

Faculté de droit et de criminologie

**Les procédures de
« normalisation » des enfants
intersexués : quelle place pour le
droit à l'autodétermination ?**

Auteur : Guillaume Matagne

Promoteur(s) : Mme Marie-Noëlle Derèse

Année académique 2022-2023

Master en droit, finalité justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

Remerciements

Par ces quelques mots qui inaugurent ce mémoire, travail qui représente l'aboutissement de ces cinq années d'études, je souhaite adresser mes remerciements à l'ensemble des personnes qui m'ont soutenu durant mon parcours et plus particulièrement, durant le périple qu'a constitué la présente rédaction.

Ainsi, je remercie ma promotrice, Madame Marie-Noëlle Derèse pour sa présence, ses réponses à mes questions et les pistes qu'elle a su me suggérer.

Je suis également reconnaissant envers le Professeur Stéphanie Wattier qui m'a introduit à la notion d'intersexuation lors de son cours de *Droit, genre et société*, sans qui l'idée d'écrire sur ce sujet n'aurait jamais vue le jour.

Enfin, je souhaite exprimer toute ma gratitude envers ma tante et ma maman pour leurs nombreuses relectures et corrections.

Table des matières

Introduction	9
Chapitre 1^{er} : L'intersexuation : de quoi s'agit-il ?.....	11
<i>Section 1 : Généralités</i>	<i>11</i>
§1 : Le sexe	11
§2 : Le genre.....	12
§3 : L'identité de genre	12
<i>Section 2 : La notion d'intersexuation</i>	<i>13</i>
<i>Section 3 : Les différentes formes d'intersexuation</i>	<i>15</i>
§1 : Les variations du sexe chromosomique.....	16
A.Le syndrome de Klinefelter	16
B.Le syndrome de Turner.....	16
§2 : Les variations des sexes gonadiques et morphologiques	17
A.Le syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser.....	17
B.Le déficit en 5-alpha réductase	18
§3 : Les variations du sexe hormonal.....	19
A.Le syndrome d'insensibilité aux androgènes	19
B.Hyperplasie congénitale des surrénales.....	20
Chapitre 2 : Le régime (ou plutôt l'absence de régime) juridique des personnes intersexes	21
<i>Section 1 : Evolution générale du statut des personnes intersexuées</i>	<i>21</i>
§1 : Contexte (socio-)historique	21
§2 : Contexte juridique.....	23
§3 : Contexte international	25
<i>Section 2 : L'état actuel du droit belge au regard du droit maltais.....</i>	<i>28</i>
§1 : L'acte de naissance.....	29
§2 : La reconnaissance de l'identité de genre	31

§3 : La procédure médicale	35
<i>Section 3 : Regard sur l'opportunité d'une loi ?</i>	38
Chapitre 3 : L'impact des traitements de « normalisation » sur les droits des enfants intersexes	40
<i>Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant</i>	41
<i>Section 2 : Le droit au respect de l'intégrité physique et psychique</i>	43
<i>Section 3 : Le droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement</i>	47
<i>Section 4 : Le droit à l'autodétermination</i>	49
§1 : Le droit à l'autodétermination dans la sphère médicale.....	50
§2 : Le droit à l'autodétermination dans la sphère de l'identité de genre	53
Chapitre 4 : D'éventuelles solutions ?	57
<i>Section 1 : L'introduction d'une catégorie nouvelle</i>	57
<i>Section 2 : La suppression de la référence au genre sur l'acte de naissance</i>	62
<i>Section 3 : L'interdiction des procédures de « normalisation »</i>	65
Conclusion	66
Bibliographie	70

Introduction

Le sexe. Cet élément est omniprésent dans notre société. Avant même la naissance de l'enfant, tous se questionnent à ce sujet. Parents, amis, et même inconnus, la question de savoir si ce sera un garçon ou une fille est sur toutes les lèvres¹.

L'intérêt porté à ce sexe persiste après la naissance et se maintient tout au long de la vie de l'enfant. Les faire-part, les vêtements et le langage sont de nombreux éléments qui permettent de démontrer qu'outre l'obligation légale d'inscrire le sexe « masculin » ou « féminin » sur l'acte de naissance, les jeunes parents doivent faire face à la sexuation sociale de leur nourrisson. Il est effectivement dans les mœurs d'annoncer le sexe du nouveau-né sur les faire-part de naissance envoyés aux proches, d'habiller sa fille en rose ou son garçon en bleu et d'utiliser des pronoms et adjectifs féminins ou masculins en fonction du sexe de l'enfant. Les prénoms, étant généralement explicitement associés à l'un ou l'autre sexe, n'y échappent pas non plus².

Ces différents éléments témoignent de l'importance que la société accorde à la classification binaire du sexe et du genre des individus. Hormis quelques sociétés qui ont consacré l'existence d'une troisième catégorie, aucune ne se soustrait à cette dichotomie³. Pourtant, certaines personnes semblent remettre en cause cette conception dualiste. Certaines personnes naissent avec des organes génitaux qui ne sont ni totalement masculins, ni totalement féminins. Ce sont les personnes intersexuées⁴.

Sans pour autant toujours la reconnaître juridiquement, certaines sociétés embrassent cette catégorie anthropologique. Chacune a sa propre appellation pour désigner la même réalité. Hijras en Inde, lady boy en Thaïlande, « two-spirits » chez les autochtones d'Amérique du Nord et du Canada, tous ces noms se rapportent aux personnes qui ne correspondent pas aux normes de la bicatégorisation sexuée⁵.

Chez nous, en Occident, l'« ambiguïté » des caractéristiques sexuelles n'est pas aussi bien acceptée. Ce n'est pas dans nos mentalités d'accepter qu'une personne puisse grandir avec des

¹ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge : vers un changement de paradigme ? », *L'enfant et le sexe*, B. Mallevaey et A. Fretin (dir.), Paris, Dalloz, 2021, p. 57.

² C. FORTIER, « Intersexués : le troisième genre en question en France et au-delà », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 95.

³ C. FORTIER, *ibidem*, p. 91.

⁴ COLLECTIF INTERSEXE ACTIVISTE – OII FRANCE, Brochure « Visibilité intersexe : informations de base », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 29 octobre 2017.

⁵ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 92.

caractéristiques sexuelles relevant des deux sexes. La présence de ces attributs à la fois masculins et féminins fait que nous considérons ces individus comme des êtres « monstrueux »⁶. C'est pourquoi nombre d'entre eux font l'objet d'opérations ou autres traitements hormonaux afin de rendre leurs organes génitaux conformes à ce que l'on attend d'un garçon ou d'une fille⁷. Ces procédures dites de « correction » ou de « normalisation » sont la plupart du temps réalisées dans la précipitation, sans véritable nécessité médicale. Elles ont pourtant un impact majeur en ce qu'elles touchent à un des éléments les plus intimes de la personne⁸ et en ce leurs conséquences se manifesteront durant toute la vie des personnes qui les ont subies.

Une tendance relativement récente apparaît néanmoins. Elle soutient que les individus intersexués devraient se voir offrir et appliquer les mêmes protections que les personnes dont les caractéristiques sexuées correspondent aux normes.

Quelle est la place du droit à l'autodétermination des individus intersexués dans le cadre de ces procédures « normalisatrices » ? Dans quelle mesure ces procédures l'impactent-elles ? Quelles solutions pourraient être apportées au système juridique belge pour améliorer son respect, ainsi que celui de leurs autres droits fondamentaux ? C'est à ces interrogations que ce mémoire va tenter de répondre.

A cette fin, nous commencerons par nous intéresser au concept même d'intersexuation - notion fondamentale pour la bonne compréhension de cet exposé – et aux différentes façons dont elle peut se manifester. Il sera par ailleurs nécessaire de préalablement expliquer quelques notions importantes. Par la suite, après avoir exposé la manière dont les personnes intersexuées ont été perçues à travers le temps aussi bien socialement que juridiquement, nous analyserons le régime juridique qui leur est réservé. Nous effectuerons, pour cela, une approche comparative avec le droit maltais dont, nous le verrons, le législateur belge aurait tout intérêt à s'inspirer. Plusieurs aspects seront abordés, à savoir, l'acte de naissance, la reconnaissance de l'identité de genre et les procédures médicales de « correction ». Un chapitre sera ensuite consacré à l'incidence de ces traitements sur les divers droits fondamentaux et, plus spécifiquement, sur le droit à l'autodétermination, tant dans sa perspective médicale que dans celle de l'identité sexuée.

⁶ A. WIJFFELS, « Intersex : Some (Legal-) Historical Background », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 185 ; C. FORTIER, *ibidem*, p. 92.

⁷ E. COBURN, « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité : Le sujet intersexe, trans et queer », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 19.

⁸ P. DUNNE, « Towards Trans and Intersex Equality : Conflict or Complementarity ? », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 229.

Enfin, avant de conclure, plusieurs pistes d'amélioration du système juridique belge seront avancées et analysées afin de déterminer celle qui garantirait et protégerait au mieux le droit à l'autodétermination des enfants intersexués.

Chapitre 1^{er} : L'intersexuation : de quoi s'agit-il ?

Avant d'entrer dans le vif du sujet de ce mémoire, il semble opportun de se pencher sur certaines notions centrales qui sont parfois encore méconnues. Ainsi, nous commencerons par aborder la notion de « sexe » dans ses différentes compositions, ainsi que celles de « genre » et d'« identité de genre ». Nous poursuivrons ensuite sur la notion même d'« intersexuation ». L'enjeu de cette seconde section est de la définir en tant que telle et de la distinguer du transsexualisme avec lequel elle présente plusieurs points communs. Pour finir, nous présenterons les différentes formes que peut revêtir cette réalité.

Section 1 : Généralités

§1 : Le sexe

Bien qu'il s'agisse d'un élément de l'état de la personne⁹ et qu'elle soit présente dans de nombreuses dispositions, notamment l'article 44, 1^o de l'ancien Code civil qui nous intéresse tout particulièrement, la notion de « sexe » ne bénéficie pourtant d'aucune définition juridique¹⁰. Cet article dispose en effet que « l'acte de naissance mentionne : la date de naissance, le lieu de la naissance, l'heure de la naissance, **le sexe**, le nom et les prénoms de l'enfant, [...] »¹¹. La question est donc de savoir ce que visait le législateur quand il a fait usage de ce terme.

Il est à noter que le mot « sexe » peut couvrir différentes significations. Il peut à la fois désigner un organe, une fonction ou encore une catégorie d'individus ou de comportements¹².

En l'absence de définition aussi bien en droit interne que dans les conventions internationales, la jurisprudence et la doctrine se sont chargées d'en établir quelques-unes¹³. Ces définitions se

⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 98 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 634 ; S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, p. 60 ; J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 16.

¹⁰ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, 2013, p. 135.

¹¹ anc. C. civ., art. 44, 1^o.

¹² Br. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 4.

¹³ O. TODTS, *op. cit.* (voir note 10), p. 136.

basent principalement sur les aspects morphologiques et génétiques¹⁴ mais d'autres critères sont également à prendre en compte. Ainsi, le sexe est la convergence de différentes composantes : le sexe morphologique (à savoir, la présence d'un pénis ou d'un vagin mais aussi les caractères sexuels secondaires comme la pilosité, la poitrine et autres), le sexe gonadique (existence de testicules ou ovaires), le sexe hormonal (la production de testostérone, œstrogènes, *etc.*), le sexe génétique ou chromosomique (caryotypes 46, XX ou XY), le sexe psychologique (le ressenti profond qu'a la personne de son identité sexuée et qui détermine son sexe comportemental) et le sexe sociologique (le sexe tel qu'il est vécu par le sujet et perçu par les tiers) (même si ces deux dernières composantes appartiennent davantage à la dimension du genre et de l'identité de genre)¹⁵.

§2 : Le genre

A ne pas confondre avec la notion de sexe, le genre ne repose pas sur des éléments biologiques mais plutôt sur des constructions culturelles, sociales¹⁶. Selon l'Organisation Mondiale de la Santé (ci-après OMS), ce concept fait référence aux « rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités, les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les hommes et les femmes »¹⁷. Cela va même jusqu'aux vêtements qu'ils doivent ou devraient porter. Le fait de dire que les femmes portent des robes et les hommes des pantalons, que les femmes n'ont pas le droit de conduire en Arabie Saoudite tandis que les hommes le peuvent, ou encore que les hommes causent davantage d'accidents de la route que les femmes sont des caractéristiques de genre¹⁸.

Etant une construction socio-culturelle, la conception du genre varie d'une société à une autre et selon les époques¹⁹.

§3 : L'identité de genre

En ce qui concerne l'identité de genre, celle-ci correspond au sexe psychologique²⁰. Il s'agit de tous les sentiments intimes, ressentis de la personne qui la caractérisent et font qu'elle se sent davantage homme, femme, les deux ou ni complètement l'un ou l'autre²¹. Cela

¹⁴ Br. PY, *op. cit.* (voir note 12), p. 6.

¹⁵ Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 99 ; S. CAP, *op. cit.* (voir note 9), p. 61.

¹⁶ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 51.

¹⁷ D. BORRILLO, *ibidem*, p. 52.

¹⁸ O. TODTS, *op. cit.* (voir note 10), p. 136 ; D. BORRILLO, *ibidem*, p. 53.

¹⁹ X, Health topic « Gender and health », disponible sur <https://www.who.int/>, *s. d.*, consulté le 6 février 2023.

²⁰ Y.-H. Leleu, *op. cit.* (voir note 9), p. 99.

²¹ S. BALZARETTI, « Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse », *Le consentement en droit*, S. Besson, Y. Mausen et P. Pichonnaz (dir.), Schulthess, Zürich, 2018, p. 138 ; O. TODTS, *op. cit.* (voir note 10), p. 138.

comprend les attitudes, les vêtements que l'on porte ainsi que le discours employé (la manière dont on va se « genrer»²²)²³.

La Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après également désignée « CEDH » ou « juridiction strasbourgeoise ») a elle-même consacré ce concept d'« identité de genre » en 2015 dans son arrêt *Identoba*²⁴. Dans cette affaire, la Cour a, pour la toute première fois, reconnu ce critère comme motif de discrimination²⁵.

Il se peut que ce ressenti ne corresponde pas au sexe assigné à la naissance. C'est ce qu'on appelle le transgendérisme, à savoir le « sentiment d'être autant homme que femme ou ni homme ni femme [ou] tantôt homme, tantôt femme »²⁶. Cette notion n'est toutefois pas à confondre avec celle de transsexualisme qui est la conviction irréductible d'appartenir à l'autre sexe²⁷. Ces situations d'incompatibilités entre sexe biologique et identité de genre peuvent alors entraîner des opérations chirurgicales, traitements hormonaux ou autres afin que l'apparence physique de la personne corresponde au genre auquel elle s'identifie²⁸.

Section 2 : La notion d'intersexuation

Maintenant que nous avons expliqué les concepts nécessaires à la bonne compréhension de cet exposé, nous allons passer à la notion centrale de ce mémoire, l'intersexuation.

Comme mentionné précédemment, le sexe d'une personne est déterminé à sa naissance. Pour se faire, l'officier de l'état civil constate le sexe tel qu'attesté par le médecin qui se base en principe sur les caractéristiques morphologiques du nourrisson²⁹. Cependant, il arrive que les caractéristiques sexuelles du nouveau-né soient confuses³⁰. C'est de ça dont il s'agit.

L'intersexuation est définie comme la situation dans laquelle une personne « est née avec des caractéristiques sexuelles (telles que les chromosomes, les organes génitaux ou bien encore la

²² La personne va accorder les termes de son discours avec le genre auquel elle s'identifie. Cela se joue notamment au niveau des pronoms et adjectifs.

²³ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », S. Wattier (dir.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 36 ; O. TODTS, *op. cit.* (voir note 10), p. 139.

²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015.

²⁵ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l'homme*, 2019, p. 126.

²⁶ O. TODTS, *op. cit.* (voir note 10), p. 140.

²⁷ O. TODTS, *ibidem*, p. 139.

²⁸ Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, adoptés à Yogyakarta le 26 mars 2007, préambule.

²⁹ G. GÉNICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 634.

³⁰ G. GÉNICOT, *ibidem*, p. 634.

structure hormonale) ne correspondant pas entièrement aux catégories mâle ou femelle, ou appartenant aux deux en même temps »³¹.

Une personne sera donc qualifiée d'intersexuée quand elle présentera des caractéristiques sexuelles appartenant aux deux sexes, celles-ci pouvant tout aussi bien être visibles à la naissance qu'apparaître au cours de sa vie³². Au contraire, le terme « dyadique » sera utilisé pour désigner les personnes dont les caractéristiques sexuelles correspondent aux normes et qui ne sont donc pas intersexuées³³.

Lorsque nous parlons d'intersexes, nous faisons référence aux personnes intersexuées « ayant conscience de faire partie d'un groupe de personnes ayant subi la même invalidation médicale, adoptant une vision positive et non-pathologisante de leur corps et affirmant une identité politique »³⁴. Toutefois, il est courant de ne pas faire la distinction entre ces deux termes. En effet, la langue anglaise qui est toujours utilisée dans les échanges internationaux et les institutions supranationales, ne comprend pas cette subtilité³⁵. C'est pourquoi nous utiliserons ces deux termes pour désigner sans faire de différence dans la suite de cet exposé.

Touchant toutes les deux aux problématiques d'identité de genre, les personnes intersexuées et les personnes trans présentent certaines similitudes qui nous permettront de faire des rapprochements entre leurs situations. Néanmoins, il convient de les distinguer. Là où les premières présentent une particularité biologique (plutôt physique) qui empêche le rattachement à un des deux genres que l'on connaît dans notre société, les autres relèvent plutôt du psychologique, d'un ressenti, un sentiment d'appartenance au genre opposé à leur sexe biologique³⁶. Les individus intersexués présentent une variation au niveau de leur sexe morphologique, gonadique, chromosomique ou hormonal. En revanche, dans le cas des transsexuels ce sont les sexes psychologique et sociologique qui sont en discordance avec les

³¹ COLLECTIF INTERSEXE ACTIVISTE – OII FRANCE, Brochure « Visibilité intersexe : informations de base », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 29 octobre 2017.

³² *Ibidem*.

³³ A.-C. RASSON et J. LAFFINEUR, « Les droits des enfants intersexes », décembre 2021, disponible sur <https://lacode.be/>, décembre 2021, p. 3.

³⁴ A.-C. RASSON et J. LAFFINEUR, *ibidem*, p. 3.

³⁵ A.-C. RASSON et J. LAFFINEUR, *ibidem*, p. 4.

