

La protection juridique des personnes intersexuées

Problématiques concrètes et propositions internationales

Mémoire réalisé par
Tina Hendriks

Promotrice
Pascale Vielle

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 oeuvre, 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 oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

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

Table des matières

Introduction	- 1 -
Partie I L'intersexuation et ce qu'elle engendre	- 3 -
Chapitre 1 Définition de l'intersexuation et remise en contexte.....	- 3 -
Section 1 Terminologie	- 4 -
§1 Choix des mots.....	- 4 -
§2 Les notions autour du sexe et du genre.....	- 5 -
Section 2 L'abord par le biais médical et biologique	- 7 -
§1 Devenir et détermination du sexe humain	- 7 -
§2 Querelles de terminologie	- 9 -
§3 L'enjeu de tomber sous le champ de l'intersexuation	- 10 -
Section 3 Au sein du mouvement <i>LGBT</i>	- 12 -
§1 L'orientation sexuelle	- 13 -
§2 La transsexualité et le transgenre.....	- 14 -
§3 Un pas plus loin	- 15 -
Chapitre 2 Identification des problématiques concrètes	- 17 -
Section 1 Les expériences de traitement	- 18 -
§1 La politique du traitement.....	- 18 -
§2 Les expériences.....	- 22 -
Section 2 La qualité de vie et les insatisfactions de genre	- 25 -
Section 3 Discriminations et stigmatisation	- 28 -
Partie II Répercussions juridiques internationales	- 31 -
Chapitre 1 Droits fondamentaux	- 34 -
Section 1 Discrimination	- 35 -
§1 L'interdiction de la discrimination sur base d'un handicap.....	- 36 -
§2 L'interdiction de la discrimination sur base du sexe ou de l'identité de genre	- 38 -
§3 Mentions expresses	- 40 -
§4 Conclusion de la section	- 41 -
Section 2 Interdiction de la torture	- 41 -
Section 3 Les Droits de l'Enfant	- 43 -
§1 De manière générale	- 43 -
§2 Intégrité physique	- 44 -
§3 Prise en considération de l'opinion.....	- 45 -
§4 Conclusion de la section	- 46 -
Chapitre 2 Encadrement légal du traitement médical et particulièrement des mesures de réassignation sexuelle	- 47 -
Section 1 Consentement éclairé.....	- 48 -

§1 L'occurrence spécifique d'un mineur intersexuée.....	- 49 -
§2 Contrôle	- 50 -
Section 2 Moratoire sur les opérations d'assignation du sexe des enfants....	- 52 -
Section 3 Exemples pratiques.....	- 53 -
§1 Les affaires devant la Cour constitutionnelle de Colombie.....	- 53 -
§2 La loi maltaise.....	- 55 -
Section 4 Evaluation.....	- 56 -
Chapitre 3 Le droit de l'état civil	- 58 -
Section 1 L'allongement des délais pour l'indication du sexe	- 58 -
Section 2 Le changement de sexe juridique facilité	- 60 -
Section 3 L'établissement d'une troisième catégorie de sexe juridique.....	- 61 -
§1 La solution de laisser le champ vide	- 61 -
§2 D'autres catégories expresses	- 64 -
§3 Evaluation	- 65 -
Section 4 Le retrait de l'indication du sexe	- 65 -
Conclusion.....	- 67 -
Bibliographie	
Annexe 1 : Tableau comparatif des différentes bases numériques	
Annexe 2 : Tableau récapitulatif du raisonnement entrepris	
Annexe 3 : Abréviations	

Introduction

« ‘Intersexe’ [est] un terme générique recensant un nombre de variations concernant les caractéristiques du corps humain qui ne convergent pas aux définitions médicales strictes de masculin et féminin. »¹

Nous tenons à entamer la lecture de ce mémoire par une définition, car notre propre expérience avant ce projet et les échanges avec d’autres personnes durant son élaboration nous ont fait gardé à l’esprit à quel point la connaissance de l’intersexuation est vague dans la société en général. Néanmoins, il nous importait de créer un écrit qui donne une vue d’ensemble de l’intersexuation et qui est compréhensif aussi pour des personnes qui seraient novices en la matière. C’est aussi la raison pour laquelle nous nous sommes attardés sur des explications plus amples de terminologie dans le premier chapitre de ce mémoire, explications que nous avons jugées nécessaires pour éviter des confusions terminologiques et pour permettre une analyse pertinente des principaux mécanismes juridiques en la matière.

La décomposition de la définition précitée, nous permet d’émettre quatre prérequis élémentaires à la lecture de ce mémoire :

1. Nous nous trouvons face à un « terme générique ». Il y a, comme nous allons le voir, une multitude de différentes formes d’intersexuation qui ne peuvent pas toutes être placées sur le même plan.
2. La définition emploie les termes « variations » et « caractéristiques », ce qui s’inscrit dans la lignée des revendications de la plupart des activistes qui consistent en la condamnation d’une médicalisation des conditions.
3. Il est précisé que l’intersexuation concerne sur un premier plan des caractéristiques corporelles, donc biologiques, d’une personne.
4. Une certaine confrontation à ce que nous percevons comme « lois scientifiques » est incontournable.

Dans la continuité de ces principes, la première partie de ce travail élucidera le concept d’intersexuation. Dans le premier chapitre, nous nous attacherons à définir soigneusement les notions en question, ainsi qu’à les mettre en contexte. En effet, la compréhension de la notion

¹ Expression exacte : « ‘Intersex’ is used in this paper as an umbrella term to denote a number of different variations in a person’s bodily characteristics that do not match strict medical definitions of male or female ». Voy. European Agency for Fundamental Rights, « The fundamental rights situation of intersex people », *FRA Focus*, Vienna, 2015, disponible sur : <http://www.refworld.org/docid/5551c3524.html>.

d'intersexuation peut fortement varier en fonction du point de vue adapté pour l'analyser. Ce constat est indispensable car nous allons voir que les différentes propositions juridiques s'appliquent à différents groupes de personnes selon la définition de la problématique choisie. Nous nous trouvons donc au niveau de la détermination du champ d'application personnel d'éventuelles mesures législatives.

Dans le deuxième chapitre, nous procéderons à l'identification des problèmes et des barrières que peut rencontrer une personne intersexuée au cours de sa vie. Cette étape permet d'identifier les éléments devant être abordés dans une loi afin de réellement améliorer la protection juridique des sujets concernés.

Combinées, ces deux démarches constitueront ainsi le cadre théorique dans lequel va s'inscrire le présent travail car elles permettront d'analyser les propositions règlementaires, par rapport à leurs champs d'application aussi bien personnel que matériel. Ce sont ces évaluations qui nous permettront de nous prononcer dans la deuxième partie de ce mémoire sur la question suivante : Comment notre cadre juridique actuel peut-il être modifié pour améliorer la protection des personnes intersexuées ?

A ce sujet, nous verrons que différents mécanismes légaux sont avancés au niveau international. En effet, certains conseillent l'utilisation du cadre juridique des droits fondamentaux pour faire droit aux revendications des militants des droits intersex (Chapitre 1). Aussi, il y a eu des offensives dans le domaine de l'encadrement du traitement médical, particulièrement des enfants nés avec des variations au niveau du développement de leur sexe (Chapitre 2). Finalement, la thématique peut être abordée par le biais de l'état civil d'une personne. Nous allons expliquer qu'il y a donc différents moyens envisageables pour alléger les obstacles concrets rencontrés par la communauté intersexe, mais que les différents outils juridiques sont qualifiés pour protéger différentes personnes et aborder différents problèmes.

Partie I L'intersexuation et ce qu'elle engendre

La personne humaine est un organisme extrêmement complexe. Le corps de chaque individu se compose d'innombrables éléments propres, et subit des influences individuelles qui le rendent unique. Cependant, l'Homme a tendance à ne pas se satisfaire du constat selon lequel « il est normal d'être différent ». Au contraire, il essaie de respecter des classifications plus ou moins objectives des individus, notamment en ce qui concerne le sexe, l'âge, la race, etc.

Après avoir eu la réputation d'un facteur neutre, fondamental et évident pendant longtemps, le sexe est de plus en plus remis en question. Aujourd'hui, nous distinguons les concepts de sexe biologique, d'identité et d'expression de genre ainsi que d'orientation sexuelle², concepts auparavant indissociables. Comme nous allons le démontrer, l'intersexuation possède des liens plus ou moins étroits avec chacune de ces notions. Toutefois, leurs définitions sont loin d'être gravées dans le marbre et elles sont peu courantes en savoir populaire, ce qui peut mener à un emploi simpliste ou erroné³.

C'est la raison pour laquelle notre première démarche consiste à expliquer ce que « l'intersexuation » peut signifier. En effet, nous allons d'abord observer quel sens la notion peut prendre en fonction du point d'approche (Chapitre 1). Ensuite, nous nous intéresserons aux problèmes concrets que cette condition peut générer dans la vie des personnes concernées (Chapitre 2).

Chapitre 1 Définition de l'intersexuation et remise en contexte

Le débat public et plus particulièrement le débat juridique en matière d'intersexuation est récent⁴ et peu encadré. Nous pouvons affirmer qu'une partie considérable de la population ignore l'existence même de l'intersexuation⁵. Dès lors la détermination de la terminologie adéquate s'avère indispensable à la bonne compréhension du présent mémoire. Emi Koyama et Lisa Weasel proposent toute une série d'enjeux avec lesquels l'intersexuation peut être mise en relation. Il s'agit des mouvements *LGBT*, féministe antiviolence, celui des personnes

² Voy., en tant qu'illustration le graphique *The Genderbread Person*, disponible sur : <http://itspronouncedmetrosexual.com/>.

³ J., MCGILL, « SOGI....So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations », *Can. J. Hum. Rts.*, 2014, p. 32.

⁴ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), « Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel : Questions éthiques sur l'intersexualité », *Prise de position no. 20/2012*, Berne, 2012, p. 7.

⁵ D., C., GHATTAS, « Human Rights between the Sexes: A preliminary study on the life situations of inter* individuals », *Publication Series on Democracy 34*, Berlin, Heinrich Böll Stiftung, 2013, p. 26.

handicapées ayant un vécu psychiatrique ; ou encore l'éthique médicale, l'activisme pour la santé ou les droits reproductifs et les droits des enfants⁶. Différents éléments de l'intersexuation gagnent en importance en fonction du contexte et du mouvement que l'on attribue à l'intersexuation. C'est pourquoi, après avoir esquissé une synthèse générale de la terminologie, le sujet sera abordé sous deux de ces angles nous paraissant les plus significatifs. Le premier envisage la question d'un point de vue plutôt biologique ou médical. Le second remet la thématique dans le cadre des études de genre et du mouvement *LGBT*⁷ souvent utilisées pour faire entendre les revendications des activistes des droits des personnes intersexuées.

Nous constaterons que les deux approches présentent des atouts et des points de critique. Cette démarche est cruciale pour nous car chaque compréhension de l'intersexuation peut fonder des prétentions variées et favoriser des façons de légiférer diverses qui vont s'appliquer à un groupe de personnes différent et ainsi influencer le champ d'application personnel d'une loi.

Section 1 Terminologie

§1 Choix des mots

Dans le langage courant, l'intersexuation est définie comme « l'état d'un individu chez lequel coexistent des caractères sexuels mâles et femelles »⁸.

Il faut préciser qu'il y a un certain nombre d'appellations dépendant de l'époque du texte et du choix de l'auteur, qui dans la plupart des cas, peuvent être comprises comme synonymes. En langue française, à côté du terme actuellement préféré, à savoir celui de l'intersexuation, certains auteurs utilisent les termes « intersexualité » ou « intersexualisme ». Les adjectifs associés sont « intersexué », « intersexuel », « intersex »⁹, ou encore « inter* »¹⁰. Le terme choisi (l'intersexuation) a le mérite d'indiquer clairement que nous nous trouvons au niveau du sexe biologique et non de la sexualité d'une personne.

En outre, en dehors du contexte juridique, le terme hermaphrodite est parfois employé. Quoiqu'il fût assez courant dans le passé, il est de moins en moins approuvé par les personnes

⁶ E., KOYAMA et L., WEASEL, « From Social Construction to Social Justice: Transforming How We Teach about Intersexuality », *Women's Studies Quarterly*, 2000, pp. 175 et 176.

⁷ Cette abréviation signifie *Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender*.

⁸ Définition proposée par le dictionnaire Larousse, disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intersexualit%C3%A9/43855>.

⁹ Expressions repris de l'anglais.

¹⁰ L'utilisation de l'astérisque symbolise que la personne concernée refuse de se rattacher à une catégorisation stricte d'un groupe social précis.

concernées et moins fréquemment utilisé. Selon certains, même le terme que nous avons choisi est dépassé et devrait être remplacé par trouble ou variances du développement sexuel¹¹. Comme nous allons le voir par la suite, il n'est cependant pas non plus sans critiques et son emploi se concentre sur le cadre médical. Aussi, il faut évoquer le terme androgyne. Cet adjectif est souvent utilisé comme synonyme de « intersexué », mais il ne se rapporte cependant qu'aux caractéristiques morphologiques et non à l'ensemble des caractéristiques biologiques. Enfin, précisons que certains préfèrent parler de personnes avec une condition intersexuée, de sorte que l'adjectif ne se rapporte pas directement à la personne elle-même.

§2 Les notions autour du sexe et du genre

Revenons au constat selon lequel l'intersexuation est étroitement liée au sexe biologique d'une personne, mais qu'elle peut aussi avoir des répercussions sur le genre, l'identité et l'expression de genre ainsi que la sexualité.

Il convient de commencer par une explication des notions en question pour pouvoir identifier les liens. Comme nous l'avons dit, la notion de sexe a pendant longtemps été comprise dans un sens large, comprenant différents éléments. Le sens large englobe de façon très vaste chaque aspect qui permet de catégoriser une personne parmi les hommes ou les femmes ou justement qui empêche de recourir à une telle catégorisation. Ces aspects sont plus ou moins importants pour déterminer le sexe juridique d'une personne fixé lors de la déclaration de naissance de l'enfant, actuellement soit en tant qu'homme, soit en tant que femme.

En fonction des auteurs¹², il y a différentes possibilités pour subdiviser le sexe. Nous soutenons la suivante : au sens strict, le sexe est le « sexe biologique » d'une personne et qui présente un deuxième niveau de subdivision, à savoir les aspects génétique ou chromosomique, gonadique, somatique ou phénotypique et hormonal. C'est en effet lorsque tous ces facteurs ne sont pas incontestablement mâles ou femelles que la médecine parle d'intersexuation. Ensuite, il y a ce que certains appelle le « sexe psychologique ». Il correspond à la façon dont une personne perçoit elle-même son sexe. Celle-ci est étroitement liée au « sexe social » qui est aussi appelé genre¹³, notion sur laquelle nous voulons porter un intérêt spécial.

¹¹ Traduction libre de *disorders ou differences of sex development (DSD)*. Pour une explication de la notion, voy., *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2.

¹² Certains auteurs, à côté du sexe biologique, psychologique et légal mentionnés ici, énumèrent encore d'autres catégories, notamment celle de sexe culturel.

¹³ Le mot genre vient du mot anglais *gender*. Bien qu'employé communément dans le monde juridique anglo-saxon, le terme français genre n'apparaît dans aucune loi française. Au contraire, le mot sexe y est utilisé dans un triple sens, à savoir l'aspect biologique, l'aspect social et par rapport à la sexualité. Voy. D., BORRILLO,

Ce terme est employé depuis la moitié du siècle dernier pour désigner l'identité liée au sexe qu'une personne construit sous l'influence de la société. En effet, le genre est une construction sociale dans le sens où il correspond au rôle que la société attribue à une personne. Le terme est aussi souvent élargi à « la conviction très personnelle d'être soit homme, soit femme (identité de genre) et les comportements exprimant cette conviction »¹⁴, qui se crée en raison de cette attribution. Dans ce contexte, la notion de sexe, en l'opposant au genre, est employée dans un sens plus étroit qui vise le biologique.

Emanant du milieu scientifique de l'Amérique du Nord, il existe une vive discussion autour de ces deux notions qui prend place dans le champ d'études des *gender studies*. Deux des questions qui y sont les plus abordées sont certainement la définition exacte des deux termes de sexe et de genre, ainsi que l'importance respective du biologique et du social par rapport à l'identité de chaque être humain.

Par rapport à la première question, une tentative d'explication est de qualifier le sexe comme un marqueur invariant de caractéristiques biologiques¹⁵ tandis que le genre d'une personne est beaucoup plus souple et dépendant notamment du milieu politique et culturel dans lequel elle vit. Le genre s'étend selon certains aussi au « sexe tel que le sujet ressent subjectivement »¹⁶.

En ce qui concerne le poids des facteurs biologiques et des facteurs sociaux pesant sur le développement d'une identité sexuelle, le débat n'est pas arrivé à une fin satisfaisante. Assurément, nous pouvons affirmer que les deux côtés se trouvent dans une interaction¹⁷, de sorte qu'il est impossible de considérer les deux concepts de manière strictement séparée. En effet, nos idées sur ce qui est « un homme » ou « une femme » sont aussi profondément ancrées en nous qu'il est difficile de tirer une ligne entre ce que nous présupposons et ce qui est le résultat d'études objectives et scientifiques¹⁸.

« Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *Droit des familles, genre et sexualité*, sous la direction de N. Gallus, Limal, Anthemis, 2012, p. 8. Plus amplement, sur les éventuelles différences en ce qui concerne les connotations et le champ sémantique des notions genre et de son pendant anglais *gender*, voy. C., CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *PSN*, 2013, pp. 9 à 12. Dans le présent travail, les deux sont employés comme synonyme, selon la définition donnée dans le texte.

¹⁴ A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte, 2012, p. 20. Ce livre a été traduit de l'anglais (américain) par Oristelle Bonis e.a. Son titre original s'intitule : « *Sexing the body : gender politics and the construction of sexuality* ».

¹⁵ Bien que cette vision est contredite par certains auteurs, notamment Judith Butler. Voy., *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 4, §3.

¹⁶ C., CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ A., S., WHARTON, *The Sociology of Gender*, Malden, Blackwell Publishing, 2005, p. 20.

¹⁸ A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 21.

Clairement, l'intersexuation peut servir à déconstruire les pensées stéréotypées en ce qui concerne sexe, genre et sexualité¹⁹. En appliquant les termes de sexe et de genre à l'intersexuation, on obtient le résultat suivant : bien que la « condition médicale » soit dans un premier plan liée au sexe, au sens strict, il faut constater que, dans un second temps, tous les aspects du sexe au sens large sont concernés, notamment le genre. Ainsi, la création d'une identité de genre est influencée par les facteurs biologiques initiaux de sorte que le genre qui se construit individuellement ne correspond éventuellement ni à la catégorie sociale des femmes ni à celle des hommes, mais au fait que la personne se perçoit comme intersex (indépendamment de l'appellation qu'elle préfère elle-même. p.ex. intergenre²⁰).

Section 2 L'abord par le biais médical et biologique

§1 Devenir et détermination du sexe humain

De nos jours, la grande majorité des enfants naissent à l'hôpital, dans un encadrement médical. La première personne confrontée à la condition intersexuée d'un nouveau-né sera donc, dans la majorité des cas, un praticien médical qui, de son point de vue et avec des atouts professionnels, observera la question via des paramètres médicaux et biologiques.

En effet, la science considère que le sexe biologique d'une personne se compose de différents facteurs, à savoir génétique ou chromosomique, gonadique, somatique ou phénotypique et hormonal. Lorsque ceux-ci ne sont pas tous clairement mâles ou femelles, il y a un état d'intersexuation, aussi appelé *disorders of sex development* (DSD) dans le monde médical.

En effet, un nombre non défini de variations peuvent se produire lors du processus du développement sexuel. Plus précisément, déjà lors de la fécondation, le caryotype d'une personne (le sexe génétique ou chromosomique) est déterminé²¹. Typiquement, il est soit féminin (46, XX), soit masculin (46, XY). Cependant, il peut y avoir différentes aberrations chromosomiques telles que le syndrome de Klinefelter (47, XXY) ou le syndrome de Turner (45, X)²². Ensuite, une partie de ces chromosomes détermine les gonades (le sexe gonadique). Celles-ci sont responsables du développement des organes génitaux primaires (le sexe

¹⁹ E., KOYAMA et L., WEASEL, *op. cit.*, p. 171.

²⁰ Pour plus d'information à cet égard, voy. <http://www.genrespluriels.be/Definition-des-Intersexes>.

²¹ H., RICHTER-APPELT, « Intersexualität: Störungen der Geschlechtsentwicklung », *Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz*, 2007, p. 52.

²² *Ibid.*, pp. 52 à 61.

somatique ou phénotypique) et étroitement liées au fait de savoir dans quelle mesure une personne produit de la testostérone ou de la progestérone (le sexe hormonal)²³.

A chacune de ces étapes, le développement du fœtus peut dévier de ce qui est considéré comme la norme²⁴. Il est en effet justifiable qu'il y ait « une infinité de possibilités pour 'faire du sexe' »²⁵. C'est cette grande variation de signes cliniques qui justifie la variation considérable des statistiques relatives au nombre de personnes concernées par l'intersexuation. Ainsi, certaines sources révèlent qu'une naissance sur 4500 serait concernée²⁶ et d'autres estiment que jusqu'à 4%²⁷ de la population mondiale est concernée. Un chiffre communément cité est 1,7% de toutes les naissances. Ceci provient d'un écrit d'Anne Fausto-Sterling qui est toutefois critiquée pour prendre en compte toute personne qui ne correspond pas à l'« idéal physique dimorphisme au niveau chromosomique, génital, gonadique et hormonal »²⁸. Cette estimation est cependant assez proche de celle des 2%, émise par la Haute Autorité de la Santé française en 2009²⁹.

Précisons que certaines formes de *DSD* nécessitent un traitement médical parce qu'elles peuvent être accompagnées de problèmes cardiaques, rénaux ou d'un risque de cancer accru³⁰, ou en ce qui concerne une petite fraction, être fatales à cause d'une insuffisance surrénalienne ou d'une perte de sel³¹. Ceci est le cas pour certaines formes de HCS (hyperplasie congénitale des surrénales) qui se présente par un dysfonctionnement des

²³ G., H., G., SINNECKER, « Intersexualität », *Monatsschr Kinderheilkd*, 2005, p. 126.

²⁴ Voy. le graphique dans M., WOODWARD et N., PATWARDHAN, « Disorders of sex development », *Surgery*, 2010, p. 398.

²⁵ Pour de plus amples informations, voy. J., WIELS, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p.44.

²⁶ I., A., HUGHES, C., HOUK, S., F., AHMED, P., A., LEE et la LWPES/ESPE Consensus Group, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Archives of Disease in Childhood*, 2005, pp. 554 à 563.

²⁷ K., HAAS, « Who will make room for the intersexed », *AJLM*, 2004, pp. 41 à 68.

²⁸ Traduction libre de la citation de l'auteure Melanie Blackless: « [a] individual who deviates from the Platonic ideal of physical dimorphism at the chromosomal, genital, gonadal, or hormonal levels » reprise dans : L., SAX, « How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling », *The Journal of Sex Research*, 2002, p. 175.

²⁹ P., REIGNÉ, « La notion juridique de sexe », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 307.

³⁰ P., ØSTERGREN, A., JUUL, N. et H., AZAWI, « Disorders of sex development presenting as unilateral cryptorchidism », *Scandinavian Journal of Urology*, 2013, p. 435. En ce qui concerne le risque cancéreux, ceci est spécialement pertinent pour certaines formes de DSD. Voy. H., E., CHAMES, M., VENARA, G., DEL REY, A., J., ARCARI, M., P., MUSSE, R., PAPAIZIAN, V., FORCLAZ et S., GOTTLIEB, « Is a CIS phenotype apparent in children with Disorders of Sex Development? Milder testicular dysgenesis is associated with a higher risk of malignancy », *Andrology*, 2015, pp. 59 à 69 ; L., WÜNSCH, P., M., HOLTERHUS, L., WESSEL et O., HIORT, « Patients with disorders of sex development (DSD) at risk of gonadal tumour development: management based on laparoscopic biopsy and molecular diagnosis », *BJU Int*, 2012, pp. 958 à 965.

³¹ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 7.

enzymes qui mène à une virilisation de personnes avec un caryotype XX dont certaines sont en mesure d'avoir des enfants en tant que femme fertile³².

Encore faut-il préciser que l'intersexuation n'est pas toujours découverte à la naissance de l'enfant. Il est possible que le physique d'un nouveau-né n'évoque aucun doute par rapport à son sexe et que, par la suite, lors d'un examen de sa structure chromosomique ou d'une opération dans la zone de l'aîne le diagnostic soit posé³³. Alternativement, les symptômes peuvent apparaître lors de la puberté, lorsque le développement de caractères sexuels secondaires fait défaut ou prend une direction contraire aux attentes³⁴.

§2 Querelles de terminologie

Toutes ces explications sont essentielles dans la mesure où il y a un débat persistant autour de la question qui consiste à savoir lesquelles de ces conditions médicales tombaient effectivement sous le champ de l'intersexuation. En effet, les praticiens faisaient habituellement la différence entre « l'hermaphrodisme vrai » et « le pseudohermaphrodisme » masculin ou féminin³⁵. Ils parlaient seulement de l'hermaphrodisme vrai lorsque le patient présentait du tissu aussi bien testiculaire qu'ovarien³⁶ ce qui est une condition extrêmement rare. Cette terminologie était fortement critiquée car les mots « vrai » et « pseudo » sous-entendent une hiérarchisation répréhensible. Selon certains, la notion intersex ne se prête pas à une définition médicale car elle viserait uniquement les conditions se trouvant exactement au milieu du masculin et du féminin, ne permettant pas d'assignation sexuelle univoque³⁷.

C'est pourquoi, en 2005, l'*European Society for Paediatric Endocrinology* (ESPE) et la *Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society* (LWPES) ont organisé une conférence à Chicago pour trouver un consensus dans la terminologie et le traitement médical en la matière. Ce rassemblement qui incluait aussi, bien que peu nombreux, des groupements privés de patients, a fait des recommandations en ce qui concerne un traitement standardisé en

³² J., MCGRATH, « Are you a boy or a girl? Show me your real ID », *Nevada Law Journal*, 2009, p. 383. Il est raisonnable de brièvement faire ressortir cette condition vis-à-vis les autres formes de DSD car, comme nous allons le voir dans la deuxième partie, les patientes de HCS ont souvent une position différente de celle autres personnes avec une condition intersexuée. Ceci est probablement lié au fait que les patientes sont généralement satisfaites avec leur sexe d'assignation qui est dans la majorité des cas le sexe féminin.

