with the consent of the persons exercising parental authority or the tutor of the minor, the medical professionals shall:*

(a) ensure that the best interests of the child as expressed in the Convention on the Rights of the Child are the paramount consideration; and

(b) in so far as is practicable, give due weight to the views of the minor having regard to the minor's age and maturity ».

1. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸⁷

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans ce rapport, fait état des différentes législations ou prises de position des pays européens sur la question des interventions chirurgicales précoces.

Au niveau européen, nous l'avons déjà vu, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa Résolution 1952 sur le droit des enfants à l'intégrité physique de 2013¹⁸⁸, invite les Etats membres à veiller à ce que nul ne soit soumis à un traitement médical ou chirurgical cosmétique plutôt que vital au cours de l'enfance¹⁸⁹. Le rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'Organisation des Nations Unies, Juan E. Méndez, a demandé également à tous les états d'abroger toute loi qui autorise de tels traitements médicaux durant la petite enfance. Ces traitements sont d'ailleurs considérés comme des mutilations génitales¹⁹⁰.

Plus particulièrement, l'Allemagne, lors de sa Conférence d'Etat des Ministres pour l'Egalité a rédigé un rapport qui mentionne notamment que la chirurgie génitale est apparentée à des mutilations génitales féminines¹⁹¹. Malte, quant à elle – et nous l'avons vu – a récemment interdit ces traitements médicaux sur les enfants mineurs¹⁹².

En Suède, le Conseil national de la Santé et des affaires sociales (Socialstyrelsen) a élaboré des lignes directrices concernant le traitement des enfants intersexués. Elles précisent que les examens et les interventions chirurgicales génitales ne devraient pas être pratiqués entre l'âge de deux et douze ans. Toutefois, sur le terrain, la chirurgie génitale serait pratiquée avant l'âge de six mois¹⁹³.

L'Autriche et les Pays-Bas se réfèrent à la déclaration de consensus de Chicago dont nous avons déjà parlé. Le problème que pose cette déclaration est qu'elle introduit la notion de « trouble du développement sexuel » pour parler de l'intersexualité, ce qui « pathologise » ces

¹⁸⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), « The fundamental rights situation of intersex people », avril 2015, on www.fra.europa.eu/fr/media/press-releases.

¹⁸⁸ Résolution (CE), n°1952 du 1er octobre 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique, disponible sur www.assembly.coe.int.

¹⁸⁹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.* (voy. note 187), p. 6.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹² *Ibid.*, p. 6.

¹⁹³ *Ibidem*.

situations médicales. Une telle vision de cette problématique peut justifier les interventions médicales afin de « normaliser » le sexe des enfants intersexes¹⁹⁴.

Au Royaume-Uni, en France et en Espagne, il existe des protocoles médicaux spécifiques concernant certains types d'intersexualité¹⁹⁵. Ces protocoles sont en règle générale suivis¹⁹⁶.

Dans vingt et un des Etats membres de l'Union Européenne – dont notamment la Belgique –, la chirurgie génitale sur des mineurs sans leur consentement semble pratiquée alors que chacun dispose d'une législation qui impose le consentement éclairé du patient ou de ses représentants légaux pour une intervention chirurgicale (sauf en cas d'urgence médicale). Dans huit de ces Etats – dont notamment la Belgique – la législation ou la pratique médicale requièrent le consentement du représentant légal, indépendamment de la capacité de l'enfant à prendre une décision. Quatorze Etats membres – dont la Belgique – sont pourvus d'une législation fixant un seuil d'âge à partir duquel l'enfant est présumé avoir le discernement (douze ans en Belgique). Or, tous ces états se laissent une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation du discernement, ce qui leur laisse la possibilité d'imposer des traitements médicaux à des enfants contre leur volonté¹⁹⁷.

L'Agence termine par dire que, dans un tel contexte, les clés déterminantes sont :

- l'âge minimum à partir duquel un enfant est impliqué dans le processus de prise de décision (l'âge de quinze ans semble trop élevé) ;
- le report des interventions qui ne sont pas strictement nécessaires pour sauvegarder la santé de l'enfant ;
- la question de savoir ce qu'il se passe en cas de désaccord entre l'enfant et ses représentants légaux lorsque l'enfant a la capacité de prendre une décision¹⁹⁸.

¹⁹⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.* (voy. note 187), p. 6.

¹⁹⁵ Par exemple en Espagne, il existe des protocoles élaborés par l'association espagnole de pédiatrie (Asociación Española de Pediatría). Un protocole a également été élaboré par l'Association européenne d'urologie. En France, un protocole a été élaboré concernant la gestion de l'hyperplasie congénitale des surrénales dus à la carence en 21-hydroxylase. Ce protocole ne fait néanmoins aucune référence au consentement ; il mentionne simplement que les patients et les parents devraient être accompagnés psychologiquement.

¹⁹⁶ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.* (voy. note 187), pp. 6 et 7.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹⁸ En Italie et en Pologne, la décision sera prise par un tribunal de tutelle. En Lituanie et Lettonie, la décision sera prise par le personnel médical. En Allemagne, la Cour fédérale de justice a décidé de limiter le droit des parents de prendre une décision sur le traitement médical de leur enfant. Dans les faits, l'enfant s'opposait à un traitement chirurgical contre la volonté de ses parents. Ce dit traitement pouvait d'ailleurs être reporté ultérieurement, il n'y avait aucune urgence médicale.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.* (voy. note 187), p. 7.

Finalement l'Agence invite les Etats membres à ne plus pratiquer de chirurgie génitale sur les intersexes sans leur consentement libre et éclairé.

2. Le Conseil de l'Europe

Il y a peu, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Nils Muižnieks, s'est lui aussi intéressé à la situation des intersexes en rédigeant un rapport consacré aux droits de l'homme et aux personnes intersexes¹⁹⁹.

Concernant la chirurgie génitale, ce rapport explique qu'actuellement, ces traitements sur les nourissons intersexués et mineurs reposent sur la conviction qu'ils sont nécessaires pour la société. Les médecins ont tendance à vouloir immédiatement opérer les enfants et les « rectifier », même si ces chirurgies sont purement esthétiques, sans même obtenir le consentement éclairé des parents et encore moins celui de l'enfant. De nombreux témoignages vont d'ailleurs dans ce sens²⁰⁰. Des recherches récentes ont démontré que les parents sont souvent mal informés et impressionnables et ne se donnent pas le temps de fournir un consentement éclairé et adéquat. Ces mêmes recherches ont démontré que les parents à qui l'on n'a fourni que des informations médicalisées sont presque trois fois plus susceptibles de consentir à la chirurgie que ceux qui reçoivent des informations plus larges (notamment psychologiques). Il est néanmoins important que les parents soient également suivis par des professionnels car l'on ne peut pas toujours supposer que les parents s'efforceront de promouvoir le bien-être de l'enfant²⁰¹.

Il semble aujourd'hui qu'un certain nombre de praticiens ont modifié leur vision des choses en ce qui concerne la prise en charge médicale des enfants intersexes ; le rapport de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine Suisse en est un exemple²⁰².

Un chirurgien pédiatrique suisse, Mika Venhola, a dénoncé ces interventions. Il a d'ailleurs déclaré dans une interview que de telles chirurgies correctrices leur étaient apprises, qu'il considère qu'il s'agit d'une pratique violant les droits de l'enfant. Il explique également qu'un groupe important d'intersexes ne sont pas satisfaits des résultats de ces opérations. Le sexe

¹⁹⁹ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, « Human rights and intersex people », avril 2015, on www.coe.int/fr/web/commissioner/-/europe-disregards-intersex-people-s-right-to-self-determination-and-physical-integrity.

²⁰⁰ Deux témoignages sont relatés : COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 24.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 23

²⁰² *Ibid.*, p. 25.

d'un intersexe est une supposition et implique un grand risque d'erreur. Depuis que ce chirurgien est indépendant, il ne pratique plus de telles interventions²⁰³.

Le rapport termine en affirmant qu'une récente déclaration des Nations Unies considère ces pratiques comme violant les droits humains fondamentaux et recommande qu'en l'absence de nécessité médicale, ces traitements soient reportés jusqu'à ce que la personne puisse donner un consentement éclairé²⁰⁴.

E. Une proposition belge

Au regard de cette analyse de droit comparé, un large consensus se dégage : le droit à l'intégrité physique de l'enfant, dans notre cas, est un droit fondamental à respecter. Selon nous, il est temps de poser un cadre juridique à l'égard de cette pratique médicale qui est plus que contestée : il n'est plus question d'opérer un enfant pour des considérations d'ordre social – notamment l'intégration familiale et scolaire. Les seules opérations qui devraient intervenir sans prendre en considération le consentement de l'enfant – mais bien celui de ses représentants légaux – sont les urgences médicales. Dans ce cas, toutes les interventions qui peuvent être reportées, doivent l'être sous peine de mettre en cause la responsabilité du médecin. L'enfant doit être associé autant que possible aux prises de décisions le concernant même lorsqu'il n'a pas encore le discernement. Et lorsqu'il a le discernement, ce sera à lui de décider ce qu'il veut faire de son corps.

Nous allons réfléchir à la manière dont le consentement du mineur est appréhendé en Belgique et finir par proposer des principes qui seraient acceptables dans notre système législatif.

1. L'interdiction d'opérations d'assignation sexuelle sur un mineur sans son consentement

Il semble clair, de notre point de vue, qu'il est temps pour la Belgique de se positionner sur cette problématique. De nombreux pays ont pris position en faveur de l'interdiction de telles opérations sur un mineur sans son consentement. L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et le rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'Organisation des Nations Unies sont clairs à

²⁰³ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 25.

²⁰⁴ *Ibidem.*

ce sujet : il s'agit de mutilations génitales qui ne peuvent plus être tolérées aujourd'hui sans avoir obtenu préalablement le consentement de la personne concernée. D'autant plus que ces opérations interviennent pour des raisons sociales et purement esthétiques. Nous ne connaissons le bienfait – ou le méfait – de ces opérations que dans une vingtaine d'années et aujourd'hui, aucune étude ne prouve que la chirurgie précoce soit nécessaire ni même que le report de la chirurgie soit nocif.

Il serait intéressant que notre Comité consultatif de bioéthique s'interroge, lui aussi, sur cette thématique et que cette réflexion à l'élaboration d'une loi. Nous verrons, au point 3, la manière dont le droit pourrait légiférer en la matière.

2. Le consentement du mineur en Belgique

Selon nous, il faut mettre fin à toute opération chirurgicale sur un mineur sans son consentement. Il prendrait alors une décision concernant son sexe et son genre lorsqu'il en sentirait le besoin. Mais un mineur, en droit belge, dispose-t-il d'une telle prérogative, c'est-à-dire celle de prendre des décisions médicales le concernant ?

Le mineur, en droit belge, s'il n'est pas émancipé, a la capacité de jouissance des droits dont il est titulaire. Par contre, il est frappé d'une incapacité générale d'exercice pour les actes juridiques. Ce sont alors les titulaires de l'autorité parentale, par le mécanisme de représentation, qui exerceront ses droits à son nom et pour son compte²⁰⁵⁻²⁰⁶. Néanmoins, la Constitution souligne que l'opinion de l'enfant doit être prise en compte : chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne et son opinion est prise en considération en ayant égard à son âge et son discernement. Chaque enfant a également droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle²⁰⁷.

Dans le domaine médical, la loi relative aux droits du patient²⁰⁸ prévoit que l'ensemble des droits énumérés dans la loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur²⁰⁹. Néanmoins, « au gré des développements physiques et psychiques de l'enfant, l'autorité parentale doit s'auto-tempérer pour laisser la place à une personnalité en

²⁰⁵ Code civil, art. 376, al. 1.

²⁰⁶ G. SCHAMPS, « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge » *in* *Adolescent et acte médical, regards croisés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 83.

²⁰⁷ Constitution, art. 22bis, al. 2 à 5.

²⁰⁸ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

²⁰⁹ Loi du 22 août 2002, art. 12, §1.

construction »²¹⁰. La loi relative aux droits du patient partage cette conception dégressive en inscrivant que « suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits »²¹¹. Le praticien est donc dans l'obligation d'associer le mineur à l'exercice de ses droits²¹². La loi poursuit comme suit : « Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts »²¹³. Il existe donc une réelle autonomie du patient mineur qui est apte à apprécier ses intérêts et qui peut donc se soustraire à l'autorité parentale. Il peut s'opposer à un traitement médical ou une intervention que ses parents réclament ou procéder à des choix médicaux que ses parents désapprouvent. Ce critère qu'est « l'aptitude à apprécier raisonnablement ses intérêts », est examiné au cas par cas par le médecin en fonction de divers facteurs²¹⁴⁻²¹⁵. En effet, aucun seuil d'âge n'a été retenu pour reconnaître cette autonomie ou déterminer cette aptitude²¹⁶. Le praticien a également la possibilité de mettre en échec la volonté parentale lorsque, par exemple, les parents requièrent un acte médical inutile voire risqué ou refusent un acte médical nécessaire²¹⁷.

L'on peut donc voir que le droit belge permet déjà au mineur de prendre des décisions médicales le concernant, sous réserve qu'il soit apte à apprécier ses intérêts.

La loi relative à la transsexualité, quant à elle, prévoit que le changement juridique de sexe du mineur requiert l'assistance d'au moins un représentant légal du mineur²¹⁸. Il semble par contre que le changement médical de sexe du mineur nécessite également une étroite collaboration des parents et leur adhésion au projet. Cela semble complexe pour le cas où les parents s'opposeraient à une telle démarche. Par contre, si les parents sont d'accord, la réassignation sexuelle d'un mineur devient envisageable. L'appréciation des médecins reste toutefois déterminante. L'enfant transgenre sera également associé à l'exercice de ses droits de patient et notamment à son droit de consentir à une opération ou à un traitement hormonal visant à modifier son apparence physique²¹⁹.

²¹⁰ A. NOTTET, « Le mineur en droit médical », in *Nouveaux dialogues en droit médical*, Liège, Anthémis, p. 156.

²¹¹ Loi du 22 août 2002, art. 12, §2.

²¹² A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note 210), p. 157.

²¹³ Loi du 22 août 2002, art. 12, §2.

²¹⁴ Notamment : l'âge, mais aussi l'intelligence et la maturité, la personnalité, l'éducation, la situation familiale, le milieu social du jeune patient, la nature du traitement ou de l'acte médical à poser et ses conséquences.

²¹⁵ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note 210), p. 158.

²¹⁶ G. SCHAMPS, *op. cit.* (voy. note 206), p. 86.

²¹⁷ Loi du 22 août 2002, art. 15, §2 ; A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note 210), p. 160.

²¹⁸ Code civil, art. 62bis, al. 2

²¹⁹ A. NOTTET, *op. cit.* (voy. note 210), pp. 204 et 205.

Il existe donc, en droit belge, des ébauches de solutions concernant le droit du mineur à être impliqué et associé dans la prise de décision concernant une opération ou un traitement hormonal visant à modifier son apparence. Celui-ci doit être « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ». C'est alors à un tiers, dans le domaine médical, le médecin, que reviendra le pouvoir d'apprécier si le mineur est apte à prendre des décisions raisonnables quant à sa personne²²⁰. Le droit belge, ne fixe pas de seuil d'âge auquel le mineur est considéré comme apte dans les lois que nous avons analysées. Néanmoins, la loi du 7 décembre 2001²²¹ a avancé l'âge de la reconnaissance de l'autonomie du mineur lui permettant de donner ou de refuser le consentement au prélèvement d'organe à douze ans (auparavant l'âge retenu était de quinze ans)²²². C'est à cet âge que le mineur est présumé avoir le discernement mais certaines études ont montré que le mineur pouvait prendre des décisions raisonnables quant à un traitement médical avant même l'âge de dix ans²²³.

Il semble qu'une solution telle que celle que Malte a élaboré soit judicieuse, en partie. Malte ne prend en considération aucun âge auquel le mineur serait présumé avoir le consentement et reporte toute prise de décision concernant ce mineur à un moment où il sera en capacité de donner un consentement éclairé et réfléchi. Il semble qu'un tel principe permet alors aux médecins d'évaluer ce consentement au moment venu. Nous pourrions donc imaginer transposer un tel principe puisque le droit belge, notamment la loi sur les droits du patient, permet déjà au mineur d'avoir une réelle autonomie dans la prise de décisions le concernant. Nous reprendrons alors les mêmes termes que cette loi : le mineur doit être « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts » lorsqu'il prend une décision médicale concernant son sexe.