³⁶ J. SCHERPE, « Lessons from the Legal Development of the Legal Status of Transsexual and Transgender Persons », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 203 ; G. GÉNICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 635 ; S. CAP., *op. cit.* (voir note 9), p. 61.

autres éléments sur lesquels on s'était basé pour attribuer le sexe à la naissance³⁷. Cela fait de la transsexualité une sous-catégorie de l'intersexualité³⁸.

D'une certaine manière, les personnes transsexuelles semblent se maintenir dans la conception binaire du genre – homme ou femme – tandis que les personnes intersexuées semblent la transcender davantage. En ayant le sentiment d'appartenir au genre opposé à celui imposé à la naissance en raison du sexe biologique, les transsexuels persistent dans cette dualité. Les intersexes, quant à eux remettent véritablement en cause ce paradigme. S'ils ne peuvent appartenir à aucune de ces deux catégories, peut-être faudrait-il en créer une ou plusieurs autres ou supprimer toute référence aux genres ? (Nous nous pencherons sur ces différentes pistes dans le dernier chapitre de ce mémoire).

Section 3 : Les différentes formes d'intersexuation

Selon des experts, entre 0,05% et 1,7% de la population mondiale serait intersexe³⁹. Cette estimation haute de 1,7% vise toute personne qui présenterait un ou plusieurs traits intersexes. Ces variations corporelles peuvent prendre diverses formes dont certaines ne sont même pas visibles de l'extérieur⁴⁰. L'estimation de 0,05%, quant à elle, représente les cas plus rares mais aussi plus célèbres. Il s'agit des cas dans lesquels les organes génitaux externes présentent une « ambiguïté » car ils ont l'air mal formés, sous-développés ou ni totalement masculins ou féminins⁴¹. Ce sont ces diverses variations qui feront l'objet de cette section⁴².

Ces différentes formes d'intersexuation peuvent être classées selon le stade de développement du fœtus durant lequel ces variations interviennent⁴³. Ainsi, les variations peuvent concerner le sexe génétique, gonadique ou hormonal⁴⁴.

³⁷ G. GÉNICOT, *ibidem*, p. 635 ; S. CAP., *ibidem*, p. 61 ; J.-P. BRANLARD, *op. cit.* (voir note 9), p. 454, 455, 462 et 463.

³⁸ A. HEYVAERT, *Het personen – en gezinsrecht ont(k)leed : : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gand, Mys en Breesch, 2001, p. 66.

³⁹ HCDH, Factsheets « Intersex », disponible sur <https://www.unfe.org/>, s.d., consulté le 7 février 2023.

⁴⁰ Intersex Belgium disponible sur <https://intersexbelgium.be/>, s.d., consulté le 7 février 2023.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Dans un souci de synthèse, nous nous contenterons ici d'exposer les principales formes d'intersexuation.

⁴³ I. HUGHES, « Biology of Fetal Sex Development », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 31.

⁴⁴ I. HUGHES, *ibidem*, p. 31.

§1 : Les variations du sexe chromosomique

A. Le syndrome de Klinefelter

En principe, l'être humain possède une paire de chromosomes sexuels XY ou XX qui déterminent le sexe du fœtus et entraînent le développement d'organes sexuels masculins ou féminins⁴⁵. Toutefois, il arrive parfois qu'un chromosome supplémentaire X vienne s'ajouter à cette paire. Cela mène à des situations dans lesquelles un individu présente des chromosomes sexuels XXX⁴⁶ ou XXY.

Le syndrome de Klinefelter vise cette seconde possibilité (XXY)⁴⁷. Cette variation sexuelle concerne un nouveau-né garçon sur environ mille naissances⁴⁸.

Cette « anomalie » du développement sexuel ne concerne que les garçons et peut se manifester de diverses manières, voire ne pas se manifester du tout physiquement. La plupart du temps, les symptômes n'apparaîtront qu'à la puberté. Sans être exhaustif, nous pouvons citer parmi ceux-ci la gynécomastie (augmentation du volume des glandes mammaires), une pilosité peu développée ou encore un hypogonadisme⁴⁹ qui fait que les testicules restent petits⁵⁰. En tout état de cause, une conséquence invariable de ce syndrome est l'infertilité de l'individu concerné⁵¹.

B. Le syndrome de Turner

Le syndrome de Turner est également une anomalie relative au sexe chromosomique mais contrairement à la première, elle concerne uniquement les femmes⁵². Cette variation sexuelle est due au déficit total ou partiel d'un des deux chromosomes X normalement présent chez la femme.

⁴⁵ CESH, « Sexe et différenciation sexuelle », disponible sur <https://www.stresshumain.ca/>, *s.d.*, consulté le 12 février 2023.

⁴⁶ Il s'agit de la trisomie X, aussi désignée par l'appellation « Syndrome du triple X » (ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Trisomie X », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, *s.d.*, consulté le 12 février 2023.

⁴⁷ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Le syndrome de Klinefelter », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 12 février 2023.

⁴⁸ ISNA, « How common is intersex ? », disponible sur <https://isna.org/>, consulté le 12 février 2023.

⁴⁹ « Affection caractérisée par une insuffisance de fonctionnement des gonades » (« Hypogonadisme », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 472).

⁵⁰ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Le syndrome de Klinefelter », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 12 février 2023.

⁵¹ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, *ibidem*.

⁵² ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Le syndrome de Turner », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 12 février 2023.

Ce syndrome est assez fréquent. Il touche environ une femme sur deux mille cinq cents⁵³. Sa présence chez les individus est généralement détectée dans l'enfance ou à l'adolescence mais il n'est pas exclu que l'on puisse le diagnostiquer plus tôt.

Les caractéristiques principales de ce syndrome sont la petite taille du sujet (aux alentours de 1 mètre 45 à l'âge adulte) et le dysfonctionnement des ovaires entraînant une infertilité dans la presque totalité des cas⁵⁴.

A côté de ces manifestations principales, d'autres peuvent se présenter. Une femme atteinte du syndrome de Turner peut donc laisser apparaître les symptômes suivants : un œdème⁵⁵ au cou et un gonflement du dos des mains et des pieds à la naissance, l'absence de menstruations et de développement de ses seins, des otites à répétition ou d'autres encore aux conséquences bien plus graves telles que des problèmes au niveau des systèmes cardiovasculaire et rénal. Heureusement, dans bon nombre de cas la seule manifestation physique de ce syndrome sera la petite taille de la femme⁵⁶.

§2 : Les variations des sexes gonadiques et morphologiques

A. Le syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser

Le syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser (que l'on désignera par la suite par l'abréviation MRKH) est une variation intersexe qui ne touche que les personnes avec un caryotype 46,XX⁵⁷. Cette affection congénitale est caractérisée par l'absence d'utérus chez les sujets de sexe féminin ainsi que par une aplasie⁵⁸ vaginale⁵⁹.

Le syndrome MRKH peut être isolé (dans ce cas, il y aura uniquement une aplasie utéro vaginale) ou être associé à d'autre(s) anomalie(s) rénale, squelettique, cardiaque, auditive ou encore plus rarement, ovarienne⁶⁰.

⁵³ « Turner (syndrome de) », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 988.

⁵⁴ ENCYCLOPEDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Le syndrome de Turner », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 12 février 2023.

⁵⁵ « Rétention pathologique de liquide dans les tissus de l'organisme, en particulier dans le tissu interstitiel » (« Œdème », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 665).

⁵⁶ ENCYCLOPEDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Le syndrome de Turner », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 12 février 2023.

⁵⁷ Soit, les femmes selon leur sexe chromosomique qui reste par ailleurs intact.

⁵⁸ « Insuffisance ou arrêt du développement d'un tissu ou organe », (« Aplasie », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 80).

⁵⁹ CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) - Aplasies utéro vaginales : Syndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser », disponible sur https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-11/pnds_mrkh_argumentaire_2021-11-14_final.pdf, novembre 2021, p. 6.

⁶⁰ CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, *ibidem*, p. 7.

Au moins une femme sur quatre mille cinq cents est concernée par ce syndrome⁶¹. Plus communément, ce ne sera diagnostiqué que lors de l'adolescence en raison de l'absence de règles plusieurs années après le développement de la poitrine. Toutefois, lorsqu'il est associé à une autre anomalie ou lorsque la malformation est sévère, un diagnostic peut être posé chez un nouveau-né, voire même plus rarement en période prénatale⁶². La découverte sera alors généralement accidentelle.

En guise de « traitement », deux pistes sont proposées. La première est non-chirurgicale (la méthode de Frank) et consiste en l'application pendant plusieurs mois de dilatateurs vaginaux. En cas d'échec, la seconde solution sera la création chirurgicale d'un néo-vagin⁶³.

En raison de l'absence d'utérus qu'il provoque, le syndrome MRKH cause une infertilité chez les femmes qui conservent pourtant des ovaires parfaitement fonctionnels⁶⁴. La greffe d'utérus constitue un traitement prometteur face à cette infertilité. Il s'agit d'une greffe temporaire, l'utérus greffé pouvant être retiré après la naissance du bébé. Toutefois, les conditions d'accès à cette opération restent très restrictives car elle est encore soumise à la recherche clinique⁶⁵.

B. Le déficit en 5-alpha réductase

En principe, chez les individus présentant un caryotype XY, l'enzyme 5-alpha réductase de type 2 convertit la testostérone en dihydrotestostérone (DHT)⁶⁶ dans les organes génitaux externes. C'est ce phénomène qui permet le développement des organes masculins et la

⁶¹ ENCYCLOPEDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 19 février 2023.

⁶² CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) - Aplasies utéro vaginales : Syndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser », disponible sur https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-11/pnds_mrkh_argumentaire_2021-11-14_final.pdf, novembre 2021, p. 11 et 12.

⁶³ ENCYCLOPEDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Syndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 19 février 2023.

⁶⁴ CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) - Aplasies utéro vaginales : Syndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser », disponible sur https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-11/pnds_mrkh_argumentaire_2021-11-14_final.pdf, novembre 2021, p. 40.

⁶⁵ CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, *ibidem*, p. 42.

⁶⁶ Hormone résultant de la transformation de la testostérone chez l'homme, spécifiquement active sur la prostate et les organes génitaux externes (« Androgène », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 46).

différenciation sexuelle⁶⁷. Il arrive cependant, qu'en raison de l'absence ou d'une forte diminution de cette enzyme, ce processus de différenciation n'ait pas lieu⁶⁸.

Bien qu'elle aurait tout aussi bien pu relever des variations du sexe hormonal, nous avons choisi d'exposer ici cette anomalie du développement sexuel en raison de son impact sur le plan morphologique et gonadique. En effet, les personnes atteintes d'un déficit en 5-alpha réductase peuvent naître avec un pénis de la taille d'un clitoris, une cryptorchidie des testicules (testicules qui ne sont pas descendus dans le scrotum), une prostate rudimentaire, un hypospadias postérieur⁶⁹ et un scrotum bifide⁷⁰.

Il s'agit d'une forme de pseudo-hermaphrodisme masculin. C'est un phénomène dans lequel une personne a des testicules conformément à son caryotype (46,XY) mais n'a pas d'organes génitaux externes ou des organes génitaux peu distincts des organes féminins⁷².

Il est très fréquent pour ces personnes que le sexe assigné à la naissance soit le sexe féminin en dépit de leur sexe chromosomique. Dans cette hypothèse, une opération des organes génitaux externes est pratiquée en vue de créer une ouverture vaginale. Une ablation des testicules et éventuellement une réduction clitoridienne pourraient être effectuées⁷³.

§3 : Les variations du sexe hormonal

A. Le syndrome d'insensibilité aux androgènes

Le syndrome d'insensibilité aux androgènes est une anomalie du développement sexuel qui ne touche que les individus avec un caryotype masculin. Sa prévalence reste pour l'instant toujours inconnue⁷⁴.

⁶⁷ « Ensemble des différentes étapes du développement embryonnaire qui, selon le caryotype, conduisent, à la 7^{ème} semaine de vie, à l'apparition du phénotype féminin ou masculin » (Académie Nationale de Médecine, « Différenciation sexuelle », disponible sur <http://dictionnaire.academie-medecine.fr/>).

⁶⁸ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Anomalie du développement sexuel 46,XY par déficit en 5-alpha-réductase de type 2 », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 19 février 2023.

⁶⁹ « Malformation congénitale dans laquelle le méat urétral (orifice externe de l'urètre) est situé sur la face inférieure de la verge » (« Hypospadias », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 475).

⁷⁰ Scrotum fendu en deux ressemblant aux grandes lèvres.

⁷¹ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Anomalie du développement sexuel 46,XY par déficit en 5-alpha-réductase de type 2 », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 19 février 2023.

⁷² « Pseudohermaphrodisme », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 791 et 792.

⁷³ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Anomalie du développement sexuel 46,XY par déficit en 5-alpha-réductase de type 2 », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 19 février 2023.

⁷⁴ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, *ibidem*.

Etant également une forme de pseudo-hermaphrodisme masculin, il se manifeste par la présence d'un micropénis, de testicules en position abdominale, un hypospadias et par un phénotype féminin avec un clitoris surdéveloppé⁷⁵. Ce syndrome trouve sa cause dans un défaut de fonction du récepteur aux androgènes. Cela entraîne alors une insensibilité plus ou moins complète malgré la présence élevée de testostérone⁷⁶.

Un grand spectre de traitements est proposé selon que l'insensibilité aux androgènes est complète ou partielle et selon le sexe dans lequel on a choisi d'élever l'enfant. Sans prétendre être exhaustif, voici quelques traitements suggérés : correction de l'hypospadias et abaissement testiculaire (dans l'hypothèse où on choisit le sexe masculin), création chirurgicale d'un vagin et réduction du clitoris hypertrophié (dans l'hypothèse où on choisit le sexe féminin)⁷⁷.

B. Hyperplasie congénitale des surrénales.

L'hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) est une variation du développement sexuel due le plus souvent à un manque de 21-hydroxylase, une enzyme nécessaire pour la production de cortisol⁷⁸.

Cette anomalie touche environ un nouveau-né sur dix mille et peut être de deux types. On distingue la forme classique, qui se manifeste dès la naissance, de la forme non classique dont les symptômes n'apparaissent qu'à l'adolescence⁷⁹.

A la naissance, les bébés atteints d'une hyperplasie congénitale des surrénales peuvent présenter un certain degré de virilisation des organes génitaux. Une hypertrophie du clitoris et une fusion des lèvres sont également possibles malgré un caryotype féminin et un utérus parfaitement normal. A côté de ça, l'HCS peut se manifester avec perte de sel. Quand c'est le cas, on observe dans les premières semaines de vie des symptômes potentiellement létaux tels que la déshydratation, une hypotension ou une hypoglycémie⁸⁰.

⁷⁵ CENTRE DE REFERENCE DU DEVELOPPEMENT GENITAL : DU FŒTUS A L'ADULTE, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) : Insensibilités aux androgènes », disponible sur https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf, 21 décembre 2017, p. 5.

⁷⁶ CENTRE DE REFERENCE DU DEVELOPPEMENT GENITAL : DU FŒTUS A L'ADULTE, *ibidem*, p. 5.

⁷⁷ CENTRE DE REFERENCE DU DEVELOPPEMENT GENITAL : DU FŒTUS A L'ADULTE, *ibidem* p. 12 à 14.

⁷⁸ « Bloc enzymatique surrénalien », *Le Larousse Médical*, J.-P. Wainsten (dir.), 6^e éd., 2022, p. 124.

⁷⁹ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiche d'information « Hyperplasie congénitale des surrénales », disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>, consulté le 23 février 2023.

⁸⁰ ENCYCLOPÉDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, *ibidem*.

Chapitre 2 : Le régime (ou plutôt l'absence de régime) juridique des personnes intersexes

Maintenant que les principales formes d'intersexuation ont été présentées, nous allons nous intéresser au régime juridique qui s'applique à cette catégorie de personnes. Existe-t-il des règles de droit qui visent spécifiquement les individus intersexes ? Existe-t-il des normes imposant un choix ou une conduite déterminée aux parents du nourrisson qui présente des variations du développement sexuel, à son médecin ou à l'officier de l'état civil ? Comment ces enfants sont-ils traités par notre système juridique ?

Avant de survoler ces questions par une approche comparative avec le droit maltais, nous allons nous pencher sur le cheminement par lequel est passée la perception générale des personnes intersexes et l'étendue de leurs droits.

Section 1 : Evolution générale du statut des personnes intersexuées

§1 : Contexte (socio-)historique

Depuis longtemps, on retrouve dans des textes des références aux personnes dites « hermaphrodites », preuve que la découverte de leur existence n'est pas si récente. On en rencontre notamment dans la sphère politique. Dans son *Pro populo anglicano defensio*⁸¹, Milton fait un rapprochement entre son adversaire et l'hermaphrodisme. L'objectif était de le rabaisser en l'associant à une personne dont l'esprit efféminé, émasculé, le réduisait à un « demi-homme »⁸². Ce terme était péjoratif et était, de ce fait, utilisé pour dénigrer l'autre.

Au XVIIIème siècle, ce terme a fait son entrée dans deux gros ouvrages de référence : le *Zedler Lexicon* allemand de 1732⁸³ et l'*Encyclopédie* française⁸⁴. Toutefois, les deux pays ne partageaient pas la même conception. Pour l'Allemagne, l'introduction de ce mot dans une encyclopédie démontrait que le corps médical reconnaissait l'existence des caractéristiques hermaphrodites comme un fait. Cela ne signifiait pas que c'était socialement accepté, au contraire. En revanche, pour la France, l'entrée de ce mot dans l'*Encyclopédie* indiquait que l'hermaphrodisme n'existait pas. Certes, des ambiguïtés pouvaient exister mais selon l'auteur,

⁸¹ J. MILTON, *Pro populo Anglicano defensio contra Claudii anonymi, alias Salmasii Defensionem regiam*, Londini, Typis Du Gardianis, 1651.

⁸² A. WIJFFELS, *op. cit.* (voir note 6), p. 182.

⁸³ *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste ...*, 1732.

⁸⁴ *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers...*, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1751.

une analyse médicale aurait toujours permis de catégoriser l'individu en tant qu'homme ou femme⁸⁵.

De manière générale, jusqu'il y a peu, il était inconcevable dans notre société occidentale qu'une personne puisse grandir avec des caractéristiques sexuelles « atypiques ». On considérait qu'il fallait choisir entre les sexes masculin et féminin « parce que ce serait monstrueux d'utiliser les deux [...] »⁸⁶.