³³ P., ØSTERGREN, A., JUUL, N. et H., AZAWI, *op. cit.*, p. 433.

³⁴ O., HIORT, « Intersexualität: Besonderheiten der Pubertät », *Gynäkologische Endokrinologie*, 2005, p. 181.

³⁵ A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 59.

³⁶ L., HERMER, « Paradigms Revised: Intersexed Children, Bioethics & The Law », *Annals of Health Law*, 2002, p. 204.

³⁷ I., A., HUGHES, « Disorders of sex development: a new definition and classification », *Best Pract Res Clin Endocrinol Metab.*, 2008, p. 120.

matière de ce que l'assemblée a nommé *disorders of sex development* (DSD). Ce terme s'est effectivement répandu dans le monde médical. L'argument principal en faveur de cette nouvelle terminologie est qu'elle inclut toute forme d'ambiguïté sexuelle. Cependant, dès le début, il y a eu des critiques par rapport à une connotation pathologique. En effet, de nombreux activistes luttent pour une acceptation de l'intersexuation comme une variation naturelle du corps humain fondée sur le fait que le sexe humain n'est pas strictement binaire mais s'inscrit dans un continuum où le féminin et le masculin ne sont rien de plus que les pôles extrêmes. Bien entendu, le choix du terme *disorder* qui se traduit en français par « trouble » va à l'encontre de ces revendications. Cependant, il convient de rappeler que certaines formes de *DSD* nécessitent un traitement médical de sorte que la contestation de toute connotation médicale est impossible. En réponse à cette critique, certains auteurs plaident pour le simple remplacement du mot *disorder* par *differences*³⁸. Soulignons que les participants de la *Chicago consensus conference* ont précisé que *DSD* désigne les signes cliniques et non pas la personne en soi³⁹. Ainsi, le terme a le mérite d'apporter un consensus au sein du monde médical, sans devoir remplacer un quelconque terme avec lequel une personne concernée veut s'identifier. En outre, le classement des conditions médicales proposé par la conférence apporte une clarification pour les études cliniques en ce qu'il divise les conditions en trois grands groupes, à savoir un jeu de chromosomes 46,XX, un jeu de chromosomes 46,XY ou une aberration chromosomique⁴⁰. Cela permet de facilement comparer les différents résultats, tout en incluant toutes les différentes conditions médicales⁴¹.

§3 L'enjeu de tomber sous le champ de l'intersexuation

Illustrons ici, à l'aide d'une affaire allemande de l'année 2003⁴², l'importance que ces définitions peuvent avoir sur un plan juridique. Il s'agit d'une demande de pouvoir changer de sexe sur les documents officiels vers la mention « *Zwitter* »⁴³ ou à titre subsidiaire, « hermaphrodite », « intersexuel » ou « intrasexuel ». Après que celle-ci ait déjà été rejetée en première instance par l'*Amtsgericht* de Munich⁴⁴ sous l'argument principal qu'une telle

³⁸ Quoique cette proposition n'ait actuellement pas encore pu remplacer son antécédent, nous plaidons pour une compréhension en ce sens.

³⁹ I., A., HUGHES, « Consequences of the ESPE/LWPES guidelines for diagnosis and treatment of disorders of sex development », *op. cit.*, p. 359.

⁴⁰ Voy. les tableaux explicatifs dans G., S., CONWAY, « Disorders of sex development (DSD): an overview of recent scientific advances », *Psychology & Sexuality*, 2014, p. 29 ; M., WOODWARD et N., PATWARDHAN, « Disorders of sex development », *Surgery*, 2010, p. 397.

⁴¹ I., A., HUGHES, « Disorders of sex development: a new definition and classification », *op. cit.*, p. 121.

⁴² LG v. 30.06.2003 – 16 T 19449/02.

⁴³ Nom commun allemand pour une personne intersexuée.

⁴⁴ Comparable à un niveau de juge de paix en Belgique qui possède des chambres pour les matières d'état civil. AG v. 13.9.2001 – 722 UR II 302/00.

possibilité n'est simplement pas prévue par la loi⁴⁵, le *Landesgericht*⁴⁶ précise que, comme le demandeur⁴⁷ était, suite à sa constitution génétique, « majoritairement féminin », il ne tomberait pas sous le champ de l'intersexuation « vraie ». Il utilise l'appellation médicale de l'époque comme évidence pour prouver le fait que le demandeur n'a pas le droit de réclamer le statut *Zwitter* étant donné qu'il fait biologiquement partie du sexe féminin. Cette argumentation est un moyen ancien de régler la question⁴⁸ qui consiste à contourner une décision tranchée. Elle nie le problème car en affirmant qu'il n'existerait personne se trouvant si profondément entre homme et femme pour qu'elle ne puisse être assignée à un des deux groupes⁴⁹.

C'est une approche qui prend les deux sexes fixés comme étant la norme, analysant l'intersexuation en tant que déviation de celle-ci, du « normal »⁵⁰. Cela permet de nier la problématique d'attribution à un sexe dès qu'il y en a un, et favorise l'ajustement de l'apparence physique par une opération. Nous ne prétendons certainement pas que tout membre de la profession médicale approuve cette vision des choses, mais ce que nous voulons démontrer à présent, c'est que les résultats de recherches scientifiques seront toujours influencés par la culture et la politique dans laquelle les chercheurs s'inscrivent⁵¹. Nous nous trouvons depuis la deuxième moitié de XIXe siècle dans une ère de sécularisation et de médicalisation⁵². Une approche médicale aura toujours la connotation de vouloir changer et améliorer la situation du patient. Le problème étant que la personne qui va tenter de guérir le

⁴⁵ S., ROTHÄRMEL, « Rechtsfragen der medizinischen Interventionen bei Intersexualität », *MedR*, 2006, p. 276.

⁴⁶ Comparable au tribunal de première instance belge et lieu d'appel pour l'*Amtsgericht*.

⁴⁷ À sa naissance, le demandeur était d'apparence masculine, pendant la même année, sa constitution génétique s'est cependant montrée féminine. En conséquence, on a introduit un émargement dans le registre des naissances, entrepris des opérations d'assignation sexuelle et le demandeur a été élevé comme fille. Le masculin est choisi ici car, quoiqu'il « ne se sente ni homme, ni femme », il a repris son prénom masculin au moment de l'affaire judiciaire. Voy. Nr. 592 AmtsG München - PStG §§ 47 I, 48, 21 I Nr. 3 ; FGG § 12 ; GG Art. 2 I, Art. 1 I, *FamRZ*, 2002, pp. 955 et 956.

⁴⁸ Selon l'adage latin: « *Hermaphroditus tam masculo quam faeminae comparator secundum praealentiam sexus incalescentis* », les personnes intersexuées étaient pendant longtemps assignées au sexe qui semblait prévaloir dans leur constitution physique. Voy. D., L., CLARK HOFMAN, « male, female, and other: how science, medicine and law treat the intersexed, and the implications for sex-dependent law », *Tulane Journal of Law & Sexuality*, 2012, p. 1.

⁴⁹ S., ROTHÄRMEL, *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰ D., C., GHATTAS, *op. cit.*, p.17 ; A., FAUSTO-STERLING, A., *op. cit.*, p. 25 et 97.

⁵¹ A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 22.

⁵² Ceci est vrai pour des conditions qui dans le passé n'étaient pas considérées médicales. Stephen Kerry donne l'exemple de la ménopause. Voy. S., KERRY, « Representation of intersex in news media: the case of Kathleen Worrall », *Journal of Gender Studies*, 2011, p. 266.

patient est celle qui pose le diagnostic d'une maladie, celle qui construit la définition du malade⁵³.

Au final, nous plaçons pour que la personne concernée puisse décider si pour elle-même, l'intersexuation est une condition médicale, ce qui lui permettra toujours la revendication de mesures étatiques de soutien en ce qui concerne notamment la fourniture et le remboursement de médicaments, ou si l'intersexuation a pour elle des impacts sur des plans plus vastes de sa personnalité, ce qui autorise une définition considérablement différente de l'intersexuation.

Section 3 Au sein du mouvement *LGBT*

Encore que certains militants intersexués revendiquent des droits par le biais de la classification de l'intersexuation en tant que handicap⁵⁴, il est communément admis que la problématique de l'intersexuation entretient des liens étroits avec le mouvement *LGBT*. Il reste la question de la mesure dans laquelle l'intersexuation y est incluse. Certains auteurs soutiennent que l'intersexuation s'y diffère entièrement⁵⁵, d'autres le perçoivent comme un forum pour les enjeux intersex et d'autres encore vont jusqu'à élargir le mouvement en *LGBT*⁵⁶. Incontestablement, le sigle est emblématique de la coopération des minorités d'identités de genre et d'orientations sexuelles⁵⁷ dans l'accomplissement de leurs buts respectifs qui se recoupent ou se ressemblent régulièrement, dont l'intersexuation peut profiter. Quoiqu'il se soit répandu de plus en plus vivement au cours des dernières années, les efforts du mouvement n'ont pas encore suffi pour initier le grand public à ces concepts. C'est pourquoi il est indispensable de les clarifier avant la suite de ce travail, notamment pour éviter des confusions entre les termes voisins.

Aussi, comme nous allons l'analyser dans la deuxième partie de ce travail, le mouvement intersex peut déclencher des propositions juridiques qui s'appliquent également à

⁵³ B., LHOMOND, « Mélange des genres et troisième sexe », *Sexe et genre : de la hiérarchie entre les sexes*, éd. M.-C., Hurting, M., Kail et H., Rouch, Paris, C.N.R.S., 1991, p. 109.

⁵⁴ Les militants craignent que les parents de nouveau-nés avec des *DSD* opteraient plus vite pour des opérations par crainte que leurs enfants soient assimilés à ce groupe. Voy. J., A., GREENBERG, « Intersex and Intra-sex Debates: Building Alliances to Challenge Sex », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, p. 103. L'*Intersex Initiative* est un exemple pour un groupement de militants qui préfère la voie des droits des personnes handicapées. Pour de plus amples informations, voy. <http://www.intersexinitiative.org/law/nondiscrimination.html>.

⁵⁵ J., MCGILL, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁶ L'abréviation devient alors *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex*.

⁵⁷ Certains auteurs utilisent l'abréviation *SOGI*, qui signifie *sexual orientation and gender identity*.

d'autres mouvements, tout comme ces derniers émettent des propositions pouvant s'appliquer au mouvement intersex.

§1 L'orientation sexuelle

Examinons dans un premier temps les trois premières lettres de l'appellation *LGBT*. Il s'agit des personnes homosexuelles et bisexuelles, soit des personnes formant une minorité au niveau de leur orientation sexuelle. Celle-ci se rapporte à la sexualité d'une personne qui peut être définie comme « l'ensemble des pratiques ou des comportements sexuels accomplis aussi bien par l'individu seul que dans ses rapports avec une ou plusieurs personnes »⁵⁸.

Colette Chiland propose d'utiliser le terme sexuel en ce qui concerne les relations sexuelles et l'orientation sexuelle, et sexué en ce qui concerne l'identité biologique, psychologique et sociale⁵⁹. C'est pour cela d'ailleurs que nous parlons d'intersexuation à l'heure actuelle et non plus d'intersexualité.

Il faut donc préciser que ce travail n'observe pas, ou pas seulement, l'orientation sexuelle d'une personne liée à sa sexualité mais bien un champ beaucoup plus ample qui se rapporte au sexe et à l'identité sexuelle⁶⁰ ou l'identité de genre que cette personne crée individuellement. Il n'en reste pas moins qu'il y a des préoccupations liées. Songeons à la question du mariage⁶¹. Dans les pays ne permettant pas le mariage entre deux personnes du même sexe, nous devons nous poser la question de savoir qui est du « sexe opposé de la personne intersexuée »⁶². De manière générale, ce qui importe pour un mariage valide, c'est le sexe juridique⁶³. Cela peut cependant mener à des situations absurdes. Imaginons un premier couple de deux personnes intersexuées, dont l'une a été assignée de sexe masculin et l'autre de sexe féminin mais qui vivent toutes les deux dans une identité du même sexe, leur mariage serait juridiquement valide. Prenons maintenant un couple de deux personnes intersexuées

⁵⁸ O., TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental? », *Ann. dr.*, 2013, p. 136.

⁵⁹ C., CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ Chaque fois que ce travail mentionne « l'identité sexuelle », il se rapporte au sens le plus large du terme sexe.

⁶¹ A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 136.

⁶² Traduction libre de : « The question then is, who is the 'opposite sex' of an intersex person for the purposes of marriage? », voy. R., E., FRANKLE, « Does a Marriage Really Need Sex?: A Critical Analysis of the Gender Restriction on Marriage », *Fordham Urb. L.J.*, 2003, p. 2009.

⁶³ Il y a eu des décisions contraires. P. ex. une juridiction australienne a invalidé le mariage entre une femme biologique et son mari intersexué à cause de sa condition. Voy. S., LARSON, « Intersexuality and Gender Verification Tests: the Need to Assure Human Rights and Privacy », *Pace International Law Review*, 2011, p. 226.

dont les deux partenaires ont été assignés au même sexe mais où l'un s'identifie et s'exprime selon le sexe opposé, un mariage leur serait interdit⁶⁴.

§2 La transsexualité⁶⁵ et le transgenre

Il y a une certaine « pression sociale quant à [une] correspondance [entre] corps [et] identité sexuée, et plus généralement apparence corporelle [et] identité sexuée »⁶⁶.

Passons maintenant à la dernière lettre du sigle *LGBT*. Celui-ci désigne la transsexualité et le transgenre.

La transsexualité ou le transsexualisme est selon la Cour européenne des droits de l'homme « assez bien déterminé et définissable »⁶⁷. Dans son arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, elle définit les personnes transsexuelles comme : « les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme. Les transsexuels ainsi opérés forment un groupe assez bien déterminé et définissable »⁶⁸. En lisant cette définition, il faut se poser la question de savoir si une personne doit nécessairement entamer des thérapies chirurgicales et hormonales pour être qualifiée comme transsexuelle. La façon dont la plupart de systèmes juridiques occidentaux, dont le droit belge, abordent la question laisse entendre que la réponse à cette question est oui.

Le transsexualisme est abordé par le droit belge dans la loi du 10 mai 2007 qui a introduit l'article 62*bis* dans le Code civil stipulant : « 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 ». Pour être autorisé à changer de sexe sur les documents d'état civil, il ne suffit donc pas, pour tomber sous le champ d'application de la loi belge, de faire état d'une profonde conviction intérieure de non appartenance à son sexe de naissance mais il faut en outre prouver des démarches médicales appropriées.

⁶⁴ Sans devoir recourir aux procédures administratives souvent lourdes de changer le sexe juridique assigné.

⁶⁵ Transsexualité est la notion répandue. Une fois de plus certains préfèrent le terme « transsexuation » pour accentuer que ce n'est pas (seulement) l'orientation sexuelle qui est en jeux.

⁶⁶ Voy. C., MARRO, « L'identité : une construction personnelle aux prises avec les normes du genre », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 279.

⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, req. n° 9532/81.

⁶⁸ *Ibid.*, § 38.

Le terme transgender ou transgenre est moins facilement définissable car il n'a pas cessé d'évoluer et il n'existe pas d'unanimité à son égard. Ainsi, les personnes intersexuées y sont parfois comprises, parfois exclues. Selon certains auteurs, le terme *transgender* vise uniquement les personnes qui ne se sentent pas appartenant à leur sexe natal, mais ne sont pas prêtes à se soumettre à des thérapies médicales⁶⁹. Ce travail soutient cependant une définition selon laquelle le mérite du terme transgenre est d'être un terme générique pour les personnes avec une identité ou expression de genre qui contrarie le sexe auquel elles ont été assignées à la naissance. C'est un terme souple et général qui permet d'englober un grand nombre de personnes différentes. En appliquant cette définition à l'intersexuation, il s'ensuit qu'il peut y avoir un certain nombre des personnes intersexuées qui s'identifient avec cette définition d'un état transgenre.

§3 Un pas plus loin

Une interprétation large de la notion de transgenre garantit d'aller un pas plus loin. En effet, elle permet de se détacher de la supposition « au cœur de l'humain »⁷⁰ selon laquelle l'humanité serait construite par une logique binaire, faisant de chaque personne inéluctablement soit un homme, soit une femme. Selon certains auteurs, « dans l'absolu, le sentiment 'd'être d'un sexe' n'a aucune raison de se décliner en deux catégories » et « nous disposons à présent de données qui montrent bien qu'il existe une grande diversité biologique corporelle que ne reflète nullement la bi-catégorisation imposée par notre état civil »⁷¹. En effet, la binarité a du mal à être prouvée scientifiquement⁷². N'est-ce pas justement l'intersexuation qui fait « voler en éclats toutes les certitudes sur la logique binaire de l'identité sexuelle [et] nous engage inévitablement dans une réflexion sur ce que signifie être 'homme' ou 'femme' »⁷³ ? Certains vont jusqu'à dire que des « personnes intersexuées sont la preuve concrète et physique du caractère fallacieux de la distinction binaire de sexe »⁷⁴.

Dès lors pour quelles raisons la binarité sexuelle est-elle ancrée si profondément dans les mentalités ? Selon Judith Butler, cela est lié à la définition qu'elle donne au genre. Selon elle, les genres ne sont pas statiques mais au contraire une performance. Elle écrit : «

⁶⁹ K., ROEN, « Transgender Theory and Embodiment: the risk of racial marginalization », *Journal of Gender Studies*, 2001, p. 255.

⁷⁰ K., GUENICHE, « Garçon ou fille ? Les destins de l'anatomie : Approche clinique de l'intersexuation », *Champ Psychosomatique*, 2009, p. 102.

⁷¹ C., MARRO, *op. cit.*, p. 277.

⁷² J., WIELS, *op. cit.*, pp. 59 et 60.

⁷³ K., GUENICHE, K., *op. cit.*, p. 111.

⁷⁴ Traduction libre de : « *Intersexual people are concrete, physical proof of the fallacy of binary sex distinctions, and recognizing them and other less well-known variations in expression in the human physical form show the failure of our laws that enforce rigid dichotomies of people by sex* ». Voy. J., MCGRATH, *op. cit.*, p. 380.

[l']action du genre requiert une performance répétée »⁷⁵. Le genre évolue sans cesse sous l'influence et influençant de multiples facteurs, dont le sexe. Et comme nous percevons le sexe comme une réalité binaire, nous entrons dans une interaction interminable. En effet, elle considère qu'il faut aller jusqu'à comprendre le sexe biologique comme construction sociale aussi⁷⁶. Cette suggestion peut aussi être émise de la façon suivante : la différence biologique est importante seulement parce qu'y est attachée une importance culturelle⁷⁷. De l'autre côté, nous avons défini le genre comme « aspect social » du sexe au sens large. Et n'est-ce pas l'essence même d'un concept social d'être influencé par des facteurs spatio-temporels, ce qui les rend « fluides »⁷⁸ ?

Etroitement lié à ce qui est appelé les *queer studies*, une solution pour certaines personnes intersexuées peut constituer le refus de classer les individus en catégories mais la prétention qu'il y a autant de genres que d'individus⁷⁹.

⁷⁵ J. Butler, *Trouble dans le genre : pour un féminisme de la subversion*, Paris, La Découverte, 2005, pp. 264 et 265. C'est la traduction de l'anglais par Cynthia Kraus de J., BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London and New York, Routledge, 1990.

⁷⁶ L., FISHBAYN, « 'Not quite one gender or the other': Marriage law and the containment of gender trouble in the United Kingdom », *Journal of gender, social policy & the law*, 2007, pp. 413 à 441.

⁷⁷ P.-L., CHAU et J., HERRING, « Defining, assigning and designing sex », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 328.

⁷⁸ J., MCGRATH, *op. cit.*, p. 377.

⁷⁹ S., BENSON, « Hacking the gender binarity myth: recognizing fundamental rights for the intersexed », *Cardozo J.L. & Gender*, 2005, p. 59.

Chapitre 2 Identification des problématiques concrètes

Le présent travail a l'ambition d'évaluer les différentes façons dont le droit aborde l'intersexuation à l'heure actuelle et de se prononcer sur la question de savoir de quelle manière la Belgique devrait agir en la matière. Pour ce faire, il est indispensable d'identifier d'abord les besoins concrets des personnes intersexuées pour les utiliser en tant que paramètres d'analyse. En effet, nous allons voir dans la deuxième partie que les différentes propositions juridiques qui ont déjà été émises dans le monde répondent plus ou moins bien aux problèmes soulevés par les études scientifiques en la matière et les témoignages des personnes concernées.

Précisons d'abord que malgré le fait qu'il y ait eu une hausse des efforts dans les deux dernières décennies, les chercheurs de toutes disciplines s'intéressant à l'intersexuation continuent à revendiquer le rassemblement de plus d'informations sur les expériences pratiques des personnes intersexuées⁸⁰. Quoique le manque de données ne soit peut-être plus aussi « alarmant »⁸¹ qu'il fût au début du siècle, il a encore récemment été décrit comme « marquant »⁸². En effet, nous témoignons toujours des études produisant des résultats contradictoires⁸³ et présentant un discours émotionnellement chargé⁸⁴. Elles reflètent les positions divergentes de leurs auteurs et échouent ainsi à rassembler l'intégrité des facteurs pertinents et objectifs pour présenter des études concluantes et justificatives.

Un des problèmes pratiques est de savoir comment prélever un échantillon de sujets, à savoir les participants aux enquêtes. Premièrement, comme explicité auparavant, il y a un grand nombre de conditions médicales différentes pouvant se présenter dans des intensités différentes. Bien sûr, cela fait en sorte que les personnes que nous regroupons sous le terme générique intersex s'y positionnent différemment. Aussi, le vécu des personnes intersexuées dépend de facteurs très personnels, notamment la capacité de faire face aux variations de la personne même et de son entourage. Les résultats dépendent donc largement de la biographie de ces participants, ce qui pèse d'autant plus lourdement parce que le groupe de personnes qui

⁸⁰ M., JÜRGENS, A., LUX, S., B., WIEN, E., KLEINEMEIER, O., HIORT et U., THYEN, « Health-related quality of life in children with disorders of sex development », *Eur J Pediatr*, 2014, p. 893.

⁸¹ L., HERMER, *op. cit.*, p. 212.

⁸² L'expression exacte: « There is a striking lack of independent, quantitative and qualitative research worldwide ». Voy. D., C., GHATTAS, *op. cit.*, p. 15.

⁸³ M., JÜRGENS, A., LUX, S., B., WIEN, E., KLEINEMEIER, O., HIORT et U., THYEN, *op. cit.*, p. 894.

⁸⁴ S., CREIGHTON et C., MINTO, « Managing Intersex: Most Vaginal Surgery In Childhood Should Be Deferred », *British Medical Journal*, 2001, p. 1264.

se prêtent à ces études n'est souvent pas très grand⁸⁵. En ce qui concerne le rassemblement d'informations sur les enfants avec des variations de développement sexuel, il y a la problématique supplémentaire que ce sont souvent les parents qui répondent aux questions. Ceci est une façon pragmatique mais critiquable de procéder.

Il s'ensuit qu'en ce qui concerne la partie suivante de ce travail, nous avons estimé nécessaire de nous baser sur une série de différentes études empiriques et des résultats de plusieurs enquêtes pour favoriser une vue d'ensemble et mettre en avant les points problématiques qui ressortent de manière récurrente⁸⁶. Toutefois un document a retenu une attention particulière. Il s'agit de l'avis rendu par le Conseil d'éthique allemand en 2012⁸⁷.

Après la consultation de différentes études et sources doctrinales, nous avons choisi de retenir les éléments suivants qui y sont revenus régulièrement : les expériences de traitement (Section 1), la qualité de vie et les insatisfactions de genre (Section 2) ainsi que la discrimination et la stigmatisation (Section 3).

Section 1 Les expériences de traitement

Pour pouvoir nous prononcer sur le vécu des patients relativement à leur traitement médical, il convient d'examiner la politique médicale suivie pour ensuite passer à une analyse de ses conséquences.

§1 La politique du traitement

Depuis que la médecine est en mesure de le réaliser, le corps médical conseille généralement une adaptation chirurgicale rapide au sexe choisi et mentionné dans l'état civil.

⁸⁵ Une des raisons est la stigmatisation portée à l'intersexuation et la réticence engendrée de parler de sa condition. Voy. F., M., E., SLIJPER, « Commentary: Clitoral surgery and sexual outcome in intersex conditions », *the Lancet*, 2003, pp. 1236 et 1237. La problématique de la stigmatisation est détaillée dans ce travail sous la Partie 1, Chapitre 2, Section 4.

⁸⁶ Pour une meilleure vue d'ensemble, nous avons composé un tableau comparatif des différentes bases numériques dans l'annexe n°1.

⁸⁷ Il s'agit d'un conseil d'experts indépendant fondé dans sa forme actuelle par la loi sur le Conseil d'éthique de 2007. En 2010, il a été chargé par des ministres allemands de rendre un avis sur la situation des personnes intersexuées en Allemagne et a servi de base de réflexion pour l'adoption du changement de loi en matière d'intersexuation que nous aborderons dans la deuxième partie de ce travail. C'est bien sûr dans cette fonction que l'avis de ce conseil détient une importance exemplaire pour ce travail. De plus, il est structuré d'une manière qui correspond assez bien aux objectifs du présent mémoire. Comme fondement de son avis le Conseil d'éthique utilise différentes sources. Les principales sont l'« étude clinique d'évaluation au sein du réseau Troubles du développement sexuel/Intersexualité en Allemagne, en Autriche et en Suisse » (« étude du Réseau »), l'« Enquête relative à des personnes adultes présentant diverses formes d'intersexualité et transsexuées » (« Etude hambourgeoise ») et une enquête menée par le conseil d'éthique même. Voy. Conseil d'éthique allemand, *Intersexualité*, Berlin, Pinguin Druck, 2012. Disponible en langue française sur: <http://www.ethikrat.org/files/avis-intersexualite.pdf>

Cette politique de traitement s'appuie sur l'*optimal gender policy* fondé par John Money dans les années cinquante du dernier siècle. Ce psychologue du Centre médical de l'Université Johns Hopkins et ses collègues argumentaient qu'un non-traitement des organes ambigus représenterait une stigmatisation pour l'enfant, ce qui empêcherait un développement sain. Ceci ne serait possible qu'en éduquant l'enfant univoquement selon le genre féminin ou masculin. Cela implique de réduire au mieux toute trace d'altérité par opération ou autre traitement médical et va jusqu'à taire la condition intersexe vis-à-vis de l'enfant et tout son entourage pour semer le moindre doute en ce qui concerne le sexe assigné⁸⁸. Ce procédé était justifié car, selon John Money, l'identité sexuelle d'une personne ne dépend pas de facteurs biologiques mais bien sociaux et cela à partir de l'âge de deux ans⁸⁹.