3. Quel système pourrait adopter la Belgique ?

Nous pensons que les opérations d'assignation sexuelle sans le consentement du mineur sont à proscrire. Il semble qu'un système tel que celui instauré par la loi maltaise soit un bon compromis. Nous pourrions donc imaginer pour la Belgique un système qui prévoirait qu'aucune décision significative visant à déterminer le sexe d'un enfant ne soit prise avant que cet enfant soit apte à apprécier raisonnablement ses intérêts dès lors que le

²²⁰ A. NOTTET, « Le consentement du mineur », in *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Limal-Liège, Anthémis, 2011, p. 64.

²²¹ Loi du 7 décembre 2001 modifiant l'article 7 de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes.

²²² G. SCHAMPS, *op. cit.* (voy. note 206), p. 110.

²²³ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 13.

traitement/opération envisagé entraîne des conséquences irréversibles et peut être reporté. Etant entendu que les traitements ou opérations ne pouvant pas être reportés sont les interventions médicales urgentes visant à prévenir des atteintes sévères à l'organisme et à la santé²²⁴. Le consentement à de telles interventions sera donc donné par les titulaires de l'autorité parentale.

Nous nous différencions, par contre, en deux points, de la loi maltaise :

- L'autorisation, dans des circonstances exceptionnelles, d'un traitement effectué avec l'accord de l'équipe interdisciplinaire et les titulaires de l'autorité parentale, sur le mineur qui n'est toujours pas en mesure de donner son consentement²²⁵ ne permet pas que de telles pratiques soient totalement supprimées dans le monde médical. En effet, il n'est expliqué nulle part ce que recouvre l'expression « circonstances exceptionnelles ». Cela veut donc dire que cette disposition peut être interprétée assez largement par le corps médical ainsi que par les tribunaux. Nous ne comprenons pas non plus quelles pourraient être ces circonstances exceptionnelles. Il nous semble donc qu'une telle autorisation n'est pas envisageable.
- La décision prise par le mineur quant à un traitement médical, à Malte, doit être prise avec le consentement des personnes exerçant l'autorité parentale sur lui ou son tuteur²²⁶. Nous pensons également qu'à partir du moment où les médecins ont considéré que le mineur était apte à apprécier ses intérêts raisonnablement, le consentement de ses parents n'est pas utile. Notre vision des choses est en accord avec ce que prévoit la loi relative aux droits du patient. Lorsque le mineur est considéré comme apte, il dispose d'une autonomie complète concernant ses droits du patient qui va même jusqu'à procéder à des choix médicaux que ses parents désapprouvent²²⁷. Nous rejoignons donc la vision de la Commission nationale d'éthique pour la

²²⁴ Propos repris du rapport du Comité d'éthique suisse : Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 20.

²²⁵ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (2) : *"In exceptional circumstances treatment may be effected once agreement is reached between the interdisciplinary team and the persons exercising parental authority or tutor of the minor who is still unable to provide consent"*.

²²⁶ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (1) : *"Provided that such sex assignment treatment and/or surgical intervention on the sex characteristics of the minor shall be conducted if the minor gives informed consent through the person exercising parental authority or the tutor of the minor"* ; The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 14 (5) : *"When the decision for treatment is being expressed by a minor with the consent of the persons exercising parental authority [...]"*

²²⁷ A. NOTTET, « Le mineur en droit médical », *op. cit.* (voy. note 210), p. 158.

médecine humaine suisse qui pense que les parents n'ont aucun droit de veto concernant la décision prise par l'enfant disposant du discernement²²⁸.

Aussi, nous pensons que toute décision d'opération d'assignation sexuelle doit être fondée sur l'intérêt de l'enfant – comme l'a indiqué la loi maltaise²²⁹.

Dans cette perspective de report de toute intervention médicale (sauf urgente) jusqu'à ce que l'enfant soit apte à apprécier raisonnablement cet intérêt, il est important que l'enfant soit associé, suivant son âge et sa maturité, à l'exercice de ses droits, afin de fournir un consentement éclairé quand il le voudra.

Enfin, élaborer une telle interdiction permettrait de remettre en cause la responsabilité du médecin qui pratiquerait de telles interventions sur un mineur sans son consentement beaucoup plus facilement puisqu'il agirait en violation de la loi. Nous pourrions même aller jusqu'à inclure que toute pratique médicale violant ces principes est répressible pénalement, à savoir sur base de l'article 418 du Code pénal concernant les lésions corporelles involontaires ainsi que de l'article 409 du Code pénal concernant les mutilations génitales féminines.

Section 4. La mention du sexe à l'état civil

Actuellement, nous n'avons d'autres choix que de déclarer un enfant, soit de sexe masculin, soit de sexe féminin devant l'officier de l'état civil. Cette pratique peut causer bien des problèmes aux parents d'un enfant intersexe. Nous avons donc prévu un système permettant aux parents de déclarer le sexe d'un enfant présentant une ambiguïté sexuelle, trois mois après sa naissance plutôt que quinze jours²³⁰. La position de l'Organisation Internationale des Intersexes est celle-ci : aucun sexe ne devrait être déclaré sur l'acte de naissance²³¹. Elle aimerait que la société voit le sexe comme un spectre en continuum du très féminin vers le très masculin étant donné que finalement, le sexe est une notion large et se présente, biologiquement, de manière très différente chez les uns et les autres. Les personnes très féminines et celles très masculines seraient donc les extrêmes²³². Cette vision des choses aboutit à cette revendication qu'est l'abolition de la mention du sexe sur l'acte de naissance.

²²⁸ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 13.

²²⁹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015, point 14 (5).

²³⁰ Code civil, art. 57.

²³¹ Interview de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII ; ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, *op. cit.* (voy. note 95).

²³² *Ibidem*.

Si un tel système n'est pas concevable pour nos sociétés, une procédure administrative simple, permettant de changer de sexe facilement, est déjà un premier pas.

Nous commencerons, dans cette section, par faire une analyse de droit comparé afin de nous donner des pistes sur la meilleure manière d'englober les personnes intersexes d'un point de vue administratif dans notre système juridique sans les discriminer. Nous réfléchirons, ensuite, à une solution acceptable pour la Belgique.

A. La Suisse : La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine

Nous l'avons vu, la Suisse a développé un avis assez détaillé et pertinent sur la question de l'intersexualité. En plus d'avoir réfléchi à la manière dont doivent être pris en charge les enfants intersexes et leurs parents, elle a également développé ce qu'il faudrait faire au niveau de l'état civil. En Suisse, l'enfant ne peut être déclaré que de sexe masculin ou féminin. Si une personne veut modifier son état civil, elle s'expose à énormément de difficultés et de barrières. C'est pour cela que la Commission s'est penchée sur trois variantes²³³ qui pourraient améliorer la situation des personnes intersexes.

La limitation à deux catégories sexuelles dans les registres de l'état civil repose sur le droit coutumier. Il semble possible de créer d'autres catégories en les introduisant dans le registre d'état civil informatisé utilisé par la Confédération (Infostar). L'on pourrait donc imaginer l'introduction d'un troisième sexe comme « autre ». Une autre possibilité serait de créer deux nouvelles catégories qui seraient en accord avec la structure binaire actuelle mais qui feraient connaître l'incertitude concernant l'assignation sexuelle ; par exemple, « féminin* » ou « masculin* »²³⁴.

Une autre variante serait de supprimer la mention du sexe des données requises dans l'acte de naissance.

La troisième variante serait de garder les deux catégories prévues actuellement pour désigner le sexe tout en permettant aux personnes ne présentant pas une identité sexuelle claire d'introduire la possibilité de changer l'inscription au registre d'état civil sans difficulté.

La Commission s'est alors prononcée en faveur d'une égalité de droit de toutes les variations du développement sexuel avec les désignations actuelles (masculin et féminin). Selon la Commission : « l'assignation d'une personne au sexe masculin ou féminin constitue

²³³ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), pp. 15 et 16.

²³⁴ L'astérisque représenterait l'indication selon laquelle il existe une incertitude quant au sexe indiqué dans l'acte de naissance.

en tout cas une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle lorsqu'elle est effectuée pour des raisons sociales ou pour répondre au souci de sécurité juridique et qu'elle ne repose pas sur des raisons médicales ou sur le souhait sérieux de la personne concernée. Elle entraîne en outre une inégalité de traitement objectivement injustifiable »²³⁵. Néanmoins, elle estime qu'il faut conserver les deux catégories existantes (masculin/féminin) car cette distinction est ancrée dans la culture et la société et que, souvent, les intersexes souhaitent s'identifier en tant qu'homme ou femme. La Commission pense que la troisième variante, c'est-à-dire garder les deux catégories existantes et permettre aux intersexes de modifier leur état civil facilement, sans passer par une procédure judiciaire – les autorités cantonales s'en chargeraient – semble la variante la plus adéquate²³⁶.

B. L'Allemagne : Le Comité d'éthique allemand et une nouvelle loi

En 2002, la Cour régionale de Munich s'est prononcée sur le cas d'une personne intersexe qui voulait que son acte de naissance comporte une troisième catégorie particulière aux intersexes. Elle a rejeté la demande car, selon elle, la biologie et la médecine font l'hypothèse que les êtres humains appartiennent à l'un des deux sexes, à savoir le sexe « masculin » ou le sexe « féminin » et tenir compte de diverses formes de genre ne serait que des exceptions à la règle. L'opinion de la personne intersexe, requérante dans l'affaire n'est, selon la Cour, que l'opinion de la minorité. L'inclusion d'une troisième catégorie ne peut être demandée en vertu des droits fondamentaux et de la Constitution allemande. Cette inclusion conduirait à des difficultés considérables dans la définition des conditions ainsi que des incertitudes dans la loi²³⁷.

Dix ans plus tard, le Comité d'éthique allemand s'est également prononcé sur la meilleure manière d'intégrer les personnes intersexes dans la procédure d'enregistrement à l'état civil. Nous verrons ensuite que l'Allemagne a légiféré en la matière.

1. Le rapport du Comité d'éthique allemand

L'Allemagne est dotée d'un système apparenté au nôtre : le sexe de l'enfant doit être déclaré à l'état civil une semaine après la naissance. Le sexe est un attribut de l'état d'une

²³⁵ Prise de position n°20/2012 de novembre 2012, *op. cit.* (voy. note 21), p. 16.

²³⁶ *Ibidem.*

²³⁷ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 38.

personne²³⁸. Ce sexe ne peut être que masculin ou féminin. Depuis 2009, si les parents en font la demande et sur base d'un certificat médical, le sexe peut ne pas être déclaré à l'état civil en cas d'ambiguïté sexuelle de l'enfant²³⁹. S'il s'avère que cette mention officielle ne correspond plus au sexe actuel de l'enfant, il est également possible de la modifier²⁴⁰.

Les experts juridiques qui ont été consultés par le Comité d'éthique allemand sont unanimes : la catégorisation des personnes intersexuées comme appartenant au sexe masculin ou au sexe féminin constitue une ingérence grave dans le droit de ces personnes à l'autodétermination et au droit de la personnalité²⁴¹. Le Comité s'est alors penché sur plusieurs solutions qui permettraient aux intersexes de ne plus être victimes de telles ingérences.

La première solution serait d'inscrire à l'état civil un « troisième sexe ». Le Comité pense que la non-reconnaissance d'une catégorie spécifique du sexe pour les personnes intersexuées est une discrimination fondée sur le sexe. Une troisième catégorie permettrait une plus grande acceptation sociale et un mécanisme plus complet de protection des intersexes qui ne seront plus considérés comme « malades »²⁴². Puisqu'aucune définition du sexe n'est donnée, créer une troisième catégorie semble tout à fait possible. Une telle vision est en accord avec la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant, puisqu'elles peuvent être interprétées comme allant dans le sens d'une reconnaissance plutôt que d'une non-reconnaissance du sexe d'un individu. L'existence d'une liberté liée au genre peut notamment être déduite de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴³.

²³⁸ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 115.

²³⁹ Personenstandsgesetz (PStG), § 59 al. 2 : "(1) In die Geburtsurkunde werden aufgenommen

1. die Vornamen und der Geburtsname des Kindes,

2 das Geschlecht des Kindes,

3. Ort und Tag der Geburt,

4. die Vornamen und die Familiennamen der Eltern des Kindes,

5. die rechtliche Zugehörigkeit des Kindes und seiner Eltern zu einer Religionsgemeinschaft, sofern sich die Zugehörigkeit aus dem Registereintrag ergibt.

(2) Auf Verlangen werden in die Geburtsurkunde Angaben nach Absatz 1 Nr. 2, 4 und 5 nicht aufgenommen";

DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 116.

²⁴⁰ Personenstandsgesetz (PStG), § 47 (1)-(2) : "(1) In einem abgeschlossenen Registereintrag sind offenkundige Schreibfehler zu berichtigen. Auf Grund öffentlicher Urkunden oder eigener Ermittlungen des Standesamts sind außerdem zu berichtigen [...]

(2) Gehen dem Standesamt berichtigende Mitteilungen oder Anzeigen zu, so sind außerdem zu berichtigen

1. im Geburtenregister die Angaben über Zeitpunkt und Ort der Geburt sowie das Geschlecht des Kindes, wenn die Geburt schriftlich angezeigt worden ist [...]"

²⁴¹ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), p. 130.

²⁴² *Ibid.*, pp. 130 et 131.

²⁴³ *Ibid.*, p. 131.

Certains auteurs pensent néanmoins que l'ouverture d'une troisième catégorie peut causer bon nombre de problèmes, notamment concernant le mariage et le partenariat civil qui sont ouverts aux hommes et aux femmes seulement. Aussi, il est difficile de savoir qui rentrera dans cette troisième catégorie puisqu'il existe un très grand nombre de formes d'intersexualité. Et cette troisième catégorie ne doit pas devenir une catégorie « fourre-tout » destinée aux personnes ne s'identifiant pas au sexe binaire. Cette troisième catégorie semble probablement entraîner une exclusion et une stigmatisation des personnes s'y inscrivant²⁴⁴. D'autres, encore, pensent que chacun devrait pouvoir faire un choix individuel de son identité sexuelle, ce qui aurait pour implication que le sexe ne devrait pas se limiter à deux ou trois catégories mais bien plus²⁴⁵.

Une deuxième solution est l'abolition de la mention du sexe à l'état civil. Certains experts pensent que la mention du sexe n'est plus aussi déterminante actuellement en droit allemand. Le droit de la famille, notamment la filiation et le mariage, est basé sur le sexe binaire. Mais l'on pourrait imaginer que plutôt que de parler de « mère » ou « père », l'on parle de « personne ». Une telle réforme ne poserait pas non plus de problème au niveau de l'interdiction de discrimination car certaines discriminations ne sont pas basées sur des mentions inscrites dans le registre de naissance – par exemple les convictions religieuses. De plus, l'absence de mention du sexe à l'état civil permettrait d'éviter la chirurgie d'assignation sexuelle précoce puisque toute personne pourrait avoir le sexe qu'il souhaite.

Cependant, certains remettent en question cette proposition du point de vue de l'égalité homme-femme, cette solution ne permettrait plus, en effet, d'offrir une protection contre la discrimination²⁴⁶.

Une troisième solution est de reporter la mention du sexe à l'état civil. L'on pourrait imaginer un système qui permettrait aux mineurs de laisser ouverte l'inscription du sexe jusqu'à l'âge adulte ou que le sexe soit enregistré comme étant indéterminé, ou encore que le sexe soit inscrit provisoirement et puisse être modifié facilement²⁴⁷.

²⁴⁴ DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.* (voy. note 163), pp. 132 et 133.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 133.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 134 et 135.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 135 et 136.

2. La solution allemande : l'absence de mention du sexe à l'état civil

Le 7 mai 2013, l'Allemagne a pris position quant à l'état civil des personnes intersexuées. En effet, cette modification de la loi sur le statut personnel²⁴⁸ prévoit que si l'enfant ne peut être assigné ni au sexe féminin, ni au sexe masculin, alors l'inscription au registre de l'état civil se fera sans une telle indication²⁴⁹. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2013. Le résultat de cette nouvelle législation ne correspond que partiellement à ces recommandations. Le nouveau paragraphe ne contient pas de choix entre trois alternatives de mention pour le sexe²⁵⁰ mais prévoit, dans un cas d'intersexualité, une obligation légale de ne pas mentionner le sexe lors de l'authentification de la naissance. Cela a pour conséquence que l'enfant intersexe ne pourra pas être enregistré comme étant de sexe masculin ou de sexe féminin dans le registre de l'état civil. Les parents n'auront pas, non plus, la possibilité de choisir eux-mêmes, même provisoirement, de compléter ou non la rubrique concernant le sexe²⁵¹.