Par la suite, les professionnels de la santé se sont davantage penchés sur la question des intersexes. Ils les ont considérés comme des êtres « anormaux » parce que leurs caractéristiques sexuelles contrariaient la conception binaire du sexe que l'on avait mise en place. Ce faisant, ils ont fait de l'intersexuation une pathologie et ont par la même occasion légitimé les procédures médicales de « normalisation »⁸⁷. L'OMS, elle-même, avait d'ailleurs repris les différentes formes d'intersexuation dans sa Classification internationale des maladies (ci-après désignée par l'abréviation CIM)⁸⁹.

Aujourd'hui encore, comme en témoignent les opérations quasi-systématiques des nouveau-nés présentant des variations du développement sexuel, il est difficile pour notre société de concevoir la vie intersexe. Cela vaut aussi bien pour le plan social que pour le plan médical ou juridique⁹⁰. Par ailleurs, ces opérations chirurgicales visent à supprimer ces organes génitaux ambigus⁹¹. La raison avancée pour justifier ces opérations est le bien-être psychologique de l'enfant⁹². Grandir avec des organes génitaux atypiques lui causerait inévitablement des problèmes psychologiques et sociaux donc autant l'alléger tout de suite de ce fardeau. Mais en réalité, ces interventions traduisent d'autres objectifs. Elles tendent notamment à apaiser les

⁸⁵ A. WIJFFELS, *op. cit.* (voir note 6), p. 185 et 186.

⁸⁶ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 185 (traduction libre).

⁸⁷ Par « procédure médicale de normalisation », nous entendons une « pratique néfaste et préjudiciable telle une mutilation génitale, une opération chirurgicale ou un traitement hormonal ayant pour objectif de mettre en conformité les caractéristiques sexuelles des personnes intersexes aux normes sociale et médicale, à savoir la binarité mâle-femelle / féminin-masculin » (EQUALITY LAW CLINIC, Mémoire « Pour une reconnaissance par la Belgique des droits fondamentaux des personnes intersexes », disponible sur <https://equalitylawclinic.ulb.be/images/Memorandum-Intersexe-23-avril-2019.pdf>, 23 avril 2019).

⁸⁸ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), obs. sous Cour eur. D.H., affaire communiquée *M. c. France*, 22 septembre 2020, Bruxelles, 24 février 2021, p. 2.

⁸⁹ WHO, « International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision », disponible sur <https://icd.who.int/browse10/2019/en>, mai 1990.

⁹⁰ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 19.

⁹¹ E. COBURN, *ibidem*, p. 19.

⁹² E. COBURN, *ibidem*, p. 19 ; C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 96.

parents qui se retrouvent face au corps singulier de leur enfant intersexe et à assurer une sexualité « normale » à l'âge adulte⁹³.

Il existe des associations intersexes qui se battent pour faire bouger les choses. Parmi leurs revendications, ces mouvements réclament notamment la dépathologisation des variations des caractéristiques sexuelles au sein des lignes directrices, des protocoles et des classifications médicales comme la CIM⁹⁴. Il semble toutefois qu'ils n'aient pas été entendus car dans sa nouvelle version entrée en vigueur en janvier 2022, on retrouve une section intitulée « troubles malformatifs du développement sexuel »⁹⁵. Malgré le caractère bénin de certaines de ces variations, la Fondation CIM-11 indique des traitements qualifiés de « correction », d'« amélioration » génitale ou de « normalisation »⁹⁷.

Les combats menés par les associations intersexes ont surtout eu un impact sur la manière même dont les êtres intersexués sont désignés. Grâce à eux, la notion d'intersexuation, autrefois désignée sous l'appellation « hermaphrodisme » en référence au mythe gréco-romain⁹⁸, a fini par évoluer vers des qualifications moins pathologisantes. On parlera désormais de personnes intersexes ou intersexuées pour désigner les personnes avec des variations des caractéristiques sexuelles⁹⁹.

§2 : Contexte juridique

Sur le plan juridique, on s'interroge sur la situation des personnes intersexes depuis un moment. Déjà à l'époque du Saint Empire Romain Germanique, plusieurs questions occupaient les esprits. Est-ce qu'un « hermaphrodite » devrait pouvoir se marier ? Succéder ? Quelle fonction pourrait-il occuper ? Celle d'avocat ? De juge ? Devrait-il comparaître et être jugé en tant qu'homme ou en tant que femme ?¹⁰⁰

Jusqu'à la fin du XVIIIème siècle, le droit civil de tous les Etats d'Europe occidentale reposait sur le Digeste de Justinien, un recueil comprenant les lois romaines et les décisions des

⁹³ E. COBURN, *ibidem*, p. 19.

⁹⁴ GENRES PLURIELS, « Revendications intersexes », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 28 janvier 2017.

⁹⁵ WHO, « International Classification of Diseases, 11th Revision », disponible sur <https://icd.who.int/en>, mai 2019.

⁹⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 59.

⁹⁷ M. CARPENTER, « Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases », *Health and Human Rights Journal*, vol. 20, n°2, décembre 2018, p. 208 et 209.

⁹⁸ A. WIJFFELS, *op. cit.* (voir note 6), p. 181 ; D. BORRILLO, *op. cit.* (voir note 16), p. 55.

⁹⁹ COLLECTIF INTERSEXE ACTIVISTE – OII FRANCE, Brochure « Visibilité intersexe : informations de base », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 29 octobre 2017.

¹⁰⁰ A. WIJFFELS, *op. cit.* (voir note 6), p. 193.

jurisconsultes les plus célèbres¹⁰¹. Il ressortait de ces textes de droit romain que les « hermaphrodites » existaient dans le droit. Néanmoins, il ne leur était pas reconnu de statut *sui generis* et ils devaient être considérés comme homme ou femme pour des questions juridiques particulières comme la capacité de se constituer un héritier. La solution consistait alors à regarder quel sexe prévalait chez l'individu pour déterminer s'il devait être traité comme un homme ou comme une femme¹⁰². Il s'agissait donc d'un système binaire dans lequel une troisième case propre à cette catégorie de personnes n'était pas possible.

Cette solution du droit romain a d'une certaine manière perduré dans les Etats d'Europe de l'ouest comme la France ou l'Allemagne. Bien que leurs positions vis-à-vis de l'existence même des intersexes étaient opposées, les deux pays s'accordaient pour dire qu'un sexe neutre, à la fois homme et femme, était inconcevable. Il fallait choisir un des deux sexes au terme d'analyses médicales¹⁰³. On notera tout de même une tentative, prématurément avortée, de reconnaissance d'un troisième statut propre aux personnes intersexes (*Zwitter*) lors des travaux préparatoires d'un code prussien en 1749¹⁰⁴.

En Belgique, comme dans la quasi-totalité des autres Etats, ce système binaire est toujours d'actualité¹⁰⁵. Les individus doivent donc être catégorisés homme ou femme. Aujourd'hui l'égalité homme-femme est théoriquement acquise en droit¹⁰⁶ mais ça n'a pas toujours été le cas et la détermination du genre pouvait avoir de très lourdes conséquences. On songe notamment à l'incapacité que les femmes avaient d'ouvrir un compte bancaire, de gérer leurs biens ou à l'impossibilité de voter à laquelle elles faisaient face¹⁰⁷.

La détermination du sexe avait également un impact très important vis-à-vis du mariage et de la filiation¹⁰⁸. Certes, en Belgique le mariage et l'adoption sont ouverts aux couples de même sexe depuis respectivement 2003¹⁰⁹ et 2006¹¹⁰, mais pendant des années, de telles pratiques étaient inconcevables. Pour s'assurer de respecter l'exigence sociale d'hétérosexualité, la

¹⁰¹ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 187.

¹⁰² A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 189.

¹⁰³ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 186, 193 à 195.

¹⁰⁴ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 195.

¹⁰⁵ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 91.

¹⁰⁶ Const., art. 10, §3 ; Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

¹⁰⁷ A. HEYVAERT, *op. cit.* (voir note 38), p. 67.

¹⁰⁸ A. HEYVAERT, *ibidem*, p. 67.

¹⁰⁹ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.

¹¹⁰ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006.

détermination du sexe et l'existence d'un système binaire homme-femme était nécessaire. En catégorisant tous les individus, même les intersexes, en tant qu'homme ou femme, on pouvait interdire les relations intimes homosexuelles et épargner à l'institution du mariage de connaître des couples homosexuels. Le droit français admet d'ailleurs que les erreurs commises lors de la détermination du sexe à la naissance doivent, si cela est nécessaire, être comprises comme une cause de nullité de mariage par erreur de la personne¹¹¹.

Ainsi, dans l'ancien régime du droit civil belge, lorsque qu'un enfant naissait avec des caractéristiques intersexes, il devait nécessairement appartenir à l'un ou l'autre sexe. On se basait alors sur son apparence physique, son sexe morphologique pour le catégoriser. Il arrivait cependant que le sexe choisi à la naissance ne corresponde pas à la réalité de cet individu (son identité de genre) une fois adulte. Dans ce cas, la seule solution qui leur était offerte était l'action en rectification de l'acte de naissance. Pour obtenir gain de cause, il fallait toutefois démontrer une faute de l'officier de l'état civil, ce qui n'était pas chose aisée¹¹². Finalement, cette procédure autrefois consacrée aux articles 1383 à 1385 du Code Judiciaire a été abrogée par la loi du 18 juin 2018¹¹³.

A cet égard, il est possible de faire un rapprochement avec les personnes trans. Il est vrai que certains individus intersexes se sentent en adéquation avec le sexe qui leur a été assigné à la naissance. Néanmoins, de nombreux autres souffrent de ce qu'on appelle une « dysphorie de genre ». Ils ne se retrouvent pas dans le sexe qui leur a été imposé par leurs parents ou les médecins. Ils se soumettent alors volontairement à des opérations de réassignation sexuelle du même type que les personnes trans, dans le but d'annuler celles qu'ils ont subies durant leur enfance. Par le biais de cette seconde réassignation sexuelle, les individus intersexes espèrent mettre fin aux souffrances causées par les interventions précoces auxquelles ils ont été soumis en se réappropriant leur corps et en retrouvant leur véritable identité sexuée¹¹⁴.

§3 : Contexte international

De manière générale, la situation des nouveau-nés intersexués préoccupe. Plusieurs entités internationales se sont déjà manifestées pour sonner l'alarme. Elles dénoncent les

¹¹¹ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 17.

¹¹² A. HEYVAERT, *op. cit.* (voir note 38), p. 66.

¹¹³ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, art. 117, 7°.

¹¹⁴ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 97 et 98.

traitements de « normalisation » infligés aux enfants, à un âge où ils ne sont pas en mesure d'exprimer librement leur consentement¹¹⁵.

C'est la Commission internationale de juristes et le Service international pour les droits de l'homme qui ont ouvert le bal en mars 2007 avec l'adoption des Principes de Yogyakarta¹¹⁶. Il s'agit d'une série de principes juridiques internationaux sur l'application du droit international aux violations des droits humains fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre élaborés par un groupe d'éminents experts. Ces principes proclament des normes juridiques internationales obligatoires que les États doivent observer¹¹⁷.

Par son principe 18 qui consacre la protection contre les abus médicaux, les Principes de Yogyakarta constituent la première déclaration visant à interdire les traitements non consentis de « normalisation »¹¹⁸.

Par la suite, l'OMS, l'UNICEF, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, ONU Femmes, ONU Sida, le PNUD et le Fonds des Nations unies pour la population ont publié en 2014 une déclaration commune visant à éliminer toute forme de stérilisation forcée, coercitive et autrement involontaire¹¹⁹. Cette déclaration vise précisément les traitements médicaux « normalisateurs », non nécessaires et stérilisants pratiqués sur les mineurs intersexes sans leur consentement éclairé ou celui de leurs parents¹²⁰.

Parmi les entités internationales qui ont dénoncé ces interventions, nous pouvons compter les Nations Unies et ses différents organes conventionnels. Ces Comités onusiens sont principalement chargés d'enquêter sur les pays, d'adopter des observations générales et d'examiner les rapports périodiques que les Etats parties aux traités sont tenus de soumettre à propos de la manière dont les droits garantis ou consacrés par ledit traité sont appliqués¹²¹.

En juin 2020, les Comités onusiens avaient déjà rendu 57 Observations finales sur les rapports périodiques des Etats parties dans lesquelles ils faisaient part de leur profonde inquiétude vis-

¹¹⁵ T. NÍ MHUIRTHILE, « The Legal Status of Intersex Persons in Malta », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 366.

¹¹⁶ Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre précités.

¹¹⁷ Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre précités, introduction.

¹¹⁸ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 366.

¹¹⁹ OHCHR, UN WOMEN, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF et WHO, « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization – An interagency statement », disponible sur <https://www.unaids.org/en>, 1^{er} mai 2014.

¹²⁰ P. HUART, note sous Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, *Rev. trim. dr. fam.*, 2022, p. 498.

¹²¹ OHCHR, « Rôle des organes conventionnels », disponible sur https://www.ohchr.org/fr/ohchr_homepage, s.d., consulté le 13 mars 2023.

à-vis des interventions médicales à visée cosmétique pratiquées sur ces nouveau-nés intersexes¹²²¹²³.

C'est le Comité des droits de l'enfant qui, le premier, a dénoncé cette situation en février 2019¹²⁴. Dans ses observations finales adressées à la Belgique, le Comité invite l'Etat belge à interdire ces interventions inutiles quand elles sont non urgentes et de les reporter à un âge où l'enfant sera en mesure d'exprimer librement son consentement. Il requiert également la suppression des délais de prescription pour les actions concernant de telles pratiques afin que les enfants intersexes et leur famille aient accès à des recours suffisamment utiles et effectifs¹²⁵. Par la suite, d'autres Comités tels celui des droits de l'homme¹²⁶ et celui des droits économiques, sociaux et culturels¹²⁷ ont suivi. Tous se montrent préoccupés par les traitements de correction accomplis sans nécessité ou urgence médicale sur les enfants mineurs.

Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies, à l'instar du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, réclame des États qu'ils abrogent toute loi autorisant « les traitements médicaux invasifs ou irréversibles [...] [pratiqués] sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée »¹²⁸¹²⁹.

Le Conseil de l'Europe s'insurge également. Par une résolution adoptée en 2017, son Assemblée parlementaire exige des Etats membres qu'ils interdisent « les actes chirurgicaux de 'normalisation sexuelle' sans nécessité médicale ainsi que les stérilisations et autres traitements pratiqués sur les enfants intersexués sans leur consentement éclairé »¹³⁰.

¹²² EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 3.

¹²³ Voir l'énumération faite par OII-EUROPE dans son document « Intersex Resources », disponible sur [International-intersex-human-rights-movement Links-to-human-rights-documents-addressing-intersex-and-important-events_June-2020.pdf \(oii-europe.org\)](https://www.oii-europe.org/en/intersex-resources), juin 2020, p. 3 à 10.

¹²⁴ Observations finales du Comité des droits de l'enfant, CRC/C/BEL/CO/5-6 (2019), 1er février 2019.

¹²⁵ Observations finales du Comité des droits de l'enfant, CRC/C/BEL/CO/5-6 (2019), 1er février 2019, §§25 et 26.

¹²⁶ Observations finales du Comité des droits de l'homme, CCPR/C/BEL/CO/6 (2019), 1er novembre 2019, §22.

¹²⁷ Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/BEL/CO/5 (2020), 6 mars 2020, §§54 et 55.

¹²⁸ OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/31/57 (2016), 5 janvier 2016, §70 ; OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/22/53 (2013), 1er février 2013, §88.

¹²⁹ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 3.

¹³⁰ Résolution 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 12 octobre 2017, point 7.1.1.

L'Union européenne n'est pas en reste. Le Parlement européen a lui aussi adopté une résolution par laquelle il condamne les traitements et chirurgies de normalisation sexuelle et encourage les Etats membres à adopter des législations les interdisant¹³¹.

Enfin, plusieurs Etats européens ont déjà adopté des législations visant spécifiquement la protection des droits fondamentaux des personnes intersexes. On pense notamment à Malte, au Portugal et à certaines communautés autonomes espagnoles¹³².

Section 2 : L'état actuel du droit belge au regard du droit maltais

En Belgique, actuellement, les nouveau-nés présentant des variations du développement sexuel doivent impérativement rentrer dans une catégorie sexuée. De ce fait, même en l'absence de véritables problèmes de santé liés à leur condition, des traitements dits de « normalisation » sont couramment pratiqués sur eux dès le plus jeune âge, au plus grand mépris de leurs droits fondamentaux¹³³. Visés spécifiquement par quasiment aucune disposition, les individus intersexes ne jouissent encore que de très peu de visibilité en droit belge¹³⁴ et ne bénéficient donc pas d'une protection convenable de leurs droits¹³⁵. Il est donc aujourd'hui primordial que la Belgique se conforme à ses obligations internationales en modifiant son cadre juridique afin qu'il soit plus protecteur des droits fondamentaux des personnes intersexuées¹³⁶. A cet égard, le Parlement européen incite les Etats membres de l'Union européenne à s'inspirer des législations maltaises et portugaises adoptées en la matière¹³⁷. En effet, Malte est l'un des premiers pays du monde à avoir adopté une législation dans le cadre de la protection des individus intersexes. Il s'agit du *Maltese Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* (désigné par la suite « la loi de 2015 »)¹³⁸ adopté en 2015 par le législateur maltais. C'est pourquoi nous avons choisi cet Etat pour procéder à une approche de droit comparé.

Cette loi maltaise de 2015 est considérée par beaucoup comme le projet de loi le plus révolutionnaire et le plus complet en son genre. Sa réputation est notamment due au fait qu'elle traite aussi bien de la gestion médicale des intersexes que de la question de la reconnaissance

¹³¹ Résolution 2878 du Parlement européen, « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, point 2.

¹³² EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 4.

¹³³ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 58.

¹³⁴ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 57.

¹³⁵ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.* (voir note 25), p. 131.

¹³⁶ EQUALITY LAW CLINIC, *op. cit.* (voir note 87).

¹³⁷ Résolution 2878 du Parlement européen, « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, point 2.

¹³⁸ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act du 14 avril 2015, *Legizlazzjoni Malta*, 14 mai 2018.

de leur genre, potentiellement différent du sexe qui leur est assigné à la naissance¹³⁹. Elle a pour vocation de permettre à la fois la reconnaissance de l'identité de genre des individus et de protéger leur intégrité physique¹⁴⁰.

§1 : L'acte de naissance

Alors qu'à Malte une législation entière est dédiée aux personnes intersexuées, la Belgique n'a qu'une unique disposition les visant directement. Il s'agit de l'article 48 de l'ancien Code civil¹⁴¹¹⁴².