Cette politique implique nécessairement qu'il importe de faire rapidement un choix quant au sexe attribué à l'enfant. Différents auteurs témoignent de facteurs décisifs étroitement liés à la question du genre. Ainsi, pour une fille, les capacités reproductives seraient les plus importantes, alors que pour un garçon, la taille du pénis primerait⁹⁰. Par conséquent, les médecins ablaient ou réduisaient la taille de chaque clitoris ou pénis qui ne remplissait pas la norme. Tout cela pour épargner un poids psychique aux enfants mais aussi en suivant le constat pragmatique suivant : *it's easier to dig a hole than to build a pole*⁹¹.

Le cas d'exemple de John Money était celui de Bruce Reimer. Celui-ci était né univoquement masculin, mais, après une circoncision ratée qui causa un dommage irréparable à son pénis, le psychologue conseilla aux parents de recourir à des opérations rendant son physique féminin et de l'élever comme une fille, l'appelant Brenda. Pendant de nombreuses années, ce cas était le modèle type de la *optimal gender policy*, sur lequel la pratique des opérations d'assignation sexuelle sur les nouveau-nés intersexués se fondait. Il est étonnant de voir à quel point il semble avoir été facile de convaincre les praticiens de la justesse de cette approche⁹², d'autant plus qu'en entendant la véritable issue de l'histoire qui n'a été révélée que bien plus tard. En fait, Brenda Reimer a choisi de reprendre une identité masculine sous le

⁸⁸ S., CREIGHTON et L.-M., LIAO, « Changing attitudes to sex assignment in intersex », *BJU International*, 2004, p. 659.

⁸⁹ A., KOLBE, « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *KJ*, 2009, p. 274.

⁹⁰ J., A., GREENBERG, « Intersex and Intrasex Debates: Building Alliances to Challenge Sex », *op. cit.*, pp. 104 et 105 ; A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 21 et 80 à 82.

⁹¹ Traduit librement: Il est plus facile de creuser un trou que de construire un bâton. Voy. K., SABISCH, « inter*: Einführung in zentrale Begriffe, Forderungen und Probleme aus feministischer Perspektive », disponible sur: http://www.sowi.ruhr-unibochum.de/mam/images/gender/einf_hrende_zusammenstellung_inter.pdf, p. 11.

⁹² Il semble en effet que pendant longtemps, il n'y a eu que très peu d'atteintes de reverser la théorie (p.ex. Harold Garfinkel dans son livre *Studies in ethnomethodologie* de 1967 ou Milton Diamond qui a, de façon critique, suivi l'histoire de David Reimer, le renommant *John/Joan case*) tandis qu'une majorité d'écrits sur l'intersexuation mentionne John Money, sa théorie et son cas modèle.

nom de David et a épousé une femme. Néanmoins, dans des circonstances peu connues, il s'est suicidé à moins de 40 ans⁹³.

A l'heure actuelle, il est toujours généralement admis qu'il est nécessaire d'élever et d'éduquer un enfant selon le genre féminin ou masculin⁹⁴, bien entendu après des tests poussés pour déterminer le genre que l'enfant développera probablement⁹⁵. Ce qui est plus contesté, c'est que beaucoup de médecins recourent toujours à une adaptation chirurgicale et hormonale au sexe correspondant au genre assigné⁹⁶. Ils argumentent que la science est actuellement en mesure d'examiner beaucoup plus précisément tous les aspects pertinents du corps concerné. C'est pour cette raison qu'ils pourraient prédire le développement futur du genre de l'enfant avec une probabilité élevée⁹⁷ ainsi qu'analyser des aspects tel que la fertilité ou le risque de malignité⁹⁸. En général, il y a une approche plurifactorielle qui indique le sexe d'assignation. Ceux-ci sont notamment la fertilité, la fonction sexuelle, le fonctionnement endocrine, le risque cancéreux, l'empreinte de testostérone, le moment de l'opération⁹⁹.

Néanmoins, quoi qu'il y ait encore régulièrement des recours à des opérations de réassignation sexuelle, de plus en plus de médecins s'opposent à cette politique de traitement. Depuis les années 1990, les efforts des militants pour les droits des personnes intersexuées, notamment par le discrédit de la théorie de Money en 1997, gagnent en influence¹⁰⁰ et veulent remplacer l'*optimal gender policy* par la *full consent policy*¹⁰¹. Pendant longtemps, l'opération des enfants nés avec une condition *DSD* était considérée comme une « urgence sociale »¹⁰², ce qui mettait les parents sous la pression de prendre leur décision le plus vite possible¹⁰³, une décision qui était au surplus basée sur des explications simplistes et unilatérales. Aujourd'hui, il est de plus en plus considéré qu'une opération des organes génitaux externes ne peut dans

⁹³ M., DIAMOND et H., G., BEH, « The Rights to be Wrong : Sex and Gender Decisions », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, p. 104

⁹⁴ D., T., OZAR, « Towards a More Inclusive Conception of Gender-Diversity for Intersex Advocacy and Ethics », *Ethics and Intersex*, sous la direction e S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, p. 17.

⁹⁵ N., BEN-ASHER, « The Necessity of Sex Change: a Struggle for Intersex and Transsex Liberties », *Havard Journal of Law & Gender*, 2006, pp. 70 et 71.

⁹⁶ G., H., G., SINNECKER, *op. cit.*, pp. 126 à 133.

⁹⁷ H., RICHTER-APPELT, H., *op. cit.*, p. 56.

⁹⁸ G., S., CONWAY, « Disorders of sex development (DSD): an overview of recent scientific advances », *Psychology & Sexuality*, 2014, p. 28.

⁹⁹ Tel que fixés par l'*American Academy of Pediatrics*. Voy. S., BENSON, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ E., McDONALD, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰¹ S., ROTHÄRMEL, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰² S., BENSON, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰³ D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 13.

aucun cas présenter une urgence¹⁰⁴. Les parents sont censés pouvoir compter sur un suivi continu d'une équipe multidisciplinaire¹⁰⁵ comprenant les enjeux chirurgicaux mais aussi notamment hormonaux, ainsi que sur un suivi psychologique¹⁰⁶. Ils devraient également avoir la possibilité de consulter les témoignages de personnes intersexuées, comprenant ceux des personnes qui désapprouvent le traitement qu'elles ont subi pendant leur jeunesse¹⁰⁷. Ces militants allèguent que ces opérations ont un caractère purement cosmétique¹⁰⁸ étant donné que la plupart d'entre eux est en parfaite santé à la naissance. Ils soutiennent que des préoccupations sociales ne suffisent pas pour les soumettre à ces opérations qui impliquent une perte de sensibilité¹⁰⁹ et une cicatrisation importante, ce qui entrave le plaisir sexuel. La création d'un vagin artificiel fonctionnel nécessite d'ailleurs souvent l'introduction régulière de corps extérieurs pour maintenir une largeur suffisante¹¹⁰. Il faut préciser que rares sont les patients qui ne subissent qu'une seule opération¹¹¹. Jusqu'à ce que les gonades, testicules ou ovaires non-désirés soient retirés et que l'apparence physique soit jugée satisfaisante, les procédures peuvent s'étendre sur des années.

Il s'ensuit par conséquent que la politique du traitement des personnes avec des variations de développement sexuel n'a pas encore pu s'émanciper entièrement de son passé¹¹². Cependant, des voix de plus en plus fortes s'élèvent pour interdire ces pratiques¹¹³. Selon Julie A. Greenberg, trois champs se sont formés. Ceux qui continuent de « réajuster »

¹⁰⁴ Ce qui est visé sont les opérations qui touchent à l'apparence physique. Voy. C., BOUVATTIER, « La détermination du sexe chez l'humain : aspects hormonaux », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 87.

¹⁰⁵ Les branches concernées sont notamment l'urologie, l'endocrinologie, la néonatalogie, les soins infirmiers, la psychologie, la génétique et l'éthique médicale dont proviennent idéalement des experts en matière intersexuation pour former l'équipe multidisciplinaire. Voy. M., WOODWARD et N., PATWARDHAN, « Disorders of sex development », *Surgery*, 2010, p. 396.

¹⁰⁶ B., PALMER, A., B., WISNIEWSKI, T., L., SCHAEFFER, A., MALLAPPA, J., B., TRYGGESTAD, S., KRISHNAN, L., J., CHALMERS, K., COPELAND, S., D., CHERNAUSEK, W., G., REINER et B., P., KROPP, « A model of delivering multi-disciplinary care to people with 46 XY DSD », *Journal of Pediatric Urology*, 2012, p. 12.

¹⁰⁷ S., CREIGHTON et C., MINTO, *op. cit.*, p. 1265.

¹⁰⁸ Cependant, il faut être vigilant afin de ne pas émettre cette allégation sans contrôle à toutes les opérations. Comme nous l'avons dit, la condition HCS nécessite certaines interventions à cause d'un dysfonctionnement d'une enzyme qui peut être fatal. Voy. E., D., THORN, « Drop the knife! Instituting politics of nonsurgical intervention for intersex infants », *Family Court Review*, 2014, pp. 610 à 617.

¹⁰⁹ Comme l'exprime Alice Dreger, professeure en humanités médicales cliniques et en bioéthique : « it is relatively easy to construct an insensitive hole ». Voy. E., McDONALD, « Circumcision and the Criminal Law: The Challenge for a Multicultural State », *NZULR*, 2004, p. 259.

¹¹⁰ H., RICHTER-APPELT, *op. cit.*, p. 58 ; A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, pp. 111 et 112.

¹¹¹ S., BENSON, *op. cit.*, p. 47.

¹¹² Bien entendu, des documents tels que le *Consensus Statement* publié après la conférence de Chicago présentent des recommandations précieuses mais ils prennent une position de compromis en approuvant certaines opérations, ce qui n'est pas assez pour correspondre aux attentes de la plupart des militants intersex. Voy. I., GELFMAN, « Because of Intersex: Intersexuality, Title VII, and the Reality of Discrimination 'Because of... [Perceived] Sex' », *New York University Review of Law and Social Change*, 2010, p. 70.

¹¹³ E., KOYAMA et L., WEASEL, *op. cit.*, p. 169.

les personnes intersexuées pour qu'elles se conforment mieux à la norme masculine ou féminine, ceux qui exigent un moratoire total sur ces interventions et ceux qui favorisent un chemin intermédiaire en mettant l'importance sur l'information du patient ou de ses représentants légaux¹¹⁴.

Cette querelle par rapport au traitement adéquat est effectivement un premier problème en soi. Pour William G. Reiner, il s'agit, premièrement, du manque de résultats consolidant une manière précise de procéder, deuxièmement, de la présentation de résultats contradictoires et troisièmement, des implications neurobiologiques et psychosexuelles compliquées qui empêchent l'établissement de protocoles généraux de traitement médical¹¹⁵ de sorte qu'actuellement, il n'y ait que six états européens qui en possèdent¹¹⁶. Mais comment agir juridiquement si les acteurs du terrain ne prennent pas de position unanime ?

§2 Les expériences

Passons maintenant plus spécifiquement aux témoignages de personnes ayant subi un traitement. Ces témoignages ont été regroupés et analysés dans un nombre d'études et d'enquêtes.

Précisons tout d'abord qu'une grande partie des personnes nées avec des DSD semble avoir été soumise à une intervention chirurgicale. 81% des participants à l'étude du Réseau ont répondu en ce sens¹¹⁷. Plus précisément, la moitié de ces personnes a eu plus qu'une opération et un quart témoigne de « complications postopératoires »¹¹⁸. En ce qui concerne un traitement hormonal, le pourcentage des participants de l'Etude hambourgeoise déclarant en avoir reçu s'élève même à 96%¹¹⁹.

Pourtant, beaucoup de témoignages personnels décrivent l'intervention médicale comme étant une source de souffrance persistante. Vincent Guillot écrit : « ma souffrance

¹¹⁴ J., A., GREENBERG, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, p. 87.

¹¹⁵ Il écrit : « However, a protocol-driven standard of care has been largely impeached in recent years by the recognition of: 1. the paucity of outcome data for evidence-based approaches to these rare disorders; 2. conflicting reports when outcome data are presented; 3. the complexities of neurobiological and psychosexual developmental implications ». Voy. W., G., REINER, « Gender Identity and Sex-of-rearing in Children with Disorders of Sexual Differentiation », *J Pediatr Endocrinol Metab*, 2005, p. 551.

¹¹⁶ Selon Dennis van der Veur de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, il n'y a que la Suède, les Pays-Bas, l'Espagne, la France, l'Autriche et le Royaume-Uni. Voy. la vidéo de l'*intersex side event IDAHO Forum 2015* à Montenegro, disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=pCYfiUWdQsE>.

¹¹⁷ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 68. D'autres sources parlent de 30 à 80% des enfants ayant subi plus d'une seule opération. Voy. S., BENSON, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁸ Tel que la « formation de fistules, sténoses, infection des voies urinaires et problèmes de miction », voy. Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

provient [...] et est ancrée dans mon corps du fait des traitements médicaux [...] »¹²⁰. Cette assertion se reflète dans les études. Quoique les pourcentages varient d'une étude à l'autre, une partie considérable des sujets se déclare insatisfaite du résultat de l'intervention chirurgicale et perçoit une connexité entre le traitement et son état psychique¹²¹.

Ici, il convient de préciser que le traitement ne se limite pas à des interventions chirurgicales mais que celles-ci vont de pair avec la prise de médicaments hormonaux qui pour beaucoup de personnes ayant participé aux études jouent un rôle significatif dans leur vie¹²². En effet, le retrait des gonades nécessite un rééquilibrage des hormones naturelles perdues par la prise de médicaments¹²³. Cependant, ceux-ci sont difficiles à se procurer et les patients ne profitent d'un soutien financier des mutuelles que dans une mesure très limitée¹²⁴ et pour des un diagnostic précis¹²⁵. Selon la même source, en Belgique, il n'y a pas de soins post-opératoires du tout¹²⁶.

Nous avons déjà évoqué que les opérations peuvent provoquer « [une] perte de fertilité, une perte de plaisir sexuel, souffrance ou désagrément génitale, cicatrisation, incontinence urinaire, et génitaux cosmétiquement inacceptables »¹²⁷. Il y a en effet un pourcentage assez élevé de patients qui évitent les relations sexuelles¹²⁸. En ce qui concerne les vagins créés artificiellement, l'ouverture est souvent jugée insatisfaisante par les patientes. Dans une étude, 28 femmes sur 80 se sont prononcées dans ce sens¹²⁹. S'y ajoutent les témoignages de souvenirs traumatiques des soins post opérationnels consistant en l'introduction d'objets extérieurs par les médecins ou les parents¹³⁰.

L'Etude hambourgeoise sur l'intersexualité pointe que les femmes HCS sont d'autant moins satisfaites de leur physique et de la fonction de leurs organes génitaux lorsque ceux-ci

¹²⁰ V., GUILLOT, « Me dire simplement », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 297.

¹²¹ Pour des résultats plus détaillés. Voy. Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 79 à 82.

¹²² *Ibid.*, pp. 81 et 82.

¹²³ Nancy Ehrenreich argumente que cela est indispensable pour le fonctionnement du système endocrinien, particulièrement la densité des os. Voy. N., EHRENREICH et M., BARR, *op. cit.*, p. 106.

¹²⁴ D., C., GHATTAS, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁵ Telle que l'infirmité congénitale en Suisse. Voy. Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 17.

¹²⁶ *Idem*, p. 22. Selon des témoignages, cela fait en sorte qu'un certain nombre de personnes concernées est prêt à se procurer les hormones, sans ordonnance ni réajustement médical par des biais tel que l'internet.

¹²⁷ Citation traduite librement de: « *Because genital surgery may result in a loss of reproductive capacity, a loss of erotic response, genital pain or discomfort, infections, scarring, urinary incontinence, and genitalia that are not cosmetically acceptable [...]* ». Voy. J., A., GREENBERG, « Legal Aspects of Gender Assignment », *The Endocrinologist*, 2003, p. 278.

¹²⁸ H., RICHTER-APPELT, *op. cit.*, p. 59.

¹²⁹ P.-L., CHAU et J., HERRING, *op. cit.*, p. 353.

¹³⁰ Un court rapport d'un tel soin post opérationnel est donné dans : N., EHRENREICH et M., BARR, *op. cit.*, p. 107.

sont opérés¹³¹. Elles souffrent d'une condition médicale chronique et sont en proie à des doutes constants par rapport à leur sexe¹³². Cependant, dans l'enquête menée par le Conseil éthique allemand, c'est ce groupe qui se prononce de loin le plus positivement par rapport aux opérations¹³³.

Un souci particulier se situe au niveau de l'information du patient. Dans l'enquête du Conseil d'éthique allemand, un tiers des participants déclare ne pas avoir été impliqué dans la décision par rapport à son traitement et deux tiers signalent ne pas avoir été informés suffisamment sur les implications de la médication¹³⁴. En ce qui concerne la qualité des éclaircissements, les patients et parents perçoivent souvent l'opération comme une « solution magique » alors que certaines données démontrent que les problèmes d'acceptation de la condition existant déjà avant perdurent après l'intervention médicale¹³⁵.

Cette situation est aggravée par l'âge souvent précoce du patient lors de la découverte de la condition *DSD*. Les « expériences de traitement » sont donc aussi vécues par son entourage direct. Surtout les parents sont personnellement surpris, choqués, voire même traumatisés. Des chercheurs qui se sont préoccupés spécifiquement de ce vécu des parents témoignent de l'incapacité de ceux-ci de créer un lien affectif avec leur enfant et d'un soulagement apporté par l'assignation chirurgicale pendant la première année¹³⁶. En effet, pour beaucoup de parents, « le sexe de l'Enfant est perçu comme ce qui lui donne son identité »¹³⁷. Karinne Gueniche écrit : « Ainsi, tout se passe comme si c'était dans le psychisme des parents que se jouait d'abord l'identité sexuelle de l'enfant [...] » et ne pas pouvoir le reconnaître en tant que « fille ou garçon, empêche [...] les possibilités des parents de le penser [...] »¹³⁸. En effet, des études attestent d'un niveau élevé de symptômes de stress post-traumatique comparable à ceux de parents d'enfants ayant obtenu un diagnostic de

¹³¹ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 76.

¹³² LIAO, L.-M., « Reflections on 'Masculinity-Femininity' based on Psychological Research and Practice in Intersex », *Feminism & Psychology*, 2005, pp. 426 et 427.

¹³³ Sur la question de savoir s'il faut attendre que la personne concernée puisse consentir aux opérations, « seulement 11% des personnes présentant un SAG sont d'accord, mais 97% des personnes présentant d'autres DSD ». Voy. Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 71 et 72.

¹³⁵ L., HERMER, *op. cit.*, p. 231.

¹³⁶ I., A., HUGHES, C., HOUK, e.a., *op. cit.*, p. 4.

¹³⁷ L'expression originale s'intule comme suit : « [...] the sex of the child is thought to be what gives the child an identity [...] ». Voy. K., ZEILER et A., WICKSTRÖM, « Why do 'we' perform surgery on newborn children? The phenomenology of the parental experience of having a child with intersex anatomies », *Feminist Theory*, 2009, p. 367.

¹³⁸ K., GUENICHE, *op. cit.*, pp. 105 et 106.

cancer¹³⁹, ce qui peut être une des raisons pour laquelle la grande majorité des parents souhaite *a priori* une opération¹⁴⁰. Ceci ne se vérifie pas pour chaque famille et la pratique actuelle va dans le sens de postposer une opération d'assignation sexuelle, lorsque la situation est bien gérée¹⁴¹. Car, selon le résultat d'une étude, les parents ont tendance à surestimer les problèmes psychiques de leur enfant liés à sa condition¹⁴². En effet, ils relatent un bien-être psychique inférieur mais un bien-être physique supérieur aux témoignages de leurs enfants¹⁴³ et les symptômes post-traumatiques des parents peuvent, tel que cela est suggéré par des enquêtes, être réduits par l'information personnalisée sur diagnostic et pronostic¹⁴⁴.

Ce constat nous reconduit à l'importance de la manière dont les médecins gèrent les informations par rapport au diagnostic des enfants, ce qui est actuellement souvent critiqué par les parents¹⁴⁵. La Commission nationale d'éthique suisse appelle cela « offrir un espace protégé » aux parents pour prendre une décision¹⁴⁶. C'est le médecin qui devra jouer un rôle de conseiller rationnel et objectif face aux parents émotionnellement impliqués. Toutefois, cela ne concerne pas seulement le chirurgien mais une équipe pluridisciplinaire chargée d'une observation du développement de l'identité et du comportement de genre¹⁴⁷ et d'un travail psychanalytique sur les expériences traumatiques éventuelles¹⁴⁸.

Section 2 La qualité de vie et les insatisfactions de genre

La qualité de vie, spécialement celle liée à la santé, est un résultat d'évaluation répandu pour des politiques de traitement¹⁴⁹.

Un rapport d'étude publié en 2014 pointe chez les enfants avec des DSD un manque d'estime de soi, de bien-être physique et de bonne activité scolaire¹⁵⁰. En ce qui concerne les

¹³⁹ V., PASTERSKI, K., MASTROYANNOPOULOU, D., WRIGHT, K., J., ZUCKER et I., A., HUGHES, « Predictors of Posttraumatic Stress in Parents of Children Diagnosed with a Disorder of Sex Development », *Archives of Sexual Behavior*, 2014, p. 372.

¹⁴⁰ K., ZEILER et A., WICKSTRÖM, *op. cit.*, p. 360.

¹⁴¹ H., RICHTER-APPELT, *op. cit.*, pp. 57 et 58.

¹⁴² Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴³ M., JÜRGENS, A., LUX, S., B., WIEN, E., KLEINEMEIER, O., HIORT et U., THYEN, *op. cit.*, p. 897.

¹⁴⁴ J.-Y., TAMET, « Malaise dans le destin de la différenciation sexuelle », *Le Coq-héron*, 2010, p. 15 ; V., PASTERSKI, K., MASTROYANNOPOULOU, D., WRIGHT, K., J., ZUCKER, et I., A., HUGHES, *op. cit.*, p. 374.

¹⁴⁵ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁶ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁷ T., K., CHOWDHURY, M., Z., CHOWDHURY, F., MILI, J., M., HUTSON et T., BANU, « Gender identity shows a high correlation with Prader score in patients with disorders of sex development (DSD) presenting in mid childhood », *Pediatr Surg Int.*, 2014, p. 532.

¹⁴⁸ M., J., HIRD, « Considerations for a Psychoanalytic Theory of Gender Identity and Sexual Desire: The Case of Intersex », *Signs*, 2003, p. 1069.

¹⁴⁹ M., JÜRGENS, A., LUX, S., B., WIEN, E., KLEINEMEIER, O., HIORT et U., THYEN, *op. cit.*, p. 893.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 896 et 897.

adultes, la situation est quelque peu différente. 61% des participants de l'Etude hambourgeoise se prononcent négativement sur leur attirance, leur confiance en soi et déclarent des souffrances psychiques. La même étude analyse la qualité de vie (la santé, le travail, les finances, les loisirs, les relations et la famille) et compare les résultats obtenus parmi les personnes intersex avec ceux d'un groupe de référence. Il en ressort que la qualité de vie n'est généralement pas moins importante pour les participantes vivant dans un rôle de genre féminin ; il l'est cependant pour les participants vivant dans un rôle masculin. Pour toutes ces déclarations, les résultats divergent quelque peu parmi les différentes conditions médicales¹⁵¹.

Le bilan de l'étude du Réseau est différent. Ici, la qualité de vie en ce qui concerne la santé physique est inférieure au groupe de référence pour les personnes d'identité féminine et équivalent pour les hommes¹⁵².

L'enquête du Conseil d'éthique allemand observe une différence considérable de la qualité de vie générale parmi les patients de HCS et les autres formes de DSD. Le premier groupe l'évalue positivement dans 86% à 99% des cas, alors que ce ne sont que 55% à 65% pour les autres¹⁵³.

Les trois principales sources de l'avis du Conseil d'éthique allemand n'énoncent donc pas de résultats non-indubitables en ce qui concerne la qualité de vie en général.

Un point qui leur est commun est cependant l'insatisfaction et la peur au niveau des relations sexuelles ainsi qu'un taux élevé de personnes célibataires¹⁵⁴. Une étude néerlandaise confirme qu'un nombre élevé de patients ayant subi des opérations de réassignation sexuelle à cause d'une condition DSD sont sexuellement inactifs ce qui peut, entre autres, être dû à leur insatisfaction de l'apparence de leurs organes génitaux¹⁵⁵.

L'insatisfaction de la sexualité doit être différenciée de l'insatisfaction de genre, qui est cependant également accrue parmi les patients de DSD en comparaison à la population générale. Les causes restent néanmoins mal conçues¹⁵⁶. Dans l'Etude hambourgeoise, 45%

¹⁵¹ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵² *Ibid.*, p. 74.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 75.

¹⁵⁴ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, pp. 76 et 77.

¹⁵⁵ C., L., MINTO, L.-M., LIAO, C., R., J., WOODHOUSE, P., G., RANSLEY et S., M., CREIGHTON, « The effect of clitoral surgery on sexual outcome in individuals who have intersex conditions with ambiguous genitalia: a cross-sectional study », *Lancet*, 2003, pp. 1252 à 1257 ; J., HELWEG-LARSEN, « Commentary on Clitoral surgery and sexual outcome in intersex conditions », *Lancet*, 2013, pp. 1236 et 1237.

¹⁵⁶ B., ÖZBARAN, S., ÖZEN, D., GÖKŞEN, Ö., KORKMAZ, H., ONAY, F., ÖZKINAY, Ö., ÇOĞULU, S., ERERMIŞ, S., KÖSE, A., AVANOĞLU, I., ULMAN, S., DARCAN, « Psychiatric Approaches for Disorders of Sex Development: Experience of a Multidisciplinary Team », *J Clin Res Pediatr Endocrinol*, 2013, p. 230.

des participants déclarent avoir eu recours à un soutien psychologique¹⁵⁷. Des études ont notamment montré que parmi les personnes avec un sexe génétique masculin assignées au sexe féminin après leur naissance, il existe un pourcentage substantiel ayant développé un genre masculin dans une étape ultérieure de leur vie¹⁵⁸. Ainsi, selon une étude évaluant des patients suivis pendant 10 ans, de 60 personnes avec un caryotype masculin, mais assignés au sexe féminin à la naissance, 32 déclarent être masculins¹⁵⁹. C'est pourquoi l'auteur de cette étude déconseille les opérations en argumentant qu'elles « empêche[nt] une fertilité éventuelle, exigent une administration hormonale exogène pendant toute la vie et risquent la transition vers le masculin à un quelconque âge »¹⁶⁰.