De nombreuses critiques positives et négatives ont été émises à l'encontre de cette loi. Un point positif est que le délai d'attente ainsi créé permet qu'aucune socialisation distincte masculine ou féminine n'ait lieu chez l'enfant en bas âge dont le sexe est indéterminé. Nous pouvons également relever que lorsque l'enfant sera capable de discernement, il pourra alors choisir l'un des deux sexes²⁵².

Beaucoup de craintes ont également été posées²⁵³. En effet, lorsque l'enfant est déclaré comme étant intersexe, la case sexe reste vide sur son acte de naissance et la décision d'attribution du sexe est alors transmise aux médecins, qui prendra donc cette décision²⁵⁴. Une telle interdiction est également susceptible de renforcer la pression exercée sur les parents

²⁴⁸ En vigueur le 1^{er} novembre 2013.

²⁴⁹ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften, § 22 (3) : "(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen".

²⁵⁰ Mentionnons que de nombreux articles de journaux parlaient de « troisième sexe ». Ceci est une erreur de langage puisqu'en réalité il ne s'agit pas d'une case « autre » qui a été créée en faveur des intersexes. Il s'agit de l'absence de mention du sexe pour les enfants naissant avec une ambiguïté sexuelle. En aucun cas, un troisième sexe n'a été instauré dans la législation allemande.

²⁵¹ CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS - CSDH, « Enregistrement des enfants concernés par l'intersexualité dans le registre de l'état civil allemand - Commentaire succinct du point de vue de la Convention relative aux droits de l'enfant en ce qui concerne la Suisse », 18 septembre 2013, disponible sur www.skmr.ch/frz/domaines/enfance/nouvelles/intersexualite-allemande.html.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ OII FRANCOPHONIE, « Supposée reconnaissance d'un troisième sexe par l'État allemand : des risques à considérer » - communiqué de presse », disponible sur www.oii francophonie.org.

²⁵⁴ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 38.

pour qu'ils acceptent une intervention de chirurgie plastique immédiatement après la naissance, étant donné qu'aucune assignation de sexe ne pourrait sinon avoir lieu²⁵⁵. Une non-assignation pourrait aussi donner lieu à une stigmatisation de l'enfant intersexe²⁵⁶.

Finalement, d'après les rapports qui ont été rédigés après la date d'entrée en vigueur de cette loi, il semble que les opérations d'assignation sexuelle sont toujours pratiquées en Allemagne, peut-être plus depuis cette nouvelle loi. Il ne semble pas que cette loi prenne réellement en compte l'intérêt de l'enfant hormis le fait qu'il puisse déclarer son sexe une fois qu'il dispose d'un consentement libre et éclairé.

C. Malte : l'adoption d'une loi

Malte, dans la même loi²⁵⁷ interdisant les opérations d'assignation sexuelle sur des mineurs sans leur consentement, s'est également prononcée sur la déclaration du sexe de l'enfant intersexe à l'état civil. Cette nouvelle législation permet aujourd'hui que la déclaration du sexe de l'enfant soit reportée jusqu'à ce que l'identité de genre de l'enfant soit déterminée²⁵⁸. Aucune durée maximale n'a été indiquée. Elle prévoit également que toute personne a le droit de demander au directeur (homologue de notre officier de l'état civil) de modifier le sexe et le prénom enregistré afin que ces données reflètent son identité personnelle²⁵⁹. La demande se fait au moyen d'une déclaration qui devra contenir certaines informations, notamment une copie de l'acte de naissance, une déclaration personnelle expliquant clairement que le sexe juridique ne correspond pas à son identité de genre, etc. Cette déclaration devra alors être transmise à un notaire pour devenir un acte public reconnu par le directeur²⁶⁰. Il s'agit donc d'un système où le sexe binaire reste le principe mais la procédure administrative de changement de sexe et de prénom a été simplifiée.

²⁵⁵ CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS - CSDH, *op. cit.* (voy. note 251).

²⁵⁶ OII FRANCOPHONIE, *op. cit.* (voy. note 253).

²⁵⁷ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015.

²⁵⁸ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 18 (c) : *immediately after the words "the sex of the child:", there shall be added the following new proviso: "Provided that the identification of the sex of the minor may not be included until the gender identity of the minor is determined"*.

²⁵⁹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 (1) : « *It shall be the right of every person who is a Maltese citizen to request the Director to change the recorded gender and, or first name and, first name, if the person so wishes to change the first name, in order to reflect that person's self determined gender identity* »

²⁶⁰ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 et 5.

Malte s'engage également à reconnaître une décision étrangère qui reconnaîtrait un sexe autre que « masculin » et « féminin », tout autant que l'absence de mention de sexe²⁶¹.

D. Les organisations européennes

1. *L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne*²⁶²

L'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a passé en revue les législations de différents pays européens. Dans la plupart des Etats membres, il est souvent nécessaire d'assigner un sexe à tout enfant, même intersexué. Le moment où il faut déclarer le sexe de l'enfant est souvent problématique pour les parents d'enfants intersexes car ils sont obligés, à un moment, de faire un choix. De telles exigences renforcent l'idée qu'un enfant doit s'adapter aux catégories qui existent et donc qu'il est nécessaire d'opérer ces enfants pour les conformer aux attentes sociales. Dix-huit Etats membres – dont la Belgique – permettent que l'inscription du sexe à l'état civil soit retardée. Ce délai est parfois suffisant pour définir le sexe prépondérant de l'enfant mais parfois il ne l'est pas, sans compter que les opérations sont pratiquées sur ces jeunes enfants.

Le Royaume-Uni permet que les enfants intersexes soient déclarés de sexe « inconnu » dans les registres de l'état civil. Les Pays-Bas permettent également qu'il soit indiqué « sexe indéterminé » sur l'acte de naissance mais, trois mois après la naissance, un nouveau certificat avec le sexe de l'enfant devra être établi et le premier sera alors détruit. Néanmoins, si ce sexe n'a pas pu être déterminé, le nouveau certificat doit indiquer qu'il est impossible de déterminer le sexe de l'enfant. L'on suppose qu'une fois que la personne intersexe a une identité sexuelle établie, elle pourra modifier son acte de naissance.

La Lettonie, quant à elle, est pourvue d'un système dans lequel le sexe ne figure pas sur l'acte de naissance. Le personnel médical peut, par contre, indiquer « sexe incertain » sur les certificats médicaux.

Au Portugal, en cas d'intersexualité, il n'y a pas de limite de temps afin de déclarer le sexe de l'enfant. Si toutefois les parents déclarent le sexe, ils n'auront d'autre choix que de le déclarer de sexe masculin ou féminin. Il sera alors conseillé de choisir un prénom facilement attribuable à l'autre sexe. Une fois que le sexe aura été attribué avec précision, l'acte de

²⁶¹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015, point 9 (2) .

²⁶² L'ensemble du point 1 est tiré de : EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.* (voy. note 187), pp. 4 et 5.

naissance pourra être modifié. La Finlande accepte également cette possibilité mais cela a des conséquences assez négatives : puisque son code d'identité personnelle est incomplet, l'individu ne pourra, par exemple, pas ouvrir un compte bancaire.

En France, des circulaires ministérielles conseillent aux parents de vérifier auprès de leur médecin quel est le sexe le plus probable de l'enfant. Dans un tel cas, il est alors possible de ne pas indiquer le sexe de l'enfant, avec le consentement du ministère public, tant que le sexe n'est pas déterminé. La détermination du sexe peut être raisonnablement attendue après trois ans de traitement médical. Il semble néanmoins qu'en pratique les parents ont tendance à assigner à l'enfant un sexe le plus rapidement possible²⁶³.

Dans certains Etats membres de l'Union (notamment le Danemark, la Finlande et les Pays-Bas), en cas d'erreurs sur les certificats de naissance, il est possible pour les personnes intersexuées de modifier leur sexe à l'état civil sans satisfaire aux conditions exigées pour les personnes transsexuelles.

Au regard de cette analyse de droit comparé, il semble que plusieurs pays aient opté pour le système de « sexe indéterminé » jusqu'à ce que l'enfant ait une identité sexuelle établie ou jusqu'à une date limite. Nous n'avons néanmoins pas d'informations sur ce qu'il se passe en pratique hormis le fait que les opérations d'assignations sexuelles sont toujours pratiquées. Nous pouvons donc en conclure que les parents restent « pressés » de déclarer le sexe de leur enfant à l'état civil.

2. Le Conseil de l'Europe²⁶⁴

Le rapport indique que, partout en Europe, l'exigence de l'indication du sexe « masculin » ou « féminin », est fondée sur la conviction que le sexe est l'un des traits essentiels de l'identité d'une personne. Il est souvent difficile, dans la plupart des pays européens, de modifier l'acte de naissance, une fois que le sexe est enregistré. Les exigences juridiques et la pression médicale après la naissance d'un enfant intersexué piègent les parents qui n'ont d'autre choix que d'accepter les opérations sur leur enfant afin de pouvoir l'enregistrer à l'état civil.

Le rapport continue par dire que la solution développée par la Suisse – à savoir garder un système de sexe binaire mais avec la possibilité de changer facilement l'état civil – est la

²⁶³ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 37.

²⁶⁴ L'ensemble du point 2 est tiré de : COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), pp. 37 à 40.

position qui correspond aux exigences des forums intersexes. En effet, son avis est que toute personne a le droit de s'identifier au sexe qu'il veut. Tous les mineurs capables et les adultes devraient être en mesure de pouvoir choisir entre sexe masculin et sexe féminin en espérant que de tels documents de naissance deviendront superflus à l'avenir.

Des pays se sont démarqués concernant cette problématique. Le Danemark, en 2014, a été le premier pays européen à adopter une loi permettant à une personne majeure d'obtenir un changement de sexe légal sur base de sa déclaration de genre, sans la nécessité d'une vérification par un tiers. Malte quant à elle, nous l'avons vu, s'est également dotée d'un nouveau système favorable au changement administratif de sexe.

En Europe, il ne semble, par contre, pas possible d'indiquer un autre genre que masculin ou féminin sur les documents d'identification. En effet, l'Union européenne a édicté des règlements harmonisant tout ce qui concerne les documents d'identité et passeport et ne permet pas qu'il puisse y avoir un autre sexe que masculin ou féminin. Notons néanmoins que l'Allemagne est dotée d'un système où le sexe n'est pas repris sur les documents d'identité.

E. Quelques pays non-européens

1. *L'Australie*

L'Australie a beaucoup fait parler d'elle le 31 mai 2013. En effet, Norrie May-Welby, une habitante de Sydney de 52 ans, a gagné une longue bataille judiciaire en Nouvelle-Galles du Sud en étant reconnue comme le premier individu « neutre » du monde : il/elle n'est donc ni homme, ni femme. Norrie May-Welby est né homme. A l'âge de 28 ans, il subit une opération afin de devenir une femme. Elle va se rendre compte alors qu'aucun de ces deux genres ne lui correspond. Elle demande alors en 2010 à l'administration de lui accorder un genre « non spécifié ». L'administration accepte alors qu'en Australie un citoyen doit obligatoirement être enregistré comme homme ou comme femme sur les certificats de naissance, de décès et de mariage. Quelques mois plus tard, l'administration fait machine arrière. Norrie saisit alors la justice et un premier tribunal ne fait pas droit à sa demande²⁶⁵. En appel, elle obtient gain de cause²⁶⁶. Cette décision a néanmoins une portée limitée puisqu'elle concerne uniquement l'état de Nouvelle-Galles du Sud. De plus, elle ne concerne que les

²⁶⁵ F. GREGORINI, « Législation - Reconnaissance du troisième sexe en Australie », 10 juin 2013, disponible sur www.lepetitjournal.com.

²⁶⁶ Supreme Court of Appeal New South Wales, *Norrie v NSW Registrar of Births*, 31 mai 2013, on www.caselaw.nsw.gov.au.

personnes qui ont subi une opération (décision inapplicable donc aux enfants intersexués). L'Australie admet néanmoins, depuis 2011, qu'il soit indiqué sur les papiers d'identité et passeports une case « X » pour toute personne ne se sentant ni homme ni femme et ce, même si elle n'a pas subi d'opération. Il suffit alors de produire la lettre d'un médecin pour se déclarer officiellement "neutre" sur son passeport²⁶⁷.

2. Le Népal

En 2007, une décision de la Cour suprême népalaise a proclamé que toute personne a le droit de jouir des droits humains fondamentaux. Un système politique et juridique refusant aux citoyens la possibilité d'enregistrer un sexe autre que masculin ou féminin, va à l'encontre de ses droits. Conformément à cette décision, le gouvernement népalais a alors délivrés des certificats de citoyenneté reconnaissant un troisième genre. Notons néanmoins qu'en 2011, seuls deux certificats mentionnant un troisième genre ont été délivrés, peut-être en raison de difficultés juridiques et techniques. Il est en tout cas possible d'indiquer dans la case « sexe » du passeport un « X »²⁶⁸.

3. L'Argentine

L'Argentine, en 2012, s'est dotée d'une loi instituant le droit à l'identité de genre. Grâce à cette loi, toute personne a droit à la reconnaissance de son identité de genre et à la capacité de demander que son sexe juridique et son prénom soient modifiés sans qu'une intervention chirurgicale, hormonale ou psychologique soit requise. Toute personne a le droit d'avoir accès à de telles interventions sans autorisation judiciaire ou administrative²⁶⁹.

F. Une solution pour la Belgique ?

Au regard de cette analyse de droit comparé, trois solutions s'offrent à la Belgique. Nous allons analyser chacune d'elles.

²⁶⁷ F. GREGORINI, *op. cit.* (voy. note 265) ; COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 40.

²⁶⁸ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 40.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 39.

1. La suppression de la mention du sexe à l'état civil

Une solution développée par la Suisse et l'Allemagne et soutenue par les communautés intersexes, est la suppression de la mention du sexe à l'état civil. Il n'y aurait donc plus d'obligation de déclarer le sexe de l'enfant ce qui faciliterait davantage la situation des personnes intersexuées. Une telle solution permettrait également d'éviter la pression que peuvent subir les parents lorsqu'il faut déclarer le sexe de l'enfant et donc d'empêcher que les parents aient recours à la chirurgie sur leur enfant.

Néanmoins, aucun pays européen, ayant légiféré ou non en ce qui concerne spécifiquement les intersexes, n'a opté pour une telle situation. Soulignons simplement que la Lettonie est pourvue d'un système où le sexe ne fait pas partie des mentions de l'état civil.

Il semble qu'un tel système serait, d'une part, difficile à accepter socialement et d'autre part, qu'il engendrerait de nombreuses difficultés. En effet, dans nos pays occidentaux, le sexe est un élément de notre état et un bon nombre d'entre nous s'identifie, au-delà qu'en tant qu'être humain, en tant qu'homme ou femme, de père et de mère (voire co-mère aujourd'hui). De plus, notre système de filiation et de mariage est fondé sur ces notions d'homme et de femme. Ce système est tout de même, depuis plusieurs années, plus étendu depuis que deux personnes de même sexe peuvent se marier, adopter. Aujourd'hui, deux femmes peuvent devenir mères sans passer par le système d'adoption²⁷⁰. Il serait donc envisageable d'imaginer un système, comme l'a suggéré le Comité d'éthique allemand, où les parents d'un enfant ne seraient plus « père et mère » mais bien des « personnes ».

Elaborer une telle suppression semble néanmoins représenter une refonte totale de notre système juridique actuel, surtout en ce qui concerne la différence homme-femme. Que va-t-on faire des lois anti-discriminations, des dispositions qui tendent à la parité homme-femme, des règles concernant le sport, etc. ? Nous ne pensons donc pas qu'une telle solution pourrait être transposable en Belgique, du moins pas actuellement. Il pourrait s'agir de l'ultime étape, lorsque notre société sera prête – peut-être un jour – à entrer dans un tel système et que nous aurons une vision du sexe beaucoup plus « étanche ».

²⁷⁰ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté.