Comme exposé précédemment, le droit belge prévoit que le sexe juridique de l'enfant doit en principe être déterminé au moment de sa naissance. Celui-ci est établi par la convergence de différents éléments : morphologie, gonades, chromosomes, hormones. Néanmoins, en l'absence d'indications dans le Code civil quant à savoir quel(s) critère(s) il faut prendre en compte, il est d'usage d'opter pour le sexe qui semble « prédominant » au vu de l'apparence et autres caractéristiques certaines du nourrisson¹⁴³. Le sexe de l'enfant sera alors inscrit par l'officier de l'état civil sur son acte de naissance conformément à l'article 44, 1° de l'ancien Code civil.

Désormais, l'enregistrement du sexe peut être repoussé. En effet, la loi du 15 mai 2007¹⁴⁴ est venue introduire un article 57 dans l'ancien Code civil. Par cette disposition entrée en vigueur le 22 juillet de la même année, le législateur offre aux parents la possibilité de retarder de trois mois l'enregistrement du sexe de leur enfant quand celui-ci présente des variations du développement sexuel. Une attestation médicale sera toutefois nécessaire¹⁴⁵. En revanche, la mention du prénom ne bénéficie pas du même traitement. Les parents devront malgré tout directement choisir un prénom qui sera mentionné sur l'acte de naissance¹⁴⁶. Depuis 2019, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2018¹⁴⁷, cette disposition a été renumérotée et est à présent reprise à l'article 48 de l'ancien Code civil.

¹³⁹ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 357.

¹⁴⁰ T. NÍ MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 358.

¹⁴¹ anc. C. civ., art. 48.

¹⁴² G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 58.

¹⁴³ Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 99 ; G. GENICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 634.

¹⁴⁴ 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, *M.B.*, 12 juillet 2007.

¹⁴⁵ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 58 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 100.

¹⁴⁶ Y.-H. LELEU, *ibidem*, p. 100.

¹⁴⁷ Loi du 18 juin 2018 précitée.

Durant ce laps de temps de trois mois maximum, les nourrissons intersexes seront bien souvent soumis à des traitements hormonaux et/ou à des opérations chirurgicales de « féminisation » ou de « masculinisation ». L'objectif de ces procédures de normalisation est de rendre la morphologie du nouveau-né conforme au sexe qui apparaît « prédominant » et de le faire correspondre au sexe juridique choisi¹⁴⁸. Ces opérations ne visent pas à modifier ce sexe « prédominant » mais à « harmoniser » la morphologie. Néanmoins, il n'y a aucune certitude qu'il correspondra plus tard au genre ressenti¹⁴⁹.

A Malte, un registre similaire au registre de l'état civil que l'on connaît en Belgique existe depuis 1889. Il s'agit du « *Registre Public* »¹⁵⁰ qui reprend les enregistrements des naissances, des mariages et des décès¹⁵¹. Également semblable à la Belgique sur ce point, Malte connaît une conception binaire du genre. On est donc juridiquement reconnu comme homme ou femme. Cela suscite une difficulté pour les nouveau-nés présentant des variations du développement sexuel car comme en droit belge, il est requis que l'acte de naissance mentionne le sexe de l'enfant¹⁵².

Etant exclus de cette classification binaire, les enfants intersexes ont là aussi fait l'objet d'opérations de « correction » pour que leurs organes génitaux aient davantage une apparence masculine ou féminine. Dans la majorité des cas, on assignait le nourrisson au sexe féminin parce qu'il était plus difficile de « créer » un homme qu'une femme¹⁵³. Si le genre auquel l'individu intersexe s'identifiait en grandissant différait du sexe qui lui avait été assigné à la naissance et inscrit dans son acte de naissance, il lui était impossible d'être reconnu dans le genre souhaité. En effet, avant l'adoption de la loi de 2015, aucun mécanisme n'existait en droit maltais pour contester le sexe assigné à la naissance¹⁵⁴.

Sur ce point, la Belgique se démarque. Comme exposé précédemment, une action en rectification de l'acte de naissance était déjà ouverte aux individus intersexués quand le sexe assigné à la naissance ne correspondait pas à leur identité de genre. Les conditions pour obtenir satisfaction étaient toutefois restrictives en ce qu'il fallait démontrer une faute de l'officier de l'état civil¹⁵⁵. Cette action a fini par être abrogée et remplacée par une autre action en

¹⁴⁸ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 58 et 59.

¹⁴⁹ Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 100.

¹⁵⁰ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 363 (traduction libre).

¹⁵¹ T. NÍ MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 363.

¹⁵² T. NÍ MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 363.

¹⁵³ T. NÍ MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 363 ; C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 94.

¹⁵⁴ T. NÍ MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 363.

¹⁵⁵ A. HEYVAERT, *op. cit.* (voir note 38), p. 66.

rectification introduite par la loi du 18 juin 2018¹⁵⁶. Désormais le législateur belge prévoit que la modification de l'acte de naissance est possible quand le sexe faussement attribué à la naissance ou après le délai de trois mois n'est pas en adéquation avec l'identité de genre de l'individu. Il ne faut plus prouver de faute dans le chef de l'officier de l'état civil. A présent, l'action est basée sur « l'erreur commise lors de la constatation du sexe »¹⁵⁷. On considère qu'une erreur a été commise parce que l'un des critères de détermination du sexe n'a pas su être interprété correctement. Il est possible que l'officier de l'état civil soit passé à côté de composantes sexuelles qui allaient toutes dans la direction opposée au sexe qui apparaissait morphologiquement « prédominant »¹⁵⁸. La rectification sera alors effectuée sur base de l'article 35 de l'ancien Code civil¹⁵⁹ et le prénom de l'enfant pourra être modifié sur base de l'article 370/3, §3 du même code¹⁶⁰. Attention que l'erreur dont il est question n'est pas une erreur matérielle au sens des articles 33 et 34 de l'ancien Code civil¹⁶¹¹⁶².

Pour pallier à son absence de solution en la matière, le législateur maltais a donc adopté la loi de 2015. Si la mention du sexe est toujours requise à l'état civil maltais, une nuance est à apporter. Il ressort effectivement de la lecture de l'article 7, §4 de la loi de 2015¹⁶³ qu'il est maintenant possible de laisser le sexe de l'enfant indéterminé jusqu'à l'âge de ses 18 ans. Par ce délai de 18 ans pour déterminer le sexe de l'enfant, Malte devance largement la Belgique et son délai de 3 mois. L'Etat insulaire conserve tout de même un système binaire imposant à tout adulte ayant atteint l'âge de la majorité de se déclarer homme ou femme¹⁶⁴.

§2 : La reconnaissance de l'identité de genre

Malgré une reconnaissance du statut des intersexes avec sa loi de 2015, l'Etat maltais conserve encore aujourd'hui ce paradigme homme-femme. Choisir un genre est donc obligatoire. Pourtant, Malte semble démontrer que la référence à ces marqueurs de genre n'est pas une absolue nécessité pour bénéficier d'une existence juridique et se voir reconnaître des droits et obligations. Cela ressort à la fois de la possibilité de déclaration tardive du genre et de l'acceptation de la non-binarité ou de l'absence de genre des individus étrangers. Effectivement,

¹⁵⁶ Loi du 18 juin 2018 précitée.

¹⁵⁷ G. GÉNICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 634.

¹⁵⁸ G. GÉNICOT, *ibidem*, p. 635.

¹⁵⁹ anc. C. civ., art. 35.

¹⁶⁰ anc. C. civ., art. 370/3, §3.

¹⁶¹ anc. C. civ., art. 33 et 34.

¹⁶² Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 100.

¹⁶³ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 7, §4.

¹⁶⁴ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 364.

l'article 9, §2 de la loi de 2015¹⁶⁵ constitue une exception au système binaire et démontre l'ouverture d'esprit dont fait preuve l'approche maltaise. Cette disposition prévoit que l'absence de genre¹⁶⁶ ou le genre autre que masculin ou féminin qui serait reconnu à une personne dans un état étranger sera reconnu tel quel à Malte¹⁶⁷.

Mise à part cette circonstance exceptionnelle, un choix doit donc être opéré par les citoyens maltais entre le genre masculin et le genre féminin. Pour prendre davantage en compte les subtilités du spectre du genre avec toutes les variations qu'il connaît mais aussi pour contester la nécessité présumée de la référence au genre comme aspect fondamental sur lequel reposent les actes d'indentification, le législateur maltais a opté pour un système de reconnaissance qui permet la circulation entre les genres¹⁶⁸. Il est dès lors possible de changer de sexe à l'état civil par simple déclaration auprès d'un notaire¹⁶⁹. Cette déclaration et modification de l'acte de naissance n'est subordonnée à aucun diagnostic préliminaire, pas plus qu'à la détermination par quelqu'un d'autre que la personne concernée¹⁷⁰.

Dans d'autres Etats, il existe des systèmes de reconnaissance de l'identité de genre dans lesquels des garde-fous restreignant l'accès à ces droits sont mis en place. A titre d'exemples, il est possible que la certification par plusieurs professionnels de la santé soit requise de même que l'avis préalable d'un groupe de spécialistes sur l'authenticité de la demande¹⁷¹. C'était notamment le cas de la Belgique jusqu'il y a peu.

Effectivement, jusqu'au 1^{er} janvier 2018, date d'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2017¹⁷², de telles exigences étaient prévues en Belgique. C'est par la loi du 10 mai 2007¹⁷³ que le législateur a mis fin à l'absence de cadre juridique entourant la question du changement de sexe et du transsexualisme¹⁷⁴. Par cette législation, il a introduit un article 62bis dans l'ancien Code civil dans lequel il formulait les conditions qu'il fallait remplir pour passer d'un sexe juridique à l'autre. Parmi celles-ci, on retrouvait notamment l'obligation de subir une opération de

¹⁶⁵ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 9, §2.

¹⁶⁶ Par ces termes, nous visons les personnes dites « agenres », c'est-à-dire les personnes qui ne s'identifient à aucun genre, qui ressentent une absence totale ou partielle de genre (SOSHOMOPHOBIE, « Agenre », disponible sur <https://www.sos-homophobie.org/>, s.d., consulté le 15 mai 2023).

¹⁶⁷ T. Ní MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 363.

¹⁶⁸ T. Ní MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 364.

¹⁶⁹ F. BERTOCCHIO et C. ZAMORA CRUZ, « Malte, pour la révolution du genre », disponible sur <https://www.inter-lgbt.org/>, 8 avril 2015.

¹⁷⁰ T. Ní MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 364.

¹⁷¹ T. Ní MHUIRTHILE, *ibidem*, p. 364.

¹⁷² Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

¹⁷³ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007.

¹⁷⁴ S. CAP, *op. cit.* (voir note 9), p. 71.

réassignation sexuelle et une stérilisation irréversible¹⁷⁵. L'objectif de ces opérations était que l'apparence des individus corresponde au sexe indiqué sur les documents officiels. Dans un même temps, elles permettaient d'éviter que l'enfant, qu'ils pourraient éventuellement avoir par la suite grâce à la procréation médicalement assistée, ne grandisse dans la confusion. Il ne lui semblait pas acceptable que la « mère » de l'enfant, soit la personne qui en a accouché, puisse en même temps être considérée juridiquement et socialement comme son père¹⁷⁶. Par ailleurs, l'accès à la conversion juridique était aussi conditionnée à l'obtention d'une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants¹⁷⁷. Toujours selon le législateur de l'époque, la modification de la mention du sexe à l'état civil constituait le « prolongement logique de l'intervention »¹⁷⁸. Le détour par la case « chirurgie » était donc un passage obligé qui excluait dès lors les personnes trans qui avaient la conviction d'appartenir au sexe opposé mais qui ne désiraient pas physiquement changer de sexe¹⁷⁹.

En adoptant la loi du 25 juin 2017, le législateur belge s'est finalement conformé aux enseignements de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans son arrêt *A.P., Garçon et Nicot contre France*¹⁸⁰, la juridiction strasbourgeoise a décidé qu'il était interdit d'imposer une conversion sexuelle et une stérilisation préalable pour obtenir la modification de son sexe juridique. Ce faisant, elle est revenue sur son arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁸¹ dans lequel elle affirmait l'existence d'un droit à voir son changement de sexe légalement reconnu pour tout transsexuel opéré et stérilisé¹⁸².

La nouvelle mouture de l'article 62bis, reprise par la suite en grande partie aux nouveaux articles 135/1 et 135/2 de l'ancien Code civil¹⁸³, ne prévoit désormais plus aucune exigence d'ordre médicale¹⁸⁴. Modifier l'enregistrement de son sexe n'est donc plus conditionné à une stérilisation irréversible et à une réassignation sexuelle¹⁸⁵.

¹⁷⁵ S. CAP, *ibidem*, p. 75.

¹⁷⁶ J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 231 et 232.

¹⁷⁷ J.-L. RENCHON, *ibidem*, p. 231 ; S. CAP, *op. cit.* (voir note 9), p. 76.

¹⁷⁸ S. CAP, *ibidem*, p. 73 et 80.

¹⁷⁹ S. CAP, *ibidem*, p. 85 et 86.

¹⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017.

¹⁸¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

¹⁸² S. WATTIER et P. HUART, « 5.2. - La vie familiale des personnes transgenres », N. Dandoy et G. Willems (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 644.

¹⁸³ anc. C. civ., 135/1 et 135/2.

¹⁸⁴ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voir note 176), p. 229 et 230.

¹⁸⁵ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », obs. sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *rev. trim. dr. h.*, 2020, p. 900 ; J.-L. RENCHON, *ibidem*, p. 232.

A présent, il suffit à l'individu qui souhaite modifier l'enregistrement de son sexe à l'état civil, de déposer une déclaration auprès de l'officier de l'état civil. Dans celle-ci, il doit signaler qu'il a la « conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement et qu'il souhaite les conséquences administratives et juridiques d'une modification de l'enregistrement du sexe dans son acte de naissance »¹⁸⁶. La personne concernée devra ensuite effectuer une deuxième déclaration dans un délai de trois à six mois pour réaffirmer sa volonté de changer l'enregistrement de son sexe à l'état civil. Le délai de trois mois qui s'ouvre au moment de la première déclaration est celui durant lequel le procureur du Roi peut émettre un avis négatif¹⁸⁷.

En abandonnant tout critère d'ordre médical, l'objectif du législateur lors de l'adoption de la loi de 2017, était de « démedicaliser » la procédure de changement de sexe¹⁸⁸. Cela fait écho à la loi maltaise de 2015 et à son approche dépathologisante.

Il est vrai que les dispositions ci-dessus concernent plus particulièrement les personnes trans, les sujets intersexes bénéficiant de l'action en rectification consacrée aux articles 33 et suivants de l'ancien Code civil. Néanmoins, comme nous le savons, un certain nombre de personnes intersexuées ne se retrouvent pas dans le sexe qui leur a été médicalement imposé à la naissance et désirent procéder à une opération de réassignation sexuelle semblable à celle des personnes trans. Cette brève synthèse de l'évolution du régime du changement de sexe fait écho aux opérations de « normalisation » pratiquées sur les nouveau-nés intersexes. Bien que les personnes trans avaient l'opportunité de choisir si elles voulaient ou non subir les opérations contrairement aux enfants intersexes, elles y étaient contraintes si elles souhaitaient être reconnues selon le genre auquel elles s'identifiaient. De plus, certains systèmes ne prévoient pas de procédure de rectification en cas d'erreur commise dans la détermination du sexe à la naissance. Dans ce genre de situations, l'individu devra s'en remettre à la procédure de reconnaissance de genre prévue pour les personnes trans¹⁸⁹.

Il est aussi assez intéressant de noter que la Belgique prévoit deux procédures distinctes pour les personnes trans et intersexes contrairement à la loi maltaise qui englobe tout le monde et connaît une sorte de « régime général » de reconnaissance de genre. En effet, quand la

¹⁸⁶ anc. C. civ., art. 135/1, §3.

¹⁸⁷ M. PETERS, « La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu », note sous C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 358 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 106 ; J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voir note 176), p. 236 et 237.

¹⁸⁸ J.-L. RENCHON, *ibidem*, p. 232.

¹⁸⁹ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 221.

reconnaissance de genre est subordonnée à un diagnostic médical comme la « dysphorie de genre », certaines personnes peuvent être exclues. C'est le cas des personnes présentant des variations du développement sexuel. Par son approche dépathologisante, la loi de 2015 s'assure que tout le monde, y compris les individus intersexes, puisse exercer les droits qu'elle consacre¹⁹⁰.

Enfin, le législateur maltais a consacré un régime de reconnaissance de genre dans lequel il est possible de naviguer entre les deux pôles. Il semble donc *a priori* possible de procéder à un changement de sexe à plusieurs reprises au cours de sa vie. En revanche, la loi de 2015 dispose qu'une fois l'acte de naissance ajourné une première fois par une personne majeure, les modifications suivantes ne peuvent avoir lieu que par une décision judiciaire¹⁹¹. C'est une différence majeure avec le système belge qui n'entend permettre pareille procédure qu'une seule et unique fois¹⁹². Selon la lettre de l'article 135/1 de l'ancien Code civil, « la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance est en principe irrévocable »¹⁹³. Une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe, soit un retour au sexe juridique initial, pourrait toutefois être autorisée en cas de « circonstances exceptionnelles ». Par ces termes, le législateur vise les hypothèses où la situation de la personne trans s'est détériorée en raison de transphobie ou d'une insatisfaction physique et mentale plus importante après sa transition. Cette ultime révision du sexe juridique fait néanmoins l'objet d'une procédure bien plus lourde devant le tribunal de la famille¹⁹⁴.

§3 : La procédure médicale

A présent, nous allons nous pencher sur le deuxième versant de la loi maltaise de 2015, c'est-à-dire la prise en charge médicale des personnes intersexuées. Etant l'une des seules lois à s'immiscer directement dans la sphère médicale, il nous semblait indispensable de nous intéresser de plus près.

Un des objectifs principaux du législateur lorsqu'il a adopté cette norme était de protéger l'intégrité physique et de garantir l'« autonomie corporelle »¹⁹⁵ de tous les citoyens maltais.

¹⁹⁰ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 365.

¹⁹¹ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics précité, art. 8, §2.

¹⁹² J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voir note 176), p. 242.

¹⁹³ anc. C. civ., art. 135/1, §9.

¹⁹⁴ J.-L. RENCHON, *op. cit.* (voir note 176), p. 242 et 243.

¹⁹⁵ Par « autonomie corporelle », nous entendons la sphère du droit à l'autodétermination qui correspond au droit de décider de ce qu'il advient de son corps sans influence ou contrainte extérieure (X, « What is bodily autonomy ? », disponible sur <https://thepersecuted.org/bodily-autonomy-definition-and-examples/>, 1^{er} décembre 2020).