Bien au contraire, une étude démontre que les micropénis, dans un grand nombre de cas, ne feraient pas obstacle à une bonne fonction sexuelle et une possibilité d'uriner sans ennui¹⁶¹. En effet, selon une petite étude sur des hommes qui, avec la politique de traitement répandue, avaient été transformés en femmes. Tous les participants se sentent masculins¹⁶². D'après une étude néerlandaise, 13% des enfants qui auraient dû avoir des opérations mais qui n'y ont pas eu recours ont des troubles d'identité de genre¹⁶³.

De manière générale, il faut préciser qu'il est, une fois de plus, impossible d'évaluer les données univoquement sur ce sujet. Illustrons ce propos à l'aide de l'Etude hambourgeoise. 70% des participants se disent satisfaits avec le sexe vers lequel ils ont été assignés à leur naissance, mais 48% tout de même manifestent « une très grande incertitude quant à leur identité sexuelle ». « Sur l'échelle qui mesure l'identification avec le rôle féminin », une partie considérable montre des valeurs « étonnamment basses », voir « de masculinité »¹⁶⁴.

Il importe aussi encore de préciser la grande divergence de résultats entre le groupe de personne HCS et d'autres personnes intersexuées. Ainsi, selon une étude, 90% des patients 46,XX CAH qui ont été assignés au sexe féminin à la naissance, s'identifient avec ce genre, tandis que pour les personnes assignées au sexe féminin avec d'autres conditions DSD chez

¹⁵⁷ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁸ W., G., REINER, « Discordant Sexual Identity in Some Genetic Males with Cloacal Exstrophy Assigned to Female Sex at Birth », *N Engl J Med*, 2004, p. 335.

¹⁵⁹ W., G., REINER, « Gender Identity and Sex-of-rearing in Children with Disorders of Sexual Differentiation », *op. cit.*, 2005, pp. 550 et 551.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 553.

¹⁶¹ D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶² P.-L., CHAU et J., HERRING, *op. cit.*, p. 336.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, pp. 77 et 78.

lesquelles apparaissent des signes de virilisation à la puberté, 60% vont adopter une identité masculine au cours de leur vie¹⁶⁵.

Une question particulièrement intéressante de l'enquête du Conseil d'éthique allemand concerne l'appellation personnelle de l'identité sexuelle des participants. Une fois de plus, il se montre nécessaire de recourir à une différence entre les personnes avec HCS et les autres formes des *DSD*. 86% des personnes présentant un HCS se disent masculins ou féminins, alors que pour les autres, 72% se positionnent en dehors du classement binaire des sexes, préférant une désignation telle que notamment « intersexuel », « hermaphrodite », « *Zwitter* », « être humain », « être transidentitaire » ou ne pas donner un nom du tout¹⁶⁶. Ces indications sont souvent accompagnées de déclarations fortes, comme celle de Vincent Guillot qui écrit : « J'ai été déclaréE de sexe masculin et je n'ai jamais réfuté cette assignation même si je n'y ai jamais adhéré. A quoi bon, puisque je n'existe pas ! »¹⁶⁷.

Terminons cette section avec un constat qui rattache le rôle de genre à la qualité de vie. Selon une étude, les chercheurs n'ont pas pu trouver une influence de l'un sur l'autre, ce qui suggère que le comportement de genre n'est plus actuellement un facteur important pour une acceptation sociale¹⁶⁸. Mais, en considérant la dernière citation de Vincent Guillot, la découverte de cette étude doit être considérée sous un regard critique et nous apporte directement à la prochaine section qui est la discrimination des personnes intersexuées.

Section 3 Discriminations et stigmatisation

Ce que nous observons dans cette section se rapporte à l'implication que le sexe, le genre ou l'expression de celui-ci peuvent avoir non seulement sur la personne-même, mais sur autrui. Daniel Borrillo parle d'une finalité réflexive et d'une finalité relative de l'assignation sexuelle¹⁶⁹. Selon lui, le sexe d'une personne ne la définit pas seulement mais la fait entrer dans un rapport hiérarchique social. Ceci est vrai pour le rapport entre hommes et femmes et d'autant plus pour les personnes qui désagrègent les normes communément répandues du sexe. Dans le cadre des études de Money, un écrivain désignait les personnes intersexuées comme « *freak* [ou] *misfit* condamnés à une existence solitaire de négligence et

¹⁶⁵ I., A., HUGHES, C., HOUK, S., F., e.a., *op. cit.*, p. 3.

¹⁶⁶ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁷ V., GUILLOT, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶⁸ M., JÜRGENS, A., LUX, S., B., WIEN, E., KLEINEMEIER, O., HIORT et U., THYEN, *op. cit.*, p. 900.

¹⁶⁹ D., BORRILLO, *op. cit.*, pp. 9 et 10.

frustration [...]»¹⁷⁰. Nous soutenons que cette isolation constitue une source profondément importante pour la discrimination dont les personnes intersexuées sont victimes.

A ce sujet, il faut rappeler que l'enfumage de la condition faisait partie intégrante de la politique de traitement pendant la deuxième moitié du siècle dernier. Bon nombre de personnes n'ont appris leur condition qu'à l'âge adulte, souvent par hasard. Nous pouvons supposer que ceci joue un rôle au niveau du consentement éclairé qui demeure un problème¹⁷¹ et au fait que les personnes concernées continuent à avoir l'impression de devoir taire leur condition.

La stigmatisation peut aussi être une explication étant donné que les personnes intersexuées n'ont pas formé un « groupe social » visible comme les mouvements *LGBT*, ce qui nuit à leur visibilité¹⁷². Ici, la comparaison entre transsexuation et intersexuation est édifiante car le premier de ces groupes (quoique ces efforts sont assez jeunes¹⁷³), est aujourd'hui sujet de loi dans un certain nombre de pays, tandis que les personnes intersexuées continuent à vivre dans l'ombre, pire, d'un point de vue juridique, elles n'existent souvent point¹⁷⁴.

Il faut cependant dire que la conscience de la situation des personnes intersexuées est en hausse. A ce sujet, Deborah Rhode écrit qu'« il est ironique que dans une société qui veut lutter contre la discrimination de genre, ces discriminations deviennent plus apparentes »¹⁷⁵. Nous soutenons qu'en ce qui concerne l'intersexuation, c'est précisément l'apparence des discriminations qui peut améliorer la situation, car il est évident qu'elles sont toujours existantes.

Ainsi, dans le rapport de la *Heinrich Böll Stiftung* rédigé par Dan Christian Ghattas, nous pouvons lire que « les expériences [de discrimination] varient entre de la discrimination

¹⁷⁰ Expression exacte s'annonce : « Dewhurst and Gordon wrote in 1969 that society views intersexuals as 'freak[s]' or 'misfit[s]' ... condemned to a solitary existence of neglect and frustration ». Voy. L., HERMER, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 224.

¹⁷² E., D., THORN, *op. cit.*, p. 614.

¹⁷³ Ce phénomène a émergé, il a maintenant plus que 150 ans aux Etats-Unis. Voy. A., WACKE, « Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen », *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, Munich, Beck, 1989, p. 893.

¹⁷⁴ Cela est d'autant plus frappant qu'il y a, dans le passé eu des mentions légales des personnes intersexuées dans la sphère juridique en Europe. En ce qui concerne l'Allemagne, c'était respectivement la *Reichsnotariatsordnung* de 1521, le *Bayerische Codex Maximilianeus* de 1756, le *preußische Allgemeine Landrecht* de 1794 et le *sächsisches bürgerliches Gesetzbuch* de 1863/65. Voy. A., Kolbe, « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *op. cit.*, p. 273 ; D., Coester-Waltjen, *op. cit.*, p. 855 ; A., Wacke, *op. cit.*, pp. 883 à 889.

¹⁷⁵ Expression exacte: « It is ironic that gender discrimination has become more obvious in a society seeking to make it less so ». Voy. D., L., RHODE, *Justice and gender*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, p. 1.

structurelle et verbale jusqu'à des violences physiques et des situations pouvant être mortelles »¹⁷⁶. Des rapports venant d'Ouganda et de parties de l'Afrique du Sud concernent même le meurtre d'enfants nés avec une condition intersexuée¹⁷⁷.

Dans l'enquête menée par le conseil d'éthique allemand les participants « mentionnent par ordre de fréquence décroissante des discriminations et des exclusions, des expériences négatives dues à la tabouisation du sujet, des problèmes avec le classement binaire des sexes, des violences physiques, des manques d'informations et la confusion avec la transsexualité, des traitements médicaux erronés ainsi que des moqueries et des injures » ainsi que « le fait de cacher sa propre intersexualité, le fait de devoir opter quotidiennement pour un sexe (par exemple lors de l'utilisation de toilettes publiques), les réponses à cocher sur les questionnaires ainsi que l'affectation au sport »¹⁷⁸.

¹⁷⁶ D., C., GHATTAS, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁸ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, pp. 83 à 85.

Partie II Répercussions juridiques internationales

Comme nous l'avons démontré, il y a une certaine querelle doctrinale sur la question de savoir dans quelle mesure l'intersexuation est un phénomène médical, social, ou juridique suscite une querelle doctrinale. En effet, l'intersexuation ne peut être dissociée d'aucun des trois. La plupart des naissances intervenant dans un milieu médical, la première approche de l'intersexuation se fera toujours par le biais de considérations médicales. Aussi, la structure profondément binaire de notre société quant aux considérations de sexe, fait que, dans un futur proche, les personnes intersexuées éprouveront toujours des difficultés dans la vie sociale.

Pour en venir au droit, les considérations liées à la médecine et au social, nécessitent des réponses juridiques. Dans la première partie de ce mémoire, nous avons principalement constaté que la matière est très controversée et qu'il y a peu de consensus parmi les acteurs. Ces critiques ont évidemment des répercussions sur la sphère juridique. Des « lois d'émotion » établies précipitamment doivent être évitées. Nous connaissons néanmoins aussi l'effet positif qu'une loi peut avoir sur le développement de la réalité sociale. Il va donc falloir trouver des solutions juridiques tenant compte des confusions persistantes tout en épuisant leur pouvoir d'influence sur les pratiques.

A l'heure actuelle, il y a trois principaux outils juridiques avancés pour la protection des personnes intersexuées. En premier lieu, il existe des occurrences où des affaires éparses ont émergé devant des juridictions en tant que « périls médicaux », nécessitant une solution jurisprudentielle *in casu*¹⁷⁹. Ensuite, il y a des textes législatifs spécifiques épars dans le monde qui demeurent cependant l'exception. Enfin, des bases de *soft law* ont été publiées qui, même si elles ne sont pas obligatoires, détiennent un pouvoir de persuasion et peuvent amorcer un travail sur des législations à part entière¹⁸⁰. Dans la rédaction de la deuxième partie de ce mémoire, ces documents ont présenté un intérêt primordial. Effectivement, comme précisé dans la première partie de ce mémoire, en consultant les sources scientifiques et statistiques, nous n'avons pas réussi à déceler une position unanime sur les questions d'éthique touchant à l'intersexuation. Néanmoins, les rapports et recommandations d'organismes internationaux et nationaux que nous allons citer dans la suite ont surmonté les désaccords doctrinaux et choisi un ton qui peut surprendre par sa netteté, ce qui les a rendus spécialement intéressant pour nous.

¹⁷⁹ D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

¹⁸⁰ C., TOBLER, « Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons », *ZaöRV*, 2014, pp. 559 et 561.

Au niveau national, notre attention a particulièrement été retenue par :

- deux rapports de l'*Australian Human Rights Commission*, celui de 2009 s'intitulant « *Sex Files: the legal recognition of sex in documents and government records* » et un deuxième de 2011 dénommé « *Addressing sexual orientation and sex and/or gender identity discrimination* » ;
- l'avis du Conseil d'éthique allemand ;
- la prise de position de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine en Suisse et
- deux rapports néerlandais, le premier provenant de *COC Nederland* et s'intitulant « *LHBTI-kinderen in Nederland : Rapportage over de leefwereld en rechten van een vergeten groep kwetsbare kinderen* », le second soutenu par le ministère de la sécurité et justice néerlandais intitulé « *M/V en verder : Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders* »¹⁸¹.

Au niveau international, nous tenons à mentionner :

- le rapport publié en 2011 par la direction générale de la justice de la Commission européenne : « Les personnes trans et intersexuées : La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers » ;
- le rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez de 2013 ;
- la résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2013 sur le droit des enfants à l'intégrité physique ;
- le document thématique du Commissaire aux droits de l'homme de du Conseil de l'Europe s'intitulant « Droits de l'homme et personnes intersexes » de 2015 ;
- le rapport « *Sexual health, human rights and the law* » publié par l'Organisation mondiale de la Santé en 2015 et
- le « FRA Focus » d'avril 2015, s'intitulant « *The fundamental rights situation of intersex people* ».

Particulièrement en ce qui concerne les interventions médicales sans consentement libre et éclairé, les institutions internationales ont trouvé des mots clairs pour encourager la fin de ces procédures. Ce n'est cependant pas le seul domaine évoqué dans ce discours juridique.

Prenant compte des différents arguments avancés dans les rapports précités, nous avons décidé de diviser cette deuxième partie en trois chapitres, afin d'aborder les trois principaux mécanismes allégués pour faire prévaloir les droits des personnes intersexuées.

Premièrement, certains auteurs plaident pour une utilisation des mécanismes des droits fondamentaux existants pour les appliquer par analogie aux personnes intersexuées et ainsi garantir leur protection juridique (Chapitre 1). Les domaines des droits de l'homme qui se prêtent particulièrement à ce sujet sont la non-discrimination (Section 1), l'interdiction de la

¹⁸¹ Il permet, grâce à un raisonnement de droit comparé, de tirer des conclusions sur la matière d'intersexuation.

torture (Section 2) et les droits de l'enfant (Section 3). Deuxièmement, il y a des tentatives d'amélioration de l'encadrement du traitement médical (Chapitre 2). A cet égard, la question fondamentale est celle de savoir s'il suffit de consolider les mécanismes de consentement éclairé (Section 1) ou s'il apparaît nécessaire d'ériger un moratoire sur les opérations irréversibles qui adaptent anatomiquement les enfants intersexués aux normes de sexe masculin ou féminin, du moins jusqu'à ce qu'ils puissent agir en leur propre nom (Section 2). Troisièmement, nous allons diriger notre intérêt vers le droit de l'état civil (Chapitre 3). En ce domaine, il y a plusieurs propositions différentes d'appréhender la situation des personnes intersexuées. Ainsi, certains Etats ont allongé les délais pour l'obligation de déclaration du sexe d'un nouveau-né (Section 1), d'autres ont mis en place des lois facilitant le changement entre le sexe masculin et le sexe féminin (Section 2). D'autres encore ont franchi le pas d'établir de manière plus ou moins large un « troisième sexe » (Section 3). Finalement, nous voulons aborder la suggestion de retirer toute mention du sexe sur les documents officiels (Section 4).

Chapitre 1 Droits fondamentaux

Commençons notre observation juridique par le domaine des droits fondamentaux. Ces derniers représentent un outil important à l'heure actuelle car la mention expresse de l'intersexuation comme facteur de rattachement au droit est très rare. Pour citer le document thématique sur les droits de l'homme et personnes intersexes publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « [l]es droits de l'homme sont universels et indivisibles. Ils s'appliquent donc à tous, y compris aux personnes intersexes »¹⁸². Dans la même vision, les lignes directrices en faveur des droits des personnes LGBTI provenant du Conseil de l'Union Européenne établissent qu'il ne faut « ni créer de nouveaux droits fondamentaux pour les personnes intersexuées, ni les priver d'aucun »¹⁸³ mais que les standards existants établis par différentes organisations internationales peuvent servir de fondements de droit¹⁸⁴. Certains argumentent donc qu'il ne faut pas nécessairement élargir les sources juridiques protégeant les personnes intersexuées mais qu'il suffit de travailler avec les bases existantes¹⁸⁵. En effet, au sein du cadre des droits fondamentaux nationaux ou internationaux, plusieurs instruments permettent des succès plus ou moins forts¹⁸⁶. Notamment, le document thématique sur les droits de l'homme et personnes intersexes publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe énumère en tant que « droits de l'homme les plus concernés », le droit à la vie¹⁸⁷, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le droit au respect de la vie privée, le droit à la santé et les droits de l'enfant¹⁸⁸.

Nous estimons que les droits de l'Enfant (Section 3) et l'interdiction de la torture (Section 2) nécessitent un commentaire détaillé. Aussi, nous allons regrouper les autres droits listés sous une troisième catégorie intitulée interdiction de la discrimination (Section 1).

¹⁸² S., AGIUS, « Droits de l'homme et personnes intersexes », *Document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Conseil d'Europe, 2015, p. 29.

¹⁸³ La formulation originale: « no new human rights are created for them and none should be denied to them ». Voy. Council of the European Union, *Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons*, Luxembourg, 2013, p. 1.

¹⁸⁴ En citant les Nations Unies et le Conseil de l'Europe. Voy. *Ibid.*, p. 2

¹⁸⁵ Il peut néanmoins être préférable d'introduire des protections pratiques de détail telle qu'une loi australienne qui permet aux personnes intersexuées des protections pratiques tel que pouvoir choisir entre un officier masculin ou féminin dans le cas d'une fouille policière. Voy. J., BIRD, *op. cit.*, p. 77.

¹⁸⁶ Ceux-ci sont à chaque fois des fondements plutôt généraux. P.ex., aux Etats-Unis, il a été argumenté que la jurisprudence se fondant sur la *due process clause* de la Cour suprême suffit en tant que base de protection. Voy. D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁷ S., AGIUS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁸ Document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, pp. 30 à 35.

Section 1 Discrimination

Le droit à la non-discrimination est une règle des droits de l'homme bien intégrée, incluse dans de nombreux textes internationaux et nationaux, tels que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que son Protocole additionnel n°12. Le droit à la non-discrimination est, d'ailleurs, essentiel à la mise en œuvre de tout autre droit fondamental. En effet, même le texte le plus ambitieux serait dépourvu de valeur en l'absence d'une clause assurant l'accès aux droits de manière indiscriminée.

La mise en pratique du mécanisme du droit à la non-discrimination présuppose donc, dans un premier temps, un droit dans l'accès auquel la personne concernée serait discriminée. Ensuite, le fonctionnement nécessite un critère sur lequel repose la discrimination alléguée. Certaines sources détiennent des listes fermées de ces fondements, d'autres les laissent ouvertes. Par ces différentes combinaisons, l'interdiction de la discrimination peut offrir une protection dans des situations diverses.

En se penchant plus particulièrement sur l'interdiction de la discrimination de la communauté intersex, il n'y a, une fois de plus, aucune source expresse qui permettrait leur protection. C'est pourquoi le titre choisi pour l'écrit de Christa Tobler: « *discrimination against intersex people : the Missing Ground* »¹⁸⁹ est très pertinent. En effet, pour garantir la protection des personnes intersexuées en Belgique, nous sommes tenus de recourir à un raisonnement par analogie.

A défaut d'une démarche standardisée, il conviendra donc d'observer les faits au cas par cas pour obtenir un point de rattachement au droit. Ainsi, les deux éléments qui doivent ressortir sont d'abord le droit que la personne veut faire valoir et ensuite le critère qui est à l'origine de la discrimination.

La première étape du raisonnement, à savoir déterminer dans l'accès à quel droit les personnes intersexuées sont discriminées, peut être déduite de la première partie de ce travail. Les problèmes concrets rencontrés par les personnes intersexuées montrent que les barrières se présentent principalement au niveau du droit à la santé, à l'intégrité physique et morale et à la vie privée. Cette liste n'est cependant pas close et devra, comme nous l'avons déjà suggéré, être fixée *in casu*. En guise d'exemple, certains auteurs ont évoqué le droit à la vie, tel qu'il est stipulé notamment par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ils affirment que le progrès scientifique en ce qui concerne les tests prénataux permet de

¹⁸⁹ C., TOBLER, *op. cit.*, pp. 521 et 538.

découvrir de plus en plus de conditions intersexuées avant la naissance de l'enfant. Ils craignent un recours élevé à des avortements, ce qui équivaldrait à une sélection de sexe discriminatoire¹⁹⁰.

Ensuite, en ce qui concerne le fondement de la discrimination alléguée, le raisonnement ne peut pas non plus être tranché de manière universelle. En effet, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre de ce mémoire, le champ des personnes tombant sous la notion intersex n'est pas complètement fixé. Ainsi, il y a des personnes qui perçoivent l'intersexuation comme une condition médicale, d'autres comme partie intégrante, plus ou moins importante de leur identité. C'est pour cela que différentes caractéristiques ont été suggérées en tant que causes de la discrimination (mais ainsi aussi causes de la protection juridique contre cette dernière). Les fondements cités par les textes légaux divergent de la caractéristique du sexe, par celle d'un handicap, de l'identité du genre à l'orientation sexuelle. Nous verrons que certaines sont préférables par rapport à d'autres, mais que le tout dépendra toujours des circonstances de l'espèce, notamment du droit auquel la personne veut accéder. Cette caractéristique est ce que Mitchell Travis appelle un modèle « *opt-in* »¹⁹¹. En effet, c'est la personne concernée qui décide, au cas par cas, sur quelle base elle veut fonder sa prétention. A cet égard, il importe de relayer la discussion abordée à plusieurs reprises, c'est-à-dire celle de savoir si l'intersexuation est une condition médicale (§1) ou une partie de l'identité de la personne (§2). Notre réponse réside dans la suggestion qu'il n'y a pas de réponse unanime, mais que celle-ci doit être déterminée personnellement par chaque individu concerné, ce choix ayant une conséquence sur les protections juridiques qui peuvent être invoquées.

§1 L'interdiction de la discrimination sur base d'un handicap

En Belgique, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, énumère entre autres en tant que critères protégés, « l'état de santé actuel ou futur, un handicap [et] une caractéristique physique ou génétique »¹⁹². Les trois catégories sont envisageables pour les personnes intersexuées. D'abord, leur état de santé est susceptible d'être réduit¹⁹³. Ensuite, elles peuvent tomber sous le champ d'application personnel de la

¹⁹⁰ S., AGIUS, *op. cit.*, p. 30 se basant principalement sur M., CARPENTER, « Submission on the ethics of genetic selection against intersex traits », disponible sur <https://oii.org.au/25621/submission-ethics-genetic-selection-intersex-traits/>.

¹⁹¹ M. TRAVIS, « Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law », *European Law Journal*, 2015, pp. 180 et 184.

¹⁹² Article 4, 4° de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁹³ Ce constat est établi dans la première et deuxième section du deuxième chapitre de ce mémoire qui sont consacrés respectivement au traitement et à la qualité de vie des personnes intersexuées.

Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées¹⁹⁴. Finalement, c'est bel et bien à cause de caractéristiques physiques et génétiques qu'elles peuvent être victimes de discriminations¹⁹⁵.

Cependant, nous soutenons que ces bases, tout en étant de bons arguments par exemple pour l'accès à la santé, à l'emploi ou au logement¹⁹⁶, auront un poids moindre en ce qui concerne notamment le droit à la vie privée et familiale qui est, à l'égard de l'intersexuation, généralement plus souvent associé à l'identité sexuée. En attendant, il faut aussi souligner que les domaines du handicap et de l'identité sexuée peuvent être, étroitement liés. Citons en guise d'exemple l'utilisation de la communauté trans de l'*Americans with Disabilities Act* aux Etats-Unis. En dépit du fait qu'elles sont plus souvent associées à des fondements identitaires plutôt que médicaux, des personnes transgenre se sont basées sur cette législation protégeant des individus avec un handicap mental ou physique de la discrimination, pour obtenir du soutien dans le recours à des opérations de changement de sexe¹⁹⁷. Néanmoins, cette tentative n'a pas rencontré un grand succès. Il s'ensuit que les personnes intersexes, si elles veulent invoquer le fondement du handicap, devront d'autant plus insister sur le caractère physique de l'intersexuation. La réussite de cette voie devra encore être confirmée ou contredite par de la jurisprudence¹⁹⁸.

Les critiques de cette approche désapprouvent cette médicalisation de l'intersexuation et craignent que l'assimilation au handicap expose à d'autant plus de discrimination les personnes intersexuées. En effet, selon Yamuna Menon, trois des principaux problèmes rencontrés par les personnes handicapées en général sont la peur du contact, les clichés et la stigmatisation¹⁹⁹ : trois choses auxquelles la communauté intersexe veut justement échapper. Cela étant, prétendons qu'à l'heure actuelle, tout nouvel argument ne peut que faire avancer la cause des militants des droits intersex.

¹⁹⁴ L'article 1, alinéa 2 de la Convention définit les personnes handicapées comme « personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

¹⁹⁵ Pour de plus amples informations sur les discriminations auxquelles les personnes intersexuées doivent faire face : Voy. la troisième section du deuxième chapitre de ce texte.

¹⁹⁶ World Health Organization, *Sexual health, human rights and the law*, Geneva, World Health Organization, 2015, p. 29.

¹⁹⁷ Y., MENON, « The Intersex Community and the Americans with Disabilities Act », *Connecticut Law Review*, 2011, p. 1233.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 1242 et 1243.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 1233.