2. La solution maltaise : retarder la déclaration du sexe jusqu'à ce que l'enfant ait une identité de genre

La solution maltaise permet de retarder la déclaration du sexe d'un enfant intersexe jusqu'à ce que cet enfant ait une identité de genre. Malte a donc pris le parti de garder la division binaire masculin/féminin que nous connaissons aujourd'hui. Cette solution se rapproche de la solution allemande à quelques différences près : l'Allemagne prévoit une obligation légale de ne pas déclarer le sexe de l'enfant intersexe et n'interdit pas que les opérations d'assignation sexuelle soient pratiquées sur ces enfants. Le fait de créer une obligation légale pousse les parents à avoir recours à la chirurgie sur leur enfant pour le « normaliser » et ainsi déclarer son sexe à l'état civil. La solution maltaise, quant à elle, en plus d'interdire de telles opérations, permet aux parents de ne pas indiquer le sexe de l'enfant à l'état civil et d'attendre que l'enfant ait sa propre identité de genre pour déclarer son sexe. Il est donc possible de déclarer l'enfant de sexe masculin ou féminin même si l'enfant présente une ambiguïté sexuelle car il sera de toute façon plus facile pour lui de modifier son sexe à l'état civil. Il semble, alors, qu'une case « X » sur les papiers d'identité soit de mise. Cette solution semble assez bien acceptée par les militants intersexes et même faire l'unanimité. Elle permet en effet qu'aucune personne ne soit contrainte d'inscrire juridiquement un sexe qui ne se conforme pas à son réelle identité de genre.

Il s'agit d'une variante qui n'a pas été identifiée par la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine suisse. Comme cette Commission l'a dit, la distinction binaire reste profondément ancrée dans notre système juridique et social. Il semble, selon nous, que le principe de ne rien indiquer à l'état civil lorsque le sexe de l'enfant n'est pas déterminable ne changera pas – ou du moins cela prendra du temps – la vision que nous avons du genre dans notre société belge. De nombreuses personnes s'identifient en tant qu'homme ou femme et sont satisfaites que cela soit indiqué sur leur acte de naissance puisqu'elles s'identifient comme tel. Nous pensons également que les parents auront plus de facilités à se positionner si l'on attribue un genre à cet enfant – genre qui, nous l'avons dit, reste modifiable. Certaines recherches démontrent que les parents ne s'occupent pas de la même manière d'un enfant selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille²⁷¹. Une non-assignation pourrait également amener à une stigmatisation de l'enfant²⁷². Nous pensons donc que

²⁷¹ C. CHILAND, *op. cit.* (voy. note 6), p. 329.

²⁷² OII FRANCOPHONIE, *op. cit.* (voy. note 253) ; COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 38.

permettre que le sexe ne soit pas indiqué ne représentera rien pour notre société, actuellement, puisque l'enfant sera sûrement éduqué vers l'un ou l'autre genre. Cette solution maltaise nous semble extrêmement pertinente et tend à la libre identité de genre pour tous et plus particulièrement des intersexes mais notre avis est que le Belgique n'est pas encore prête. Le co-directeur de l'organisation GATE (*Global Action for Trans Equality*), dit à ce propos que toute reconnaissance en dehors de la dichotomie masculin et féminin doit être planifiée et exécutée de manière adéquate, en prenant en compte les droits humains. Il note que si, seuls les transsexuels et/ou les intersexes peuvent accéder à cette troisième catégorie ou s'ils sont assignés à ce troisième sexe de manière compulsive, alors le genre binaire s'en trouvera renforcé et non pas affaibli étant donné que cette troisième catégorie sera une catégorie à part, un peu « fourre tout », qui comprend « les autres »²⁷³.

Nous pensons à une dernière solution qui permettrait d'appréhender la situation des personnes intersexes.

3. Une dernière solution : l'attribution d'un sexe modifiable à tout moment par une procédure administrative

Comme l'a proposé la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine suisse, nous pourrions imaginer un système où l'enfant intersexe se voit attribuer un genre à la naissance, suite à l'ensemble des tests effectués sur ce dernier, qui paraîtrait être le sexe prépondérant de cet enfant. Nous avons imaginé, dans la deuxième section de ce chapitre, un système dans lequel cette décision serait prise par les parents et l'équipe pluridisciplinaire d'un commun accord. Ce sexe serait alors déclaré à l'officier de l'état civil trois mois après la naissance de l'enfant sur base de l'accord signé par les parties et un médiateur agréé. L'enfant sera éduqué par ses parents dans ce genre (s'ils le veulent) qui lui aura été attribué mais sera également suivi tout au long de son enfance (jusqu'au moins ses 18 ans) par l'équipe pluridisciplinaire pour qu'il soit le mieux informé concernant sa situation médicale. S'il s'avère que l'enfant a la conviction d'appartenir au sexe opposé à celui qui lui aura été attribué à la naissance, il sera alors possible de modifier son sexe à l'état civil facilement, sans devoir passer devant les tribunaux pour autant que l'enfant ait été jugé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts. Nous laissons donc la possibilité, pour cet enfant, de se construire sa propre identité de genre et consentir, quand et s'il le veut, à des opérations d'assignation de genre afin de se conformer à cette identité. Dans la sphère publique, cet

²⁷³ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, *op. cit.* (voy. note 199), p. 40.

enfant doit pouvoir avoir une identité sociale et juridique. Rien n'empêche, par contre, de laisser cet enfant vivre comme il en a envie dans la sphère privée et qu'il prenne ses propres décisions lorsqu'il sera apte à les prendre. Nous tenterons dans la section 5 d'établir une procédure qui pourrait être conforme au système que nous venons de privilégier.

Section 5. Le changement d'état civil – sexe et prénom

Nous avons vu que la Belgique permet aux personnes intersexes de modifier leur état civil sur base d'une action en rectification de l'acte de naissance²⁷⁴. Les parents ou l'enfant, s'ils veulent la rectification de l'acte de naissance de leur enfant intersexué, doivent donc introduire une requête au tribunal de la famille²⁷⁵. Les parents ou l'intersexe adulte sont entendus au tribunal pour donner leurs explications²⁷⁶. Il faut alors prouver qu'il y a eu « erreur » de la mention du sexe de l'enfant à suffisance de droit et que cette erreur est une erreur purement matérielle. La preuve apportée est l'attestation du chirurgien qui a pratiqué l'intervention de réassignation sexuelle. Le problème d'une telle procédure est qu'il faut passer devant les tribunaux, ce qui coûte du temps et de l'argent.

Une simplification de procédure de changement d'état civil existe pour les personnes transsexuelles. Néanmoins, cette procédure ne vise que ces personnes²⁷⁷ et, nous le verrons, les conditions qu'il faut remplir sont assez strictes.

Nous allons, dans cette section, réfléchir à une procédure qui permettrait de faciliter le changement d'état civil et de prénom(s) des personnes intersexuées et pourquoi pas des personnes transsexuelles. Nous commencerons par analyser la loi maltaise, ensuite par analyser la procédure existante pour les transsexuels en Belgique qui peut servir d'exemple pour les intersexes et nous finirons par trouver une solution acceptable pour la Belgique.

A. La loi maltaise

Malte, dans sa nouvelle loi, prévoit que toute personne a le droit de demander au directeur (homologue de notre officier de l'état civil) de modifier le sexe et le prénom

²⁷⁴ Code judiciaire, art. 1383 à 1385.

²⁷⁵ Code judiciaire, art. 1383.

²⁷⁶ Code judiciaire, art 1384.

²⁷⁷ Il ressort, en effet, des discussions concernant la proposition de loi relative à la transsexualité que les intersexes ne relèvent pas du champ d'application de la loi. Le transsexuel dispose d'un droit de choisir et non l'intersexe ; Projet de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme De Roeck, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1794/5.

enregistré afin que ces données reflètent son identité personnelle²⁷⁸. Malte ne prévoit pas seulement cette possibilité aux personnes intersexuées, elle l'ouvre à « toute personne », il peut donc s'agir de transsexuels et de transgenres. En effet, la loi maltaise pose le principe selon lequel toute personne a droit à être traitée en accord avec son identité de genre et en particulier à être identifiée de cette manière dans les documents fournissant son identité²⁷⁹. Elle ajoute que personne ne doit être tenu de fournir la preuve d'une opération d'assignation sexuelle totale ou partielle ou de tout autre traitement hormonal, psychologique ou médical²⁸⁰. Cette demande de changement de sexe et de prénom à l'état civil se fait au moyen d'un acte public déclaratoire établi auprès d'un notaire²⁸¹. Le directeur ne doit pas requérir d'autres preuves que cet acte public²⁸².

Cette déclaration au notaire devra contenir certaines informations : une copie de l'acte de naissance du demandeur, une déclaration personnelle expliquant clairement que le sexe juridique ne correspond pas à son identité de genre, une spécification des particularités de genre, le prénom avec lequel le demandeur souhaite s'identifier²⁸³. Le notaire ne doit pas demander de documents psychiatriques, psychologiques ou médicaux²⁸⁴.

Cette déclaration faite au notaire deviendra alors un acte public qui sera transmis au directeur. Il aura alors quinze jours, à partir de ce dépôt du notaire, pour modifier l'acte de naissance du demandeur²⁸⁵. Après la publication de cet acte, le demandeur aura un mois pour indiquer quels autres actes d'état civil doivent être modifiés²⁸⁶. Il pourra alors demander aux personnes habilitées concernant les cartes d'identité et documents d'identification de se faire délivrer

²⁷⁸ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 (1) : « *It shall be the right of every person who is a Maltese citizen to request the Director to change the recorded gender and, or first name and, first name, if the person so wishes to change the first name, in order to reflect that person's self determined gender identity* »

²⁷⁹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 3 (1) : « *All persons being citizens of Malta have the right to (c) be treated according to their gender identity and, particularly, to be identified in that way in the documents providing their identity therein* ».

²⁸⁰ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 3 (4) : « *The person shall not be required to provide proof of asurgical procedure for total or partial genital reassignment, hormonal therapies or any other psychiatric, psychological or medical treatment to make use of the right to gender identity.* »

²⁸¹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 (2).

²⁸² The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 (3) : « *The Director shall not require any other evidence other than the declaratory public deed published in accordance with article 5* »

²⁸³ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 5 (1).

²⁸⁴ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 5 (2).

²⁸⁵ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 4 (4).

²⁸⁶ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 10 (1).

une nouvelle carte d'identité et tout document d'identification indiquant son nouveau sexe et prénom²⁸⁷.

Concernant les mineurs, les personnes exerçant l'autorité parentale ou le tuteur seront habilitées à déposer une demande de changement de sexe et de prénom auprès du tribunal civil (*Civil Court*). Le tribunal devra veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale et tenir compte de son opinion compte tenu de son âge et de sa maturité. Si le tribunal accède à cette demande, il devra alors ordonner au directeur d'établir ces modifications dans l'acte de naissance du mineur²⁸⁸.

Pour le cas où le sexe du mineur n'a pas été déclaré à la naissance, les personnes exerçant l'autorité parentale sur ce mineur ou le tuteur pourront déposer une demande de déclaration du sexe du mineur auprès du tribunal civil. Si le mineur veut changer de prénom, le tribunal peut accéder à sa demande après avoir obtenu le consentement exprès du mineur et en tenant compte de son intérêt et de l'évolution de ses capacités. Le tribunal civil devra alors ordonner au directeur d'enregistrer le sexe et le prénom du mineur sur son acte de naissance²⁸⁹.

B. La procédure de changement de sexe à l'état civil pour les transsexuels belges

La procédure de changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles en Belgique peut être une source d'inspiration pour les intersexes. Nous commencerons par analyser le système mis en place par la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité. Nous passerons ensuite en revue les divers commentaires émis à ce propos afin de nous constituer une opinion quant à une éventuelle transposition en faveur des personnes intersexes.

1. La proposition de loi relative à la transsexualité

La proposition de loi relative à la transsexualité a été élaborée en vue de permettre aux transsexuels de modifier leur sexe et prénom à l'état civil sans devoir passer devant les tribunaux. Le changement de prénom(s) devait, de ce fait, être *un droit* pour la personne transsexuelle, dès le début d'un traitement hormonal. Le but d'une telle loi était d'une part, de conférer à cette pratique une sécurité juridique puisque désormais, des dispositions légales encadrent ces procédures et d'autre part, de simplifier les démarches par lesquelles la

²⁸⁷ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 10 (2).

²⁸⁸ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 7 (1-2-3).

²⁸⁹ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 april 2015, point 7 (4).

personne transsexuelle peut accéder à une nouvelle identité sexuée²⁹⁰⁻²⁹¹. La proposition a donc prévu une procédure administrative comparable à la déclaration de naissance. C'est donc l'officier de l'état civil qui actera le changement sur la base des déclarations médicales requises²⁹². Nous l'avons vu, au fil des travaux parlementaires, le texte de loi a profondément été remanié ; les dispositions réglementant l'encadrement thérapeutique de la transsexualité ont notamment été supprimées²⁹³. Les dispositions de départ donnaient également une définition du « transsexuel » – excluant d'ailleurs explicitement les intersexes –, qui a été supprimée. Tous les intervenants, lors des débats parlementaires, se sont accordés pour dire qu'il s'agissait d'une immixtion du droit dans la sphère médicale²⁹⁴.

2. La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité

La loi du 10 mai 2007 est donc venue insérer un article 62bis dans le Code civil qui prévoit que toute personne ayant la conviction intime d'appartenir au sexe opposé à celui indiqué dans l'acte de naissance peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil²⁹⁵. Trois conditions de fond doivent être réunies pour pouvoir bénéficier de la modification de son sexe à l'état civil²⁹⁶ : (1) : la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé ; (2) : une adaptation corporelle ; (3) : la stérilité irréversible. Ces trois conditions de fond devront, en plus, être attestées par la déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants.

Concernant la conviction d'appartenir au sexe opposé, le législateur laisse à la science médicale le soin d'évaluer ces exigences. L'officier ne contrôlera que l'attestation rédigée par les médecins traitants²⁹⁷.

²⁹⁰ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 72.

²⁹¹ Proposition de loi relative à la transsexualité, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-0903/001, p. 7.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 73.

²⁹⁴ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 74 ; Projet de loi relative à la transsexualité, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n°3-1794/3, pp. 4 et s.

²⁹⁵ Code civil, art. 62bis, al. 1.

²⁹⁶ Code civil, art. 62bis, § 2 : « Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant :

1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance;

2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical;

3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent. ».

²⁹⁷ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 80.

L'adaptation corporelle requiert qu'il soit attesté, dans la déclaration du psychiatre et du chirurgien, que la personne a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical²⁹⁸. La loi est assez vague concernant ces termes et c'est de la volonté du législateur qui renvoie aux médecins la tâche de déterminer le contenu de cette exigence²⁹⁹. Il semble qu'une intervention chirurgicale doit avoir lieu sauf si elle n'est pas possible (contre-indiquée)³⁰⁰.

La troisième condition est la stérilité irréversible. Il s'agit d'une condition absolue. L'adaptation corporelle a donc un seuil minimal : l'enlèvement des gonades, ce qui implique qu'un geste chirurgical soit posé. Cette condition tend à éviter qu'une personne puisse encore procréer conformément à son sexe initial et ainsi préserver les principes de la filiation³⁰¹.

Si ces trois conditions sont remplies et ont été déclarées par le psychiatre et le chirurgien, en qualité de médecins traitants, la procédure peut commencer. Le changement de la mention du sexe s'opère sur base d'une simple déclaration contenant les trois informations développées ci-dessus devant l'officier de l'état civil³⁰². Concernant le mineur transsexuel non émancipé, il sera assisté de sa mère, de son père ou de son représentant légal³⁰³ ; l'officier de l'état civil prendra acte de cette assistance³⁰⁴.

L'officier de l'état civil va donc dresser un acte portant mention du nouveau sexe au terme d'un contrôle formel de la présence des conditions légales³⁰⁵. Il peut aussi refuser d'établir cet acte : il doit alors motiver sa décision et la faire parvenir à l'intéressé ainsi qu'une copie au procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le refus a été exprimé³⁰⁶. Un recours³⁰⁷ devant le tribunal de première instance est ouvert à toute personne intéressée – dont la personne concernée par l'acte – et au procureur du Roi, contre la décision de l'officier de l'état civil – qui est soit un refus soit un établissement. Un recours judiciaire a donc été prévu afin d'offrir toutes les « garanties juridictionnelles » à la personne concernée par cette décision, ainsi qu'aux tiers afin d'assurer la défense de l'ordre public – par le recours ouvert au ministère public).

²⁹⁸ Code civil, art. 62bis, § 2, 2°.

²⁹⁹ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 81.

³⁰⁰ *Ibid.*, pp. 82 et 83.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 88.

³⁰² Code civil, art. 62bis, § 1, al. 1.

³⁰³ Code civil, art. 62bis, § 1, al. 2.

³⁰⁴ Circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité.

³⁰⁵ Code civil, art. 62bis, § 4, al. 1 ; Circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité.

³⁰⁶ Code civil, art. 62bis, § 6.