Ceci en s'assurant du respect absolu de l'identité de genre de chacun. Ce sont d'ailleurs ces préoccupations qui l'ont poussé à proscrire la nécessité d'apporter la preuve d'un traitement chirurgical, hormonal ou d'avoir suivi une thérapie psychiatrique pour faire usage de son droit à la reconnaissance de son identité de genre¹⁹⁶.

A cet égard, afin de viser tout le monde sans distinction, le législateur maltais a adopté une définition large des caractéristiques sexuelles qui recouvre les variations intersexes sans les isoler pour autant¹⁹⁷. C'est cette définition consacrée à l'article 2 de la loi¹⁹⁸ qui va servir de critère pour interdire les traitements chirurgicaux et hormonaux pratiqués sur les enfants mineurs jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'exprimer leur consentement. En visant les caractéristiques sexuelles plutôt que directement les personnes intersexuées, le législateur permet de protéger tous les enfants des traitements non urgents et non indispensables. Pour aller plus loin dans ce sens, dans un contexte où les termes entourant l'intersexualité font débat, la loi de 2015 évite de la définir. En ne définissant pas cette notion, le législateur esquivé tout potentiel sous-entendu péjoratif ou stigmatisant¹⁹⁹.

En réalité, outre le bref protocole prévu en son article 16²⁰⁰, la loi maltaise ne régleme pas l'entièreté du suivi des individus intersexes dans les moindres aspects de la procédure médicale. Par son article 14, elle vise simplement à rendre illégal tout traitement d'assignation sexuelle ou procédure chirurgicale réalisée sur les caractéristiques sexuelles d'un enfant mineur sans son consentement²⁰¹.

Ça ne signifie pas que toute intervention est condamnée. Comme pour tout principe, il y a des exceptions. Celles-ci se comptent au nombre de deux. La première est prévue à l'alinéa 2 du même article. Le mineur concerné peut lui-même consentir aux traitements par le biais de ses parents ou tuteurs s'il en a la capacité. La seconde, prévue par le paragraphe 2, prévoit que l'on peut intervenir en l'absence du consentement de l'enfant mineur en cas de « circonstances

¹⁹⁶ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 3.

¹⁹⁷ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 365.

¹⁹⁸ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 2 : « "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 structure ».

¹⁹⁹ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 365.

²⁰⁰ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 16.

²⁰¹ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 14.

exceptionnelles ». Il s'agit alors d'une intervention médicale nécessaire. Pour cela, il est néanmoins requis que les parents et l'équipe interdisciplinaire soient d'accord²⁰².

En droit belge, il n'existe, comme on le sait, aucune loi visant spécifiquement les intersexes et les opérations d'assignation sexuelle qu'ils subissent. Pour autant, cela ne signifie pas qu'aucune protection ne leur est accordée.

Le Code pénal contient plusieurs dispositions qui pourraient servir de fondement à l'intentement d'une action publique pour sanctionner ces pratiques. Les articles 417/2 et 417/3 incriminent notamment la torture et les traitements inhumains²⁰³. Les articles 398 et suivants du même code punissent également les coups et blessures volontaires²⁰⁴. Enfin, le Code pénal sanctionne les mutilations génitales féminines²⁰⁵. Par analogie, il est envisageable d'utiliser cette base légale pour poursuivre les particuliers ou les établissements ayant pratiqué des opérations de réassignation sexuelle sans le consentement des mineurs concernés.

Outre ces dispositions pénales, des obligations sont à respecter dans la sphère médicale en matière de consentement. Dès lors qu'il n'existe en Belgique aucune disposition visant explicitement les traitements médicaux de « normalisation », ce domaine est soumis au droit médical commun et plus particulièrement la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient²⁰⁶²⁰⁷.

Même si en théorie c'est la personne concernée par le traitement proposé qui doit y consentir²⁰⁸, des atténuations de ce principe sont prévues pour les enfants. L'article 12 de ladite loi prévoit en effet que « 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 »²⁰⁹. Le second paragraphe de la même disposition prévoit tout de même que le mineur d'âge pourra être associé à l'exercice de ses droits, voire même les exercer en toute autonomie selon son âge et son degré de maturité²¹⁰.

²⁰² T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 366 et 367.

²⁰³ C. pén., art. 417/2 et 417/3.

²⁰⁴ C. pén., art. 398 à 400.

²⁰⁵ C. pén., art. 409.

²⁰⁶ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

²⁰⁷ G. WILLEMS, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, G. Mathieu et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 481.

²⁰⁸ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 8.

²⁰⁹ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 12, §1^{er}.

²¹⁰ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 12, §2.

En vertu de cet article 12 de la loi du 22 août 2002, les parents peuvent donc consentir aux procédures médicales de normalisation en lieu et place de leur nouveau-né²¹¹. Cependant, de nombreux experts se questionnent quant au caractère libre et éclairé du consentement donné par les parents dans le cadre de ces pratiques médicales²¹². Nous y reviendrons plus profondément dans le chapitre suivant.

A côté de ces obligations relatives au consentement, la Constitution belge garantit le droit au respect de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle de l'enfant. Par la même disposition, elle consacre son droit à faire valoir son opinion sur chaque décision le concernant. Elle précise également que dans chacune de celles-ci, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte de façon prédominante²¹³. Ce faisant, le législateur a transposé dans la Constitution les principes fondamentaux de la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après appelée CIDE)²¹⁴, celle-ci n'ayant pas effet direct en droit interne²¹⁵. La CIDE érige effectivement l'intérêt supérieur de l'enfant comme valeur fondamentale à prendre en compte pour toutes les décisions le concernant au sein de son article 3²¹⁶.

C'est dans le même esprit que le législateur maltais a adopté la loi de 2015. Par la possibilité qui est offerte au mineur de consentir aux traitements médicaux le concernant par l'intermédiaire de ses parents ou tuteurs, tout en tenant compte de son degré de maturité, la loi maltaise parvient à défendre les droits de l'enfant garantis par la CIDE. C'est dans la même optique que l'intérêt supérieur de l'enfant est placé au centre de l'exception²¹⁷.

Pour finir, il convient de souligner que par sa loi révolutionnaire, Malte entend se dissocier de la CIM. Elle dispose que toute pathologisation de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou de l'expression de genre telles qu'elles peuvent être classées dans la CIM ou une classification similaire, sera considérée comme nulle et non-avenue à Malte²¹⁸.

²¹¹ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 63 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 59.

²¹² M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *ibidem*, p. 63.

²¹³ Const., art. 22bis.

²¹⁴ Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 portant approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant, *M.B.*, 17 janvier 1992.

²¹⁵ Proposition de révision de l'article 22bis de la Constitution, développements, *Doc.*, Ch., 2007-2008, n°0175/001, p. 3 à 5.

²¹⁶ Convention internationale des droits de l'enfant précitée, art. 3.

²¹⁷ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 366.

²¹⁸ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 15, §2.

Section 3 : Regard sur l'opportunité d'une loi ?

Il serait impensable de présenter et développer le système belge actuel relatif aux individus intersexués sans mentionner la récente proposition de résolution adoptée par les députés parlementaires.

Comme le rappelle Tanya Ní Mhuirthile dans sa contribution à *The Legal Status of Intersex Persons*, il faut avant tout être reconnu par la loi pour pouvoir bénéficier de la protection et des droits qu'elle consacre²¹⁹. A cette fin, la reconnaissance d'un statut propre aux personnes avec des variations du développement sexuel ou tout au moins l'adoption d'une loi les visant spécifiquement, se révèle nécessaire.

Bien que certains parlementaires aient admis qu'ils se sentaient concernés par cette problématique lors des discussions entourant le processus d'adoption de la loi du 25 juin 2017²²⁰, la protection spécifique des individus intersexes emportait la nécessité de repenser le système binaire actuel ou de considérer la suppression de toute référence au genre dans les documents officiels. C'est pourquoi les débats parlementaires ont été repoussés en Belgique²²¹.

Finalement, souhaitant se conformer aux conventions internationales et aux différentes condamnations prononcées par les organes des Nations Unies, le Parlement a décidé d'adopter une proposition de résolution relative aux droits des personnes intersexes²²². Il s'agit de la proposition de résolution du 11 février 2021 visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des enfants intersexes²²³. Celle-ci fut adoptée à l'unanimité des députés présents à la chambre ce jour-là.

Etant donné que la législation belge n'interdit pas encore les interventions médicales pratiquées sur les enfants sans leur accord, la Chambre des représentants a voulu influencer la politique du Gouvernement à ce propos par le biais d'un certain nombre de recommandations²²⁴.

La principale requête de cette proposition est la création par le gouvernement d'un cadre législatif apte à protéger l'intégrité physique des enfants intersexes en condamnant toute

²¹⁹ T. Ní Mhuirthile, *op. cit.* (voir note 115), p. 363.

²²⁰ Loi du 25 juin 2017 précitée.

²²¹ M.-P., ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 64 et 65 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 58.

²²² X, « Proposition de résolution du 11 février 2021 visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes », *J.D.J.*, n°402, 2021, p. 32 et 33.

²²³ Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008.

²²⁴ X, « Proposition de résolution du 11 février 2021... », *op. cit.* (voir note 222), p. 32.

décision de modification de leurs caractéristiques sexuelles sans leur consentement libre et éclairé. Ceci, bien entendu, sous réserve d'une nécessité médicale ou d'une situation d'urgence rendant le report de la décision impossible. Dans cette hypothèse, les députés exigent néanmoins que l'on tienne compte de l'avis du mineur s'il est suffisamment capable de discernement²²⁵.

A côté de cela, la résolution vise à garantir la transparence vis-à-vis des traitements médicaux de « normalisation » des caractères sexuels des enfants mineurs et un plus grand respect de l'obligation d'information préalable consacrée à l'article 8, §2 de la loi relative aux droits du patient²²⁶²²⁷. Il est en effet assez courant de garder secret les raisons des interventions pratiquées sur les mineurs intersexués. Cela les empêche alors de s'identifier en tant que tel²²⁸. Une plus grande transparence à ce sujet permettrait de mettre fin à cet obstacle.

D'autres recommandations sont également formulées. Le Parlement demande notamment une meilleure sensibilisation et formation de tous les professionnels amenés d'une façon ou d'une autre à intervenir dans la vie des individus intersexes. Il souhaite également étendre cette sensibilisation au grand public afin de déstigmatiser les personnes intersexuées et promouvoir les recherches pour obtenir des chiffres concernant les cas d'opérations pratiquées en raison de variations du développement sexuel. Par ailleurs, la résolution prévoit aussi la création de deux centres de référence au sein d'un hôpital et invite le législateur à réviser le système actuel d'enregistrement du genre²²⁹.

Reste à savoir ce que le Gouvernement fera de ces recommandations.

Chapitre 3 : L'impact des traitements de « normalisation » sur les droits des enfants intersexes

Nous allons à présent nous pencher sur les droits fondamentaux des enfants intersexes. Comme nous le savons, beaucoup de mineurs intersexes subissent des traitements dit de « normalisation » dès leur plus jeune âge alors qu'une grande majorité d'entre eux naissent en

²²⁵ Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008, p. 5.

²²⁶ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 8, §2.

²²⁷ Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008, p. 6.

²²⁸ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 24.

²²⁹ Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008, p. 6 et 7.

parfaite santé²³⁰. Ces traitements médicaux n'ont dès lors bien souvent aucun but thérapeutique mais ont seulement vocation à faire correspondre l'apparence physique de ces nouveau-nés à la norme masculine ou féminine. Ces interventions reposent sur l'idée que ce sont des soins nécessaires et utiles pour les enfants et pour la société²³¹. Pourtant, « les derniers développements de la réflexion médicale remettent drastiquement en cause l'idée que le traitement chirurgical précoce des [variations intersexes] contribuerait au bien-être des individus concernés »²³². Au contraire, les personnes ayant fait l'objet de ces procédures médicales font part de traumatismes psychologiques et de nombreuses souffrances physiques une fois adultes²³³.

Compte tenu de toutes ces circonstances, quand un nouveau-né est soumis à un traitement de « normalisation » sans nécessité médicale et sans son consentement éclairé, cela pose question en matière de droits humains. Plusieurs de ces droits fondamentaux sont potentiellement atteints. On songe notamment au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, à son droit au respect de son intégrité physique et psychique, à son droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement, à son droit au respect de la vie privée, et enfin, à son droit à l'autodétermination²³⁴. Le présent chapitre tend à analyser les répercussions qu'ont les traitements de « correction » subis par les enfants intersexes sur ces différents droits fondamentaux.

Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant

Il est impossible de parler des enfants intersexués et de leurs droits fondamentaux sans mentionner le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe est consacré par la CIDE qui dispose en son article 3, §1^{er} que dans toutes les décisions les concernant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une « considération primordiale »²³⁵. Le second paragraphe poursuit ensuite en affirmant que « les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui [...] »²³⁶.

²³⁰ Résolution 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 12 octobre 2017, point 1.

²³¹ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 60 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 59.

²³² G. WILLEMS, « Les personnes intersexes... », *op. cit.* (voir note 207), p. 490, note 54.

²³³ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 60 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 59 ; S. BALZARETTI, *op. cit.* (voir note 21), p. 136.

²³⁴ A.-C. RASSON et J. LAFFINEUR, *op. cit.* (voir note 33), p. 7.

²³⁵ Convention internationale des droits de l'enfant précitée, art. 3, §1^{er}.

²³⁶ Convention internationale des droits de l'enfant précitée, art. 3, §2.

La CIDE ayant été ratifiée par 195 pays²³⁷, le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer est repris dans de nombreuses normes juridiques nationales. On le retrouve notamment dans la Constitution belge²³⁸ et dans la loi maltaise de 2015 pour les décisions concernant la reconnaissance de genre et les interventions pratiquées sur les nouveau-nés intersexes²³⁹.

Ce concept d'intérêt supérieur de l'enfant est une notion volontairement floue. De cette manière, elle laisse une marge de manœuvre au juge qui devra l'interpréter. Il s'agit à la fois d'une norme générale et abstraite qui vise à protéger les enfants et leurs intérêts mais également d'un standard qu'il faut appliquer à des situations concrètes en tenant compte de toutes ses spécificités²⁴⁰.

Il existe une sorte de présomption générale que les parents agissent dans l'intérêt supérieur de leur enfant lorsqu'ils prennent une décision en leur nom. Face à deux possibilités, on suppose que les parents choisiront toujours celle qui est la plus favorable à leur enfant. Toutefois, pour les jeunes trans et intersexes, il peut y avoir un inconvénient à étendre cette présomption. La peur de la différence, les discriminations liées au genre et le désir d'éviter la stigmatisation sociale sont des facteurs qui ont incité de nombreux parents à abandonner et même à blesser physiquement des jeunes qui ne correspondaient pas au paradigme des genres. Dans ce cas, on peut se demander si les parents ont réellement agi uniquement dans l'intérêt supérieur de leur enfant²⁴¹.

En droit médical, on pose un regard particulièrement attentif sur les parents qui autorisent des traitements procurant un avantage à un membre de la famille autre que l'enfant traité. On songe notamment aux « bébés-médicaments ». De tels traitements pourraient être contraires à son intérêt. Il en est de même pour les enfants intersexes. On ne conçoit pas qu'un parent puisse consentir à une opération de « normalisation » en raison de sa peur de faire face au stigmate attaché aux différences corporelles²⁴².

²³⁷ NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, La Convention relative aux droits de l'enfant, disponible sur <https://treaties.un.org/pages/Home.aspx?clang=fr>, s.d., consulté le 3 mai 2023.

²³⁸ Const., art. 22bis, al. 4 : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».

²³⁹ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 7, §2, a), §4 et 14, §6, a).

²⁴⁰ A. GOUTTENOIRE, « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », R. Tinière et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 233 et 234.

²⁴¹ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 234 et 235.

²⁴² P. DUNNE, *ibidem*, p. 235.

Par ailleurs, les nombreux actes médicaux réalisés dans le cadre des procédures de « normalisation » imposent des séjours répétés à l'hôpital. Chacun de ces multiples séjours hospitaliers représente un moment de vie dont l'enfant concerné est privé, l'empêchant d'aller à l'école ou de réaliser des activités sportives ou autres. Cela fait obstacle à un développement personnel « normal ». Dans les cas où ces actes sont accomplis sans réelle nécessité médicale, on peut s'interroger sur le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁴³.

A la lumière de ces circonstances, il semble que ce premier droit fondamental soit mis à mal par les procédures de « normalisation » pratiquées sur les jeunes intersexes.

Section 2 : Le droit au respect de l'intégrité physique et psychique

Les procédures dont il est question soulèvent aussi des questions concernant le droit au respect de l'intégrité physique et psychique. Autrefois l'idée prédominante dans la sphère médicale était celle selon laquelle les traitements chirurgicaux précoces faciliteraient l'intégration de l'enfant dans la société, diminueraient les difficultés relatives à son image corporelle et à son identité de genre et rendraient possible les rapports sexuels avec pénétration²⁴⁴. A la fin des années 1990, des études ont remis en cause cette vision des procédures « normalisatrices ». Elles ont mis en lumière les souffrances rencontrées en grandissant par les personnes intersexes opérées durant leur enfance²⁴⁵. Effectivement, en plus d'avoir le sentiment qu'on leur a imposé des catégories de sexe et de genre dans lesquelles elles ne se retrouvent pas, beaucoup d'entre elles font part de traumatismes psychiques et de lésions physiques. Parmi ces conséquences, nous pouvons citer, sans pour autant être exhaustif, la stérilité, la diminution ou la perte totale de sensations sexuelles, la présence de cicatrices fortement marquées ou encore des infections des voies urinaires²⁴⁶.

Comme mentionné précédemment²⁴⁷, de nombreuses entités internationales et institutions protectrices des droits humains se sont insurgées face à ces pratiques qui constituent selon elles des violations des droits au respect de l'intégrité physique et mentale, au respect de la vie privée,

²⁴³ A. SARIS et B. MORON-PUECH, « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, N. Lapierre et V. Nahoum-Grappe (dir.), n°104, 2019, p. 133.

²⁴⁴ G. WILLEMS, « Les personnes intersexes... », *op. cit.* (voir note 207), p. 481.

²⁴⁵ G. WILLEMS, *ibidem*, p. 482.

²⁴⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 60 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 59 et 60 ; C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 97.

²⁴⁷ Cfr. Chapitre 2, section 1, §3.

à la non-discrimination et à l'égalité devant la loi, et de l'interdiction de la torture et autres traitements dégradants²⁴⁸.

Par le biais de deux résolutions adoptées respectivement en 2013²⁴⁹ et 2017²⁵⁰, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a fait part de son opinion sur les procédures médicales de « normalisation » pratiquées sans nécessité médicale et sans le consentement libre des enfants²⁵¹. Avant de commander aux Etats membres d'interdire ces procédures dans sa deuxième résolution, elle a dénoncé « une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour [eux], en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire »²⁵².