§2 L'interdiction de la discrimination sur base du sexe ou de l'identité de genre

L'interdiction de la discrimination sur base du sexe ou de l'identité de genre, ainsi qu'à l'orientation sexuelle est souvent assimilée au droit à la vie privée et familiale qui est protégé notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ainsi, c'est par la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme que les personnes homosexuelles ont vu leur protection s'accroître²⁰⁰. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme a connu plusieurs affaires concernant la transsexualité, dans le cadre desquelles, elle a élargi considérablement les définitions entourant la question. L'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*²⁰¹ de 2002 aborde explicitement l'intersexuation. En l'espèce, la Cour, en invoquant le contre-exemple de l'intersexuation, dit ne pas être convaincue « que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer – à l'exclusion de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels ». Par ce dire, la Cour commet ce que Philippe Reigné appelle une « atteinte sérieuse au modèle à deux sexes »²⁰². Cette atteinte équivaut à une protection des droits de toute personne qui heurterait les normes prétendues d'homme et de femme, protection que la Cour a maintenue de manière constante dans les dernières années. Cette jurisprudence peut, détachée d'un mode de pensée binaire, permettre à une personne intersexuée (ou d'ailleurs à toute autre personne) d'exiger une mention qui reflète sa propre identité sexuée quelconque²⁰³. A l'heure actuelle, nous manquons d'affaires concernant des personnes intersexes qui vérifieraient cette assertion. L'intersexuation semble, une fois de plus, ignorée. Cependant, certains commentateurs estiment que l'intersexuation pourrait être incluse dans la protection de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme parce que la liste des fondements de discrimination y est de nature ouverte²⁰⁴. Rappelons seulement que le droit à la vie privée n'est pas absolu et peut être limité par l'Etat par un texte légal si celui-ci poursuit un but légitime et que la limitation est proportionnée. Pour trouver une solution tranchée à la question de savoir si les discriminations alléguées dans la première partie de ce mémoire sont

²⁰⁰ O., TODTS, *op. cit.*, p. 138.

²⁰¹ Cour. eur. D. H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, §82.

²⁰² P., REIGNÉ, *op. cit.*, pp. 310 et 311.

²⁰³ P.-L., CHAU et J., HERRING, *op. cit.*, p. 350.

²⁰⁴ C., TOBLER, *op. cit.*, p. 540.

ou non une telle exception à la règle, il n'y a donc pas d'autre choix que d'attendre que la Cour se prononce explicitement sur la question.

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, cela peut s'avérer encore plus problématique, car, les législations anti-discrimination spécifiques de l'Union européenne contiennent des listes limitées de fondements et, pour l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'enjeu de l'affaire devrait tomber sous une matière de droit européen²⁰⁵. En effet, un problème majeur réside dans la conception binaire des textes traitant du sexe humain au sens large. Ainsi, prenons l'exemple de l'article 3, § 3, alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne qui énonce : « [l'Union européenne] [...] promeut [...] l'égalité entre femmes et hommes [...] ». Dans ces cas, un élargissement à l'intersexuation n'est bien entendu pas envisageable. La même chose se vérifie pour la loi belge en la matière portant le nom « loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ».

Dans le cas contraire, lorsque la loi utilise la formulation « sur base de sexe », nous soutenons que celle-ci peut être interprétée dans un sens qui permet d'inclure les personnes intersexuées. En effet, une interprétation large de la notion de sexe correspond au développement de la jurisprudence en général. En effet, en commençant par les premiers efforts féministes d'instaurer l'égalité entre homme et femme, la compréhension de ce que c'est « la non-discrimination des sexes » n'a pas cessé de s'élargir²⁰⁶. Dans ce sens, nous tenons à alléguer le constat qu'un avocat général auprès de la Cour de justice a émis déjà en 1995 :

« I shall start by calling to mind the proposition which has ever stronger support in medical and scientific circles, that it is necessary to go beyond the traditional classification and recognize that, in addition to the man/woman dichotomy, there is a range of characteristics, behaviour and roles shared by men and women, so that sex itself ought rather to be thought of as a continuum. From that point of view, it is clear that it would not be right to continue to treat as unlawful solely acts of discrimination on grounds of sex which are referable to men and women in the traditional sense of those terms, while refusing to protect those who are also treated unfavourably precisely because of their sex and/or sexual identity »²⁰⁷.

De manière plus pointue, une discussion a surgi sur la question de savoir s'il est préférable de fonder les revendications des personnes intersexuées sur le critère protégé du sexe ou sur celui

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Julie A Greenberg illustre ce développement à l'aide de schémas figuratifs intéressants. Voy. J., A., GREENBERG, « Intersex and Intrasex Debates: Building Alliances to Challenge Sex », *op. cit.*, pp. 110 à 115.

²⁰⁷ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5a0acbca5b290417a8b259c820bfe6233.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Obh8Oe0?text=&docid=99596&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=36461>.

de l'identité de genre. Nous soutenons que, de manière générale, il serait préférable d'agir par le biais du sexe, car, comme explicité dans le premier chapitre de ce mémoire, l'intersexuation est déterminée, sur un premier niveau, par des caractéristiques biologiques²⁰⁸. Une fois de plus, ce choix dépend cependant des circonstances. Lorsque la personne concernée ressent son identité sexuée en étant ni féminin, ni masculin, et que la source juridique est formulée en se limitant aux hommes et femmes, le recours à la notion plus souple d'identité de genre peut être préférable.

§3 Mentions expresses

Une façon de mettre fin à ces considérations théoriques serait l'instauration d'une mention expresse de l'intersexuation dans les textes protégeant contre la discrimination, ou du moins l'établissement d'un fondement qui s'appliquerait incontestablement aux personnes intersexuées.

L'Australie a clairement un rôle de précurseur en ce sens, ce qui peut sembler étonnant en sachant qu'encore en 1979, une cour australienne a annulé un mariage parce que le mari ne pouvait, en raison d'une condition intersexuée, être considéré ni homme, ni femme²⁰⁹.

En 2013, finalement, le *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act* remplace son antécédent et accorde désormais une meilleure reconnaissance au statut des personnes intersexuées. Ce texte donne la définition suivante du « statut intersex »: « c'est le statut d'avoir des caractéristiques physiques, hormonales ou génétiques qui sont (a) ni entièrement féminines, ni entièrement masculins, (b) une combinaison de féminin et masculin ou (c), ni féminin, ni masculin »²¹⁰. L'Act interdit expressément la discrimination sur base d'un tel statut intersex et cela au même titre que l'identité de genre et l'orientation sexuelle²¹¹. Nous encourageons cette mention expresse de l'intersexuation qui apporte principalement l'atout de la sécurité juridique.

Depuis cette année, il y a une nouvelle initiative légale qui nécessite d'être mentionnée à cet égard. C'est le *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* de Malte. Comme son nom l'indique déjà, il permet l'interdiction de la discrimination sur base de fondements très souples. Les *sex characteristics* se prêtent particulièrement à l'invocation

²⁰⁸ FRA Focus, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁹ J., A., Greenberg, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *op. cit.*, p. 94.

²¹⁰ Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act (Cth), 2013: subsection 4(1): intersex status means the status of having physical, hormonal or genetic features that are: (a) neither wholly female nor wholly male; or (b) a combination of female and male; or (c) neither female nor male.

²¹¹ Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act (Cth), 2013: section 5, subsection A, B et C.

par les personnes intersexuées. En effet, ces caractéristiques sont définies par la loi comme des « traits chromosomiques, gonadiques et anatomiques d'une personne, ce qui inclut les caractéristiques primaires telles que les organes et génitaux reproductifs et/ou compris dans les structures chromosomiques et hormones ; et les caractéristiques secondaires telles que les muscles, la pilosité, les seins et/ou la stature »²¹².

§4 Conclusion de la section

En résumant la convenance de l'outil de l'interdiction de la discrimination pour la protection des personnes intersexuées, nous observons qu'il s'agit d'un outil très souple. En le confrontant au cadre théorique de notre travail, nous constatons d'abord qu'en fonction du fondement de discrimination invoqué, le champ des personnes protégées par le droit peut varier. Ensuite, la souplesse de cet instrument juridique garantit une amélioration aux trois points principaux, évoqués en tant que barrières concrètes des personnes intersexuées.

En guise de conclusion, citons la Commission nationale d'éthique suisse lorsqu'elle affirme : « le principe constitutionnel admis de longue date selon lequel nul ne devrait être discriminé en raison de son sexe vaut aussi pour les personnes dont le sexe ne peut pas être déterminé de façon univoque »²¹³. En lisant cette formulation nette, la protection des personnes intersexuées semble une nécessité évidente. Elle engendre l'idée selon laquelle la discrimination en général est plus souvent due à la perception des autres personnes qu'à la personne discriminée elle-même²¹⁴. En acceptant cette hypothèse, le fondement de la protection contre la discrimination perd quelque peu de son importance. Aussi, considérant le manque d'instruments juridiques qui se trouvent à la disposition des personnes intersexuées pour le moment, elles doivent essayer toute porte qui peut s'ouvrir à elles²¹⁵.

Section 2 Interdiction de la torture

En 2013, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unis, Juan E. Méndez, a pris position en incluant la situation des personnes intersexuées dans son rapport. Il écrit :

²¹² L'article 2 *in fine* du *Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act* s'intitule: « 'sex characteristics' refers to the chromosomal, gonadal and anatomical features of a person, which include primary characteristics such as reproductive organs and genitalia and/or in chromosomal structures and hormones; and secondary characteristics such as muscle mass, hair distribution, breasts and/or stature ».

²¹³ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 21.

²¹⁴ J., BIRD, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁵ Y., MENON, *op. cit.*, p. 1248.

« 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, la stérilisation involontaire, ainsi que les expérimentations non conformes à l'éthique, les atteintes à la confidentialité des patients et les 'thérapies réparatrices' ou 'thérapies de conversion' pratiquées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée. Il les engage également à prohiber la stérilisation forcée ou obligatoire dans toutes les circonstances et à assurer une protection spéciale aux membres de groupes marginalisés »²¹⁶.

Une fois de plus, ce propos peut surprendre dans le sens où c'est une affirmation franche d'une instance internationale laquelle certes, ne dispose pas de force de loi au sens propre du terme mais bien d'une puissance politique évidente. En assimilant « la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital » des enfants intersexués à l'interdiction de la torture et traitements inhumains ou dégradants - pour rappel un des seuls droits de l'homme absolus - la position des personnes intersexuées voulant faire valoir leurs droits a été considérablement consolidée.

Malheureusement, à l'heure actuelle, il n'y a pas de jurisprudence où ce fondement aurait été invoqué avec succès. Nous avons seulement connaissance d'une décision de la Cour suprême du Kenya invoquant l'interdiction de la torture liée à une condition intersexuée. Dans cette affaire, une personne intersexuée était condamnée à mort et placée dans le quartier des condamnés à mort masculins. La personne alléguait qu'elle y subissait des traitements dégradants et inhumains à cause de son intersexuation. En réponse, la Cour a reconnu des traitements inhumains et dégradants de la part d'officiers de la prison tout en refusant d'admettre que le fait de la placer dans la partie masculine de la prison était une atteinte à ses droits²¹⁷. Une affaire similaire a été infructueuse aux Etats-Unis²¹⁸.

Après le propos puissant du Rapporteur spécial Méndez, il serait très intéressant de connaître la réaction d'une juridiction se prononçant non pas sur la situation précise de détenus pénitentiaires, mais sur le reproche d'une violation de ce droit fondamental, du fait d'interventions non consenties à des variations de développement de sexe. Autre point intéressant, le rapport semble mettre en lien les traitements des personnes intersexuées avec

²¹⁶ P.25

²¹⁷ C., TOBLER, *op. cit.*, pp. 539 et 540.

²¹⁸ *Ibid.*

les pratiques de circoncision féminine²¹⁹ qui, de manière bien établie, sont incriminées sous l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme²²⁰.

En conclusion, cet outil de protection nécessite une vérification pratique. D'ores et déjà, nous pouvons affirmer que l'interdiction de la torture ainsi que des traitements inhumains et dégradants représente une protection forte car il s'agit d'un des rares droits fondamentaux absolus. Le champ d'application personnel de cette protection protège toute personne humaine. En confrontant sa protection au deuxième chapitre de ce mémoire, nous constatons qu'elle est envisageable en ce qui concerne les expériences de traitement ainsi que les difficultés éprouvées par des stigmatisations et discriminations au sein de la société. Cependant, le seuil de gravité des traitements doit être considérablement élevé pour tomber sous le concept de torture, traitements inhumains ou dégradants, ce qui complique son utilisation pratique.

Section 3 Les Droits de l'Enfant

§1 De manière générale

Comme décrite dans la première partie de ce travail, la problématique de l'intersexuation présente une dimension supplémentaire lors de la naissance d'un enfant né avec une condition intersexuée car celui-ci ne pourra pas manifester son propre intérêt. A ce niveau, nous nous trouvons donc face à différents acteurs. En priorité, il y a l'enfant qui naît avec une condition intersexuée. Ensuite, ses parents (ou tuteur ou entourage étroit) qui prennent les principales décisions en son nom, en agissant en tant que représentants légaux de l'enfant. Et puis, il y a aussi le staff médical, les médecins et l'équipe soignante qui, de par leur autorité professionnelle, exercent une influence non négligeable. Enfin, il y a éventuellement des représentants d'institutions étatiques²²¹ ou d'un mécanisme de contrôle, tels que des juges. Accessoirement, il ne faut pas oublier que la société²²² dans une plus large mesure peut jouer un rôle d'influence.

²¹⁹ Cet argument est aussi communément avancé par la doctrine, notamment par S., ROTHÄRMEL, *op. cit.*, p. 278.

²²⁰ Pour une comparaison avec la circoncision génitale féminine, voy. N., BEN-ASHER, *op. cit.*, p. 72 et s.

²²¹ Plusieurs auteurs ont avancé l'idée que soulevé l'idée que ce serait à l'état, notamment par le biais du juge de la famille, de d'assurer au dernier recours le bien-être et l'intérêt de l'enfant. Voy. D., COESTER-WALTJEN, « Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht? », *JZ*, 2010, p. 855.

²²² Laura Hermer invoque un facteur accessoire à considérer qui est qu'à notre époque, l'enfant n'est probablement pas seulement en contact avec ses parents. Il faut donc une acceptation sociale beaucoup plus large pour éviter des problèmes dans des garderies et autres. Voy. L., HERMER, *op. cit.*, p. 230.

Il y a bel et bien certains droits jugés fondamentaux pour un adulte qui sont réduits à l'égard des enfants²²³. Cette restriction est motivée par le discernement limité des enfants les plaçant dans une situation de vulnérabilité²²⁴. Il faut donc un adulte qui exerce les droits dont l'enfant n'a pas encore la capacité de disposer en son nom ainsi qu'une protection juridique particulière garantissant qu'il n'y ait pas d'abus de cette vulnérabilité ni par les adultes ni par des instances privées et publiques. Le document essentiel en la matière est certainement la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant de l'année 1989. Il a été proposé de résumer les finalités de la convention par les « trois P's » : protection, provision et participation²²⁵. La règle générale selon laquelle les parents exercent les droits de leur enfant²²⁶ n'est donc certainement pas absolue. Au contraire, il faut une mise en balance des différentes positions en question²²⁷. En fin de compte, toutes les décisions et actions faites au nom de l'enfant doivent l'être dans son intérêt. Ceci est la règle primordiale de « l'intérêt supérieur de l'enfant » stipulé notamment à l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'Enfant. Elle agira en quelque sorte comme facteur de référence continuuel qui, depuis la fin de l'année 2008, est également explicitement prévue par la Constitution belge²²⁸.

L'universalité de cette règle est à la fois sa force et sa faiblesse parce que dans la pratique, il est parfois malaisé de décider de manière tranchée quelle décision sera la meilleure pour l'enfant.

§2 Intégrité physique

Un autre article crucial de la Convention internationale des droits de l'Enfant en lien avec l'intersexuation est son article 19. Celui-ci stipule que « [l]es Etats parties prennent toutes les mesures [...] pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales [...] ». C'est l'intégrité physique et morale de l'enfant qui est en cause. Au niveau belge, ce droit est explicitement inscrit dans la Constitution depuis 2000 lorsque l'article 22bis y a été ajouté dont le premier alinéa énonce: « [c]haque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle ». Cet article a été critiqué car il n'apporterait pas de réelle plus-value à la protection juridique des enfants. Il s'agit

²²³ K., HAAS, *op. cit.*, p. 56.

²²⁴ Voy. le préambule Convention internationale droit de l'Enfant.

²²⁵ E., VERHELLEN, « Een inleiding tot het Verdrag inzake de Rechten van het Kind », in *Kinderrechten in België*, sous la direction de W. Vandenhoe, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 30 et 31.

²²⁶ F., ANG, « Kinderrechten in de gezondheidszorg », *Kinderrechten in België*, sous la direction de W. Vandenhoe, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 151.

²²⁷ Notamment celle de sa famille et de la société. Voy. J., BIRD, *op. cit.*, p. 74.

²²⁸ L'alinéa 3 de l'article 22bis de la Constitution belge s'intitule: « [d]ans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

cependant d'une avancée substantielle car l'ajout d'une règle dans la Constitution améliore son effectivité et appuie son imposition dans la sphère juridique²²⁹.

Le droit au maintien de l'intégrité d'un enfant est donc incontestablement établi. Ce qui pose plus problème, c'est la mise en pratique de ce droit en matière d'intersexuation. En effet, comme explicité antérieurement dans ce mémoire, la politique de traitement n'est pas univoque. Certains praticiens continuent à argumenter qu'une opération alignant les variations de développement des organes génitaux extérieurs d'un nouveau-né est bel et bien dans son intérêt. C'est pourquoi les parents sont en mesure d'y donner un consentement valable, suite auquel l'opération ne constituera pas de violation à l'intégrité physique de l'enfant.

Citons comme exemple d'opposition à ce propos une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil d'Europe de 2013 qui, recourant à une formulation remarquablement percutante, met fin à la querelle en qualifiant clairement « les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués » comme violation de l'intégrité physique des enfants :

« 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 [...] auxquels les enfants sont parfois soumis ou contraints »²³⁰.

§3 Prise en considération de l'opinion

Finalement, abordons un sujet substantiel des droits de l'Enfant : son droit de regard et d'intervention. C'est l'article 12 de la Convention des droits de l'Enfant qui « [...] garanti[t] à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

Précisons qu'il convient de distinguer le fait d'exercer sa capacité d'agir en demandant activement une intervention et le fait d'y consentir simplement²³¹. Une sous-distinction est parfois établie dans le sens où certains acteurs argumentent qu'un poids particulier doit être accordé à une opposition explicite de l'enfant à un traitement.

²²⁹ P., LEMMENS, « De rechten van het kind als gondrechten in de Belgische rechtsorde », in *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 54 et 55.

²³⁰ M., RUPPRECHT, *Children's right to physical integrity*, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Doc. 13297, 2013, disponible sur : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20057&lang=en>.

²³¹ Pour de plus amples informations voy. F., ANG, *op. cit.*, pp. 150 à 155.

Au niveau belge, ce droit est compris généralement à l’alinéa 2 de l’article 22*bis* de la Constitution belge²³² et est mis en œuvre par la loi relative aux droits du patient de 2002 laquelle sera étudiée de manière plus ample sous le chapitre 2 de cette partie du mémoire.

§4 Conclusion de la section

Les droits de l’enfant constituent un fondement important en la matière. Cependant, ils ne pourront fonctionner de manière autonome. En effet, pour parvenir à une véritable amélioration de la protection des droits des personnes intersexuées, il faut agir par des mesures s’appliquant aux personnes concernées, tout âge confondu. Ainsi, l’intégrité physique est un droit spécialement protégé pour les enfants, mais il n’est pas moins primordial pour les adultes. Dans ce sens, ce qui importe avant tout dans le champ des droits de l’enfant, c’est la prise en considération effective de l’intérêt et de l’avis de l’enfant.

²³² L’article 22*bis*, §2 s’intitule : « Chaque enfant a le droit de s’exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement ».

Chapitre 2 Encadrement légal du traitement médical et particulièrement des mesures de réassignation sexuelle

Dans ce chapitre, nous nous situons dans le droit médical, étroitement lié à la bioéthique. Nous avons, dans la première partie de ce mémoire, montré que la question d'intersexuation est incontestablement enracinée dans la médecine. Cependant, tandis que les expériences négatives des personnes traitées dans le passé, nécessitent une amélioration de leur protection, la politique médicale éprouve des difficultés à s'émanciper de son passé basé sur l'*optimal gender policy* de John Money. Pour Alice Dreger, se détourner des anciennes pratiques médicales revient à admettre qu'elles violent bel et bien les droits humains des patients²³³. La discorde au sein du monde médical complique cependant une solution juridique univoque.

Tenant compte de cette allégation lourde, posons-nous la question de savoir de quelle manière la pratique médicale peut être encadrée juridiquement pour atteindre au meilleur équilibre pour toute personne concernée.

Bien entendu des bases juridiques qui se prêtent à la protection des personnes intersexuées existent déjà dans le domaine médical. En effet la bioéthique et la déontologie médicale livrent certains points de départ, dont Jo Bird rappelle trois principes généraux : Premièrement, il y a le principe de « ne pas nuire »²³⁴ ; deuxièmement, les intérêts du patient doivent prévaloir sur ceux de la société ; et troisièmement, il faut un consentement libre et éclairé²³⁵. En appliquant ces préceptes bien établis au traitement des personnes intersexuées, nous pouvons affirmer que, dans le doute, l'absence d'opération devra toujours prévaloir sur une intervention dont les conséquences ne peuvent pas être pronostiquées avec certitude. Aussi, le protagoniste devra toujours être la personne intersexuée. La situation dépend cependant fortement du fait si cette dernière est, au moment d'une décision médicale à son égard, en mesure de donner elle-même le consentement nécessaire ou si elle devra être subrogée par un représentant légal. Cette question est aussi étroitement liée à celle du consentement éclairé. Il faut déterminer quelles exigences doivent être remplies pour satisfaire ce critère²³⁶ et se poser la question de savoir si elles seront différentes lorsque

²³³ A., DOMURAT DREGER, « Intersex and Human Rights: The Long View », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, p. 74.

²³⁴ Traduit librement de l'expression « *do no harm* ».

²³⁵ J., BIRD, *op. cit.*, p. 73.

²³⁶ D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 14.

l'intervention est effectuée sur le corps de l'individu qui donne le consentement de manière personnelle.

Section 1 Consentement éclairé

Selon certains commentateurs, le fait qu'il y ait des lacunes dans le mécanisme du consentement éclairé ne suffit pas pour revendiquer un moratoire sur les opérations. Au contraire, ils préfèrent renforcer la protection juridique existante, éventuellement en augmentant de manière spécifique les exigences nécessaires pour remplir le critère de consentement éclairé en matière d'intersexuation²³⁷. Cette proposition est la vérification juridique de la politique de traitement de la *full consent policy*²³⁸. Des recommandations émises par des instances de droits fondamentaux et de profession médicale peuvent être résumées en exigeant « l'information complète en forme écrite et orale en ce qui concerne le traitement, ses justifications et alternatives »²³⁹. En appui sur la première section du deuxième chapitre de ce travail, nous voulons y ajouter un intérêt élevé en ce qui concerne les conséquences à long terme, le suivi et l'accès de la personne à son dossier médical.

En droit belge, le paragraphe 2 de l'article 8 de la loi relative aux droits du patient procure une liste détaillée des « informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement ». Il énumère : « l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières[,] les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention ». Ce principe est bien établi par la jurisprudence, notamment un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2006²⁴⁰ qui permet d'assimiler le consentement avec « la cause de

²³⁷ L., HERMER, *op. cit.*, p. 223.

²³⁸ Qui a pris la relève de l'*optimal gender policy*, tel que cela a été expliqué sous le volet A) de la section 1) du chapitre 2 de ce mémoire.

²³⁹ L'expression originaire s'annonce: « Human rights bodies and ethical and health professional organizations have recommended that free and informed consent should be ensured in medical interventions for people with intersex conditions, including full information, orally and in writing, on the suggested treatment, its justification and alternatives ». World Health Organization, *Sexual health, human rights and the law*, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁰ P., HENRY, « Le médecin face au droit », *Médecine et droit : Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 42.

justification qui fera échapper [le médecin] aux poursuites pénales pour coups et blessures volontaires »²⁴¹.

Une exception à l'obligation du consentement libre et éclairé comprise dans le paragraphe 5 de l'article 8 de la loi belge relative aux droits des patients est l'urgence. Dans le passé, celle-ci a souvent été évoquée en ce qui concerne les opérations d'assignation du sexe. A l'heure actuelle, le caractère cosmétique de ces interventions a cependant été reconnu. Cela ne suffit pas pour soutenir que les parents n'ont pas le droit de consentir de manière autonome aux opérations de leur enfant²⁴², mais insiste sur la non-urgence. Ainsi, comme nous l'avons expliqué dans le deuxième chapitre de ce mémoire, la condition intersexuée d'un nouveau-né ne peut actuellement plus être traitée comme une « urgence sociale » et l'exception ne saura jouer²⁴³.

§1 L'occurrence spécifique d'un mineur intersexuée

Rappelons que la règle générale en droit civil belge consiste en la représentation légale de l'enfant par ses parents²⁴⁴ en vertu de l'incapacité générale d'exercice et de contracter du mineur²⁴⁵. Etant « générale » elle pourra cependant être contournée par une *lex specialis*²⁴⁶. Il faut dès lors étudier la question des limites de l'intervention du représentant légal de l'enfant dans les décisions déterminant la vie de ce dernier de manière fondamentale. Cette question ressemble à celle des traitements tels que la stérilisation, les opérations cosmétiques ou la castration qui, dans certains pays, ne peuvent pas être décidés de manière autonome par les parents²⁴⁷.

Dans la section précédente, nous avons énuméré les droits de l'Enfant. La ratification de la Convention relative aux droits de l'Enfant par 193 des 197 états reconnus par les Nations Unies²⁴⁸ lui a conféré une puissante reconnaissance. Ainsi, il a été importé dans la loi de 2002 sur les droits du patient un premier alinéa dans l'article 12 qui s'intitule :

« 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.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

²⁴² A., S., ALIABADI, *op. cit.*, p. 452.

²⁴³ M., HOLMES, *op. cit.*, pp. 129 et 130.

²⁴⁴ F., ANG, *op. cit.*, p. 151.

²⁴⁵ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J. dr. jeun.*, 2002, pp. 23 et 24.

²⁴⁶ G., SCHAMPS, « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », *Adolescent et acte médical, regards croisés : Approche internationale et pluridisciplinaire*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger et Ryuichi Ida, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 88.

²⁴⁷ A., KOLBE, « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *op. cit.*, pp. 280 et 281 ; D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

²⁴⁸ <http://www.humanium.org/fr/convention/etats-signataires-et-parties/>

Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. 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 »²⁴⁹.

Cela nous livre l'information intéressante que l'importance de la position de l'enfant s'accroît en fonction de son âge. Il avait été proposé au parlement belge d'insérer un âge de « majorité médicale » tel qu'en Hollande, Québec ou Royaume-Uni²⁵⁰ dans la loi. Toutefois, la décision retenue est qu'il appartient au médecin de décider²⁵¹ si le discernement de l'enfant permet un exercice autonome²⁵² ou du moins un droit de regard. Ainsi, un enfant qui n'est pas encore en mesure de prendre ses propres décisions à l'égard de sa santé pourra quand même être pris en compte lorsqu'il « émet un veto » contre une intervention souhaitée par ses parents²⁵³.