³⁰⁷ Code judiciaire, art. 1385*duodecies* à 1385*quaterdecies*.

Il y a donc ici une dérogation à la compétence exclusive des cours et tribunaux en matière de personne³⁰⁸. L'acte portant mention du nouveau sexe sera signé par l'officier de l'état civil et le(s) comparant(s)³⁰⁹. L'officier de l'état civil qui a établi un tel acte est tenu d'en informer, dans les trois jours, le procureur du Roi près du tribunal de première instance³¹⁰. L'inscription dans le registre des actes de naissance n'aura lieu que lorsque l'officier de l'état civil constate qu'aucun recours n'a été introduit contre l'acte portant mention du nouveau sexe et au plus tôt trente jours après l'expiration du délai de recours (soixante jours³¹¹)³¹². L'inscription a donc lieu, au plus tôt, nonante jours après son établissement. Le nouveau sexe doit être inscrit en marge de l'acte de naissance de l'intéressé ou, si l'acte de naissance ne se trouve pas au lieu où la personne a fait la déclaration, il faut notifier l'acte portant mention du nouveau sexe à l'officier de l'état civil compétent³¹³.

Cet acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiations existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent³¹⁴. La personne transsexuelle qui a changé de sexe reste donc, juridiquement, le père ou la mère de son enfant. Néanmoins, une fois l'acte rédigé, la paternité ne peut plus être établie à l'égard de l'homme qui a déclaré appartenir au sexe féminin³¹⁵.

La loi du 10 mai 2007 est venue également modifier la loi relative aux noms et prénoms³¹⁶. Le législateur a prévu, dès la phase hormonale, *un droit* au changement de prénom. La personne transsexuelle joint à sa demande de changement de prénom(s) une déclaration du psychiatre et de l'endocrinologue attestant que : 1° l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance ; 2° que l'intéressé suit ou a suivi un traitement hormonal de substitution visant à induire les caractéristiques sexuelles physiques du sexe auquel l'intéressé a la conviction d'appartenir ; 3° que le changement de prénom(s) constitue une donnée essentielle lors du changement de rôle³¹⁷. Ce changement de prénom(s) n'exige pas d'opération ni même un traitement hormonal complet. Le ministre de la Justice autorise alors le changement de

³⁰⁸ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 95.

³⁰⁹ Circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité.

³¹⁰ Code civil, art. 62bis, § 4, al. 4.

³¹¹ Code judiciaire, art. 1385duodecies, §1^{er}, al. 2.

³¹² Code civil, art. 62bis, § 4, al. 3.

³¹³ Code civil, art. 62bis, § 5.

³¹⁴ Code civil, art. 62bis, § 8, al. 1.

³¹⁵ Code civil, art. 62bis, § 8, al. 2.

³¹⁶ Loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms.

³¹⁷ Loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms, art. 2, al. 3.

prénom(s) (sauf si les prénoms sollicités sont de nature à prêter à confusion ou peuvent nuire au requérant ou à des tiers)³¹⁸. Il s'agit donc bien d'un droit et non d'une faveur³¹⁹.

La loi relative à la transsexualité prévoit encore une réduction automatique du droit d'enregistrement de l'arrêté ministériel autorisant le changement de prénom³²⁰. Ce droit d'enregistrement est en principe fixé à 490 euros mais il peut être réduit à 49 euros par le ministre de la Justice sur demande motivée et uniquement pour certaines causes énumérées par la disposition dont notamment le changement de prénom accordé aux personnes transsexuelles³²¹.

3. Les critiques émises à l'encontre de la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité

Cette procédure simplifiée créée en faveur des transsexuels est une belle avancée. Néanmoins, de nombreuses critiques ont suivi l'élaboration de cette loi. Ces critiques émises par un ensemble d'acteurs sont intéressantes à prendre en compte pour l'élaboration d'une procédure de changement de sexe et de prénom à l'état civil simplifiée ouvertes aux personnes intersexuées mais également transsexuelles. Nous pensons, en effet, que même si la situation des personnes transsexuelles n'est pas la même que celle des intersexes, une réforme comparable à celle de Malte semble soucieuse de l'intérêt de chacun de voir respecter son identité de genre. Nous allons voir que de nombreuses Organisations demandent à ce que la loi relative à la transsexualité soit modifiée. C'est donc l'occasion d'intégrer les intersexes dans cette loi qui, selon nous, doit être réformée.

3.1. Critiques émises par le Comité consultatif de bioéthique et la doctrine

Tout l'abord, lorsque la proposition de loi a été élaborée, le Président de la Chambre des Représentants de l'époque a demandé au Comité consultatif de Bioéthique d'émettre un

³¹⁸ Loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms, art. 3.

³¹⁹ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 112.

³²⁰ Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe modifié par la loi du 5 juillet 1998 et par la loi du 7 décembre 2006.

³²¹ Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, modifié par la loi du 5 juillet 1998 et par la loi du 7 décembre 2006, art. 249, § 1^{er}, al.1 et 2.

avis à cet égard³²². Les membres du Comité étaient étonnés que cette proposition – qui, à l’époque, donnait une définition du transsexuel – ne s’applique qu’aux transsexuels qui ne souffrent pas d’intersexualité³²³. L’avis dit à ce propos que : « les membres du Comité ne comprennent toutefois pas pourquoi la simplification de la procédure de changement de prénom et de mention du sexe sur l’état civil serait refusée aux intersexuels. Ils pensent qu’il y a lieu de faire bénéficier ceux-ci de l’allègement prévu dans les formalités administratives au même titre que les transsexuels, lorsqu’ils peuvent présenter des attestations médicales qui justifient la demande de changement de sexe »³²⁴⁻³²⁵. Finalement, nous l’avons vu, la loi du 10 mai 2007, ne s’applique qu’aux transsexuels c’est-à-dire aux personnes qui ont la conviction d’appartenir au sexe opposé. Il faut être médicalement reconnu comme souffrant du syndrome de transsexualisme³²⁶. Lors des discussions concernant la proposition de loi, la Ministre s’est d’ailleurs prononcée à ce sujet en indiquant que « les intersexuels ne relèvent pas du champ d’application de la loi en projet. Le transsexuel dispose d’un droit de choisir. L’intersexuel ne peut corriger son sexe que par la procédure de rectification »³²⁷.

Malgré tout, des personnes intersexes pourraient passer par cette procédure en répondant à l’ensemble des conditions sans mentionner leur situation médicale particulière. En effet, un rapport belge de 2009 a indiqué que trois personnes intersexes de leur groupe d’étude composé de 244 personnes ont modifié leur sexe à l’état civil³²⁸.

Une deuxième critique concerne l’adaptation corporelle exigée comme condition de fond au changement de sexe à l’état civil. Tout d’abord, une telle condition ferme la porte au changement de sexe des personnes transgenres qui ne vont pas jusqu’au stade de

³²² Avis n°34 du 13 mars 2006 sur la proposition de loi relative à la transsexualité du Comité Consultatif de Bioéthique.

³²³ Avis n°34 du 13 mars 2006, *op. cit.* (voy. note 322), p. 4 ; Projet de loi relative à la transsexualité, *Doc. parl.*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Madame de Roeck, Sénat, 2006-2007.

³²⁴ Avis n°34 du 13 mars 2006, *op. cit.* (voy. note 322), pp. 4 et 5.

³²⁵ Pourtant, suite à l’avis du Comité consultatif de bioéthique, les travaux préparatoires suivants indiquaient : « qu’il n’est pas du tout dans l’intention des auteurs de la proposition de loi d’exclure les intersexuels du champ d’application de celle-ci et des les empêcher de pouvoir bénéficier l’allègement prévu en matière de formalités administratives. Si cela s’avère nécessaire, une adaptation de la proposition de loi sera réalisée en ce sens » ; Proposition de loi relative à la transsexualité, *Doc. parl.*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Servais Verherstraeten, 2005-2006, n°0903/006, p. 9

³²⁶ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 80.

³²⁷ Projet de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme De Roeck, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1794/5.

³²⁸ J. MOTMANS, I. DE BIOLLEY, S. DEBUNNE, « Être transgenre en Belgique - Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres », 2009, disponible sur <http://igvm-iefh.belgium.be/>.

l'opération³²⁹. Cette condition pose question, elle exige que des personnes en bonne santé passe par des traitements mutilants et non sans risques. Certains transsexuels ont besoin de passer par ces opérations mais un certain nombre d'entre eux prennent du temps à passer ce cap³³⁰.

De plus, la transformation physique exigée manque de clarté puisque cette transformation doit être faite « dans toute la mesure de ce qui est possible et justifiée du point de vue médical »³³¹. L'interprétation de cette condition est laissée à l'entière discrétion des médecins. On entrevoit donc les divergences d'appréciation des médecins de cette condition. Certains médecins diront que telle personne répond à la condition d'adaptation corporelle et d'autres considéreront que non³³². Il existe donc ici une réelle insécurité juridique.

Une troisième critique porte sur l'exigence de stérilité irréversible. Tout d'abord, s'il est contre-indiqué qu'une personne subisse une telle opération, elle ne pourra de toute façon pas changer de sexe à l'état civil, puisqu'aucune nuance relative à l'état de santé n'est inscrite dans la loi³³³. Les associations auditionnées en Commission de la justice ont critiqué cette condition comme comportant une dimension eugénique inadmissible³³⁴. Les représentants du Collectif Trans-action avait d'ailleurs dit à ce sujet que : « la conviction intime, constante, irréversible et certifiée est en cette matière le critère. Il doit être maintenu comme nécessaire et suffisant »³³⁵. Amnesty International Belgique francophone dit à ce propos : « La stérilisation obligatoire est une violation du droit des personnes transgenres à ne pas subir de traitements inhumains, cruels ou dégradants, droit protégé par plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits humains, comme le PIDCP (article 7) et la Convention des Nations unies contre la torture (article 16). En se pliant à cette exigence, les personnes transgenres se trouvent dans l'impossibilité de fonder une famille, et sont donc privées de leur droit à la vie privée et familiale »³³⁶.

³²⁹ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 86.

³³⁰ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 86.

³³¹ *Ibid.*, p. 81.

³³² *Ibid.*, p. 84.

³³³ *Ibid.*, pp. 85 et 88 ; En effet, la loi relative à la transsexualité indique ceci en son article 2, §2, 3° « 3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent ».

³³⁴ *Ibid.*, p. 88.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ B. PRIEM, « La loi transgenre belge doit être modifiée », 12 mai 2015, disponible sur www.isavelives.be/fr/node/13837 ; AMNESTY INTERNATIONAL BELGIQUE FRANCOPHONE, « Europe. Les personnes transgenres font l'objet de discrimination et de traitements inhumains et dégradants », 4 février 2014, disponible sur <http://www.amnesty.be>.

Il existe encore des doutes sur la possibilité pour la personne transsexuelle, de recourir à l'insémination artificielle en faisant congeler du sperme ou des ovules avant l'intervention³³⁷. Cette condition a engendré, en tout cas, énormément de polémiques tant elle touche à l'intégrité des personnes transsexuelles.

Nous pouvons également nous interroger sur l'opportunité du pouvoir ainsi attribué au corps médical puisque l'ensemble de ces conditions doivent être contenues dans une déclaration des médecins signées par eux. La prise en charge médicale est donc aujourd'hui légalement imposée³³⁸.

Une quatrième critique touche au changement de prénom(s). Les personnes transgenres sont toujours exclues de cette possibilité puisque l'intéressé doit suivre un traitement hormonal pour avoir accès à cette procédure simplifiée. Il y a donc encore une médicalisation du transsexualisme³³⁹. L'association Trans-action a dit à ce sujet que, dans la jurisprudence antérieure, le transsexuel obtenant la modification de son sexe à l'état civil pouvait obtenir la modification de son prénom dans le même jugement. Alors qu'aujourd'hui, il lui faut entreprendre une double démarche, la première devant l'officier de l'état civil et la deuxième devant le ministre de la justice. En maintenant la procédure *ad hoc* pour le changement de prénom, la loi semble ainsi contre-productive par rapport à son objectif premier. Toutefois, les personnes qui obtiennent le changement de sexe à l'état civil sont assurées du droit de changement de prénom puisqu'elles sont en possession d'une attestation médicale et que si elles répondent aux conditions du changement de sexe à l'état civil, *a fortiori*, elles répondent aux conditions du changement de prénom(s)³⁴⁰.

3.2. Critiques émises par l'Institut pour l'Egalité des Femmes et des Hommes

L'Institut pour l'Egalité des Femmes et des Hommes s'est également prononcé à plusieurs reprises concernant la loi relative à la transsexualité. Ce qui pose le plus de problèmes, à l'heure actuelle, est que le changement de sexe à l'état civil est subordonné à une opération d'assignation sexuelle ainsi qu'une opération de stérilisation. De nombreux

³³⁷ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), pp. 88 et 89.

³³⁸ S. CAP, *op. cit.* (voy. note 12), p. 92.

³³⁹ *Ibid.*, p. 114.

³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 114 et 115.

pays³⁴¹, élaborent de nouvelles législations qui n'imposent plus d'interventions sur les personnes transsexuelles afin de pouvoir changer leur sexe à l'état civil³⁴². La loi du 10 mai 2007 est contraire au troisième principe³⁴³ (droit à la reconnaissance devant la loi) et dix-huitième principe³⁴⁴ (protection contre les abus médicaux) de Yogyakarta. L'Institut relève ainsi un grand nombre de rapports et recommandations qui vont dans ce sens³⁴⁵.

L'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes propose alors, dans une recommandation, une révision des critères pour le changement de sexe et de prénom de la loi relative à la transsexualité³⁴⁶. Selon l'Institut, les conditions d'adaptation corporelle et de stérilisation irréversible sont des atteintes directes à la vie privée de l'intéressé et à ses droits humains fondamentaux. Aussi, la condition relative à la thérapie hormonale pour le changement de prénom est une atteinte à la vie privée de l'intéressé. Le fait que la déclaration de conviction d'appartenir au sexe opposé soit établie par un psychiatre fait des personnes transsexuelles des personnes malades³⁴⁷.

3.3. Critiques émises en Europe

Nous avons vu que de nombreux rapports, recommandations et résolutions se sont positionnées contre les législations concernant la transsexualité telles que la nôtre. Le Conseil

³⁴¹ Le Portugal, Royaume-Uni, Suède, Autriche, Moldavie, Argentine et Malte plus récemment. L'Allemagne s'est positionnée comme étant contre de telles opérations de réassignation sexuelle et de stérilisation.

³⁴² P. BORGHS - INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, « Les critères médicaux dans la loi relative à la transsexualité - étude de droit comparé menée pour le compte de l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes », octobre 2013, p. 6, disponible sur www.igvm-iefh.belgium.be/.

³⁴³ Principes de Yogyakarta, « principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », principe 3 : « [...] *Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre* [...] ».

³⁴⁴ Principes de Yogyakarta, principe 18 : « *Nul ne peut être forcé de subir une quelconque forme de traitement, de protocole ou de test médical ou psychologique [...] En dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées* ».

³⁴⁵ COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Issue Paper Human Rights and Gender Identity », 29 juillet 2009 ; Recommandation (CE) du 31 mars 2010 relative aux mesures visant à lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; Résolution (CE), n°1728 du 29 avril 2010 relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ; Résolution (CE), n°1945 du 26 juin 2013, « « Mettre fin aux stérilisations et castrations forcées » ; Rapport des Nations Unies (A/HRC/22/53) du 1er février 2013, *op. cit.* (voy. note 103), pp. 20, 21 et 25 ; Résolution (CE), n°1952 du 1^{er} octobre 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique ; etc.

³⁴⁶ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, « Eliminer les discriminations structurelles des personnes transgenres en Belgique », p. 1, disponible sur www.igvmiefh.belgium.be/fr/domaines_action/transgender/beleid/.

³⁴⁷ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *op.cit.* (voy. note 346), p. 3.

de l'Europe s'est positionné récemment concernant la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe³⁴⁸. « L'Assemblée est préoccupée par les violations de droits fondamentaux, notamment du droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique, dont sont victimes les personnes transgenres lorsqu'elles demandent la reconnaissance juridique de leur genre. En effet, parmi les conditions à remplir prévues par les procédures correspondantes figurent souvent la stérilisation, le divorce, un diagnostic de maladie mentale, des interventions chirurgicales et d'autres traitements médicaux »³⁴⁹.