Entre-temps, en 2016, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants des Nations Unies a réaffirmé que les procédures forcées auxquelles les personnes intersexes sont soumises telles que la chirurgie de « normalisation » des organes génitaux, la stérilisation et la thérapie hormonale « entraînaient des douleurs et des souffrances physiques et mentales intenses et durables, et pouvaient constituer des actes de torture et de mauvais traitements »²⁵³²⁵⁴.

Evidemment, cela concerne uniquement les interventions médicalement futiles, souvent irréversibles ayant pour objectif que l'apparence de l'enfant soit conforme aux normes de genres, et non celles qui peuvent être justifiées par des affections qui mettent la vie du mineur en danger ou causent un véritable risque pour sa santé²⁵⁵. Celles-ci peuvent consister par exemple en l'ablation de gonades, en la fabrication de néovagin ou en une réduction clitoridienne²⁵⁶.

²⁴⁸ M. CARPENTER, *op. cit.* (voir note 97), p. 205.

²⁴⁹ Résolution 1952 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », 1^{er} octobre 2013.

²⁵⁰ Résolution 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 12 octobre 2017.

²⁵¹ P. HUART, *op. cit.* (voir note 120), p. 499.

²⁵² Résolution 1952 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », 1^{er} octobre 2013, point 2.

²⁵³ OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/31/57 (2016), 5 janvier 2016, §48.

²⁵⁴ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 223.

²⁵⁵ M. CARPENTER, *op. cit.* (voir note 97), p. 208.

²⁵⁶ A. SARIS et B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 243), p. 134.

Beaucoup de ces procédures critiquées s'avèrent donc être des violations du droit au respect de l'intégrité physique, voire même de la torture ou des traitements dégradants lorsqu'elles auront été réalisées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée²⁵⁷.

Il s'agit pourtant d'un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droit de l'homme (ci-après désignée par « la Convention »). Cette dernière prévoit en son article 3 que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »²⁵⁸.

Les Principes de Yogyakarta, un instrument de *soft law* international des droits de l'homme, affirment également la nécessité de garantir la protection de l'intégrité physique des individus intersexes en particulier. Depuis qu'ils ont été complétés en 2017, ils sont effectivement dotés d'un principe spécifiquement dédié à l'intégrité physique et mentale²⁵⁹. Ce principe n°32 dispose que « Tout le monde a le droit à l'intégrité corporelle et mentale, [...]. Chacun a le droit de ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants à cause de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son expression de genre ou de ses caractéristiques sexuelles. Personne ne doit être sujet à des procédures médicales invasives ou irréversibles qui modifient les caractéristiques sexuelles sans son consentement préalable, libre et informé, à moins que cela soit nécessaire pour éviter un dommage grave, urgent et irréparable à la personne concernée »²⁶⁰.

Ce principe doit être lu en combinaison avec le principe n°18 concernant les abus médicaux et qui est accompagné, comme les autres principes, de plusieurs recommandations à destination des Etats. L'une d'entre elles enjoint les Etats à prendre toutes les mesures nécessaires « pour garantir qu'aucun enfant ne voie son corps irréversiblement altéré par des pratiques médicales visant à lui imposer une identité de genre sans [son consentement libre, total et averti], conformément à son âge et à sa maturité [...] »²⁶¹.

²⁵⁷ M. CARPENTER, *op. cit.* (voir note 97), p. 208.

²⁵⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961, art. 3.

²⁵⁹ G. WILLEMS, « Les personnes intersexes... », *op. cit.* (voir note 207), p. 482.

²⁶⁰ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta, adoptés à Genève le 10 novembre 2017, principe n°32.

²⁶¹ Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre précités, principe 18, recommandation B.

Il n'existe encore aucune disposition interne consacrant en droit belge une telle garantie du respect de l'intégrité physique et psychique des personnes intersexuées. Toutefois, une amorce est engagée dans ce sens avec la résolution adoptée en février 2021 par le Parlement²⁶².

Même si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au droit au respect de l'intégrité physique et mentale est abondante²⁶³, elle ne s'était jusqu'il y a peu encore jamais prononcée sur les violations de ce droit concernant spécifiquement l'hypothèse des procédures médicales de « correction » auxquelles sont soumis les individus intersexes. L'arrêt *M. contre France*²⁶⁴ constitue à cet égard une première opportunité pour la Cour de nous faire valoir son opinion²⁶⁵.

Cette affaire, introduite le 4 septembre 2018, concerne une femme née en présentant un état d'intersexuation qui consistait en une petite verge « enlisée », deux testicules, une cavité vaginale, un orifice unique, un caryotype XY, pas d'utérus ni de dérivé müllérien. La requérante était toutefois en parfaite santé²⁶⁶.

Malgré le fait que sa condition ne menaçait nullement sa santé ou sa vie, la requérante a fait l'objet d'au moins cinq opérations chirurgicales et a été soumise à des traitements médicaux au cours de son enfance et de son adolescence. Elle a notamment subi deux « interventions chirurgicales d'exploration » nécessitant l'ouverture de son abdomen, en plus d'une castration bilatérale, d'une clitoridoplastie, d'une vaginoplastie et de plusieurs vulvoplasties. Ces procédures qu'elle qualifie d'« arbitraires expérimentaux » visaient à faire correspondre son apparence au sexe féminin. En addition des douleurs physiques qu'elle ressent lors des rapports sexuels, ces traitements de « féminisation » ont causé à la requérante de graves troubles psychologiques et psychiatriques²⁶⁷.

C'est principalement sur le fondement de l'article 3 de la Convention que la requérante a dénoncé et que la Cour a examiné ces pratiques²⁶⁸. Celle-ci soutient « qu'en raison du refus d'informer opposé à sa plainte avec constitution de partie civile au motif qu'en l'absence d'

²⁶² Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008.

²⁶³ Voir par exemple : Cour eur. D.H., arrêt *A.P. Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, §127 ; Cour eur. D.H., arrêt *I.G. et autres c. Slovaquie*, 13 novembre 2012, §§122 à 124 ; Cour eur. D.H., arrêt *N.B. c. Slovaquie*, 12 juin 2012, §74 ; Cour eur. D.H., arrêt *V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, §116.

²⁶⁴ Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022.

²⁶⁵ P. HUART, *op. cit.* (voir note 120), p. 497 ; EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 1.

²⁶⁶ Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §4.

²⁶⁷ Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §§5 à 12.

²⁶⁸ P. HUART, *op. cit.* (voir note 120), p. 498.

« obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites », l'action publique était prescrite, elle n'a pas bénéficié d'une enquête officielle et effective s'agissant des actes médicaux de « féminisation » qu'elle a subis, alors que de tels actes relèvent de cette disposition dès lors qu'ils sont réalisés sans nécessité médicale et sans le consentement du patient. Elle se plaint également d'un manquement de l'État à son obligation de prendre des mesures effectives pour protéger les individus vulnérables, tels que les enfants, contre les mauvais traitements infligés par d'autres individus »²⁶⁹.

Bien que la Cour ait constaté l'irrecevabilité de la requête en raison du non-respect du principe de subsidiarité²⁷⁰, elle a su profiter de la nature des questions soulevées par la présente affaire pour faire valoir sa position. Elle « reconnaît qu'un acte de nature médicale posé sans le consentement éclairé de la personne concernée ou de son·sa représentant·e et/ou sans nécessité thérapeutique et pouvant être de nature à entraîner sa stérilité est constitutif d'un acte contraire à l'article 3 de la Convention »²⁷¹. La juridiction strasbourgeoise s'est néanmoins abstenue de se prononcer sur les circonstances de l'espèce en raison du défaut d'épuisement des voies de recours internes²⁷².

Elle soulève par ailleurs que la cause aurait pu être examinée sous l'angle du droit à la protection de la vie privée et familiale²⁷³ en ce qu'elle concerne des procédures médicales auxquelles les personnes concernées n'avaient pas consenti²⁷⁴.

Section 3 : Le droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement

Il convient ensuite de s'intéresser au droit à la non-discrimination et à l'égalité de traitement. Ce principe est érigé en tant que droit fondamental par la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 14 dispose effectivement que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée

²⁶⁹ Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §49.

²⁷⁰ Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §§69 à 74.

²⁷¹ P. HUART, *op. cit.* (voir note 120), p. 500.

²⁷² Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §63.

²⁷³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précitée, art. 8.

²⁷⁴ P. HUART, *op. cit.* (voir note 120), p. 498.

notamment sur **le sexe**, la race, [...] ou toute autre situation »²⁷⁵. Par ailleurs, ces droits sont également consacrés en droit belge aux articles 10²⁷⁶ et 11²⁷⁷ de la Constitution.

Au fur et à mesure des années, la jurisprudence de la CEDH et différentes législations nationales ont permis l'extension de la protection offerte par ce droit à toujours plus de nouveaux critères. C'est ainsi que la loi du 4 février 2020²⁷⁸ est venue étendre l'interdiction de discrimination aux caractéristiques sexuelles. Ce faisant, le législateur belge s'est rapproché du droit maltais qui prévoit la même chose depuis 2015²⁷⁹.

En ce qu'ils se voient infliger des traitements médicaux de « normalisation » en raison des « variations » de leur caractéristiques sexuelles qui résultent pourtant d'un processus naturel et biologique, les individus intersexes sont discriminés par rapport aux personnes dyadiques²⁸⁰.

Cette différence de traitement se base sur les caractéristiques sexuelles. Si la Belgique a explicitement consacré ce motif dans sa législation, la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pas encore prononcée sur la question. Toutefois, l'article 14 de la Convention garantit une protection contre la discrimination sur base du sexe. Par le biais de ce critère, elle offre implicitement une garantie contre les discriminations sur base des caractéristiques sexuées, celles-ci rentrant dans la définition du sexe²⁸¹.

Dès lors que la liste des critères de discriminations établie dans la Convention n'est pas limitative mais seulement indicative²⁸², la Cour pourrait décider de l'étendre comme elle l'a déjà fait par le passé²⁸³.

C'est pourquoi même si ce n'était pas mentionné dans la requête, l'Equality Law Clinic de l'ULB et le Human Rights Centre de l'Université de Gand, en qualité de tiers-intervenants dans

²⁷⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précitée, art. 14.

²⁷⁶ Const., art. 10 : « Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres. Les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. L'égalité des femmes et des hommes est garantie ».

²⁷⁷ Const., art. 11 : « La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ».

²⁷⁸ Loi du 4 février 2020 modifiant la loi du 10 mai 2007 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction de discrimination relative à la paternité ou à la comaternité, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 28 février 2020.

²⁷⁹ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act précité, art. 13.

²⁸⁰ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 5.

²⁸¹ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *ibidem*, p. 5.

²⁸² Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Engel et autre c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, §72.

²⁸³ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *op. cit.* (voir note 88), p. 5.

l'affaire *M. contre France*, ont exhorté la Cour à analyser la cause sous l'angle de l'article 14 de la Convention ainsi qu'à examiner la violation de cette disposition en combinaison avec l'article 3 de la même convention. En effet, la Cour étant maîtresse des qualifications juridiques, elle aurait pu se saisir de cette opportunité²⁸⁴.

Cependant, la cause fut finalement déclarée irrecevable sans que la Cour ne puisse se prononcer sur cette potentielle violation du principe de non-discrimination. On peut espérer qu'elle soit prochainement saisie sur cette disposition pour des faits similaires.

Section 4 : Le droit à l'autodétermination

Nous allons finalement nous pencher sur un aspect fondamental de ce mémoire : le droit à l'autodétermination. Etant une facette du droit au respect de la vie privée²⁸⁵ aux côtés du droit à l'identité²⁸⁶, le droit à l'autodétermination prend de plus en plus d'importance au fur et à mesure des années.

C'est dans son arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*²⁸⁷, que la Cour européenne des droits de l'Homme a fait référence pour la première fois à un droit à l'autodétermination. Dans cette affaire relative à l'incrimination du suicide assisté au Royaume-Uni, la requérante alléguait que le « droit de mourir » qu'elle revendiquait, était un aspect du droit à l'« auto-détermination » de la personne, prétendument garanti par l'article 8 de la Convention²⁸⁸. La Cour a estimé que « Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, [elle] considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »²⁸⁹. Cette notion d'autonomie personnelle mentionnée par la Cour peut être comprise comme le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps »²⁹⁰.

Ce droit est également garanti par le droit national. De fait, le respect de la vie privée et familiale dont découle le droit à l'autodétermination est protégé par l'article 22 de la Constitution belge²⁹¹.

²⁸⁴ EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), *ibidem*, p. 5.

²⁸⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précitée, art. 8.

²⁸⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 61.

²⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002.

²⁸⁸ O. DE SCHUTTER, « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 75 et 76.

²⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §61.

²⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §66.

²⁹¹ Const., art. 22 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi [...] ».

Selon Sofia Balzaretto dont nous partageons l'opinion, « Le droit à la détermination de son propre corps, et a fortiori de sa propre intégrité comprend, [...] le droit de déterminer ses modifications corporelles importantes ainsi que son identité de genre et doit, dans le cas de personnes intersexes, primer la logique des opérations chirurgicales »²⁹².

En ce qu'il intervient à la fois dans la sphère médicale et dans les questions relatives à l'identité de genre, il paraît primordial de s'intéresser à ce droit et de voir dans quelle mesure il est impacté par les procédures médicales de « normalisation » infligées aux enfants intersexués.

§1 : Le droit à l'autodétermination dans la sphère médicale

C'est premièrement dans le droit médical que l'autodétermination tend à s'épanouir. Cela ressort du devoir qu'ont les médecins de fournir aux patients ou à leurs représentants légaux des informations claires et complètes afin qu'ils puissent librement opérer un choix et consentir valablement au traitement proposé²⁹³.

Ce devoir transparait notamment de l'article 5 de la Convention d'Oviedo. Cette disposition prévoit qu'une intervention ne peut être pratiquée qu'après que la personne concernée y ait consenti de façon libre et éclairée, et qu'après qu'elle ait reçu « une information adéquate quant [à son but et à sa nature] ainsi que quant à ses conséquences et ses risques »²⁹⁴. Il est vrai que cette Convention n'a aucune force contraignante en droit belge dès lors que la Belgique ne l'a ni signée, ni ratifiée²⁹⁵. Néanmoins, elle possède une influence importante étant donné que 29 Etats sur les 46 qui siègent au Conseil de l'Europe l'ont ratifiée²⁹⁶.

Bien que la Belgique ne soit pas liée par la Convention d'Oviedo, de telles obligations sont également consacrées en droit belge. C'est à l'article 8 de la loi relative aux droits du patient que l'on peut les retrouver. Cet article dispose en son paragraphe premier que « Le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable »²⁹⁷. Il poursuit ensuite en dressant une liste des informations devant être données au patient²⁹⁸.

²⁹² S. BALZARETTI, *op. cit.* (voir note 21), p. 144.

²⁹³ S. BALZARETTI, *ibidem*, p. 144.

²⁹⁴ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997, art. 5.

²⁹⁵ G. GENICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 51.

²⁹⁶ CONSEIL DE L'EUROPE, *Bureau des Traités*, « Etat des signatures et ratifications du traité 164 », disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/portal/home>, s.d., consulté le 10 avril 2023.

²⁹⁷ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 8, §1^{er}.

²⁹⁸ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 8, §2.

Ce droit à exprimer son consentement librement en disposant de toutes les informations nécessaires est un principe fondamental. Aucun être humain ne devrait être soumis à des procédures médicales sans son consentement libre et éclairé²⁹⁹. Il est dès lors indispensable que l'individu concerné ait connaissance de l'intervention proposée, qu'il soit en mesure d'en comprendre la nature et les potentielles conséquences, et surtout qu'il l'accepte sans aucune forme de contrainte³⁰⁰.

C'est dans ce même sens que va le principe 32 des Principes de Yogyakarta. Celui-ci dispose que « Tout le monde a le droit à [...] se déterminer soi-même, quelle que soit son orientation sexuelle, son identité de genre, son expression de genre ou ses caractéristiques sexuelles [...]. Personne ne doit être sujet à des procédures médicales invasives ou irréversibles qui modifient les caractéristiques sexuelles **sans son consentement préalable, libre et informé**, à moins que cela soit nécessaire pour éviter un dommage grave, urgent et irréparable à la personne concernée »³⁰¹.

En ce qui concerne les enfants intersexués, on peut affirmer que cette exigence de consentement est violée à plusieurs égards.

Tout d'abord, comme nous l'avons développé antérieurement³⁰², les nourrissons n'ont pas la capacité de comprendre les informations et d'exprimer leur consentement. Le pouvoir de consentir aux interventions médicales est donc délégué à leurs parents ou tuteurs. En donnant ce pouvoir aux parents qui agissent en collaboration avec les médecins, les enfants intersexués sont privés de leurs droits dans un des aspects les plus intimes et personnels de leur vie. Effectivement, les procédures médicales de « normalisation » modifient le sexe du nouveau-né. Cela fait pourtant partie intégrante de son identité et risque d'influencer toute sa vie future. Parmi la communauté intersexe, beaucoup estiment donc que seules les personnes qui sont elles-mêmes amenées à subir les interventions chirurgicales invasives devraient avoir la capacité d'y consentir. Ils pensent également que l'on devrait attendre que les enfants soient en âge de faire entendre leur voix pour procéder à de tels actes médicaux³⁰³. Cela serait par ailleurs

²⁹⁹ OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/22/53 (2013), 1er février 2013, §32.

³⁰⁰ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 224.

³⁰¹ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°32.

³⁰² Cfr. Chapitre 2, section 2, §3.

³⁰³ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 229 et 230.

plus respectueux des principes consacrés par la CIDE selon lesquels les parents et les médecins ne devraient intervenir médicalement que quand l'enfant peut être entendu et l'a été ³⁰⁴.

En tout état de cause, seule l'urgence médicale permet de justifier le non-respect de cette exigence de consentement. Celle-ci est par ailleurs de stricte interprétation. Pour que l'urgence soit retenue, il faut que les circonstances empêchent le praticien d'obtenir le consentement, que l'intervention ne puisse pas être reportée en raison de sa nécessité et que le traitement soit procuré dans l'intérêt immédiat de l'individu concerné. Certaines interventions répondent à ces conditions. C'est le cas par exemple de celles visant à soigner des conduits urinaires obstrués ou pratiquées quand il y a un risque élevé de cancers. Dans de telles circonstances, on peut admettre qu'il est approprié pour les médecins de recommander ces procédures et qu'elles sont bénéfiques pour les enfants concernés. Mais dans beaucoup d'autres cas, les interventions proposées ne poursuivent qu'un but cosmétique ou ne sont là que pour répondre aux préférences sociales³⁰⁵.