De manière générale, soulignons que notre société contemporaine semble accorder une importance accrue à l'autodétermination de l'enfant. Notamment, la Constitution belge contient depuis 2009 dans son article 22*bis* qui est dédié au droit à l'intégrité physique pour l'enfant, le « droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ». Ainsi, aussi en droit belge, dans des situations, telles que le don de sang ou le prélèvement d'organes²⁵⁴, la loi exige expressément le consentement du mineur.

§2 Contrôle

En attendant, dans le cas de figure des opérations d'assignation de sexe, ce constat ne nous fait avancer que dans une moindre mesure car les enfants en cause sont souvent encore très jeunes. Dans ce cas, il est communément admis que le consentement du représentant légal peut substituer celui du patient. Il faut donc nécessairement des mécanismes de contrôle vérifiant que la décision du représentant légal (généralement les parents) respecte l'intérêt de l'enfant intersexué.

À cette fin, il a premièrement été suggéré de devoir passer par un mécanisme de contrôle extérieur au moment de l'intervention. En second lieu, il y a la possibilité que la personne intersexuée agisse elle-même, à condition qu'elle dispose de la capacité légale.

En ce qui concerne la première possibilité, à savoir la vérification extérieure des conditions nécessaires pour le recours à l'intervention médicale, il y a différentes suggestions.

²⁴⁹ 22 AOUT 2002. - Loi relative aux droits du patient

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ D., BLOEM, « Le mineur et son dossier médicale », *Médecine et droit : Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 52.

²⁵² G., SCHAMPS, *op. cit.*, p. 86.

²⁵³ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁴ Y.-H. LELEU et S. DELVAL, *op. cit.*, 2002, p. 24.

Ainsi, certains auteurs ont songé à un recours au système juridique, notamment le Tribunal de la famille²⁵⁵. D'autres auteurs ont argumenté que le système juridique n'est pas équipé pour prononcer de telles décisions²⁵⁶ à cause des spécificités culturelles et sociales inhérentes à l'intersexuation²⁵⁷. En Suisse, la commission d'éthique s'est prononcée en faveur d'un compromis, soit l'intervention du juge, pourtant assistée par un expert²⁵⁸.

Alternativement, Birgit Schmidt am Busch suggère l'instauration d'une commission d'éthique interdisciplinaire comme il en existe en Allemagne pour des questions de transplantation d'organes ou de tests cliniques de médicaments²⁵⁹. Julie Greenberg va dans le même sens en proposant un comité d'experts composé d'endocrinologues, de pédiatres, de psychologues, de sociologues et d'adultes intersexes²⁶⁰.

En ce qui concerne la deuxième possibilité, à savoir l'action de la personne intersexuée elle-même, le contrôle se fera la plupart du temps *a posteriori* et ne pourra avoir lieu avant l'acquisition de la capacité légale de la personne concernée.

Là où c'est spécifiquement le mode de traitement qui est en cause, la responsabilité pour faute professionnelle du médecin a servi comme fondement pour ester en justice²⁶¹. A ce sujet, il y a eu une affaire intéressante en Allemagne. Dans ce cas d'espèce, une femme intersexuée avait assigné son médecin pour lui avoir retiré à l'âge adulte des organes féminins entièrement développés sans l'en informer. La plaignante avait à l'époque de l'intervention vécue dans un rôle sexué masculin dans lequel elle avait été éduquée. Elle souffrait cependant d'incertitudes quant à son identité sexuée, raison pour laquelle elle a accepté de se faire retirer ses organes féminins intérieurs. Elle avait donc connaissance de sa condition intersexuée. Cependant, les médecins estimaient à ce moment que les organes féminins intérieurs de la patiente n'étaient pas complètement développés et constituaient un éventuel risque pour sa santé. Toutefois, pendant l'opération, les médecins ont découvert des organes probablement fonctionnels et ont quand-même procédé au retrait. C'est la raison pour laquelle la patiente a, devant deux instances, obtenu des dommages et intérêts de 100.000€.

²⁵⁵ En effet, il y a déjà des situations similaires à cette intention. En guise d'exemple, aux États-Unis, pour recourir à la stérilisation d'un enfant handicapé, il faut le recours au juge avec un tuteur *ad litem* se prononçant sur l'intérêt de l'enfant. Voy. S., BENSON, *op. cit.*, p. 49.

²⁵⁶ S., BENSON, *op. cit.*, p. 37 ; A., S., ALIABADI, *op. cit.*, p. 455.

²⁵⁷ L., HERMER, *op. cit.*, p. 199.

²⁵⁸ B., SCHMIDT AM BUSCH, « Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen », *AöR*, 2012, p. 455.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 456.

²⁶⁰ J., A., GREENBERG, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *op. cit.*, p. 99.

²⁶¹ Pour des développements doctrinaux à ce sujet, voy. D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, pp. 6 et 7.

Pour le patient mineur, certains critiquent l'accès trop limité à la justice parce que l'autorité parentale et la protection professionnelle du médecin sont deux éléments forts faisant obstacle au franchissement du pas vers le juridictionnel²⁶². En effet, lorsque nous imaginons des faits similaires à l'affaire précitée à propos d'un enfant mineur, la première problématique nous venant à l'esprit est celle de la prescription. C'est pourquoi il a été proposé de ne faire courir le délai de prescription qu'à partir de la majorité des enfants²⁶³. Il n'empêche que la condamnation d'une intervention effectuée sur un mineur revient dans la plupart des cas à condamner la décision des parents²⁶⁴, ce qui peut être très dur sur un plan émotionnel.

Section 2 Moratoire sur les opérations d'assignation du sexe des enfants

Un camp opposé soutient que les exigences du consentement libre et éclairé ne suffisent pas pour protéger les nouveau-nés intersexués. Sur base des études évoquées dans la première partie de ce travail, nous percevons l'absence de preuve claire optant pour l'un ou l'autre avis. Un nombre d'études suggère que les patients ne sont pas assez satisfaits des traitements qu'ils ont subis. Contrairement, il y en a cependant qui soutiennent la poursuite des opérations d'assignation sexuelle en mettant en évidence la satisfaction d'autres patients.

Cependant, dans la sphère juridique, de plus en plus d'instances revendiquent un tel moratoire. Citons la Commission nationale d'éthique suisse qui stipule : « pour des raisons éthiques et juridiques, 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 »²⁶⁵.

Evidemment, un tel moratoire ne pourrait pas être absolu. D'abord il importe de laisser de la place pour des besoins médicaux, telle qu'une intervention après un diagnostic de HCS ou lorsqu'il y a des problèmes urétraux²⁶⁶ ; ensuite, toute personne capable doit pouvoir y consentir pour ce qui la concerne. Il existe une controverse par rapport à l'âge auquel cela devrait être admis. D'un côté, il est témoigné qu'un enfant montre assez tôt un comportement

²⁶² *Ibid.*, p. 156.

²⁶³ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 176

²⁶⁴ Cependant, il a été argumenté qu'une influence trop importante du médecin sur les parents peut être qualifiée comme coercition voy. A., S., ALIABADI, « You Make Me Feel Like a Natural Woman: Allowing Parents to Consent to Early Gender Assignment Surgeries for Their Intersexed Children », *William and Mary Journal of Women and the Law*, 2005, p. 441.

²⁶⁵ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, pp. 15 et 20.

²⁶⁶ Ceci serait des interventions effectuées aussi sur des enfants sans génitaux ambigus. Voy. E., D., THORN, *op. cit.*, p. 616.

qui correspond plus ou moins fort à un des deux sexes ; de l'autre côté, les variations apparaissant éventuellement pendant la puberté ne peuvent être négligées²⁶⁷.

Deux exemples concrets méritent un développement. Le premier, à savoir la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne propose en fonction de l'âge un moratoire allégé et un critère de consentement spécifique. Le second, la loi de Malte datant d'avril de cette année opte pour le moratoire le plus ferme connu dans la sphère juridique.

Section 3 Exemples pratiques

§1 Les affaires devant la Cour constitutionnelle de Colombie

La Cour constitutionnelle colombienne a vraisemblablement été la première Cour à se prononcer sur la légalité des opérations d'assignation sexuelle sur les enfants intersexués²⁶⁸. Clairement, elle condamne légalement la politique de traitement originaire qui soutient des opérations le plus tôt possible²⁶⁹. Elle souligne que les parents devront prendre des décisions éclairées, non pas motivées par intérêt personnel²⁷⁰, mais en contrebalançant le droit de la famille par celui de l'enfant²⁷¹. C'est une sorte de « consentement informé exceptionnel »²⁷² que la Cour a établi, notamment en se fondant sur la Convention internationale sur les droits de l'enfant²⁷³ et considérant spécialement l'urgence et le risque potentiel des opérations ainsi que l'âge et l'autonomie de l'enfant²⁷⁴. La Cour s'est préoccupée de la question dans trois affaires différentes proposant chacune une solution spécifique.

La première décision opposant un jeune homme à ses médecins remonte à 1995²⁷⁵. Celui-ci avait été élevé dans une identité féminine après une circoncision ratée, dans des faits assez similaires au cas de David Reimer²⁷⁶. La Cour décide que des médecins ne possèdent pas le droit d'altérer le genre d'un patient sans son consentement, car cela enfreindrait son droit à la dignité humaine²⁷⁷ et « le droit de l'enfant de préserver son identité », tel qu'il est

²⁶⁷ S., ROTHÄRMEL, *op. cit.*, p. 281.

²⁶⁸ K., HAAS, *op. cit.*, p. 49.

²⁶⁹ J., A., GREENBERG, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *op. cit.*, pp. 91 et 92.

²⁷⁰ D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

²⁷¹ M., HOLMES, « distracted attentions: intersexuality and human rights protections », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, p. 127.

²⁷² D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 14.

²⁷³ M., HOLMES *op. cit.*, p. 127.

²⁷⁴ E., D., THORN, *op. cit.*, p. 615.

²⁷⁵ Sentencia No. T-477/95 (Colomb.)

²⁷⁶ K., HAAS, *op. cit.*, pp. 49 et 50.

²⁷⁷ *Ibid.*.

prescrit à l'article 8 de la Convention relative aux Droits de l'Enfant²⁷⁸. Cette première décision semble donc établir un moratoire large pour les interventions médicales sur le sexe d'un enfant intersexué.

Dans les deux affaires ultérieures, la portée du premier jugement a été quelque peu limitée. En l'occurrence, les parents demandaient l'accord du juge pour pouvoir consentir à des opérations sur les organes génitaux de leur enfant car les médecins, quoique conseillant l'intervention, refusaient d'y recourir sans le consentement de l'enfant, craignant une condamnation similaire à l'affaire de 1995²⁷⁹.

Le premier de ces deux jugements maintient le moratoire²⁸⁰. En l'espèce il s'agissait d'un enfant élevé en tant que fille jusqu'à l'âge de trois ans sans que sa mère ait découvert la condition intersexuée. Après le diagnostic, les médecins ont conseillé d'enlever les traces masculines apparentes et intérieures. Cependant, en première instance, le juge a refusé d'autoriser la mère à consentir à de telles opérations. La juridiction met en avant que « toute personne devrait avoir le droit de développer sa propre identité de genre » et que celle-ci ne pourrait être déterminée que par l'enfant même²⁸¹. Cette décision fut maintenue devant la Cour constitutionnelle argumentant que la soumission de l'enfant aux opérations serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁸², à cause de la gravité de la mesure et du manque d'évidence quant aux conséquences néfastes de grandir sans opération²⁸³. Lors de cette décision l'enfant avait huit ans. La Cour a estimé qu'à cet âge, un enfant a atteint une certaine autonomie et identité de genre²⁸⁴ primant en l'espèce sur le droit des parents d'agir en tant que représentants légaux de l'enfant²⁸⁵.

La dernière des affaires en question restreint encore la portée des deux précédentes²⁸⁶. L'enfant en question avait trois ans au moment où l'affaire aboutit devant la Cour constitutionnelle. Il avait un sexe chromosomique féminin mais l'apparence de ses organes génitaux extérieurs était masculine, raison pour laquelle il avait déjà été soumis à une opération au niveau génital. La Cour observa la décision de la juridiction de première instance qui avait considéré que les parents pouvaient être autorisés à consentir aux opérations si leur

²⁷⁸ R., L., WHITE, « Preferred Private Parts: Importing Intersex Autonomy for M.C. v. Aaronson », *Fordham Int'l L.J.*, 2014, p. 796.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Sentencia No. SU-337/99 (Colomb.)

²⁸¹ K., HAAS, *op. cit.*, p. 51.

²⁸² Ce principe est contenu à l'article 18 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

²⁸³ K., HAAS, *op. cit.*, p. 52.

²⁸⁴ S., BENSON, *op. cit.*, p. 54.

²⁸⁵ R., L., WHITE, *op. cit.*, p. 798.

²⁸⁶ Sentencia No. T-551/99 (Colomb.)

consentement était « qualifié et persistant »²⁸⁷. La Cour constitutionnelle affirmait qu'entièrement interdire le consentement parental serait une atteinte à la vie familiale en ce qui concerne les enfants de moins de cinq ans²⁸⁸. C'est pourquoi la Cour a plutôt établi un critère spécial de consentement éclairé se composant de trois exigences : la nécessité de disposer d'informations complètes relativement aux aspects positifs et négatifs des interventions ; l'obligation d'une formulation écrite du consentement et la manifestation de ce dernier s'étalant dans le temps²⁸⁹. Ces trois facteurs permettraient, selon la Cour, de prendre une décision rencontrant l'intérêt supérieur de l'enfant²⁹⁰. En l'espèce, selon la Cour constitutionnelle, ces conditions n'étaient pas remplies car les parents concevaient l'opération comme leur seule alternative et moyen pour « normaliser » leur enfant²⁹¹. Il y a donc eu une violation des droits de ce dernier. Pourtant, comme « le mal était déjà fait », la Cour s'est limitée à ordonner un suivi de la famille par une équipe multidisciplinaire²⁹².

Nous pouvons donc clairement constater que le dernier jugement n'a pas été aussi loin dans les conséquences de sa décision que ses précédents. En effet, à cause du protocole médical conseillant une opération d'assignation sexuelle qui a lieu assez vite après la naissance, il n'y aura que peu d'enfants qui ne seront pas encore été soumis à des opérations à l'âge de cinq ans, à partir duquel la Cour leur réserve un droit de regard. Cette détermination d'un âge fixe peut être sujette à critique considérant que, de manière générale, les mesures légales vont vers une assertion *in casu* de la personne en question.

§2 La loi maltaise

En avril de cette année, le « *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* » est entrée en vigueur à Malte. L'Organisation Internationale des Intersexués d'Europe l'a, selon ses propres déclarations, « applaudit ». Dans un communiqué de presse publié sur son site internet, il est écrit :

« On the 1st of April 2015 a historic reform is taking place within the Maltese law code. With the Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act, historic steps are being taken to bring forth an end to non-medically necessary,

²⁸⁷ R., L., WHITE, *op. cit.*, p. 800.

²⁸⁸ K., HAAS, *op. cit.*, p. 53.

²⁸⁹ *Ibid.* ; J., A., Greenberg, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *op. cit.*, pp. 92 et 98.

²⁹⁰ Traduction libre de « *best interest of the child* ». Voy. K., HAAS, *op. cit.*, pp. 53 et 54.

²⁹¹ K., HAAS, *op. cit.*, pp. 51 et 52.

²⁹² *Ibid.*, pp. 49 et 52.

cosmetic genital surgeries on intersex infants driven by social expectations enforced by the binary sex model »²⁹³.

L'article 15 de la prédite loi érige effectivement le fait pour un professionnel d'altérer les caractéristiques sexuées en acte illégal si l'intervention peut être repoussée jusqu'à ce que la personne puisse y consentir²⁹⁴. C'est mondialement la première législation érigeant un véritable moratoire sur les interventions auxquelles les enfants intersexués sont soumises.

Section 4 Evaluation

Commençons l'évaluation de l'outil juridique constituant en l'encadrement légal du traitement médical et particulièrement des mesures de réassignation sexuelle par une analyse de son champ d'application personnel. Nous remarquons qu'il se limite aux personnes intersexuées dans un sens plus ou moins étroit, ne se prêtant pas aux autres minorités sexuelles. En effet, une comparaison montre que le mouvement intersex essaie d'atteindre une démedicalisation de leur condition pour mettre fin aux opérations tandis que le mouvement trans essaye le contraire pour obtenir une couverture sociale²⁹⁵.

Nous plaçons que, même si l'exigence du seuil de consentement éclairé en droit belge est déjà assez élevé, il ne suffit pas à la protection efficace des enfants intersexués. En ce qui concerne les adultes intersexués, il serait bénéfique d'établir une définition législative spécifique d'un critère de consentement éclairé, adapté à l'intersexuation²⁹⁶. Pour les mineurs, après l'observation des exemples concrets, nous plaçons pour l'instruction d'un moratoire à part entière. Notamment pour des raisons de sécurité juridique, nous prétendons que celui-ci est le seul moyen permettant de mettre effectivement le focus sur le nouveau-né intersexué, sans trop prendre en compte la position de sa famille ou de ses médecins.

²⁹³ Press Release: OII-Europe applauds Malta's Gender Identity, Gender Expression And Sex Characteristics Act, disponible sur: <http://oiieurope.org/press-release-oiieurope-applauds-maltas-gender-identity-gender-expression-and-sex-characteristics-act/>.

²⁹⁴ L'expression originale s'intitule: « It shall be unlawful 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.

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: Provided that medical intervention which is driven by social factors without the consent of the minor, will be in violation of this Act ».

²⁹⁵ N., BEN-ASHER, *op. cit.*, p. 62.

²⁹⁶ E., LLOYD, « From the hospital to the courtroom: a statutory proposal for recognizing and protecting the legal rights of intersex children », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, p. 191.

Selon nous, le moratoire traduit la liberté de droit²⁹⁷ dans le sens où il faut omettre une interférence lorsqu'elle n'est pas appuyée par des éléments de preuve suffisants. A cet égard, certains auteurs parlent de manière plus générale d'un « droit d'un futur libre » motivé par le fait que la plupart des adultes rétrospectivement souhaitent avoir eu une éducation qui leur permet de façonner leur vie de la manière la plus autonome possible²⁹⁸.

²⁹⁷ N., BEN-ASHER, *op. cit.*, p. 55.

²⁹⁸ Traduction libre de « *right to an open future* ». Voy. P.-L., CHAU et J., HERRING, *op. cit.*, p. 352.

Chapitre 3 Le droit de l'état civil

Comme nous l'avons évoqué plus haut, le sexe a une dimension juridique. Celle-ci résulte du fait que le sexe fait partie de ce qu'on appelle l'état civil d'une personne. L'état civil est une notion qui n'est nullement définie en droit belge. Elle se trouve néanmoins dans le deuxième titre du Code civil qui s'intitule « les actes d'état civil ». Le moment dans lequel le sexe juridique d'une personne surgit, est celui de l'établissement du premier de ces actes : l'acte de naissance. Quoi que cela ne soit pas expressément stipulé par le Code civil, les deux seuls sexes admis en droit belge sont le sexe masculin et le sexe féminin. La naissance d'enfants avec des variations du développement du sexe, révèle la caractéristique du droit de réduire des schémas complexes à des catégories binaire de « soit/ou »²⁹⁹. En outre, elle évoque la question de savoir lequel des éléments du sexe que nous avons détaillés dans le premier chapitre de ce travail, est déterminant du sexe juridique. En effet, plusieurs pays ont trouvé différentes solutions à ce problème. En Allemagne, la tendance paraît être une adaptation au sexe génétique d'une personne. Au contraire, selon la Cour de cassation française, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine son sexe³⁰⁰. Globalement, la tendance actuelle semble avoir pris le chemin de permettre une autodétermination³⁰¹. En effet, comme l'écrit Gérard Gonzalez : « [...] la sexualité³⁰² est aujourd'hui devenue plurielle et acceptée comme telle par la société [...] »³⁰³. Nous soutenons cette affirmation et évoquons dans la suite des propositions juridiques susceptibles de mieux y faire face ce qui de manière générale ne pourra que s'avérer bénéfique pour les personnes intersexuées.

Section 1 L'allongement des délais pour l'indication du sexe

Cette solution est déjà communément diffusée. Nous observons cependant un écart entre les délais acceptés et la procédure à suivre. Tandis que le délai peut s'étendre jusqu'à

²⁹⁹ J., McGRATH, *op. cit.*, pp. 368 à 406.

³⁰⁰ D., BORRILLO, *op. cit.*, p. 12 ; S., NICOT, « Sexe, genre et état civil : vers des droits humains nouveaux ? », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 290.

³⁰¹ C'est ce que Ilana Gelfman appelle « *perceived sex doctrine* ». Voy. I., GELFMAN, « Because of Intersex: Intersexuality, Title VII, and the Reality of Discrimination 'Because of... [Perceived] Sex' », *New York University Review of Law and Social Change*, 2010, pp. 55 à 122 ; J., A., GREENBERG, « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *op. cit.*, p. 98.

³⁰² Le contexte fait comprendre qu'il ne parle pas seulement de l'orientation sexuelle d'une personne mais des caractéristiques liées au sexe au sens large.

³⁰³ G., GONZALEZ, « La liberté sexuelle », *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric Sudre (ed.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 160.

trois ans en France³⁰⁴, l'article 57, 1° du Code civil belge prévoit la règle suivante : « 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 ». Les faits établis dans la première partie de ce mémoire permettent de condamner clairement la terminologie « souffrant ». Aussi, ce délai risque-t-il d'exercer une certaine pression sur les parents dans le sens où ils se sentiraient obligés de consentir à des opérations d'assignation du sexe apparent de leur enfant avant de choisir un des deux sexes juridiquement ouverts.

En Allemagne, il y a eu un changement de loi en novembre 2013 qui avait été annoncé par les médias comme l'introduction d'un « troisième sexe ». Cependant, nous soutenons que ce changement peut être interprété comme étant un simple report de la mention de sexe sans délai. Effectivement, depuis la fin de l'année 2013, l'alinéa 3 du paragraphe 19 de la loi réglant l'état civil s'intitule comme suit : « Si l'enfant ne peut être classé parmi le sexe ni masculin ni féminin, l'état civil doit être inscrit dans le registre des naissances, sans une quelconque telle mention »³⁰⁵. En effet, comme affirmé par Wolf Sieberichs, d'un point de vue formel, le législateur allemand n'a pas introduit de troisième sexe mais ce qu'il appelle un « statut d'asexuation juridique »³⁰⁶. Etant donné qu'à l'heure actuelle, les conséquences juridiques engendrées par une omission de la mention du sexe ne sont nullement élaborées³⁰⁷, nous analysons le changement de loi comme simple allongement du délai de l'énonciation du sexe à l'infini ce qui les met dans une situation particulièrement insécurisée³⁰⁸. Les personnes intersexuées restent encouragées à, à un moment plus ou moins avancé dans la vie, choisir un des deux seuls sexes légalement constitués pour pratiquement avoir accès à tout droit associé à l'un ou l'autre sexe.

Un des arguments pour le changement de loi était clairement celui d'une politique sociale, car il veut enlever la pression des parents de recourir aux opérations et ainsi agir sur les mentalités. En l'absence de délai pour devoir choisir un sexe pour leur enfant, le législateur estime que les parents vont se sentir moins obligés « d'adapter » l'apparence physique de l'enfant à son sexe juridique. Les opposants de la loi craignent son effet pervers à

³⁰⁴ C., BOUVATTIER, « La détermination du sexe chez l'humain : aspects hormonaux », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, p. 83.

³⁰⁵ L'intitulé exacte annonce « Fehlende Angaben (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 ».

³⁰⁶ L'expression exacte: « [...] Status der rechtlichen ‚Geschlechtslosigkeit‘ » W., SIEBERICHS, « Das unbestimmte Geschlecht », *FamRZ*, 2013, p. 1181.

³⁰⁷ J., T., THEILEN, « Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte », *StAZ*, 2014, p. 7.

³⁰⁸ *Ibid.*

savoir mener à plus d'opérations pour épargner à l'enfant la stigmatisation de disposer d'une carte identité sans mention de sexe³⁰⁹. En effet, la formulation de la loi permet d'interpréter l'omission de la mention de sexe non pas comme possibilité mais comme obligation³¹⁰ instauré par un certificat médical suggérant que l'enfant ne peut être classé parmi aucun des deux sexes juridiquement établis³¹¹.

En conclusion, l'allongement des délais pour devoir indiquer un sexe auprès une autorité publique est la solution la plus acceptée par les différents pays à l'heure actuelle. Cependant, elle n'admet une véritable raison d'être de l'intersexuation dans la sphère juridique. Ainsi, en considérant le constat selon lequel « le droit détermine quels corps sont autorisés à exister sans intervention chirurgicale et légitime la modification [...] des corps désignés d'être anormaux »³¹², les personnes intersexuées seront toujours, dans un avenir plus ou moins proche, tenus de choisir une identité soit féminine, soit masculine.

Section 2 Le changement de sexe juridique facilité

Dans un premier temps, notons la règle générale dénommée « le principe de l'indisponibilité de l'état civil »³¹³. Elle signifie que, dans la plupart des cas, les données constituant l'état civil ne pourront être changées par la seule volonté de la personne.

Cependant, en 2007, l'article 62bis a été introduit en droit belge dont le premier alinéa s'intitule :

« 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 ».

Alors que la plupart des lois exigent comme le droit belge que le changement de sexe soit irréversible et précédé d'interventions médicales, la pratique devient indulgente. Ainsi, une opération génitale n'est plus exigée par tous les tribunaux français³¹⁴.

³⁰⁹ J., T., THEILEN, *op. cit.*, p. 2.

³¹⁰ D., C., GHATTAS, *op. cit.*, p. 35.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Jo Bird écrit : « The law determines which bodies are allowed to exist without surgical intervention and legitimates the alteration of the hormonal, anatomical and endocrinological features of those whose bodies are designated to be abnormal ». Voy. J., BIRD, *op. cit.*, p. 67.

³¹³ Cette expression est surtout courante en France. Pour de plus amples informations, voy. C. CHILAND, *Changer de sexe : illusion et réalité*, Paris, Odile Jacob, 2011, pp. 215 et s.

³¹⁴ S., NICOT, *op. cit.*, p. 293.

L'Argentine permet depuis 2012, et sans que cela nécessite un traitement médical, à toute personne majeure d'adapter son sexe légal lorsqu'il est contraire à son identité de genre et de choisir un prénom adapté³¹⁵.