L'Assemblée appelle dès lors les Etats membres :

- « à interdire explicitement la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale contre la discrimination »³⁵⁰. Notons que la Belgique, s'est dotée d'une telle loi en 2014³⁵¹ ;
- « à abolir, en matière de reconnaissance d'identité de genre, l'obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux, y compris le diagnostic de troubles mentaux, dans les lois encadrant la procédure de changement de nom et de genre »³⁵².

Il s'agit donc ici d'une Résolution allant dans le même sens que ce que dénonce l'Institut pour l'Egalité des chances des femmes et des hommes.

C. Proposition de réforme pour la Belgique

1. Deux inspirations possibles

Comme nous venons de le voir, une réforme concernant la procédure simplifiée relative au changement de sexe et de prénom est plus que judicieuse et attendue par un grand nombre d'organisations belges et européennes. Nous pensons donc à une réforme qui permettrait à la fois aux personnes transsexuelles mais aussi aux intersexes de bénéficier de la

³⁴⁸ Résolution (CE) n°2048 du 22 avril 2015, relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 1.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 1, point 6.1.1.

³⁵¹ Loi du 22 mai 2014 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre, art. 2 : « L'article 4 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, est complété par le paragraphe 3 rédigé comme suit : " § 3. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe" ».

³⁵² Résolution (CE) n°2048 du 22 avril 2015, *op. cit.* (voy. note 348), p. 2, point 6.2.2.

procédure simplifiée de changement de sexe et de prénom tout en révisant les conditions actuelles prévues pour les personnes transsexuelles.

La loi maltaise peut nous servir d'exemple dans cette réforme. En effet, elle édicte le principe selon lequel toute personne a droit à être traitée en accord avec son identité de genre et en particulier à être identifiée de cette manière dans les documents fournissant son identité³⁵³. Elle ajoute que personne ne doit être tenu de fournir la preuve d'une opération d'assignation sexuelle totale ou partielle ou de tout autre traitement hormonal, psychologique ou médical³⁵⁴. La loi maltaise permet donc à toute personne, qu'elle soit transsexuelle, transgenre ou intersexe de déclarer sa nouvelle identité de genre à l'état civil. Pour ce faire, elle devra établir une déclaration contenant une copie de l'acte de naissance du demandeur, une déclaration personnelle expliquant clairement que le sexe juridique ne correspond pas à son identité de genre, une spécification des particularités de genre et le prénom avec lequel la personne souhaite s'identifier³⁵⁵.

L'Institut pour l'Egalité des Femmes et des Hommes s'est prononcé en faisant quelques recommandations pour la Belgique³⁵⁶. Selon l'Institut, la loi de 2007 relative à la transsexualité a besoin d'une révision urgente. Seule la première condition édictée dans la loi – à savoir la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui mentionné sur l'acte de naissance – tant pour l'enregistrement officiel du changement de sexe que pour le changement de prénom – doit être maintenue. Il propose dès lors que la personne concernée signe une déclaration sur l'honneur auprès des services de l'état civil³⁵⁷. Afin d'éviter tout abus de droit, la déclaration devrait être appuyée par deux déclarations signées par des témoins, ou par un certificat établi par le médecin traitant. Afin que cette procédure reste administrative, il est recommandé de mettre à disposition des documents standards tant pour la déclaration sur l'honneur de l'intéressé que pour les déclarations des témoins ou le certificat du médecin traitant. L'institut pense également qu'il est possible de lutter contre les abus en prévoyant qu'une personne voulant changer de sexe à nouveau devrait être confronté

³⁵³ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015, point 3 (1).

³⁵⁴ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015, point 3 (4).

³⁵⁵ The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015, point 5 (1).

³⁵⁶ INSTITUT POUR L'EGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *op.cit.* (voy. note 346), p. 4.

³⁵⁷ L'Argentine dispose d'une législation similaire : il suffit de remplir un formulaire pour effectuer un changement de sexe et de prénom, car l'identité de genre est considérée comme un droit personnel.

à une procédure plus compliquée, par exemple auprès du tribunal et que le juge se prononce de façon individuelle sur la situation personnelle.

En ce qui concerne les craintes liées à l'absence de stérilisation irréversible des personnes transsexuelles sur le droit actuel de la filiation, l'Institut se prononce à nouveau³⁵⁸. L'exigence de stérilisation irréversible ne s'est pas avérée être une garantie sans faille étant donné que des pères peuvent être des femmes à la naissance de leur enfant suite à la congélation de leur sperme. Les enfants nés dans ce cadre ne pouvaient pas être reconnus par leur deuxième parent (sauf par l'adoption). Notons néanmoins qu'aujourd'hui grâce à la loi sur la co-maternité³⁵⁹, la femme/compagne de la mère d'un enfant peut être la coparente de cet enfant, sans passer par l'adoption. Il s'agit du même système de filiation qu'avec un père. Il n'existe pas une telle législation pour les couples d'hommes puisque cela relève de la question de la gestation pour autrui. En tout état de cause, la distinction entre parents transgenres et autres parents est discriminatoire, les droits des parents transgenres et de leur enfant sont en ce moment insuffisamment protégés. Il est possible de parer à la parentalité transgenre au moyen d'une exception. L'Institut propose une modification de l'article 2, paragraphe 8 de la loi du 10 mai 2007³⁶⁰. Pour l'instant, la loi édicte qu'une adaptation du sexe n'a aucun impact sur les liens de filiation existants. L'Institut propose qu'il soit rajouté, dans ce paragraphe, la possibilité d'avoir de nouveaux enfants. Il faudrait alors que l'exception prévue à l'alinéa 2 du paragraphe 8 de l'article 2 de la loi du 10 mai 2007³⁶¹ soit supprimée, c'est-à-dire que les dispositions relatives à l'établissement de la filiation paternelle soient applicables.

2. Proposition concrète

Nous pensons à une réforme de la loi du 10 mai 2007, qui ne serait plus une loi seulement relative à la transsexualité.

Toute personne, selon nous, doit avoir le droit de déclarer facilement le genre auquel elle appartient. Ainsi, l'article 62bis § 1 du Code civil se présenterait comme suit : « Tout Belge

³⁵⁸ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *op.cit.* (voy. note 331), pp. 6 et 7.

³⁵⁹ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté.

³⁶⁰ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2, § 8, al. 1 : « L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe ».

³⁶¹ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, art. 2, § 8, al. 2 : « Les dispositions du livre Ier, titre VII, chapitre II du Code civil ne s'appliquent pas à la personne de sexe masculin qui a fait une déclaration conformément à l'article 62bis et pour laquelle un acte portant mention du nouveau sexe a été établi ».

ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil ». Cette disposition permettra aux transsexuels, transgenres et intersexes de déclarer leur sexe à l'état civil, sans aucune distinction.

Ensuite, toute référence purement médicale au changement de sexe et de prénom(s) à l'état civil devrait être supprimée. La procédure ne devrait donc plus exiger des déclarations du psychiatre et du chirurgien en qualité de médecins traitants constatant les conditions 2° (adaptation sexuelle) et 3° (stérilisation irréversible) du paragraphe 2 de l'article 62bis du Code civil qui doivent donc être supprimées. À la place, une déclaration de la personne concernée constatant sa « conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance » devra être imposée. Deux déclarations signées de témoins devront venir corroborer la déclaration de l'intéressé. Des documents standard tant pour la déclaration sur l'honneur de l'intéressé que pour les déclarations des témoins devront être mis à disposition.

Il serait également judicieux d'ajouter, comme l'a fait la loi maltaise, que personne ne doit être tenu de fournir la preuve d'une opération d'assignation sexuelle totale ou partielle ou de tout autre traitement hormonal, psychologique ou médical.

Concernant le changement de prénom(s), les conditions autres qu'avoir la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance, devraient être supprimées. Il n'est donc plus question d'imposer une déclaration d'un psychiatre et d'un endocrinologue, ni un début de traitement hormonal, ni même que le prénom constitue une donnée essentielle du changement de rôle. Il serait également plus simple qu'une exception à la loi du 15 mai 1987 soit prévue pour permettre le changement de prénom(s) dans la même déclaration que le changement de sexe. La demande de changement de prénom(s) serait donc intégrée à la déclaration de changement de sexe pour éviter la double procédure. L'autorisation de la Ministre resterait de mise³⁶².

Nous pensons que l'accessibilité de cette procédure au mineur non émancipé doit être conservée.

³⁶² Loi du 15 mai 1987, art. 3 : « Le ministre de la Justice autorise le changement de prénoms aux personnes visées à l'article 2, alinéa 2, sauf si les prénoms sollicités sont de nature à prêter à confusion ou peuvent nuire au requérant ou à des tiers ».

Nous ne pensons cependant pas, comme l'a proposé l'Institut, qu'il faille créer une procédure plus compliquée pour la personne désirant changer la mention de son sexe pour la deuxième fois. La procédure actuelle semble suffisante sur ce point. En effet, l'officier de l'état civil peut refuser d'établir l'acte portant mention du nouveau sexe³⁶³. Si l'officier de l'état civil pense qu'un deuxième changement de sexe à l'état civil est abusif, il pourra donc refuser d'établir un acte portant mention du nouveau sexe. La personne intéressée pourra alors intenter un recours contre cette décision et par conséquent, s'expliquer devant un juge. Aussi, toute personne intéressée – dont le procureur du Roi –, peut intenter un recours³⁶⁴ contre la décision d'établissement ou de refus de l'officier de l'état civil. Il semble donc que ce système soit un frein aux abus.

Enfin, concernant la filiation, puisque nous recommandons qu'aucune opération de stérilisation irréversible ne soit imposée comme condition ultime du changement de sexe à l'état civil, il sera alors possible pour une personne transgenre d'avoir des enfants après son changement de sexe légal³⁶⁵. Concernant les liens déjà existants, la disposition actuelle³⁶⁶ n'a pas à être modifiée. Concernant les liens de filiation à venir, la circulaire avait déjà indiqué que les liens de filiation s'établissent conformément au nouveau sexe de l'intéressé³⁶⁷. Ceci ne posera pas de problème si un transsexuel homme vers femme a un enfant avec une femme. En effet, si la personne transsexuelle fournit son sperme, sa compagne ayant fourni ses ovules et accouchant de l'enfant sera la mère et la personne transsexuelle devenue femme pourra alors devenir la co-mère – soit par présomption du mariage soit par reconnaissance³⁶⁸.

Par contre, si une personne transsexuelle femme vers homme n'est pas opérée, est en couple avec un homme et est toujours capable de fournir des ovules et de porter un enfant, c'est le transsexuel qui accouchera de cet enfant. Cette personne sera-t-elle la mère de l'enfant étant donné qu'il ne s'agit plus d'une femme et que les liens de filiation futurs s'établissent par

³⁶³ Code civil, art. 62bis, § 6.

³⁶⁴ Code judiciaire, art. 1385duodecies à 1385quaterdecies.

³⁶⁵ Même si, nous l'avons vu, il n'est pas interdit expressément qu'une personne transsexuelle fasse congeler ses ovules ou sperme.

³⁶⁶ Code civil, art. 62bis, § 8 : « L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe »

³⁶⁷ Circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité : « Après l'inscription ou la transcription du nouveau sexe dans le registre des actes de naissance, les nouveaux liens de filiation sont en principe établis conformément au nouveau sexe. Les règles de filiation maternelle sont applicables à l'égard du transsexuel qui adopte le sexe féminin. Les règles de filiation paternelle s'appliquent à l'égard du transsexuel qui adopte le sexe masculin ».

³⁶⁸ Code civil, art. 325-2 et 325-4.

rapport au nouveau sexe de la personne, en l'occurrence, les liens de filiation du père ? Si deux personnes pouvaient être pères d'un enfant automatiquement sans passer par l'adoption, cela réglerait le problème. Mais notre législation actuelle est telle qu'il n'existe pas de législation comparable à la co-maternité pour les hommes³⁶⁹. Il faut cependant être conscient qu'il s'agit d'un cas rare mais que nous ne pouvons exclure. Dans un tel cas nous pourrions imaginer que la personne transsexuelle ayant accouché soit le père de cet enfant par reconnaissance (si notre droit accepte une telle solution). Le compagnon de ce transsexuel devenu homme devra alors adopter l'enfant.

Pour les autres cas de figure³⁷⁰, nous avons vu qu'il n'était déjà pas exclu que les personnes transsexuelles puissent faire congeler leur sperme et ovule. L'on se référera alors aux dispositions concernant l'insémination artificielle. Nous ne sommes pas certains qu'il s'agit d'une situation qui se produira en Belgique. En effet, dans le cas où une personne transsexuelle veut un enfant, aura-t-elle réellement envie de donner naissance à cet enfant conformément au sexe auquel elle considère ne pas appartenir ? Nous ne pouvons pas faire de généralité mais aujourd'hui, la Belgique permet à tout un chacun, quelles que soient ses orientations sexuelles, de se marier et de passer par l'adoption. Il semble donc que la suppression de cette condition de stérilité soit tout à fait faisable et acceptable en Belgique.

³⁶⁹ En effet, ce débat induit automatiquement la question de la gestation pour autrui dont le Sénat est chargé d'analyser le système actuellement.

³⁷⁰ Par exemple, un couple formé par transsexuel homme vers femme et un homme devra forcément, soit passer par l'adoption, soit avoir recours à l'insémination artificielle avec donneur pour avoir un enfant. Un autre cas est celui du couple formé par un transsexuel femme vers homme qui est en couple avec une femme.

CHAPITRE 2. PROPOSITION DE LOI

Après ces longs développements, nous allons tenter d'élaborer une proposition concrète de réforme du système belge actuel prenant en compte les intérêts des intersexes, ainsi que des transgenres. Il ne s'agit que d'une ébauche de proposition. En effet, une telle proposition demande une certaine réflexion qui ne peut se limiter à la sphère juridique. Des associations intersexes ainsi que les spécialistes médicaux devront être consultés à cet effet. D'autres juristes et experts devront être également consultés pour que cette proposition soit pleinement efficace et soucieuse des intérêts de chacun.

Nous appellerons notre proposition : proposition de loi relative à l'intersexualité et à la transsexualité. Cette proposition viendrait édicter le comportement à adopter face à un enfant intersexe mais également modifier certaines dispositions du Code civil. Nous allons tenter d'écrire noir sur blanc ce qui pourrait être rédigé concrètement dans cette proposition.

Section 1. Chapitre I de la proposition : dispositions générales

Ce chapitre 1 poserait les termes utilisés dans cette proposition. Nous avons déjà développé notre réflexion à ce sujet. Nous pensons donc que l'on pourrait rédiger un article 1 comme suit : « Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

- 1° Intersexe : personne naissant avec une ambiguïté sexuelle.
- 2° Equipe pluridisciplinaire : équipe composée de spécialistes cliniques ayant l'expérience des enfants et adultes présentant une ambiguïté sexuelle.
- 3° Commission pluridisciplinaire : équipe composée de spécialistes clinique ayant l'expérience des enfants et adultes présentant une ambiguïté sexuelle ainsi que de deux personnes intersexes ».

Nous avons pris le parti de parler « d'ambiguïté sexuelle » même si la pratique médicale belge continue de parler de DSD, « disorder of sex development », trouble du développement sexuel. Il s'agit d'un vocabulaire stigmatisant et qui tend à médicaliser ces situations. De plus, nous avons vu qu'il existe un grand nombre de DSD si bien que certaines situations ne sont parfois pas toutes considérées comme étant des DSD. En parlant d'ambiguïté sexuelle, cela nous permet d'englober à la fois le sexe biologique, gonadique, chromosomique et hormonal. Ce qui permet de prendre en considération toutes les formes de DSD.

Nous avons également décidé qu'il ne fallait pas définir les personnes faisant partie de l'équipe pluridisciplinaire. Il semble que cela revient au monde médical, d'autant plus qu'à l'heure actuelle, seule la Clinique Universitaire de Gand et sa « team DSD » sont qualifiées en la matière.

Section 2. Chapitre II de la proposition : prise en charge du nouveau-né intersexe

Nous pensons que l'article 2 de cette proposition devrait imposer juridiquement qu'un nouveau-né dont on soupçonne qu'il ait une ambiguïté sexuelle soit immédiatement pris en charge par une équipe pluridisciplinaire.

Cet article 2 pourrait dès lors être rédigé comme suit :

« Tout corps médical ayant des doutes sur le sexe d'un nouveau-né, doit immédiatement transférer ce dernier vers une équipe pluridisciplinaire compétente ».

L'article 3 concernerait la prise de décision concernant le « sexe prédominant » de l'enfant.

Il serait rédigé comme suit :

« § 1. Un conseil et un accompagnement des titulaires de l'autorité parentale doit être assuré par l'équipe pluridisciplinaire durant toute la prise en charge de l'enfant.