Ensuite, même si on concède que les parents consentent à la place de leur enfant mineur comme c'est actuellement le cas en Belgique, nous pouvons nous demander si ce consentement peut réellement être considéré comme étant libre et éclairé³⁰⁶. Ces derniers donnent effectivement leur aval sur les interventions de « correction » sans être pleinement informés de ce qu'est l'intersexuation et en se trouvant dans une situation de contrainte. Les médecins présentent souvent ces procédures comme l'unique solution envisageable lorsqu'ils sont amenés à conseiller les parents d'un nouveau-né intersexué. Ils restent d'ailleurs assez vagues dans leurs explications et ne présentent pas ou s'attardent peu sur les conséquences négatives que peuvent entraîner ces interventions irréversibles. Il est également fait pression sur les parents en faisant comprendre que l'« ambigüité » sexuelle de leur enfant n'est pas en accord avec les conventions sociales ³⁰⁷. A cet égard, il pourrait être intéressant de s'inspirer de la législation maltaise qui, en adoptant une approche dépathologisante de l'intersexuation, réduit la pression sur les parents entourant la question du consentement aux interventions non urgentes³⁰⁸.

C'est à propos de cette exigence de consentement libre et éclairé que la Cour d'appel de Bruxelles s'est récemment prononcée. Par son arrêt du 7 février 2023³⁰⁹, celle-ci a confirmé la

³⁰⁴ P. DUNNE, *ibidem*, p. 230.

³⁰⁵ P. DUNNE, *ibidem*, p. 231 et 232.

³⁰⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 63.

³⁰⁷ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 229 à 231.

³⁰⁸ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 365.

³⁰⁹ Bruxelles, 7 février 2023.

décision du tribunal de première instance qui avait prononcé cinq ans plus tôt la condamnation de l'hôpital pour les enfants Reine Fabiola pour des traitements médicaux de « normalisation » pratiqués sur une mineure intersexuée. Selon le tribunal, les médecins n'avaient pas satisfait à leurs obligations en matière de consentement. La requérante, âgée de 16 ans au moment des faits, a subi une vaginoplastie en réponse au diagnostic de Syndrome MRKH qui avait été posé. Cette intervention chirurgicale leur avait été présentée, à elle et à sa mère, comme l'unique solution alors que l'opération ne présentait aucune urgence vitale. Ils n'ont par ailleurs institué aucun accompagnement psychologique malgré la fragilité dont la requérante faisait part, fourni aucune explication de ce qu'est l'intersexuation et n'ont nullement étayé les risques que l'opération représentait. Les médecins ont également omis la possibilité de vivre sans vagin et de décider ultérieurement de se faire opérer pour créer un néo-vagin. Cette opération a finalement eu des complications nécessitant d'autres opérations et des dilatations vaginales quotidiennes que la requérante a vécu comme des viols. Ces traitements ont eu des conséquences importantes. Ils ont provoqué des mouvements involontaires de ses bras et de sa tête en plus d'une paralysie de ses jambes³¹⁰.

De tels actes médicaux, en plus d'être une atteinte à l'intégrité physique et psychique, constituent vraisemblablement une violation du droit à l'autodétermination dans son aspect relatif au consentement à des traitements médicaux.

Enfin, toujours en lien avec le domaine médical, il paraît intéressant de souligner que la Convention d'Oviedo garantit le droit à chacun de connaître toute information recueillie sur sa santé³¹¹. Il est toutefois courant que ce droit ne soit pas respecté concernant les individus intersexes comme en témoigne l'arrêt *M. contre France*. Dans cette affaire, la requérante n'a pris connaissance de son état intersexué que fortuitement à l'âge de 23 ans et fait valoir que les médecins ont continué de lui cacher pendant de nombreuses années ce que cela signifiait ainsi que les objectifs des opérations qu'elles avaient subies³¹². Pourtant, selon la Cour de cassation française, le fait de cacher l'état intersexe et l'ignorance corrélative de sa condition, ne constituent pas un obstacle insurmontable permettant de suspendre le délai de prescription pour

³¹⁰ F. DECLERCQ, « L'hôpital des enfants condamné pour des traitements médicaux 'normalisateurs' sur une mineure intersexe », disponible sur <https://www.lesoir.be/503726/article/2023-03-28/lhopital-des-enfants-condamne-pour-des-traitements-medicaux-normalisateurs-sur>, 28 mars 2023.

³¹¹ Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine précitée, art. 10, §2.

³¹² Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §§14 et 15.

engager des poursuites³¹³. Cette méconnaissance de leur état intersexué emporte des difficultés pour les personnes concernées à s'identifier en tant que tel³¹⁴.

Cela signifie qu'à l'instar des personnes trans, les personnes intersexuées peuvent être amenées à rencontrer certaines difficultés dans leur quête de reconnaissance de leur identité de genre notamment en raison de cette politique du secret³¹⁵.

§2 : Le droit à l'autodétermination dans la sphère de l'identité de genre

Il ressort de ce qui précède que les individus intersexes peuvent être fortement impactés dans leur identité de genre. Pourtant, la protection de l'identité sexuelle compte désormais parmi les droits les plus fondamentaux³¹⁶. En témoignent notamment la jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l'Homme³¹⁷ et les célèbres Principes de Yogyakarta. Ceux-ci font par ailleurs directement référence à l'identité de genre comme un aspect capital de l'autodétermination. Le troisième principe prévoit effectivement que « [...] L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont **l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination**, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. [...] »³¹⁸. Ce principe est à lire en parallèle du principe 32 qui fait directement référence aux individus intersexes en disposant que « Tout le monde a le droit [...] à l'autonomie et à se déterminer soi-même, quelle que soit son orientation sexuelle, son identité de genre, son expression de genre ou ses caractéristiques sexuelles »³¹⁹.

En outre, le principe 31 des Principes de Yogyakarta sur le droit à la reconnaissance juridique établit que « Toute personne a le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique sans qu'il soit fait référence à, et sans qu'elle soit obligée de révéler ou que lui soit attribué, un sexe, un

³¹³ A. SARIS et B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 243), p. 133.

³¹⁴ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 24.

³¹⁵ A. SARIS et B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 243), p. 132.

³¹⁶ G. GENICOT, *op. cit.* (voir note 9), p. 633.

³¹⁷ Voir par exemple : Cour eur. D.H., arrêt *X. et Y. c. Roumanie*, 19 janvier 2021 ; Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017 ; Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

³¹⁸ Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre précités, principe n°3.

³¹⁹ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°32.

genre, une orientation sexuelle, une identité de genre, une expression de genre ou des caractéristiques sexuelles [...] »³²⁰.

Les parents des nouveau-nés intersexués ont l'obligation de déclarer leur sexe. Cela conduit à mentionner sur l'acte de naissance des enfants un sexe qui sera mensonger et qui risque de ne pas correspondre au genre auquel ils s'identifieront plus tard, causant ainsi une souffrance chez eux. Pour cette raison, on peut affirmer que cette obligation viole leur droit au respect de la vie privée consacrée par l'article 8 de la Convention³²¹.

Concernant la juridiction strasbourgeoise, elle a affirmé dans son arrêt *Van Kück contre Allemagne* que « la liberté [...] de définir son appartenance sexuelle [...] s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination »³²². Celle-ci a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur le droit à l'autodétermination des personnes intersexuées dans son très récent arrêt *Y contre France*³²³. Dans cet arrêt rendu le 31 janvier 2023, le requérant alléguait une violation de son droit à l'autodétermination garanti par l'article 8 de la Convention, au motif qu'on lui refusait sa demande visant à voir inscrit la mention « neutre » ou « intersexe » sur son acte de naissance à la place de la mention « sexe masculin »³²⁴. Après avoir rappelé que l'identité de genre constituait un aspect essentiel de l'intimité d'une personne³²⁵, la Cour a procédé à une mise en balance des intérêts des parties. Bien qu'elle ait reconnu que la discordance entre le sexe biologique et l'identité sexuée du requérant était de nature à lui causer souffrance et anxiété³²⁶, elle estime qu'en l'absence de consensus européen en la matière, elle se doit de faire preuve de réserve. Même si le requérant ne demandait pas la consécration de la reconnaissance générale d'un troisième genre, reconnaître une violation de l'article 8 de la Convention serait revenu pour elle à contraindre l'Etat en cause à modifier son droit interne, remettant en question l'ensemble des lois ou dispositions basées sur la binarité des genres et impliquant de nombreuses modifications législatives de coordination. Elle en a donc conclu à la non-violation de l'article 8³²⁷.

³²⁰ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°31.

³²¹ A. SARIS et B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 243), p. 132.

³²² Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, §73.

³²³ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023.

³²⁴ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 42 et 43.

³²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §75.

³²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §83

³²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §89 à 93.

En droit belge, c'est à travers l'élaboration de la loi du 25 juin 2017³²⁸ que s'est épanoui le droit à l'autodétermination du point de vue de l'identité sexuée. Selon la circulaire ministérielle qui l'accompagne, c'est sur ce droit que la loi se fonde. Elle ajoute d'ailleurs que « Cela implique que la personne concernée décide entièrement par elle-même comment elle se sent et que personne ne doit établir un diagnostic médical concernant son identité sexuelle »³²⁹. Toutefois, si cette loi a complètement réformé le régime de reconnaissance de l'identité, quelques lacunes subsistent.

La Cour Constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation partielle à ce sujet et s'est finalement prononcée dans son arrêt du 19 juin 2019³³⁰. Par cet arrêt, la Haute juridiction a décidé d'annuler partiellement les articles 3 et 11 de la loi du 25 juin 2017, et par conséquent, l'ex article 62bis de l'ancien Code civil, désormais repris à l'article 135/1 du même Code, au motif qu'ils étaient contraires au droit à l'autodétermination des personnes dont le genre est fluide ou non binaire³³¹. Effectivement, les personnes « non binaires » se voyaient contraintes d'accepter, dans leur acte de naissance, l'enregistrement d'un sexe auquel elles ne s'identifiaient pas. Ce n'était pas le cas des personnes dont l'identité de genre correspondait au paradigme des sexes et qui pouvaient modifier leur sexe juridique s'il ne correspondait pas à leur identité de genre. Même si elle estimait que la différence de traitement entre les personnes dont l'identité de genre est binaire et celles dont elle est fluide ou non binaire reposait sur un critère objectif (à savoir le caractère binaire ou non de leur identité de genre), la Cour a considéré qu'elle n'était pas justifiée. Dès lors, elle en a conclu à une première violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés au principe d'autodétermination³³². La Cour a ensuite pointé une seconde violation de ces dispositions. La loi prévoyait que la transidentité ne justifiait le changement de la mention du sexe dans l'acte de naissance et la modification du prénom qu'une seule fois. Cela entraînait une discrimination des personnes dont l'identité de genre est fluide qui ne pouvaient alors pas obtenir un enregistrement conforme à leur identité intime, contrairement aux personnes dont elle est non-fluide. La Cour a par ailleurs décidé que la procédure incroyablement complexe permettant de retrouver son sexe juridique initial par la

³²⁸ Loi du 25 juin 2017 précitée.

³²⁹ Circulaire du 15 décembre 2017 relative à la loi du 25 juin 2017 réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 29 décembre 2017, p. 116785.

³³⁰ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

³³¹ Y.-H., LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 98.

³³² M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 65 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 52 ; M. PETERS, *op. cit.* (voir note 187), p. 360 et 361 ; G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 904 et 905.

démonstration de « circonstances exceptionnelles » n'était pas suffisante pour contrebalancer les manquements constatés³³³.

Etant donné que ces inconstitutionnalités se rapportent davantage à une lacune législative qu'à la loi attaquée, la Cour a renvoyé la balle au législateur en lui suggérant deux solutions qui permettraient d'y remédier³³⁴. C'est de ces différentes pistes dont traitera le dernier chapitre.

Chapitre 4 : D'éventuelles solutions ?

Les procédures de « normalisation » et plus généralement le cadre juridique entourant la question de l'intersexuation en Belgique, mettent à mal les différents droits fondamentaux des enfants intersexués. Suite à son arrêt d'annulation partielle de 2019, la Cour Constitutionnelle a invité le législateur à revoir son régime de reconnaissance de l'identité sexuée afin d'inclure les personnes dont l'identité de genre est « fluide » ou « non-binaire »³³⁵. Cela l'oblige à réfléchir sur comment réorganiser le système de genre tel qu'il existe encore aujourd'hui dans sa conception binaire, pour le rendre plus respectueux de l'autodétermination de tous les individus.

A cette fin, la Cour Constitutionnelle a suggéré deux pistes au législateur. D'une part, elle évoque l'idée d'ajouter une ou plusieurs nouvelles catégories aux côtés des deux qui existent déjà. D'autre part, elle propose la suppression de l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne³³⁶. Ces deux suggestions pourraient jouer un rôle dans la reconnaissance juridique des individus intersexués en leur permettant de ne plus être nécessairement enregistrés dans une catégorie « masculine » ou « féminine ».

Le présent chapitre tend dès lors à analyser comment les deux pistes proposées par le juge constitutionnel permettent de mieux respecter le droit à l'autodétermination des mineurs intersexes, mis en péril par les traitements de « normalisation ». Pour cela, nous nous intéresserons d'abord à la possibilité de créer une ou plusieurs nouvelles catégories sur les documents de l'état civil. Ensuite, nous regarderons comment la suppression de la référence au sexe ou à l'identité de genre sur l'acte de naissance impacte le droit à l'autodétermination des

³³³ G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *ibidem*, p. 53 et 54 ; M. PETERS, *ibidem*, p. 361 ; G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *ibidem*, p. 906 et 907.

³³⁴ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 65 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *ibidem*, p. 53 ; M. PETERS, *ibidem*, p. 362.

³³⁵ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 896.

³³⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 65 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 98 ; G. WILLEMS, *ibidem*, p. 908.

personnes intersexes. Enfin, pour terminer, nous ferons un point sur l'opportunité d'interdire explicitement les procédures de « normalisation » subies par les nouveau-nés intersexués.

Section 1 : L'introduction d'une catégorie nouvelle

La première possibilité avancée par la Cour Constitutionnelle en 2019 est l'instauration dans le Code civil de nouvelles catégories à l'état civil qui permettraient de reconnaître juridiquement les personnes non-binaires. Par la même occasion, il conviendrait de supprimer le principe d'irrévocabilité du changement d'enregistrement de son sexe dans l'article 135/1 de l'ancien Code civil. Ceci favoriserait la prise en compte des identités fluides³³⁷.

Cette question de la création d'un troisième genre ou de catégories additionnelles n'est pas nouvelle. Bien que cette piste n'ait pas été suivie, elle avait déjà été soulevée en Prusse en 1749. Un projet de code prévoyait une catégorie « *Zwitter* » pour désigner les personnes ayant des caractéristiques relevant des deux sexes, en plus des traditionnelles catégories « homme » et « femme »³³⁸. Effectivement, l'existence même des individus intersexués constitue une preuve hostile à l'inflexible classification binaire des corps et favorable à la création d'une ou plusieurs catégories qui la transcenderaient³³⁹.

Même si la non-binarité fait partie intégrante de la culture de certains pays du sous-continent indien et que cette troisième catégorie anthropologique est même juridiquement reconnue depuis plusieurs années dans ces Etats³⁴⁰, ce n'est pas encore le cas en Europe occidentale. Les exemples d'Etats européens ayant consacré un troisième genre sont rarissimes. Mis à part Malte qui reconnaît le genre non-binaire des étrangers³⁴¹, seule l'Islande a passé le cap de la reconnaissance d'un genre neutre³⁴².

L'Allemagne prévoit une possibilité similaire. Les individus intersexués, sur base d'un jugement médical, peuvent obtenir la mention « indéterminé » sur leurs passeports et autres documents d'identité pour remplacer les traditionnelles mentions « masculin » ou « féminin »³⁴³. Toutefois, en ce que cela vise uniquement les personnes intersexuées, nous ne pouvons pas, à proprement parler, désigner cela comme la création d'un troisième genre.

³³⁷ G. WILLEMS, *ibidem*, p. 909.

³³⁸ A. WIJFFELS, *op. cit.* (voir note 6), p. 195.

³³⁹ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 236.

³⁴⁰ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 912 et 913 ; C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 92 et 93.

³⁴¹ T. NÍ MHUIRTHILE, *op. cit.* (voir note 115), p. 363.

³⁴² G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 910.

³⁴³ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 100.

Pourtant, les Principes de Yogyakarta prévoient que quand le sexe ou le genre continue d’être enregistré, les Etats ont le devoir de mettre en place un mécanisme rapide, transparent et accessible afin que chacun puisse déterminer et voir reconnaître son identité de genre. Ils doivent, à cette fin, accorder plusieurs options pour le choix du genre³⁴⁴. C’est d’ailleurs dans ce sens que vont la résolution 2048 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe³⁴⁵ et celle du parlement européen adoptée en 2019³⁴⁶. Celles-ci invitent respectivement les Etats « à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d’identité des personnes qui le souhaitent »³⁴⁷ et à « [instaurer] des procédures souples pour changer les marqueurs de genre, pour autant qu’ils continuent d’être déclarés, et les noms sur les actes de naissance et les documents d’identité (y compris la possibilité de noms neutres du point de vue du genre) »³⁴⁸.

Néanmoins, malgré ces sollicitations, dans son arrêt de janvier 2023, la Cour européenne des droits de l’Homme a estimé que la France ne violait pas le droit à l’autodétermination garanti par l’article 8 de la Convention en ne faisant pas droit à la demande d’inscription de la mention « neutre » ou « intersexe » sur l’acte de naissance d’une personne³⁴⁹. Les Etats jouissent encore d’une assez large marge d’appréciation en la matière, étant donné qu’il s’agit d’une question de politique générale dans laquelle de profondes divergences d’opinions peuvent exister³⁵⁰.

Ces dernières décennies, nous avons pu constater une « neutralisation » des normes juridiques. Alors qu’elles étaient autrefois très souvent « sexospécifiques »³⁵¹, nombre d’entre elles ne font aujourd’hui plus référence au sexe ou au genre. Ces normes sont dites « genderblind »³⁵². Cet amoindrissement de l’importance que l’on donnait à la distinction entre les sexes laisse la porte ouverte à une réglementation plus flexible. La reconnaissance de nouvelles catégories pourrait dès lors être envisagée³⁵³.

³⁴⁴ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l’application du droit international des droits humains en matière d’orientation sexuelle, d’identité de genre, d’expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°31, point C.

³⁴⁵ Résolution 2048 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, « La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avril 2015.

³⁴⁶ Résolution 2878 du Parlement européen, « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019.