En conclusion, cette proposition est un mécanisme établi par les efforts de la communauté trans. Elle peut faciliter le souci concret des personnes intersexes souffrant d'une insatisfaction en ce qui concerne le rôle de genre qui leur a été attribué à la naissance. Cependant, elle est limitée par la considération binaire du sexe établi par la grande majorité des systèmes juridiques actuels.

Section 3 L'établissement d'une troisième catégorie de sexe juridique

La demande de l'établissement d'une troisième catégorie de sexe juridique est ambitieuse et controversée, mais non aberrante. En effet, historiquement, cela était déjà le cas, notamment en Allemagne³¹⁶ et en Angleterre³¹⁷.

Anticipons que l'état civil d'une personne est étroitement lié à son identité sexuée. Par conséquent, il est nécessaire de rappeler que l'intersexuation peut signifier, dépendamment de la personne concernée, soit un aspect plus ou moins déterminant de son identité, soit seulement une condition ou variation physique. Effectivement, une grande partie des personnes intersexuées mènent leur vie dans une identité féminine ou masculine³¹⁸. C'est pour cela que l'éventuel établissement d'un « troisième sexe » n'est pas soutenu par toute personne intersexuée et devra surtout toujours se faire sur une base volontaire.

Jetons maintenant un regard sur le petit nombre de pays prévoyant une telle possibilité et les divergences apparentes.

§1 La solution de laisser le champ vide

Tournons notre intérêt une fois de plus vers l'Allemagne. Selon l'avis du Conseil d'éthique, les experts juridiques questionnés au cours de ses recherches, ont unanimement

³¹⁵ C., MARRO, *op. cit.*, p. 280.

³¹⁶ C'était respectivement la *Reichsnotariatsordnung* de 1521, le *Bayerische Codex Maximilianeus* de 1756, le *preußische Allgemeine Landrecht* de 1794 et le *sächsisches bürgerliches Gesetzbuch* de 1863/65. Voy. A., KOLBE, « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *op. cit.*, p. 273 ; D., COESTER-WALTJEN, *op. cit.*, p. 855 ; A., WACKE, *op. cit.*, pp. 883 à 889.

³¹⁷ Cependant, les personnes du groupe « hermaphrodite » étaient dans une deuxième étape, rangée parmi les hommes ou femmes, selon « la prédominance de leur organes sexuels ». Voy. J., MCGRATH, *op. cit.*, p. 395.

³¹⁸ J., BIRD, *op. cit.*, p. 78.

qualifié le devoir pour des personnes intersexes de choisir soit le sexe juridique masculin, soit le sexe juridique féminin comme une violation de leur droit à l'autodétermination³¹⁹. La solution finale retenue dans le changement de loi n'apporte cependant pas de véritable amélioration de cette situation et ressemble plus à une solution intermédiaire³²⁰.

Pour Wolf Sieberichs, ce flou juridique actuel semble cependant nécessaire car un projet de loi plus détaillé et volumineux n'aurait probablement pas recueilli le soutien du parlement³²¹. Lorsque les insécurités de la loi seront clarifiées, soit par des précisions ultérieures de la part du législateur, soit par la jurisprudence³²², il pourra donc en résulter une véritable sorte de « troisième sexe ». Actuellement, quelques indices d'un progrès en la matière apparaissent. Sur le plan législatif, il y a eu une mise à jour de la prescription administrative générale concernant la loi sur l'état civil. Dans cette prescription administrative, le législateur allemand précise que la mention n'est pas effectuée lorsque le sexe ne peut pas être déterminé et que les mentions telles que « indéterminé » ou « intersexuel » ne sont pas valides³²³. Du côté jurisprudentiel, une décision est actuellement pendante devant la Cour fédérale de justice allemande³²⁴. Le plaignant³²⁵ est une personne intersexuée qui ne se sent ni homme ni femme et souhaite pouvoir annoncer son sexe juridique dans le registre d'état civil comme « inter » ou « divers ». Cette demande a été réfutée par deux instances³²⁶ lesquelles ont cependant apporté des éclaircissements intéressants. La Cour accepte notamment que les personnes intersexes dont les parents ont fait inscrire un sexe dans le registre de la population ont le droit de faire retirer ce dernier. Il a été statué aussi que les personnes intersexes sont protégées par l'article 2 de la constitution allemande stipulant le libre développement de la personnalité³²⁷. Finalement, l'arrêt confirme la position adoptée à plusieurs reprises par le *Bundesverfassungsgericht* dans le cas de personnes transgenres, à savoir que les « droits généraux de la personne » comprennent le respect du « sexe ressenti et vécu » d'une personne³²⁸. Néanmoins, cela ne répond pas aux

³¹⁹ Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 138

³²⁰ R., BOCKSTETTE, « Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz », *StAZ*, 2013, p. 172.

³²¹ W., SIEBERICH, *op. cit.*, p. 1184.

³²² M., TRAVIS, *op. cit.*, p. 184.

³²³ L'intitulé originale: « Eine Eintragung unterbleibt, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Umschreibungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ sind nicht zulässig ».

³²⁴ Comparable à la Cour de cassation belge.

³²⁵ L'astérisque est utilisé ici car il l'est aussi par la personne concernée.

³²⁶ A savoir l'*Amtsgericht* de Hannover et l'*Oberlandesgericht* de Celle. Pour de plus amples informations voir : <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf>.

³²⁷ J., T., THEILEN, *op. cit.*, p. 3.

³²⁸ L'expression originale : « Hingegen hat das BVerfG im Hinblick auf Transidente wiederholt die rechtliche Anerkennung des 'empfundenen und gelebten' Geschlechts als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgefasst ». Voy. W., SIEBERICH, *op. cit.*, p. 1181.

attentes des activistes de la cause qui ont déjà annoncé leur intention de porter l'affaire devant le *Bundesverfassungsgericht*³²⁹, si le *Bundesgerichtshof* ne donne pas une suite positive à leur demande³³⁰.

Il est vrai que la façon dont l'Allemagne a traité la question laisse un grand nombre d'interrogations ouvertes. Mitchell Travis donne l'exemple qu'en raison de la formulation actuelle, une personne sans mention de sexe serait dans l'incapacité de postuler à chaque offre de travail contenant une exigence professionnelle essentielle³³¹. D'autre part, à cause de la formulation hétérosexuelle de la loi sur le mariage en Allemagne, la personne intersexuée serait, préalablement à son mariage, tenue de choisir un sexe, en l'occurrence obligatoirement le sexe juridique opposé à celui de son partenaire³³². Sa formulation, à savoir « lorsqu'un enfant ne peut être classé ni parmi le sexe masculin, ni parmi le sexe féminin [...] »³³³ est également critiquable puisqu'elle semble indiquer que la loi n'est applicable qu'aux enfants avec une condition intersexuée marquée et détectée à la naissance³³⁴. En outre, comme nous l'avons déjà suggéré, les questions liées à l'état civil, devraient incomber à la décision de la personne concernée et non à celle de ses parents ou médecins. Car, comme l'indique pertinemment Judith Butler : « [les] enfants ne doivent pas prendre la charge d'être des héros pour un mouvement avant de consentir à ce rôle »³³⁵.

En ce qui concerne les problèmes pratiques résolus par la loi allemande, il faut évoquer la crainte qu'un simple vide au niveau de la mention du sexe incite les parents à recourir davantage à des procédures médicales. Aussi, pour les personnes intersexes adultes qui luttent contre la discrimination et les stigmatisations, il serait plus aisé de s'appuyer sur un concept d'identité, quel que soit son appellation, que sur l'absence d'un critère de l'état civil.

³²⁹ C'est l'équivalent allemand de notre Cour constitutionnelle.

³³⁰ Un groupement s'est créé sous le nom "la troisième option". Voy. <http://dritte-option.de/>.

³³¹ M., TRAVIS, *op. cit.*, p. 194.

³³² L., GÖSSL, « Intersexuelle Menschen im Internationales Privatrecht », *StAZ*, 2013, p. 304.

³³³ L'expression originale: « Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen ».

³³⁴ J., T., THEILEN, *op. cit.*, p. 4.

³³⁵ Noa Ben-Asher cite Judith Butler qui explique : « It does not follow, therefore, that queer theory would oppose all gender assignment or cast doubt on the desire of those who wish to secure such assignments for intersex children... [T]he perfectly reasonable assumption here is that children do not need to take the burden of being heroes for a movement without first assenting to such a role. In this sense, categorization has its place and cannot be reduced to forms of anatomical essentialism ». Voy. N., BEN-ASHER, *op. cit.*, p. 71.

§2 D'autres catégories expresses

Quelques rares pays autorisent une mention autre que « masculin » ou « féminin » sur des passeports. Nous avons connaissance de telles règles en Australie, en Inde et au Népal³³⁶.

Dans le droit australien, l'intersexuation est continûment en train de trouver sa place, depuis que le *Legislation Act* de 2001 en a érigé une définition³³⁷. Le premier passeport avec la mention de sexe « X » a été délivré en 2003³³⁸. A ce moment, cela n'était possible que par une procédure assez lourde et peu transparente. Aujourd'hui, acheminée par le rapport « *Sex Files: the legal recognition of sex in documents and government records* » de l'*Australian Human Rights Commission*, cette opportunité se révèle beaucoup plus accessible. Pour les demandeurs de passeports de sexe ou genre divers, la mention « X », désignant « indéterminé, non spécifique ou intersexe », est possible³³⁹. La délivrance d'un tel passeport n'est pas soumise à une opération de réassignation sexuelle. La question des passeports est cependant distinguée des certificats de naissance. A cet égard, une mention autre que féminin ou masculin n'est possible que dans des Etats australiens épars tels que Victoria and New South Wales³⁴⁰. Dans l'optique selon laquelle le sexe juridique devrait constituer une expression de l'identité sexuée d'une personne, la thématique des documents de naissance n'est pas aussi importante, car, ainsi qu'abordé dans la première partie de ce mémoire, les activistes des droits des personnes intersexuées ne contestent pas qu'il soit préférable pour un enfant d'être élevé dans un rôle de genre traditionnel³⁴¹.

Les propositions par rapport au passeport s'inscrivent dans la ligne de certaines démarches internationales. Ainsi, en 1995, la Commission Internationale de l'Etat Civil a adopté une Convention relative au codage des énonciations figurant dans les documents d'état civil qui contient la possibilité d'un « sexe indéterminé » à côté du sexe masculin et féminin. Ce document n'a cependant été ratifié que par la Grèce et la Turquie et n'a généralement

³³⁶ Ces pays ont une longue tradition d'un modèle de genres qui ne correspondent pas à notre conception strictement binaire. C'est pourquoi nous avons décidé qu'un examen détaillé sortirait du cadre de ce travail. Pour de plus amples informations voy. J., RELLIS, « 'Please Write 'E' in this Box' Towards Self-Identification and Recognition of a Third Gender : Approaches in the United States and India », *Mich. J. Gender & L.*, 2008, pp. 223 à 258 ; M., BOCHENEK et K., KNIGHT, « Establishing a Third Gender Category in Nepal : Process and Prognosis », *Emory Int'l L. Rev.*, 2012, pp. 11 à 41.

³³⁷ Celle-ci s'intitule comme suit : « An intersex person is a person who because of a genetic condition, was born with reproductive organs or sex chromosomes that are not exclusively male or female ». Voy. §169B *Legislation Act*. Pour de plus amples explications, voy. J., BIRD, J., *op. cit.*, p. 77.

³³⁸ M. Carpenter, « Ten years of 'X' passports, and no protection from discrimination », disponible sur : <https://oji.org.au/21597/ten-years-of-x-passports-and-no-protection-from-discrimination/>.

³³⁹ Pour de plus amples informations, voy. <https://www.passports.gov.au/web/sexgenderapplicants.aspx>.

³⁴⁰ M. TRAVIS, *op. cit.*, p. 183.

³⁴¹ N., BEN-ASHER, *op. cit.*, p. 70.

bénéficié que de peu de mesures de transposition³⁴². Aussi, l'Organisation de l'aviation civile internationale prévoit, dans un document relatif aux documents de voyage lisibles à la machine, la possibilité d'inscrire un « X »³⁴³.

§3 Evaluation

Rappelons que la demande d'une catégorie d'état civil autre que féminin ou masculin est ambitieuse et controversée parmi les personnes intersexuées. Le contre-argument principalement avancé consiste à dire que nos deux catégories de sexe sont aussi « profondément ancrées dans la culture et la société » et que l'ajout d'un « troisième sexe », quoique théoriquement possible, peut aggraver le stigmate corrélatif³⁴⁴. Tout en comprenant ces préoccupations, nous rappelons que le célèbre livre de Simone de Beauvoir paru en 1949 s'appelait « le deuxième sexe »³⁴⁵, qu'il y a donc eu un temps où le sexe masculin était considéré comme le seul sexe, le féminin n'en étant qu'une forme moins parfaite³⁴⁶. Ainsi, sans attendre que chaque personne ayant des caractéristiques de sexes déviant de la norme médicale d'homme ou de femme refuse ces deux catégories au niveau de son état civil, nous pouvons éventuellement lutter contre les problèmes concrets de ces êtres humains en ne créant pas une nouvelle forme d'altérité, mais en ouvrant la même possibilité à tous³⁴⁷.

Section 4 Le retrait de l'indication du sexe

Rappelons que la demande d'une catégorie d'état civil autre que féminin ou masculin est ambitieuse et controversée parmi les personnes intersexuées. Le contre-argument principalement avancé consiste à dire que nos deux catégories de sexe sont aussi « profondément ancrées dans la culture et la société » et que l'ajout d'un « troisième sexe », quoique théoriquement possible, peut aggraver le stigmate corrélatif³⁴⁸. Tout en comprenant ces préoccupations, nous rappelons que le célèbre livre de Simone de Beauvoir paru en 1949 s'appelait « le deuxième sexe »³⁴⁹, qu'il y a donc eu un temps où le sexe masculin était considéré comme le seul sexe, le féminin n'en étant qu'une forme moins parfaite³⁵⁰. Ainsi, sans attendre que chaque personne ayant des caractéristiques de sexes déviant de la norme

³⁴² Pour de plus amples informations, voy. <http://ciec1.org/SignatRatifConv.pdf>.

³⁴³ W., SIEBERICH, *op. cit.*, p. 1183.

³⁴⁴ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁵ J., MCGRATH, *op. cit.*, p. 387.

³⁴⁶ C., CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *op. cit.*, p. 9.

³⁴⁷ E., KOYAMA et L., WEASEL, *op. cit.*, p. 176 ; D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁸ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁹ J., MCGRATH, *op. cit.*, p. 387.

³⁵⁰ C., CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *op. cit.*, p. 9.

médicale d'homme ou de femme refuse ces deux catégories au niveau de son état civil, nous pouvons éventuellement lutter contre les problèmes concrets de ces êtres humains en ne créant pas une nouvelle forme d'altérité, mais en ouvrant la même possibilité à tous³⁵¹.

³⁵¹ E., KOYAMA et L., WEASEL, *op. cit.*, p. 176 ; D., L., CLARK HOFMAN, *op. cit.*, p. 20.

Conclusion

Le sujet de l'intersexuation est incontestablement un sujet complexe qui est susceptible de remettre en question des éléments fondamentaux de la vie humaine. En effet, l'intersexuation a, dans le passé, souvent servi de preuve matérielle pour une considération théorique. L'exemple le plus célèbre étant la théorie de John Money selon laquelle le traitement réussi de nouveau-nés intersexués « prouvait » l'hypothèse selon laquelle un enfant peut adopter le genre voulu s'il est éduqué équivoquement selon ce dernier³⁵². Ce que nous avons essayé d'accomplir dans ce travail est de recentrer l'attention sur la personne intersexuée même, et cela en employant ses besoins concrets comme point de départ. A ce sujet, nous jugeons nécessaire de distinguer les nouveau-nés des personnes majeures. Les nouveau-nés avec une condition qualifiée comme médicale dans notre pratique actuelle doivent être protégés par et parfois de leurs parents, leurs médecins et l'Etat. Ensuite, ces enfants grandissent et deviennent des personnes dotées de la capacité de discernement, ayant créé leur propre identité sexuée qui doit être respectée et protégée par des droits accessibles.

Le présent mémoire a donc l'ambition de répondre à la question de savoir de quelle manière notre cadre juridique actuel peut être modifié pour améliorer la protection des personnes intersexuées. Pour ce faire, nous avons dû disposer d'une grille de lecture pour évaluer les différentes propositions juridiques existantes en la matière. En appui sur le propos de Vincent Guillot³⁵³ qui écrit qu'« il n'existe pas de grille pour lire l'intersexualité »³⁵⁴, nous avons décidé d'utiliser, en quelque sorte, l'intersexuation elle-même pour analyser les outils juridiques. Premièrement pour déterminer le champ de personnes auquel ces outils s'appliquent et secondement pour évaluer la mesure dans laquelle ils résolvent des problèmes concrets auxquels sont confrontées les personnes intersexuées.

Le premier instrument juridique avancé est celui des droits fondamentaux. Un atout de ce mécanisme est que son application est libre à toute personne. Cependant, il faut trouver les caractéristiques appropriés qui servent en tant que facteur de rattachement aux droits. Nous

³⁵² S., CREIGHTON et L.-M., LIAO, « Changing attitudes to sex assignment in intersex », *BJU International*, 2004, p. 659 ; A., KOLBE, « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *op. cit.*, p. 274. Une prétendue femme intersexe a d'ailleurs joué un rôle essentiel dans la tentative de contredire l'hypothèse mentionnée par Harold Garfinkel le chapitre de son célèbre écrit *Studies in Ethnomethodology* s'intitulant « *Passing and Managed Achievement of Sex Status in an Intersexed Person* ». Pour de plus amples informations. Voy. H., GARFINKEL, *Studies in ethnomethodology*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1967, pp. 116 à 185.

³⁵³ Sur de plus amples informations sur sa personne, voy. http://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html.

³⁵⁴ V., GUILLOT, « Me dire simplement », *op. cit.*, p. 300.

avons émis le constat que la collaboration entre les autres minorités sexuées et sexuelles s'est accrue pendant les dernières années³⁵⁵. Celle-ci est légitime quoiqu'elle soit refusée par certaines personnes intersexuées ressentant l'intersexuation comme simple caractéristique morphologique. C'est pourquoi il serait mieux de mettre fin à la discussion de savoir quel fondement peut être utilisé par analogie par les personnes intersexuées. A la place, nous approuverons d'ériger l'intersexuation comme base explicite interdisant la discrimination.

C'est ainsi que les droits de l'homme déjà établis peuvent bel et bien servir à améliorer la situation concrète. Car, les problèmes principalement examinés dans les études cliniques, à savoir les expériences de traitement, la qualité de vie affaiblie et la discrimination, peuvent être traduits notamment par des droits humains tels que le droit à la santé et à la vie privée et familiale, le respect de l'intégrité physique et l'accès à l'emploi ou au logement.

Ensuite, nombreux sont les commentateurs qui soutiennent que ce mécanisme des droits fondamentaux n'est pas suffisant. En effet, il faudrait selon eux mieux encadrer les pratiques médicales, surtout en ce qui concerne les patients mineurs. Ici, la question concerne spécifiquement les personnes intersexuées dont les génitaux extérieurs divergent tant de la prétendue norme que les médecins, pour des raisons principalement sociales, conseillent une altération chirurgicale de l'apparence. Les mesures juridiques peuvent non seulement avoir des répercussions sur la politique de traitement et les expériences conséquentes, mais aussi influencer fondamentalement la qualité de vie des personnes, et ainsi déterminer la façon dont la stigmatisation de la condition est maniée. Le débat principal à cet égard concerne les mineurs intersex et consiste en la question de savoir si les mécanismes de consentement éclairé suffisent à leur protection ou s'il faut ériger un moratoire pour interdire tout traitement irrévocable jusqu'à ce qu'un consentement personnel soit possible. Les recommandations internationales et la nouvelle loi à Malte suggèrent qu'un moratoire est de plus en plus envisageable.

Finalement, il y a différents moyens envisageables pour adapter le droit de l'état civil pour mieux accueillir les personnes intersexuées. Premièrement, il y a la possibilité d'un certain report de l'indication du sexe d'un nouveau-né intersexué, tel qu'il est déjà pratiqué

³⁵⁵ Evoquons un exemple qui illustre la tendance générale d'unir l'intersexuation avec le mouvement LGBT : En 2010 le Conseil de l'Union Européenne a publié le *Toolkit to Promote and Protect the Enjoyment of all Human Rights by LGBT people*. Trois ans plus tard, le document successeur s'intitule: *Guidelines to Promote and Protect the Enjoyment of All Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Persons*.

dans 18 Etats membres de l'Union européenne³⁵⁶. Ce moyen ne s'applique qu'à un nombre d'enfants relativement limité et est chargé d'une connotation médicalisante que nous ne jugeons pas favorable aux personnes concernées. Deuxièmement, de plus en plus d'Etats possèdent des législations permettant un changement du sexe juridique. Ces textes sont généralement déclenchés par les efforts de la communauté trans et abordent plutôt le genre et l'identité sexuée que le sexe biologique. Ils peuvent être secourables pour certaines personnes intersexuées qui ne rejettent pas le modèle de sexe binaire mais qui ne se sentent pas correspondant à celui auquel elles ont été assignées à la naissance. Troisièmement, nous avons évoqué la création d'une troisième catégorie de sexe officielle. Cette voie pourraient être bénéfique pour toute personne qui ne se sent ni femme, ni homme. Il demeure cependant la crainte qu'elle accroîtrait la stigmatisation, jusqu'à ce qu'il n'y ait plus d'acceptation de personnes aux genres variés dans notre société. Finalement, il nous reste la revendication de retirer toute indication du sexe de nos documents officiels. Elle a le mérite de pouvoir être applicable à toute personne et de désenvenimer le débat. L'enlèvement de la mention de sexe soulèverait une certaine pression de recourir à des traitements médicaux et une surface d'attaque en ce qui concerne des discriminations et harcèlements.

En guise de conclusion, nous soutenons le fait qu'il ne faut jamais sous-estimer l'importance du discours politique et social sur la question. Toute démarche attirant l'attention sur la thématique de l'intersexuation aura un impact sur les mentalités, ce qui est un élément nécessaire à l'efficacité de toute règle juridique³⁵⁷. Ainsi, nous encourageons enfin tout effort entrepris en la matière. Il ne pourra que faire avancer les choses.

Le même constat est valide en ce qui concerne la collaboration avec d'autres mouvements. Nous avons vu que l'intersexuation est malheureusement rarement mentionnée explicitement comme base légale et qu'il importe donc de s'appuyer sur les résultats fructueux des efforts d'autres minorités sexuées afin de les transposer à l'intersexuation. C'est pourquoi nous voulons conclure ce mémoire par une citation de Julie A. Greenberg rappelant que « le refus d'inclure les causes d'autres minorités sexuelles ne fait que conforter la croyance que le fait de stéréotyper le sexe est acceptable »³⁵⁸.

³⁵⁶ FRA Focus, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁷ J., BIRD, *op. cit.*, p. 67.

³⁵⁸ L'expression exacte: « the refusal to embrace the cause of other sexual minorities reinforces the belief that sex stereotyping is acceptable ». Voy. GREENBERG, « Intersex and Intrasex Debates: Building Alliances to Challenge Sex », *op. cit.*, p. 116.

Bibliographie

Législation

International

Traité sur l'Union européenne (TUE).

Déclaration des Droits de l'Enfant du 20 Novembre 1959.

Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 Décembre 2006.

Belge

Constitution belge du 17 février 1994.

Code civil du 21 mars 1804.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

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.

Allemagne

Personenstandsgesetz du 19 Février 2007.

Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats (Ethikratgesetz – EthRG) du 16 Juillet 2007.

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz du 30 Janvier 2014.

Australie

Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act (Cth), 2013

Malte

Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act du 14 Avril 2015.

Jurisprudence

Allemande

LG Frankenthal, 28 Juin 1974, III 7/74.

LG Magdeburg, 23 Mars 2000, 3 T 61/99, FG Prax, 2001, p. 239.

AmtsG München, 13 Septembre 2001, 722 UR III 302/00, note O. Tolmein, FamRZ, 2002, pp. 955 à 958.

LG München I, 30 Juin 2003, 16 T 19449/02, FamRZ, 2004, pp. 269 à 271.

LG Köln, 6 Sévrier 2008, 250 179/07.

OLG Köln, 4 Septembre 2008, 5U 51/08.

OLG Celle, 15 Janvier 2015, disponible sur : <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf>.

Belge

Bruxelles, 12 juin 1984, R.W., 1984, p. 2001.

Civ. Tournai, 19 janvier 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 311.

Civ. Mons, 11 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1170.

Civ. Tongres, 2 octobre 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 165.
Civ. Termonde, 1er décembre 1989, *R.G.D.C.*, 1990, p. 163.
Civ. Mons, 17 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1174.
Civ. Turnhout, 12 novembre 1992, *Turnh. Rechtsl.*, 1992, p. 157.

Colombienne

Sentencia No. T-477/95 (Colomb.)
Sentencia No. SU-337/99 (Colomb.)
Sentencia No. T-551/99 (Colomb.)

Doctrine

ALIABADI, A., S., « you make me feel like a natural woman: allowing parents to consent to early gender assignment surgeries for their intersexed children », *William and Mary Journal of Women and the Law*, 2005, pp. 427 à 459.

AMARAL, R., C., INACIO, M., BRITO, V., N., BACHEGA, T., A., S., S., OLIVEIRA, A., A. Jr, DOMENICE, S., DENES, F., T., SIRCILI, M., H., ARNHOLD, I., J., P., MADUREIRA, G., GOMES, L., COSTA, E., M., F., et MENDONCA, B., B., « Quality of life in a large cohort of adult Brazilian patients with 46,XX and 46,XY disorders of sex development from a single tertiary centre », *Clinical Endocrinology*, 2015, pp. 274 à 279.

ANG, F., « Kinderrechten in de gezondheidszorg », *Kinderrechten in België*, sous la direction de W. Vandenhole, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 149 à 156.

ARNHOLD, I., J., P., MADUREIRA, G., GOMES, L., COSTA, E., M., F., et MENDONCA, B., B., « Quality of life of patients with 46,XX and 46,XY », *Clinical Endocrinology*, 2015, pp. 159 à 164.

BEN-ASHER, N., « The Necessity of Sex Shange: a Struggle for Intersex and Transsex Liberties », *Havard Journal of Law & Gender*, 2006, pp. 51 à 98.