§ 2. La décision d'attribution du sexe d'un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle doit être prise d'un commun accord par une équipe pluridisciplinaire et les titulaires de l'autorité parentale. Cette décision doit être conforme à l'intérêt de l'enfant.

§ 3. Un médiateur agréé sera présent lors des discussions et s'assurera que la décision d'attribution du sexe du nouveau-né sera pleinement éclairée et conforme à l'intérêt de l'enfant.

§ 4. En cas de désaccord entre les titulaires de l'autorité parentale et l'équipe pluridisciplinaire, la décision d'attribution du sexe de l'enfant revient à la commission pluridisciplinaire.

§ 5. La décision d'attribution du sexe de l'enfant fera l'objet d'un accord signé par l'équipe pluridisciplinaire, le médiateur agréé et les titulaires de l'autorité parentale. Cet accord doit être remis à l'officier de l'état civil lors de la déclaration du sexe de l'enfant conformément à l'article 57, alinéa 2 du Code civil ».

L'article 4 concernerait l'interdiction de pratiquer toute opération ou traitement médical sur un enfant sans son consentement.

Il serait rédigé comme suit :

« §1. Toute intervention chirurgicale ou traitement médical ou hormonal d'assignation sexuelle sur un mineur non émancipé sont interdits si de telles interventions ou traitements peuvent être reportées jusqu'à ce que le mineur soit apte à apprécier raisonnablement ses intérêts.

Sont considérées comme des interventions ou traitements ne pouvant pas être reportés, les interventions médicales urgentes visant à prévenir des atteintes sévères à l'organisme et à la santé.

§ 2. Lorsqu'un mineur non émancipé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts décide d'avoir recours à une intervention ou un traitement d'assignation sexuelle, l'équipe pluridisciplinaire tiendra compte de son intérêt et de son aptitude à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

Enfin, l'article 5 du chapitre 2 de notre proposition concernerait l'obligation de suivi de l'enfant et des parents par l'équipe pluridisciplinaire.

Il serait rédigé comme suit :

« L'équipe pluridisciplinaire veille

1° à rencontrer et entendre l'enfant intersexe ainsi que les titulaires de l'autorité parentale au moins une fois par an ;

2° à associer le mineur, compte tenu de son degré de maturité, à toute décision le concernant».

Section 3. Chapitre III de la proposition : modification de l'article 57 du Code civil

Le chapitre 3 de cette proposition serait relatif à la modification de l'article 57 du Code civil³⁷¹. Nous avons développé que nous étions favorables à ce délai de trois mois laissé au parent afin de déclarer le sexe de l'enfant naissant avec une ambiguïté sexuelle. Nous avons alors adapté la législation avec l'article 3, paragraphe 4 de notre proposition : les parents seront tenus de fournir une attestation médicale contenant la décision d'attribution du

³⁷¹ Code civil, art. 57, al. 2 : « Pour les enfants souffrant d'ambiguïté sexuelle, le sexe de l'enfant peut être déclaré par le père ou la mère ou par les deux auteurs dans un délai de trois mois, moyennant une attestation médicale »

sexe de l'enfant. Selon nous, cette mesure permettra d'avoir la certitude que les parents se sont bien conformés aux discussions qu'ils ont eues avec l'équipe pluridisciplinaire.

Nous pourrions donc imaginer que l'article 6 de notre proposition s'énonce comme suit : « L'article 57, 1°, alinéa 2 est complété comme suit : "Le père ou la mère ou les deux auteurs fourniront à l'officier de l'état civil un accord contenant la décision d'attribution du sexe de l'enfant dûment signé par l'équipe pluridisciplinaire, le médiateur agréé et les titulaires de l'autorité parentale" ».

Section 4. Chapitre IV de la proposition : modification de l'article 62bis du Code civil

Le chapitre IV de notre proposition, quant à lui, concernerait la modification de l'article 62bis³⁷² afin d'établir une procédure de modification de sexe et de prénom à l'état civil qui soit soucieuse des intérêts des personnes transsexuelles, transgenres et intersexes.

³⁷² L'article 62bis est actuellement rédigé comme suit : « § 1er. Tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil.

Le mineur transsexuel non émancipé qui fait une déclaration de sa conviction est assisté de sa mère, de son père ou de son représentant légal.

La déclaration est faite à l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle il est inscrit aux registres de la population.

Le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population fait la déclaration à l'officier de l'état civil de son lieu de naissance. S'il n'est pas né en Belgique, il fait la déclaration à l'officier de l'état civil de Bruxelles.

Lors de la déclaration, le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population informe l'officier de l'état civil de l'adresse à laquelle un refus d'établir l'acte portant mention du nouveau sexe peut être communiqué.

§ 2. Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant :

1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance;

2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical;

3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent.

§ 3. Le cas échéant, l'officier de l'état civil peut demander une traduction certifiée conforme de la déclaration des médecins traitants.

§ 4. A la suite de cette déclaration, l'officier de l'état civil établit un acte portant mention du nouveau sexe.

L'acte portant mention du nouveau sexe produit ses effets à compter de son inscription au registre des actes de naissance.

Cette inscription a lieu lorsque l'officier de l'état civil constate qu'aucun recours n'a été introduit contre l'acte portant mention du nouveau sexe et au plus tôt 30 jours après l'expiration du délai de recours.

L'officier de l'état civil qui établit l'acte portant mention du nouveau sexe en informe, dans les trois jours, le procureur du Roi près le tribunal de première instance.

§ 5. L'officier de l'état civil mentionne le nouveau sexe en marge de l'acte de naissance concernant l'intéressé ou notifie l'acte portant mention du nouveau sexe à l'officier de l'état civil compétent.

L'article 7 de notre proposition s'énoncerait comme suit :

« A l'article 62bis du Code civil, modifié par la loi du 10 mai 2007, sont apportées les modifications suivantes :

1) Le § 1^{er}, alinéa 1 est remplacé par l'alinéa suivant : "Tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil.

Personne ne doit être tenu de fournir la preuve d'une opération d'assignation sexuelle totale ou partielle ou de tout autre traitement hormonal, psychologique ou médical".

2) Le § 2 est remplacé par le paragraphe suivant "§ 2. Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration personnelle attestant sa conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans son acte de naissance.

Seront jointes à cette déclaration personnelle, deux déclarations de témoins attestant la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance de l'intéressé.

L'intéressé peut demander à ce que son prénom soit modifié selon la procédure prévue par l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi du 15 mai 1987. L'officier de l'état civil doit, dans ce cas, transférer les trois déclarations à la Ministre de la justice.

3) Le § 3 est remplacé par le paragraphe suivant "§ 3. Des documents standard pour la déclaration sur l'honneur de l'intéressé et pour les déclarations des témoins sont mis à la disposition de l'intéressé".

4) Le paragraphe 8, alinéa 2 est remplacé par l'alinéa suivant "Les liens de filiation créés après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe sont établis conformément au nouveau sexe de l'intéressé" ».

§ 6. L'officier de l'état civil qui refuse d'établir un acte portant mention du nouveau sexe porte sans délai sa décision motivée à la connaissance de la partie intéressée. Simultanément, une copie de ce document ainsi que de tous les documents utiles est transmise au procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le refus a été exprimé.

§ 7. Le refus de l'officier de l'état civil est susceptible de recours.

La procédure de recours a pour effet que, dans l'attente de la décision judiciaire, l'officier de l'état civil n'inscrit pas dans les registres l'acte portant mention du nouveau sexe.

§ 8. L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe.

Les dispositions du livre Ier, titre VII, chapitre II du Code civil ne s'appliquent pas à la personne de sexe masculin qui a fait une déclaration conformément à l'article 62bis et pour laquelle un acte portant mention du nouveau sexe a été établi ».

Section 5. Chapitre V de la proposition : modifications de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénom(s)

Le Chapitre V de notre proposition concerne la loi relative aux noms et prénoms³⁷³. Avec l'ensemble des modifications proposées, il faut alors que cette loi soit modifiée et en accord avec nos modifications.

L'article 8 serait énoncé comme suit :

« A l'article 2 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms, telle que modifiée par la loi du 10 mai 2007, sont apportées les modifications suivantes :

1) L'alinéa 2 est complété par les mots suivants "ou par l'officier de l'état civil dans le cadre d'une procédure de changement de sexe prévue par l'article 62*bis* du Code civil".

2) L'alinéa 3 de l'article 2 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms tel que modifié par la loi du 10 mai 2007, est remplacé par l'alinéa suivant : "Les personnes qui ont la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué sur leur acte de naissance joignent à leur demande :

1° une déclaration personnelle attestant leur conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans son acte de naissance.

2° deux déclarations de témoins attestant la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance de l'intéressé" ».

Il semble qu'une telle modification permettra que la procédure de changement de prénom soit en accord avec l'objectif de simplification de procédure destinée aux personnes ayant la conviction d'appartenir au sexe opposé à celui qui est inscrit sur l'acte de naissance.

³⁷³ L'article 2 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms s'énonce actuellement comme suit : « Toute personne qui a quelque motif de changer de nom ou de prénoms en adresse la demande motivée au Ministre de la Justice.

La requête est introduite par l'intéressé lui-même ou son représentant légal.

Les personnes qui ont la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué sur leur acte de naissance et qui ont adopté le rôle sexuel correspondant joignent à leur demande une déclaration du psychiatre et de l'endocrinologue, qui atteste :

1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance;

2° que l'intéressé suit ou a suivi un traitement hormonal de substitution visant à induire les caractéristiques sexuelles physiques du sexe auquel l'intéressé a la conviction d'appartenir;

3° que le changement de prénoms constitue une donnée essentielle lors du changement de rôle »

CONCLUSION

A travers ce mémoire, nous avons pu constater que la situation médicale que vivent les intersexes est encore très peu connue du grand public. En effet, les associations regroupant des intersexes n'existent que depuis quelques années. L'essor d'internet a permis à toutes ces personnes – qui n'étaient pas toujours au courant de leur situation médicale – de comprendre le malaise existant dans leur corps ou leur famille. Cela a également permis à certaines personnes de se rencontrer, de se regrouper et de discuter de leurs craintes, problèmes et déception. C'est grâce à ces différentes associations que nous avons pu discuter de ce sujet dans ce mémoire.

A l'heure actuelle, règne le plus grand vide juridique concernant la prise en charge de ces enfants en Belgique. Les enfants belges nés intersexes sont, toujours aujourd'hui, opérés pour les conformer au sexe attribué. Certains enfants ne sont pas toujours au courant de leur situation médicale. Cette pratique va à l'encontre de nombreuses Conventions, Résolutions, Recommandations européennes et de l'ONU ainsi que des principes de Yogyakarta. Certains pays européens et internationaux se sont prononcés à ce sujet et ont parfois même légiféré en la matière. Il s'agit de la preuve ultime que nos sociétés commencent à remettre en question leurs législations et pratiques existantes.

La transsexualité, que nous avons pu aborder dans ce mémoire concernant le changement de sexe et de prénom(s) à l'état civil, est bien plus connue que l'intersexualité. Il fut une époque où la transsexualité n'était pas reconnue, puis reconnue comme une maladie mentale – ce que de nombreux cliniciens pensent encore aujourd'hui. La Belgique, en 2007, s'est dotée d'une loi, avant-gardiste pour l'époque, et soucieuse des intérêts de ces personnes. Il faut un temps pour tout et nous savons d'avance qu'un avenir meilleur sera réservé à l'ensemble de ces personnes. Ce n'est qu'en 2014 que l'identité de genre et l'expression de genre ont été considérées comme étant des motifs de discrimination basée sur le sexe. La Belgique poursuivra certainement son avancée en modifiant les dispositions légales concernant le changement de sexe et de prénom(s) à l'état civil qui pose tant problème actuellement et sera d'autant plus soucieuse des intérêts de tous.

Il nous semble que l'option d'un « troisième sexe » ou d'une case « neutre » ou « indéterminée » à l'état civil deviendra dans le futur une étape supplémentaire à franchir. Mais nous ne pourrions imaginer une telle solution qu'une fois que notre société aura bien ancré et « accepté » ces notions de transsexualité, transgenre, intersexualité. Toutefois,

comme nous l'avons relevé, si cette troisième option devient une option « fourre-tout » destinée aux personnes que l'on n'arrive pas à ranger dans des cases, cela n'a aucun intérêt.

L'ultime étape sera alors, peut-être, l'abolition de la mention du sexe à l'état civil et sur les documents d'identité, lorsque le sexe ne correspondra plus, dans nos mentalités, à un élément de notre état. Gardons en tête que les mentalités changent : ce qui n'est pas accepté et toléré aujourd'hui le sera peut être demain.

Le point central de ce mémoire est le respect de chacun dans son intégrité physique, psychique et dans son identité de genre. Nous avons pu constater qu'à l'heure actuelle, il est difficile d'accepter que d'autres personnes ne se sentent pas bien dans le sexe auquel elles appartiennent. La tendance est encore trop à vouloir médicaliser les procédures auxquelles elles peuvent être soumises. Revenons une dernière fois à John Money qui prétendait qu'un enfant s'adapte au rôle de genre qui lui a été assigné pourvu que cet enfant ait été éduqué intensément dans ce genre et qu'il ne connaisse jamais la situation dans laquelle il vit. Nous pouvons nous rendre compte que cette théorie est toujours bien présente dans nos mentalités. Les médecins veulent opérer à tout prix, car « l'enfant s'adapte de toute manière ». Si l'on éduque un enfant intersexe en tant que garçon ou fille, il n'y a pas de raison qu'il présente des troubles de l'identité de genre plus tard, disent encore les médecins. Il n'en est rien, les concepts d'identité de genre, de rôle de genre sont des notions qui nous dépassent encore aujourd'hui. Avec l'essor de ces associations militantes dans notre société, nous devons comprendre que l'identité de genre est personnelle et que, ni les parents ni les médecins, ne pourront y changer quelque chose.

Nous avons, dans ce mémoire, tenté de relater la manière dont la Belgique appréhendait la situation des intersexes. Les analyses de droit comparé nous ont permis de nous situer par rapport aux autres pays européens et de nous conscientiser sur le fait qu'il s'agit d'une thématique dont il faut parler et pour laquelle une législation est plus que recommandée. Nous avons alors tenté de proposer des modifications de notre système législatif actuel concernant les intersexes et la mention du sexe à l'état civil. Nous sommes conscients de la réflexion qu'amène un tel sujet qui ne peut malheureusement pas se limiter à un mémoire. Il était en tout cas important pour nous d'apporter une ébauche de solution tant le système fait des victimes actuellement.

Espérons que ce mémoire fasse écho, qu'il permette d'approfondir encore cette réflexion pour faire évoluer les mentalités et - qui sait ? - modifier la législation actuelle.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Internationale

- Principes de Yogyakarta, mars 2007, « principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ».
- Rapport des Nations Unies (A/HRC/22/53) du 1er février 2013, 22^{ème} session rédigé par JUAN E. MÉNDEZ, rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Européenne

- Recommandation (CE) du 31 mars 2010 relative aux mesures visant à lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre
- Résolution (CE), n°1728 du 29 avril 2010 relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre
- Résolution (CE), n°1945 du 26 juin 2013, « « Mettre fin aux stérilisations et castrations forcées »
- Résolution (CE), n°1952 du 1^{er} octobre 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique, disponible sur www.assembly.coe.int.
- Résolution (CE) n°2048 du 22 avril 2015, relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe.

Allemande

- German Civil Code disponible sur http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.
- Loi sur le statut personnel allemand (Personenstandsgesetz (PStG)) disponible sur <http://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>.

Maltaise

- The Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. 1 avril 2015.

Française

- Code civil français

Interne

- Constitution de la Belgique, 7 février 1831, art 22bis.
- Code civil, 21 mars 1804, Titre préliminaire et Livre Ier : Des personnes.
- Code judiciaire, 10 octobre 1967, Quatrième partie : de la procédure civile, art. 1383 à 1385*quaterdecies*.
- Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, modifié par la loi du 5 juillet 1998 et par la loi du 7 décembre 2006.
- Loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms.
- Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.
- Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité.
- Circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité.
- Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté.
- Loi du 22 mai 2014 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre.

Travaux préparatoires interne et avis

- Proposition de loi du 24 juin 2004 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Proposition de loi et développements, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°1242/001.
- Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Valérie Déom – Annexe, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°1242/005.
- Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, Proposition de loi, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n°1242/006.