BENSON, S., « Hacking the gender binarity myth: recognizing fundamental rights for the intersexed », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, pp. 31 à 63.

BIRD, J., « outside the law: intersex, medicine and the discourse of rights », *Cardozo journal of law & gender*, 2005, pp. 65 à 80.

BLOEM, D., « Le mineur et son dossier médicale », in *Médecine et droit : Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 49 à 61.

BOCHENEK, M., et KNIGHT, K., « Establishing a Third Gender Category in Nepal : Process and Prognosis », *Emory International Law Review*, 2012, pp. 11 à 41.

BOCKSTETTE, R., « Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz » , *StAZ*, 2013, pp. 169 à 177.

BOUVATTIER, C., « La détermination du sexe chez l'humain : aspects hormonaux », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 78 à 88.

BORRILLO, D., « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *Droit des familles, genre et sexualité*, sous la direction de N. Gallus, Limal, Anthemis, 2012, pp. 7 à 24.

BREMS, E. et STEVENS, L., *Recht en gender in België*, Brugge, die Keure, 2010.

BUTLER, J., « Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory », *Theatre Journal*, 1988, pp. 519 à 531.

BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London and New York, Routledge, 1990.

BUTLER, J., *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*, London and New York, Routledge, 1993.

BUTLER, J., *Undoing Gender*, London and New York, Routledge, 2004.

CAP, S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *RTDF*, pp. 59 à 117.

CARPENTER, M., « Submission on the ethics of genetic selection against intersex traits », disponible sur <https://oii.org.au/25621/submission-ethics-genetic-selection-intersex-traits/>.

CHAU, P.-L. et HERRING, J., « Defining, assigning and designing sex », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, pp. 327 à 367.

CHEMES, H., E., VENARA, M., DEL REY, G., ARCARI, A., J., MUSSE, M., P., PAPAZIAN, R., FORCLAZ, V. et GOTTLIEB, S., « Is a CIS phenotype apparent in children with Disorders of Sex Development? Milder testicular dysgenesis is associated with a higher risk of malignancy », *Andrology*, 2015, pp. 59 à 69.

CHILAND, C., *Changer de sexe : illusion et réalité*, Paris, Odile Jacob, 2011.

CHILAND, C., « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *Psychiatrie, Sciences humaines, Neurosciences*, 2013, pp. 7 à 19.

CHOWDHURY, T., K., CHOWDHURY, M., Z., MILI, F., HUTSON, J., M. et BANU, T., « Gender identity shows a high correlation with Prader score in patients with disorders of sex development (DSD) presenting in mid childhood », *Pediatr Surg Int.*, 2014, pp. 527 à 532.

CLARK HOFMAN, D., L., « male, female, and other: how science, medicine and law treat the intersexed, and the implications for sex-dependent law », *Tulane Journal of Law & Sexuality*, 2012, pp. 1 à 21.

COESTER-WALTJEN, D., « Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht? », *JZ*, 2010, pp. 852 à 856.

Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE), « Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel : Questions éthiques sur l'intersexualité », *Prise de position no. 20/2012*, Berne, 2012.

Conseil d'éthique allemand, *Intersexualité*, Berlin, Pinguin Druck, 2012.

CONWAY, G., S., « Disorders of sex development (DSD): an overview of recent scientific advances », *Psychology & Sexuality*, 2014, pp. 28 à 33.

CREIGHTON, S. et LIAO, L.-M., « Changing attitudes to sex assignment in intersex », *BJU International*, 2004, pp. 659 à 664.

CREIGHTON, S. et MINTO, C., « Managing Intersex: Most Vaginal Surgery In Childhood Should Be Deferred », *British Medical Journal*, 2001, pp. 1264 à 1265.

DIAMOND, M. et BEH, H., G., « The Rights to be Wrong: Sex and Gender Decisions », *Ethics and Intersex*, sous la direction e S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 103 à 114.

DOMURAT DREGER, A., « Intersex and Human Rights: The Long View », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 73 à 86.

EHRENREICH, N., et BARR, M., « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of 'Cultural Practices' », *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2005, pp. 71 à 140.

European Agency for Fundamental Rights, « The fundamental rights situation of intersex people », *FRA Focus*, Vienna, 2015, disponible sur : <http://www.refworld.org/docid/5551c3524.html>

- FAUSTO-STERLING, A., *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte, 2012.
- FEDER, E., K., « Tilting the Ethical Lens: Shame, Disgust, and the Body in Question », *Hypatia*, 2011, pp. 632 à 645.
- FEDER, E., K.; KARKAZIS, K., « What's in a Name? The Controversy over "Disorders of Sex Development" », *The Hastings Center Report*, 2008, pp. 33 à 36.
- FISHBAYN, L., « 'Not quite one gender or the other': Marriage law and the containment of gender trouble in the United Kingdom », *Journal of gender, social policy & the law*, 2007, pp. 413 à 441.
- FRANKLE, R., E., « Does a Marriage Really Need Sex?: A Critical Analysis of the Gender Restriction on Marriage », *Fordham Urb. L. J.*, 2003, pp. 2007 à 2037.
- GAAZ, B. et BORNHÖFEN, H., *Personenstandsgesetz*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 2010.
- GARFINKEL, H., *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1967, pp. 116 à 185.
- GELFMAN, I., « Because of Intersex: Intersexuality, Title VII, and the Reality of Discrimination 'Because of... [Perceived] Sex' », *New York University Review of Law and Social Change*, 2010, pp. 55 à 122.
- GHATTAS, D., C., « Human Rights between the Sexes: A preliminary study on the life situations of inter* individuals », *Publication Series on Democracy 34*, Berlin, Heinrich Böll Stiftung, 2013.
- GONZALEZ, G., « La liberté sexuelle », *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric Sudre (ed.), Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 157 à 179.
- GÖSSL, S., « Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht », *Das Standesamt*, 2013, pp. 301 à 305.
- GRABHAM, E., « Citizen Bodies, Intersex Citizenship », *Sexualities*, 2007, pp. 29 à 48.
- GREENBERG, J., A., « Legal Aspects of Gender Assignment », *The Endocrinologist*, 2003, pp. 277 à 286.
- GREENBERG, J., A., « Intersex and Intrasex Debates: Building Alliances to Challenge Sex », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, pp. 99 à 116.
- GREENBERG, J., A., « International Legal Developments Protecting the Autonomy Rights of Sexual Minorities: Who Should Decide the Appropriate Treatment for an Intersex Child? », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 87 à 102.
- GUENICHE, K., « Garçon ou fille ? Les destins de l'anatomie : Approche clinique de l'intersexuation », *Champ Psychosomatique*, 2009, pp. 101 à 112.
- GUENICHE, K.; DUCHET, C., « Anatomies limites – Limites psychiques Cliniques des parents d'enfants nés avec une anomalie du développement des organes génitaux », *Perspectives Psy*, 2010, pp. 310 à 316.
- GUILLOT, V., « Me dire simplement », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 296 à 301.
- HAAS, K., « Who Will Make Room for the Intersexed? », *American Journal of Law and Medicine*, 2004, pp. 41 à 68.

- HANAUER, D., A., GARDNER, M. et SANDBERG, D., E., « Unbiased identification of patients with disorders of sex development », *PLoS One*, 2014, pp. 1 à 10.
- HELWEG-LARSEN, J., « Commentary on Clitoral surgery and sexual outcome in intersex conditions », *Lancet*, 2013, pp. 1236 et 1237.
- HENRY, P., « Le médecin face au droit », in *Médecine et droit : Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 23 à 47.
- HERMER, L., « Paradigms Revised: Intersexed Children, Bioethics & The Law », *Annals of Health Law*, 2002, pp. 195 à 236.
- HIORT, O., « Intersexualität: Besonderheiten der Pubertät », *Gynäkologische Endokrinologie*, 2005, pp. 181 à 186.
- HIRD, M., J., « Considerations for a Psychoanalytic Theory of Gender Identity and Sexual Desire: The Case of Intersex », *Signs*, 2003, pp. 1067 à 1092.
- HOLMES, M., « Distracted Attentions: Intersexuality and Human Rights Protections », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, pp. 127 à 133.
- HUGHES, I., A., « Consequences of the ESPE/LWPES guidelines for diagnosis and treatment of disorders of sex development », *Best Pract Res Clin Endocrinol Metab*, 2007, pp. 351 à 365.
- HUGHES, I., A., « Disorders of sex development: a new definition and classification », *Best Pract Res Clin Endocrinol Metab.*, 2008, pp. 119 à 134.
- HUGHES, I., A., HOUK, C., AHMED, S., F., LEE, P., A. et LWPES/ESPE Consensus Group, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Archives of Disease in Childhood*, 2006, pp. 554 à 563.
- HULLMANN, S. E., CHALMERS, L., J. et WISNIEWSKI, A., B., « Transition from pediatric to adult care for adolescents and young adults with a disorder of sex development », *J Pediatr Adolesc Gynecol.*, 2012, pp. 155 à 157.
- JÜRGENS, M., LUX, A., WIEN, S., B., KLEINEMEIER, E., HIORT, O. et THYEN, U., « Health-related quality of life in children with disorders of sex development », *European Journal of Pediatrics*, 2014, pp. 893 à 903.
- KARKAZIS, K., TAMAR-MATTIS, A. et KON, A., A., « Genital Surgery for Disorders of Sex Development: Implementing a Shared Decision-Making Approach », *Journal of Pediatric Endocrinology & Metabolism*, 2010, pp. 789 à 806.
- KERRY, S., « Representation of intersex in news media: the case of Kathleen Worrall », *Journal of Gender Studies*, 2011, pp. 263 à 274.
- KOLBE, A., « Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung », *KJ*, 2009, pp. 271 à 281.
- KOLBE, A., *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht: Eine interdisziplinäre Untersuchung*, Frankfurt am Main, Nomos, 2010.
- KOONSE, T., F., « ‘There Is No There, There’: How Anti-Discrimination Success for Trans Litigants Under the Categories of Sex and Disability Can Further the Intersex Rights Movement », *The Dukeminier Awards*, 2010, pp. 333 à 360.
- KOYAMA, E.; WEASEL, L., « From Social Construction to Social Justice: Transforming How We Teach about Intersexuality », *Women's Studies Quarterly*, 2000, pp. 169 à 178.
- KRÜGER, M., « Intersexualität im Recht », *StAZ*, 2006, pp. 260 à 262.
- LARRALDE, J.-M., *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

- LARSON, S., « Intersexuality and Gender Verification Tests: the Need to Assure Human Rights and Privacy », *Pace International Law Review*, 2011, pp. 215 à 248.
- LEIDOLF, E., M., CURRAN, M., SCOUT et BRADFORD, J., « Intersex mental health and social support options in pediatric endocrinology training programs », *J Homosex*, 2008, pp. 233 à 242.
- LELEU, Y.-H. et DELVAL, S., « Autorité parentale et actes médicaux », *Journal du Droit des Jeunes*, 2002, pp. 23 à 31.
- LEMMENS, P., « De rechten van het kind als gondrechten in de Belgische rechtsorde », in *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 37 à 58.
- LEPINOIS, C. et VAN GYSEL, A.-C., « L'état des personnes, les officiers d'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009, pp. 1 à 13.
- LHOMOND, B., « Mélange des genres et troisième sexe », *Sexe et genre : de la hiérarchie entre les sexes*, Hurting, M.-C., Kail, M. et Rouch, H. (éd.), Paris, C.N.R.S., 1991.
- LIAO, L.-M., « Reflections on 'Masculinity-Femininity' based on Psychological Research and Practice in Intersex », *Feminism & Psychology*, 2005, pp. 424 à 430.
- LLOYD, E., « From the hospital to the courtroom: a statutory proposal for recognizing and protecting the legal rights of intersex children », *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, pp. 155 à 195.
- LOZANO, R.-M., *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*, Paris, La Documentation française, 2001.
- MARRO, C., « L'identité : une construction personnelle aux prises avec les normes du genre », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 271 à 285.
- MARTÍN ALCOFF, L., *Visible identities: race, gender, and the self*, New York, Oxford University Press, 2006.
- MCDONALD, E., « Circumcision and the Criminal Law: The Challenge for a Multicultural State », *NZULR*, 2004, pp. 234 à 269.
- MCGILL, J., « SOGI...So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations », *Can. J. Hum. Rts.*, 2014, pp. 1 à 33.
- MCGRATH, J., « Are you a boy or a girl? Show me your real ID », *Nevada Law Journal*, 2009, pp. 368 à 406.
- MENON, Y., « The Intersex Community and the Americans with Disabilities Act », *Conneticut Law Review*, 2011, pp. 1221 à 1251.
- MINTO, C., L., LIAO, L.-M., WOODHOUSE, C., R., J., RANSLEY, P., G. et CREIGHTON, S., M., « The effect of clitoral surgery on sexual outcome in individuals who have intersex conditions with ambiguous genitalia: a cross-sectional study », *Lancet*, 2003, pp. 1252 à 1257.
- MOHAMED, M., S. et NOOR, S., N., M., « Islamic Bioethical Deliberation on the Issue of Newborns with Disorders of Sex Development », *Sci Eng Ethics*, 2015, pp. 429 à 440.
- NICOT, S., « Sexe, genre et état civil : vers des droits humains nouveaux ? », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 286 à 295.
- NUYTINCK, A., « De geboortekte van een interseksuele of 'niet-geseksueerde' persoon », *AAe*, 2007, pp. 688 à 690.
- NYS, H., *Medical Law in Belgium*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010

ØSTERGREN, P., JUUL, A. et AZAWI, N., H., « Disorders of sex development presenting as unilateral cryptorchidism », *Scandinavian Journal of Urology*, 2013, pp. 433 à 436.

OZAR, D., T., « Towards a More Inclusive Conception of Gender-Diversity for Intersex Advocacy and Ethics », *Ethics and Intersex*, sous la direction de S. E. Sytsma, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 17 à 47.

ÖZBARAN, B., ÖZEN, S., GÖKŞEN, D., KORKMAZ, Ö., ONAY, H., ÖZKINAY, F., ÇOĞULU, Ö., ERERMIŞ, S., KÖSE, S., AVANOĞLU, A., ULMAN, I., et DARCAN, S., « Psychiatric Approaches for Disorders of Sex Development: Experience of a Multidisciplinary Team », *J Clin Res Pediatr Endocrinol*, 2013, pp. 229 à 235.

PALMER, B., W., WISNIEWSKI, A., B., SCHAEFFER, T., L., MALLAPPA, A., TRYGGESTAD, J., B., KRISHNAN, S., CHALMERS, L., J., COPELAND, K., CHERNAUSEK, S., D., REINER, W., G. et KROPP, B., P., « A model of delivering multi-disciplinary care to people with 46 XY DSD », *Journal of Pediatric Urology*, 2012, pp. 7 à 16.

PASTERSKI, V., MASTROYANNOPOULOU, K., WRIGHT, D., ZUCKER, K., J. et HUGHES, I., A., « Predictors of Posttraumatic Stress in Parents of Children Diagnosed with a Disorder of Sex Development », *Archives of Sexual Behavior*, 2014, pp. 369 à 375.

RHODE, D., L., *Justice and gender*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989.

PINSART, M.-G., *Genre et bioéthique*, Paris, Librairie Philosophique J. VRIN, 2003.

POUSSON-PETIT, J., *L'identité de la personne humaine : Etude en droit français et droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

PREVES, S., E., « Sexing the Intersexed: An Analysis of Sociocultural Responses to Intersexuality », *Signs*, 2002, pp. 523 à 556.

REIGNÉ, P., « La notion juridique de sexe », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 302 à 313.

REINER, W., G., « Discordant Sexual Identity in Some Genetic Males with Cloacal Exstrophy Assigned to Female Sex at Birth », *N Engl J Med*, 2004, p. 333 à 341.

REINER, W., G., « Gender Identity and Sex-of-rearing in Children with Disorders of Sexual Differentiation », *J Pediatr Endocrinol Metab*, 2005, pp. 549 à 553.

RELLIS, J., « 'Please Write 'E' in this Box' Towards Self-Identification and Recognition of a Third Gender : Approaches in the United States and India », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2008, pp. 223 à 258.

Réseau européen de coopération scientifique, « Médecine et droits de l'homme », *La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique et aux morales : cent vingt cas examinés sous l'angle des normes juridiques, des repères éthiques internationaux et européens, des morales catholiques, protestante, juive, musulmane, bouddhiste et agnostique comme outil d'aide à la décision et à la pédagogie*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1996.

RICHTER-APPELT, H., « Intersexualität: Störungen der Geschlechtsentwicklung », *Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforsch - Gesundheitsschutz*, 2007, pp. 52 à 61.

ROTHÄRMEL, S., « Rechtsfragen der medizinischen Interventionen bei Intersexualität », *MedR*, 2006, pp. 274 à 284.

ROEN, K., « Transgender Theory and Embodiment: the risk of racial marginalization », *Journal of Gender Studies*, 2001, pp. 253 à 263.

SABISCH, K., « inter*: Einführung in zentrale Begriffe, Forderungen und Probleme aus feministischer Perspektive », disponible sur : http://www.sowi.ruhr-uni-bochum.de/mam/images/gender/einf__hrende_zusammenstellung_inter_.pdf.

SALIH, S., *Judith Butler*, London et New York, Routledge, 2002.

SAX, L., « How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling », *The Journal of Sex Research*, 2002, pp. 174 à 178.

SCHAMPS, G., « Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge », *Adolescent et acte médical, regards croisés : Approche internationale et pluridisciplinaire*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger et Ryuichi Ida, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 83 à 141.

SCHMIDT AM BUSCH, B., « Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen », *AöR*, 2012, pp. 441 à 458.

SCHWEIZER, K., *Intersexualität kontrovers: Grundlagen, Erfahrungen, Positionen*, sous la direction de H. Richter-Appelt, Gießen, Psychosozial-Verlag, 2013.

SIEBERICHS, W., « Das unbestimmte Geschlecht », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2013, pp. 1180 à 1184.

SINNECKER, G., H., G., « Intersexualität », *Monatsschr Kinderheilkd*, 2005, pp. 126 à 133.

SLIJPER, F., M., E., « Commentary: Clitoral surgery and sexual outcome in intersex conditions », *the Lancet*, 2003, pp. 1236 et 1237.

SWERTS, K., « De juristische staat van de person: het geslacht », *TPR*, 2009, pp. 793 à 802.

TAMET, J.-Y., « Malaise dans le destin de la différenciation sexuelle », *Le Coq-héron*, 2010, pp. 11 à 15

THEILEN, J., « Der Schutz Transsexueller in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts – Ein Vergleich », *ZEuS*, 2012, 363 à 386.

THEILEN, J., T., « Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte », *Das Standesamt*, 2014, pp. 1 à 7.

THORN, E., D., « Drop the knife! Instituting politics of nonsurgical intervention for intersex infants », *Family Court Review*, 2014, pp. 610 à 617.

THYEN, U., LUX, A., JÜRGENSEN, M., HIORT, O. et KÖHLER, B., « Utilization of health care services and satisfaction with care in adults affected by disorders of sex development (DSD) », *J Gen Intern Med*, 2014, pp. 752 à 759.

TOBLER, C., « Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law: A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons », *ZaöRV*, 2014, pp. 521 à 561.

TODTS, O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A.D.L.*, 2013, pp. 133 à 187.

TRAVIS, M., « Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law », *European Law Journal*, 2015, pp. 180 à 199.

TURNER, S., S., « Intersex Identities: Locating New Intersections of Sex and Gender », *Gender and Society*, 1999, pp. 457 à 479.

UDDIN, M., SIPAHI, L., LI J. et KOENEN, K., C., « Sex differences in DNA methylation may contribute to risk of PTSD and depression: a review of existing evidence », *Depress Anxiety*, 2013, pp. 1151 à 1160.

UYTTERHOEVEN, K., « Het onderscheid tussen de vorderingen van staat en de vorderingen tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand m.b.t. interseksuelen en transseksuelen », *RGDC*, 2000, pp. 44 à 47.

VAN DE WIELE, L. et SCHATTEMAN, K., « De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de belgische rechtspraak », *R.W.*, 1997, pp. 175 à 183.

VERHELLEN, E., « Een inleiding tot het Verdrag inzake de Rechten van het Kind », in *Kinderrechten in België*, sous la direction de W. Vandenhoe, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 17 à 36.

VERSTRAETE, K., « Mogelijkheid tot uitstel van geslachtsvermelding bij de aangifte van de geboorte in geval van onduidelijkheid van het geslacht van het kind », *T.v.W.*, 2007, pp. 432 et 433.

WACKE, A., « Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen », *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, Munich, Beck, 1989, pp. 861 à 903.

WHARTON, A., S., *The Sociology of Gender*, Malden, Blackwell Publishing, 2005.

WHITE, R., L., « Preferred Private Parts: Importing Intersex Autonomy for M.C. v. Aaronson », *Fordham International Law Journal*, 2014, pp. 777 à 821.

WIELS, J., « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Editions de la Découverte, 2015, pp. 42 à 63.

WOODWARD, M. et PATWARDHAN, N., « Disorders of sex development », *Surgery*, 2010, pp. 396 à 401.

World Health Organization, *Sexual health, human rights and the law*, Geneva, World Health Organization, 2015.

WÜNSCH, L., HOLTERHUS, P., M., WESSEL, L. et HIORT, O., « Patients with disorders of sex development (DSD) at risk of gonadal tumour development: management based on laparoscopic biopsy and molecular diagnosis », *BJU Int*, 2012, pp. 958 à 965.

ZEILER, K. et WICKSTRÖM, A., « Why do 'we' perform surgery on newborn children? The phenomenology of the parental experience of having a child with intersex anatomies », *Feminist Theory*, 2009, pp. 359 à 373.

Autres sources consultées et citées dans le texte

<https://www.youtube.com/watch?v=pCYfiUWdQsE>.

<https://oii.org.au/21597/ten-years-of-x-passports-and-no-protection-from-discrimination/>.

<https://www.passports.gov.au/web/sexgenderapplicants.aspx>.

http://www.histoiresordinares.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html.

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intersexualit%C3%A9/43855>.

<http://itspronouncedmetrosexual.com/>.

Annexe 1 : Tableau comparatif des différentes bases numériques

	Période	Participants : âge	Participants : diagnostique
Etude clinique d'évaluation au sein du réseau Troubles du développement sexuel/Intersexualité en Allemagne, en Autriche et en Suisse » (« <u>étude du Réseau</u> ») + Health-related quality of life in children with disorders of sex development (DSD)	effectuée de 2005 à 2007	439 participants – 97 enfants de moins de quatre ans, 80 enfants entre quatre et sept ans, 86 enfants entre huit et douze ans, 66 jeunes et 110 adultes. ³⁵⁹	No Klinefelter et Turner
« Enquête catamnestique relative à des personnes adultes présentant diverses formes d'intersexualité et transsexuées » (« Etude hambourgeoise »)	en 2007 et 2008	69 adultes âgés de 16 à 60 ans, soit une moyenne d'âge de 33 ans. En gros, les deux tiers des personnes interrogées étaient âgées de 28 à 38 ans	
Enquête menée par le conseil d'éthique	entre le 2 mai 2011 et le 19 juin 2011	³⁶⁰ Bis 9 : 43 10-19 : 41 20-29 : 30 30-39 : 39 40-49 : 24 50-59 : 13 Ab 60 : 5 ³⁶¹	³⁶² IS : 65 AGS : 101
Gender identity shows a high correlation with Prader score in patients with disorders of		no differences in age (2–16 years, mean 8.74)	11 46, XXDSD, 32 46, XY DSD, 4 MGD, 3 ovo-testicular DSD

³⁵⁹ Selon ses auteurs, les parents ont répondu pour les enfants de moins de quatre ans. Les enfants concernés âgés de quatre à seize ans ont formulé les réponses en compagnie de leurs parents. Les participants âgés de plus de seize ans ont répondu eux-même

³⁶⁰ BORA, A., « Zur Situation intersexueller Menschen Bericht über die Online-Umfrage des Deutschen Ethikrates », disponible sur : <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/bora-zur-situation-intersexueller-menschen.pdf>, p. 9.

³⁶¹ Cette enquête contient également des cas où les parents ont répondu pour leurs enfants ou avec eux

³⁶² BORA, A., *op. cit.*, p. 10.

sex development (DSD) presenting in mid childhood			
Heinrich Böll Stiftung	August 1, 2012, to December 31, 2012 Sixteen questionnaires were returned from 12 countries (Australia, Belgium, Germany, France, New Zealand, Serbia, South Africa, Taiwan, Turkey, Uganda, Ukraine and Uruguay)		
Reiner: Gender Identity and Sex-of-rearing in Children	363		

363

Table 1
Declared gender identity in genetic males sex-assigned female at birth *

Diagnosis	Reared female	Declared female (%)	Declared male (%)	Refused to declare (%)
Cloacal exstrophy	33	14 (42)	18 (55)	1 (3)
Mixed gonadal dysgenesis	11	5 (45)	6 (55)	-
Partial androgen insensitivity	10	6 (60)	4 (40)	-
Aphallia	2	0 (0)	1 (50)	1 (50)
Hermaphroditism	1	0 (0)	1 (100)	-
Craniofacial anomalies	3	1 (33)	2 (67)	-
Total	60	26 (43)	32 (53)	2 (3)

* All 13 patients sex-assigned male at birth declared male gender identity.

Annexe 2 : Tableau récapitulatif du raisonnement entrepris³⁶⁴

		champ d'applicaion personnel			champ d'application matériel		
		Inter	(LGB)T	>< binaire	traitement	Qualité de vie + insatisfaction de genre	Discrimination et stigmatisations
Droits fondamentaux	discrimination	X	X	X	V	V	V
	Interdiction de la torture	X			V		
	Droits de l'enfant	X					
Droit médical	Consentement éclairé	X			V	V	V
	Moratoire						
Droit de l'état civil	Délais allongés	X			V		
	Changement facilité	X	X			V	
	Troisième sexe	X	X	X		V	
	Retrait de l'indication	X	X	X			

³⁶⁴ Les « X » montrent le champ d'application personnel qui est susceptible pour la proposition juridique en question.

Les « V » montres les problèmes concrets sur lesquels la proposition en question peut avoir des répercussions plus ou moins importante.

Annexe 3 : Abréviations

CAH : Congenital adrenal hyperplasia

DSD : Disorders ou de préférence Differences of Sex Development

HCS: Syndrome d'Hyperplasie congénitale des surrénales

LGBT : Lesbian, Gay, Bi and Trans

SOGI : Sexual orientations and gender identities

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