- Proposition de loi relative à la transsexualité, Proposition, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°0903/001.
- Proposition de loi relative à la transsexualité, *Doc. parl.*, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Servais Verherstraeten, 2005-2006, n°0903/006.
- Avis n°34 du 13 mars 2006 sur la proposition de loi relative à la transsexualité du Comité Consultatif de Bioéthique.
- Projet de loi relatif à la transsexualité, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n°3-1794/3, pp. 4 et s.
- Projet de loi relatif à la transsexualité, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme De Roeck, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-1794/5.

Jurisprudence

Internationale

- Supreme Court of Appeal New South Wales, *Norrie v NSW Registrar of Births*, 31 mai 2013, on www.caselaw.nsw.gov.au.

Interne

- Civ. Liège, 1er avril 1981, *J.L.M.B.*, 1981, p. 220.
- Civ. Liège, 5 décembre 1984, *J.L.M.B.*, 1985, pp. 424 et 425.
- Civ. Tournai, 19 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, t. I., p. 357.
- Liège, 15 juin 1987, *J.L.M.B.*, t. II., 1987, pp. 994 et 995.
- Civ. Mons, 11 mai 1988 et 17 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, t. II., pp. 1170 à 1174.

Doctrine

Ouvrages et articles

- BORGHS P. - INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, « Les critères médicaux dans la loi relative à la transsexualité - étude de droit comparé menée pour le compte de l'Institut pour l'Egalité des Femmes et des Hommes », octobre 2013, p. 6, disponible sur www.igvm-iefh.belgium.be/.

- BOURGEOIS M.-L., « La différenciation des sexes et des genres. 1. Aspects biologiques », *Annales Médico-psychologiques*, Volume 166, Issue 9, November 2008, p. 760.
- BOUVATTIER C., GAY C.-L., CHATELAIN P., « Prise en charge néonatale des désordres de la différenciation sexuelle », *Archives de Pédiatrie*, Volume 21, Issue 5, Supplement 1, May 2014.
- CAP S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 1/2009.
- CHILAND C., « La problématique de l'identité sexuée – Gender identity issue », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, Volume 56, Issue 6, September 2008.
- COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS – COUNCIL OF EUROPE, « Human rights and intersex people », april 2015, on www.coe.int/fr/web/commissioner/-/europe-disregards-intersex-people-s-right-to-self-determination-and-physical-integrity.
- COUNCIL OF EUROPE COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Issue Paper Human Rights and Gender Identity », 29 juillet 2009, on www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365.
- DEMÈDE D., DE MATTOS E SILVA E., GORDUZA D., MOURIQUAND P., « Actualités sur l'hypospade », *Archives de Pédiatrie*, Volume 15, Issue 8, August 2008.
- DEUTSCHER ETHIKRAT, « Intersexuality – opinion », 23 february 2012, on www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), « The fundamental rights situation of intersex people », april 2015, on www.fra.europa.eu/fr/media/press-releases.
- FURTOS C., CHENE G., VARLET M.-N., VARLET F., SEFFERT P., CHAULEUR C., « Diagnostic anténatal et prise en charge des extrophies vésicales isolées », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, volume 38, 2010.
- GALIFER R.B., KALFA N., GUIBAL M.P., « Que peut cacher un testicule caché ? : ... ou les pièges cliniques de la cryptorchidie », *Archives de Pédiatrie*, Volume 11, Issue 4, April 2004.
- GALLUS N., *Bioéthique et droit*, Limal, Athémis, 2013.

- GÉNICOT G., Droit médical et biomédical, Bruxelles, Larcier 2010.
- HIERNAUX G., « Approche de la transsexualité en droit belge », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012.
- HIORT O., « Long-term management of patients with disorders of sex development (DSD) », *Annales d'Endocrinologie*, Volume 75, Issue 2, May 2014, p. 64, disponible sur www.sciencedirect.com.
- HUGHES I.A., HOUK C., AHMED S.F., LEE P.A., LAWSON WILKINS PEDIATRIC ENDOCRINE SOCIETY (LWPES)/ EUROPEAN SOCIETY FOR PAEDIATRIC ENDOCRINOLOGY (ESPE) CONSENSUS GROUP, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Journal of Pediatric Urology*, 2006, disponible sur www.sciencedirect.com et www.ncbi.nlm.nih.gov/.
- INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, « Eliminer les discriminations structurelles des personnes transgenres en Belgique, p. 1, disponible sur www.igvmiefh.belgium.be/fr/domaines_action/transgender/beleid/.
- KASSIS M., ASSAF Z., KIEFFER F., MAGNY J.F., VOYER M., « Les pathologies de la détermination et de la différenciation sexuelle : période néonotale », *Journal de pédiatrie et de puériculture*, n°2, 2002.
- LAROUSSE, dictionnaire, 2001.
- MEYER-BAHLBURG H.F.L., « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, V. 56, Issue 6, September 2008.
- MIRLESSE V., NIHOUL-FEKETE C., MAC ALEESE J., « Pathologie génitale fœtale », *EMC - Pédiatrie*, Volume 1, Issue 2, May 2004.
- MOTMANS J., DE BIOLLEY I., DEBUNNE S., « Être transgenre en Belgique - Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres », 2009, disponible sur <http://igvm-iefh.belgium.be/>.
- MOURIQUAND P., CALDAMONE A., MALONE P., FRANK J.-D., HOEBEKE P., « The ESPU/SPU standpoint on the surgical management of Disorders of Sex Development (DSD) », *Journal of Pediatric Urology*, 28 October 2013.
- MOURIQUAND P., LE CENTRE NATIONAL MALADIE RARE SUR LES ANOMALIES CONGÉNITALES DU DÉVELOPPEMENT GÉNITO-SEXUEL

(CNMR DSD), « Mise au point sur la prise en charge chirurgicale des anomalies congénitales du développement génito-sexuel (Disorders of Sex Development: DSD) », *Archives de Pédiatrie*, Volume 21, Issue 5, Supplement 1, May 2014.

- NDOUR O., FALL M., FAYE FALL, DIOUF C., NDOYE N.A., NGOM G., NDOYE M., « Aspects épidémiologiques, cliniques et thérapeutiques de la cryptorchidie chez l'enfant: analyse de 123 observations », *African Journal of Urology*, 29 March 2015, p. 2, disponible sur www.sciencedirect.com.
- NOTTET A., « Le consentement du mineur », in *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Limal-Liège, Anthémis, 2011.
- NOTTET A., « Le mineur en droit médical », in *Nouveaux dialogues en droit médical*, Liège, Anthémis.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « FAQ (Foire Aux Questions) », disponible sur www.web.archive.org/web/20090310074704/http://www.intersexualite.org/Curtis-fr.html
- OVIDE, *Les Métamorphoses*, Histoire de Salmacis et d'Hermaphrodite, Livre IV, vers. 288 à 380.
- PIENKOWSKI C., CARTAULT A., CAULA-LEGRIEL S., AJALTOUNI Z., DAUDIN M., TAUBER M., « Syndrome de Klinefelter et syndrome de Turner : pour une meilleure prise en charge », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Volume 39, Issue 9, September 2011, disponible sur www.sciencedirect.com.
- RAVEL C., SIFFROI J.-P., « Anomalies de structure du chromosome Y et syndrome de Turner », *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Volume 37, Issue 6, June 2009, disponible sur www.sciencedirect.com.
- SCHAMPS G., « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge » in *Adolescent et acte médical, regards croisés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 83.
- TODTS O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, vol. 73, 2013, n°1.
- WIESEMANN C., UDE-KOELLER S., SINNECKER G.-H. ET THYEN U., « Ethical principles and recommendations for the medical management of differences of sex development (DSD)/intersex in children and adolescents », *Eur. J. Pediatr.*, 2010.

Sites internet

- AMNESTY INTERNATIONAL BELGIQUE FRANCOPHONE, « Europe. Les personnes transgenres font l'objet de discrimination et de traitements inhumains et dégradants », 4 février 2014, disponible sur <http://www.amnesty.be>.
- BERSIPONT A.-CH., « Le combat des intersexes belges », 25 novembre 2013, disponible sur www.lesoir.be.
- CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS - CSDH, « Enregistrement des enfants concernés par l'intersexualité dans le registre de l'état civil allemand - Commentaire succinct du point de vue de la Convention relative aux droits de l'enfant en ce qui concerne la Suisse », 18 septembre 2013, disponible sur www.skmr.ch/frz/domaines/enfance/nouvelles/intersexualite-allemande.html.
- DIVET M.-A., Interview de Vincent Guillot - Intersexe, « Vincent Guillot sort de la nuit », disponible sur www.histoiresordinaires.fr.
- EICHENBERGER I., « Le "troisième sexe" lutte pour conquérir sa place », 23 janvier 2013, disponible sur <http://www.swissinfo.ch>.
- GESSLING A., « Transgenre et intersexes : Malte donne l'exemple », 2 avril 2015, disponible sur www.360.ch.
- GREGORINI F., « Législation - Reconnaissance du troisième sexe en Australie », 10 juin 2013, disponible sur www.lepetitjournal.com.
- LAROUSSE, dictionnaire, disponible sur www.larousse.fr/dictionnaires/francais.
- LAROUSSE MEDICAL, dictionnaire, édition 2006 disponible sur www.larousse.fr/archives/medical.
- LE VIF, « WC hommes, WC femmes... la Flandre veut aussi des WC transgenres », 9 juillet 2015, disponible sur <http://www.levif.be>.
- O'DEA C., « Contre les opérations forcées », disponible sur www.genrespluriels.be.
- OII FRANCOPHONIE, « Supposée reconnaissance d'un troisième sexe par l'État allemand : des risques à considérer » - communiqué de presse », disponible sur www.oii francophonie.org.
- ORGANISATION INTERNATIONALE DES INTERSEXES, « Positions officielles de l'OII », p. 48 disponible sur www.intersexualite.org/Curtis-fr.html RTS, « Témoignage d'un intersexe », 18 janvier 2013, disponible sur www.swissinfo.ch.

- PRIEM B., « La loi transgenre belge doit être modifiée », 12 mai 2015, disponible sur www.isavelives.be/fr/node/13837.
- TREMBLAY M., Interview de Daniela Truffer, « Intersexualité : aux enfants de décider de leur sexe », disponible sur www.fr.chatelaine.com.
- TREMBLAY M., Interview de Kathie Berthiaume, « Intersexualité : le témoignage de Kathie Berthiaume », disponible sur www.fr.chatelaine.com.
- WOWERIES J., « Die Befreiung aus den medizinischen Denksystemen », 28. Juli 2011, auf www.diskurs.ethikrat.org/.
- X, « L'Allemagne, premier pays européen à reconnaître un troisième genre », 19 août 2013, disponible sur www.lemonde.fr.
- X., Interview de Natasha Cailleux, « Une "personne intersexe ", c'est quoi ? Natasha raconte », 3 janvier 2014, disponible sur www.rue89lyon.fr.

Entretiens personnels

- Entretiens téléphoniques avec le Docteur Anne-Françoise Spinoit, urologue à la Clinique Universitaire de Gand.
- Interview du 2 avril 2015, de Kris Günther, militant intersexe à l'ASBL Genres Pluriels et à l'OII francophone.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	3
PARTIE 1. L'INTERSEXUALITE EN BELGIQUE.....	6
CHAPITRE 1. QU'EST-CE QUE L'INTERSEXUALITÉ ?.....	6
<i>Section 1. Définitions et clés de compréhension.....</i>	<i>6</i>
A. Notions utiles.....	6
B. Définitions : les troubles du développement sexuel ou l'intersexualité	8
<i>Section 2. Situations médicales.....</i>	<i>10</i>
A. Les malformations génitales découvertes à la naissance.....	10
B. Les formes d'intersexualité ne comportant pas de malformations génitales.....	12
<i>Section 3. La pratique médicale face à des situations d'intersexualité.....</i>	<i>14</i>
A. Quand peut-on détecter un état d'intersexualité ?	14
B. Quels sont les examens médicaux que le corps médical va pratiquer ?.....	14
1. Une description anatomique.....	15
2. Une prise de sang en vue de l'analyse chromosomique	16
3. Ionogramme urinaire	16
C. La détermination du sexe de l'enfant et les opérations chirurgicales.....	16
CHAPITRE 2. COMMENT LE DROIT BELGE REPOND A	
L'INTERSEXUALITE ACTUELLEMENT ?	18
<i>Section 1. L'intersexe à la naissance.....</i>	<i>18</i>
A. Le choix du sexe à la naissance	18
B. La mention du sexe sur l'acte de naissance	20
<i>Section 2. L'intersexe adolescent/adulte</i>	<i>21</i>
<i>Section 3. Les critiques émises à l'encontre du système belge.....</i>	<i>22</i>
A. L'association des parents aux prises de décision concernant leur enfant.....	22
B. Le choix du sexe et les opérations de réassignation sexuelle	25
1. L'attribution du sexe à la naissance	25
2. Les opérations de réassignation sexuelle.....	26
C. La mention du sexe sur l'acte de naissance	29
D. L'action en rectification de l'acte de naissance	30

PARTIE 2. L'INTERSEXE EN DROIT COMPARÉ – PROPOSITION DE LOI POUR LA BELGIQUE 32

CHAPITRE 1. ANALYSE DE DROIT COMPARÉ ET ÉBAUCHE DE SOLUTIONS JURIDIQUES POUR LA BELGIQUE 32

Section 1. Les termes à employer..... 32

Section 2. Le choix du sexe de l'enfant intersexe 35

A. L'opportunité de déterminer le sexe de l'enfant..... 35

B. Qui est habilité à déterminer le sexe de l'enfant ? 36

1. Les médecins.....37

2. Les parents.....37

3. L'association des parents et de l'équipe pluridisciplinaire.....38

C. L'attribution d'un sexe d'un enfant à un âge plus avancé 41

Section 3. Les opérations sur les enfants intersexes..... 43

A. La Suisse : la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine..... 44

B. L'Allemagne : Le Comité d'éthique allemand 46

C. Malte : L'adoption d'une loi 48

D. Organisations européennes 50

1. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne51

2. Le Conseil de l'Europe.....53

E. Une proposition belge 54

1. L'interdiction d'opérations d'assignation sexuelle sur un mineur sans son consentement54

2. Le consentement du mineur en Belgique55

3. Quel système pourrait adopter la Belgique ?.....57

Section 4. La mention du sexe à l'état civil 50

A. La Suisse : la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine..... 60

B. L'Allemagne : Le Comité d'éthique allemand et une nouvelle loi..... 61

1. Le rapport du Comité d'éthique allemand.....61

2. La solution allemande : l'absence de mention du sexe à l'état civil64

C. Malte : L'adoption d'une loi 65

D. Organisations européennes 66

1. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.....66

2. Le Conseil de l'Europe.....67

E. Quelques pays non-européens..... 68

1. L'Australie68

2. Le Népal	69
3. L'Argentine	69
F. Une solution pour la Belgique ?	69
1. La suppression de la mention du sexe à l'état civil	70
2. La solution maltaise : retarder la déclaration du sexe jusqu'à ce que l'enfant ait une identité de genre	71
3. Une dernière solution : l'attribution d'un sexe modifiable à tout moment par une procédure administrative	72
<i>Section 5. Le changement d'état civil – sexe et prénom</i>	<i>73</i>
A. La loi maltaise.....	73
B. La procédure de changement de sexe à l'état civil pour les transsexuels belges.....	75
1. La proposition de loi relative à la transsexualité	75
2. La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité	76
3. Les critiques émises à l'encontre de la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité	79
3.3. Critiques émises par le Comité consultatif de bioéthique et la doctrine	79
3.2. Critiques émises par l'Institut pour l'Egalité des Femmes et des Hommes	82
3.3. Critiques émises en Europe	83
C. Proposition de réforme pour la Belgique	84
1. Deux inspirations possibles	84
2. Proposition concrète	86
CHAPITRE 2. PROPOSITION DE LOI	90
<i>Section 1. Chapitre I de la proposition : dispositions générales.....</i>	<i>90</i>
<i>Section 2. Chapitre II de la proposition : prise en charge du nouveau-né intersexe ...</i>	<i>91</i>
<i>Section 3. Chapitre III de la proposition : modification de l'article 57 du Code civil.....</i>	<i>92</i>
<i>Section 4. Chapitre IV de la proposition : modification de l'article 62bis du Code civil.....</i>	<i>93</i>
<i>Section 5. Chapitre V de la proposition : modifications de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénom(s).....</i>	<i>95</i>
CONCLUSION	96
BIBLIOGRAPHIE	99

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