³⁴⁷ Résolution 2048 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, « La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avril 2015, point 6.2.4.

³⁴⁸ Résolution 2878 du Parlement européen, « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, point 9.

³⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §§90 et 92.

³⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §74.

³⁵¹ Cela signifie qu’elles ne visaient qu’un des deux sexes en particulier.

³⁵² G. WILLEMS, « Le genre non binaire », *op. cit.* (voir note 185), p. 913 et 914.

³⁵³ A. HEYVAERT, *op. cit.* (voir note 38), p. 68.

Un système de reconnaissance du genre avec seulement deux options ne correspond pas à la réalité vécue par bon nombre de personnes dont les personnes intersexuées. L'établissement d'un statut légal qui dépasserait cette dichotomie des genres, accessible à tous les individus, indépendamment de leurs caractéristiques sexuelles, constituerait assurément une avancée substantielle en l'associant à un système de reconnaissance du genre basé sur l'autodétermination³⁵⁴.

A vrai dire, dans un système de reconnaissance de l'identité sexuée prétendument basé sur l'autodétermination, il paraît quelque peu absurde de catégoriser les personnes en fonction de leur genre dès leur naissance alors même que ce concept repose sur une conviction profonde et propre à chacun³⁵⁵. Dans ce domaine, le principe d'autodétermination accorde le droit de se voir reconnaître l'identité sexuelle librement choisie³⁵⁶. Or, nous voyons difficilement comment un nouveau-né pourrait faire part d'une telle conviction et déterminer lui-même son genre. Laisser son sexe indéterminé sur les actes de naissance et autres documents officiels jusqu'à ce qu'il soit suffisamment mature pour déterminer lui-même son genre, pourrait alors être envisagé³⁵⁷.

Cette idée n'est pas nouvelle. Déjà au cours du XIX^e siècle, certains médecins, face à la difficulté qu'ils avaient à déterminer le sexe des nourrissons intersexués, argumentaient en faveur de la création d'une mention « sexe indéterminé » sur les actes d'état civil jusqu'à ce que le « véritable » sexe ne se révèle à l'adolescence³⁵⁸.

Une incertitude de cet élément d'identification de la personne provoque malgré tout quelques inquiétudes. Certains craignent que laisser le genre de l'enfant indéterminé à sa naissance entraîne un sentiment de déviance parce qu'il ne rentre pas dans la distinction traditionnelle et augmente la pression exercée sur les parents pour qu'ils acceptent les procédures de « normalisation » sur leur enfant intersexué³⁵⁹. Les parents sont par ailleurs influencés par la doctrine majoritaire des psychologues. Ces derniers estiment qu'il est primordial pour l'enfant d'avoir une identité sexuée précise afin d'éviter qu'il n'éprouve par la suite un mal-être psychique et social tel que la « dysphorie de genre »³⁶⁰. La transidentité constitue pourtant la preuve qu'il est possible d'éprouver un tel mal-être sans pour autant être né avec des variations

³⁵⁴ J. SCHERPE, *op. cit.* (voir note 36), p. 216.

³⁵⁵ M. PETERS, *op. cit.* (voir note 187), p. 363.

³⁵⁶ M. PETERS, *op. cit.* (voir note 187), p. 363.

³⁵⁷ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 67 et 68.

³⁵⁸ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 216 et 217.

³⁵⁹ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 216.

³⁶⁰ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 96.

du développement sexuel³⁶¹. De plus, « la recherche en sciences sociales tend à accréditer l'idée que l'attribution d'une identité « duogénée » n'est pas intrinsèquement un vecteur de stigmatisation ou de discrimination »³⁶².

Pour certains, la création d'une nouvelle catégorie regroupant les individus qui ne sont ni homme, ni femme cisgenre, soulève toutefois une inquiétude. La reconnaissance d'identités non-orthodoxes ne doit pas se faire au détriment des droits des personnes trans et intersexes qui se retrouvent dans la dichotomie traditionnelle. La question est de savoir si les personnes trans ou intersexes doivent rentrer dans cette nouvelle catégorie « autre » ou s'ils peuvent obtenir la reconnaissance sociale et juridique en tant qu'homme ou femme, dans l'hypothèse où ils s'identifieraient en tant que telle³⁶³. Selon nous, cette question ne devrait pas provoquer tant d'inquiétude dès lors que basée sur l'autodétermination, la reconnaissance de genre devrait permettre à chacun d'être reconnu par la société selon le ou les genres au(x)quel(s) il s'identifie ou non (dans le cas des personnes agenres).

La consécration d'une nouvelle catégorie pourrait néanmoins avoir un effet stigmatisant pour les personnes intersexuées. Dans la mesure où la société reste fondamentalement binaire, une telle catégorie juridique pourrait faire l'objet de discriminations et n'être vue que comme une « identité marginale de troisième ordre »³⁶⁴.

L'intitulé de cette nouvelle catégorie soulève aussi une difficulté. La formulation se doit d'être suffisamment large pour couvrir l'ensemble des identités de genres expérimentées par les individus en dehors du paradigme des genres³⁶⁵. Une dénomination telle que « non-spécifique » ou « indéterminée » mettrait encore en évidence un lien avec le système binaire et pourrait être perçue négativement. Une catégorie « neutre », signifiant étymologiquement « ni l'un ni l'autre », serait alors peut-être plus appropriée, surtout pour les personnes intersexuées³⁶⁶. Toutefois, les personnes agenres ou celles dont l'identité sexuée est fluide, risquent de ne pas s'identifier davantage à une nouvelle subdivision inflexible. Celle-ci pourrait s'avérer tout aussi oppressante pour eux³⁶⁷. Compte tenu de ces éléments, la solution pourrait être de faire disparaître toute mention du genre de la sphère juridique³⁶⁸.

³⁶¹ C. FORTIER, *ibidem*, p. 96.

³⁶² G. WILLEMS, « Les personnes intersexes... », *op. cit.* (voir note 207), p. 490, note 54.

³⁶³ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 238.

³⁶⁴ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 100.

³⁶⁵ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 238.

³⁶⁶ B. MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 224.

³⁶⁷ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 238.

³⁶⁸ P. DUNNE, *ibidem*, p. 239.

Cette solution est précisément une des deux alternatives qu'a suggérées la Cour Constitutionnelle dans son arrêt de 2019³⁶⁹.

Section 2 : La suppression de la référence au genre sur l'acte de naissance

Après avoir avancé l'idée de la création de nouvelles catégories de genre, la Cour Constitutionnelle a également évoqué l'hypothèse de l'abolition de l'enregistrement du sexe ou de l'identité sexuée sur l'acte de naissance³⁷⁰.

Même si cette solution pour remédier au paradigme des genres a été envisagée par plusieurs pays dont l'Allemagne et les Pays-Bas, aucun Etat ne l'a encore entièrement adoptée³⁷¹. C'est pourtant ce que les experts qui ont élaboré les Principes de Yogyakarta plus 10 exigent des Etats. Selon le 31^{ème} principe, les Etats doivent « veiller à ce que les documents d'identité contiennent uniquement l'information personnelle qui est pertinente, raisonnable et nécessaire, prescrite par la loi dans un but légitime, et cesser par conséquent l'enregistrement du sexe et du genre de la personne sur des documents d'identité tels que les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports et les permis de conduire, ainsi que comme élément de leur personnalité juridique »³⁷².

Il est vrai que dans un contexte dans lequel les normes juridiques tendent à faire de moins en moins souvent référence au sexe ou au genre, il pourrait paraître plus adéquat d'abandonner une mention qui semble être devenue inutile que de créer une nouvelle catégorie dans le but de surpasser la binarité³⁷³. Cependant, le sexe joue encore un rôle important dans plusieurs domaines juridiques. C'est sur cette base que les modalités d'établissement de la filiation à l'égard des parents sont fondées. Il en est de même pour les règles relatives aux congés de maternité et de paternité, ainsi que pour l'âge jusqu'auquel il est permis de recourir à la procréation médicalement assistée³⁷⁴. De plus, même si les normes sexospécifiques tendent à

³⁶⁹ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

³⁷⁰ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 65 ; Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 98 ; G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 908.

³⁷¹ G. WILLEMS, *ibidem*, p. 913.

³⁷² Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°31, point A.

³⁷³ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 914.

³⁷⁴ G. WILLEMS, *ibidem*, p. 914.

s'effacer de plus en plus, elles ne risquent pas de disparaître totalement du paysage juridique de sitôt, étant donné qu'elles participent à une discrimination positive³⁷⁵.

Effectivement, l'enregistrement du sexe ou du genre des personnes constitue le point de départ d'une politique d'égalité et de non-discrimination³⁷⁶. Des procédés de discrimination positive ont été mis en place dans notre société afin de rétablir un équilibre entre les hommes et les femmes, notamment dans la plupart des institutions ou organisations humaines³⁷⁷ et, en vertu des deux « lois sur la parité »³⁷⁸, sur les listes électorales.

Néanmoins, toujours en ce qui concerne la politique de non-discrimination fondée sur l'enregistrement du sexe, l'abandon de cette inscription n'emporterait pas nécessairement la fin d'une telle conduite dans le domaine du sexe ou de l'identité de genre, comme en témoignent les mesures similaires concernant la race, la religion ou encore l'orientation sexuelle qui ne font pourtant l'objet d'aucun enregistrement³⁷⁹. De plus, certains auteurs féministes avancent l'idée que la distinction des sexes est justement discriminatoire en ce qu'elle aurait propension à asseoir la domination masculine et serait le vecteur du sexisme. Ces auteurs sont suivis par des juristes qui estiment que la référence au sexe devrait être abolie des actes d'état civil au nom de l'impératif d'égalité³⁸⁰. Il faut toutefois observer que la suppression du genre « n'éradiquerait ni le genre social ni les discriminations liées au genre »³⁸¹.

En soi, le sexe ou l'identité de genre en tant qu'élément d'identification de la personne n'est plus réellement essentiel³⁸². S'agissant d'un aspect de l'autodétermination des individus selon la juridiction strasbourgeoise, nous pourrions même estimer que le défaut de toute intervention de l'Etat en la matière serait la consécration ultime du droit au respect de la vie privée. Certains considèrent même que cette abolition serait une « conséquence radicale du droit à l'autodétermination dans cette matière »³⁸³. D'autres personnes avancent l'idée que la

³⁷⁵ B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 366), p. 222.

³⁷⁶ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, 6e éd., Anvers, Intersentia, 2019, p. 109.

³⁷⁷ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 916.

³⁷⁸ Loi du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone, *M.B.*, 28 août 2002 ; Loi spéciale du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Conseil régional wallon, du Conseil flamand et du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 13 septembre 2002.

³⁷⁹ F. SWENNEN, *op. cit.* (voir note 376), p. 109.

³⁸⁰ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 915.

³⁸¹ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 240 (traduction libre).

³⁸² B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 366), p. 231.

³⁸³ M. PETERS, *op. cit.* (voir note 187), p. 363.

suppression de cette mention offrirait à chacun la possibilité d'exprimer son genre sans que l'Etat ne puisse valider ou invalider son intime conviction³⁸⁴.

En toute hypothèse, le maintien d'une possibilité d'enregistrer le sexe ou l'identité de genre des individus s'avérera tout de même indispensable afin de garantir la poursuite et le développement des politiques égalitaires mises en place³⁸⁵.

Cette proposition pourrait s'avérer plus respectueuse de la réalité vécue par les personnes qui n'expérimentent aucun genre ou dont l'identité sexuée est fluide. Toutefois, elle risque d'entraîner plusieurs difficultés relatives au droit à l'autodétermination de celles qui sont intersexuées.

Si cette mesure conviendrait certainement aux individus intersexués qui désirent garder leur particularité secrète, ainsi qu'aux hommes et aux femmes qui ne souhaiteraient pas être identifiés au moyen de ce critère, elle ne tient nullement compte de la portée symbolique que la consécration de l'identité de genre sur les documents d'identité peut avoir pour certains³⁸⁶. Bon nombre de personnes trans ou intersexes se retrouvent dans un des deux sexes que notre système juridique actuel connaît. Leur seul souhait est d'être confirmées dans leur identité masculine ou féminine³⁸⁷. L'inscription de leur identité sexuée sur les documents officiels constituerait alors la preuve que l'Etat admet cette partie de leur identité et manifesterait par la même occasion l'importance qu'il lui accorde³⁸⁸.

A cet égard, nous pourrions tout autant considérer que l'enregistrement de l'identité sexuée à l'état civil participe au respect de la vie privée et à l'autodétermination des individus³⁸⁹. Nombreux sont ceux qui, cisgenres ou non, souhaitent simplement voir leur identité de genre affirmée par l'Etat. Ainsi, même les personnes cisgenres qui défendent la reconnaissance juridique de la non-binarité pourraient s'opposer à la suppression de cet enregistrement civil entraînant pour chacun la perte involontaire de son statut et l'obligation d'adopter une « neutralité de genre implicite »³⁹⁰. Dans la même optique, beaucoup de personnes trans pourraient contester l'abolition de l'inscription du genre car il s'agit de la dernière étape de leur

³⁸⁴ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 916 et 917.

³⁸⁵ Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 98 ; F. SWENNEN, *op. cit.* (voir note 376), p. 109.

³⁸⁶ B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 366), p. 230.

³⁸⁷ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 237.

³⁸⁸ B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 366), p. 230.

³⁸⁹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 917.

³⁹⁰ P. DUNNE, *op. cit.* (voir note 8), p. 239 et 240.

parcours pour obtenir la reconnaissance de leur identité sexuée et ce, malgré le fait qu'elles soutiennent la reconnaissance de la non-binarité³⁹¹.

Compte tenu de ces éléments, une mesure moins radicale que l'abolition totale de cette mention des documents officiels d'identité, pourrait être envisagée. Nous pourrions la rendre facultative. Théoriquement, rien ne s'y oppose. En revanche, une intervention des autorités compétentes sera nécessaire pour modifier les textes qui gouvernent ces actes afin d'y inscrire le caractère facultatif de cette référence³⁹². En choisissant la voie d'un enregistrement facultatif de l'identité de genre, nous offririons à chacun la possibilité de décider de dévoiler ou non une partie de son intimité³⁹³. Par ailleurs, l'acceptation ou le refus de voir son genre mentionné sur un titre officiel pourrait ne pas s'étendre aux autres documents. De cette manière, par exemple, une personne intersexuée pourrait obtenir une copie de son acte de naissance reprenant cette information, sans que celle-ci ne figure sur sa carte d'identité ou son passeport³⁹⁴. Une telle solution s'inscrirait dans le sillage des Principes de Yogyakarta qui commandent que les documents d'identité ne contiennent que des informations pertinentes et nécessaires, et que les Etats cessent dès lors d'y faire figurer le sexe ou le genre³⁹⁵.

Section 3 : L'interdiction des procédures de « normalisation »

La révision du système actuel de la reconnaissance juridique des identités sexuées est assurément une étape indispensable pour le respect de l'autodétermination des êtres intersexués. Une consécration juridique de leur identité permettrait probablement de ne plus voir les caractéristiques intersexuées des nouveau-nés comme des « anomalies » qu'il faut « corriger ». Néanmoins, l'autodétermination ne se limite pas au choix de son identité de genre mais joue aussi un rôle dans le consentement aux traitements médicaux. Une intervention législative pour interdire explicitement les traitements « normalisateurs » s'avère donc également être nécessaire pour protéger les droits de ces enfants³⁹⁶.

Ce n'est pas, à proprement parler, une interdiction pure et simple de ces traitements que nous attendons. Même s'il exige l'expression d'un consentement explicite et irrévocable, le principe

³⁹¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 917.

³⁹² B. MORON-PUECH, *op. cit.* (voir note 366), p. 232.

³⁹³ B. MORON-PUECH, *ibidem*, p. 230.

³⁹⁴ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 920 ; B. MORON-PUECH, *ibidem*, p. 232.

³⁹⁵ Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta précités, principe n°31, point A.

³⁹⁶ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 66.

fondamental de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant n'entraîne pas en tant que tel une condamnation de toutes les opérations médicales non-indispensables³⁹⁷.

Nous aspirons plutôt à la différenciation de ces procédures jusqu'à un âge où l'enfant serait suffisamment mature pour prendre part à la décision médicale le concernant. Cela serait bien plus respectueux de son autodétermination dans le domaine du consentement. Cela se limiterait, bien entendu, aux procédures non-urgentes, quand la variation du développement sexuel n'entraîne aucun risque pour la santé du mineur³⁹⁸.

C'est dans ce sens que Marie-Pascale Allard suggère d'introduire une exception à l'article 12, §1^{er} de la loi relative aux droits du patient³⁹⁹ afin d'empêcher les parents d'accepter, dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale, que ce type de procédures ne soient réalisées sans véritable exigence médicale sur leur enfant intersexué. Conformément à la lettre de l'article 12, §2 de la même loi, il serait préférable de laisser le patient mineur consentir lui-même à ces traitements, une fois qu'il pourra être considéré comme « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts »⁴⁰⁰.

Ce cap a déjà été franchi dans plusieurs pays. Outre Malte qui a ouvert le bal en interdisant légalement les procédures de « normalisation » par sa loi de 2015, nous pouvons mentionner la Suisse. Dans cet Etat, les chirurgies et autres traitements non-vitaux sont reportés jusqu'à ce que le mineur soit en mesure de prendre part aux décisions les concernant. Les médecins ne peuvent d'ailleurs accomplir ces procédures qu'à partir du moment où elles sont demandées par les personnes intersexuées, elles-mêmes⁴⁰¹.

De telles mesures comprennent et respectent l'essence même du droit à l'autodétermination : laisser les individus prendre librement des décisions concernant leur intégrité corporelle et définir eux-mêmes leur identité.

Conclusion

Les enfants intersexes, parce qu'ils ne remplissent pas parfaitement les critères établis au sein de notre société, sont soumis à des procédures non-urgentes, sans consentement libre et éclairé, dans un but purement esthétique. Ces opérations et traitements hormonaux sont réalisés

³⁹⁷ J. SCHERPE, *op. cit.* (voir note 36), p. 211.

³⁹⁸ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 66.

³⁹⁹ Loi du 22 août 2002, précitée.

⁴⁰⁰ M.-P. ALLARD, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, *op. cit.* (voir note 1), p. 66 et 67.

⁴⁰¹ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 99 et 100.

dans le but de les conformer aux normes « masculines » ou « féminines »⁴⁰² parce qu'il est difficile pour notre société d'accepter que certaines personnes ne rentrent pas dans la dichotomie des genres qu'elle a mise en place.

Comme nous l'avons vu, ces procédures médicales de « normalisation » peuvent avoir des conséquences désastreuses tant sur le plan physique que psychologique, laissant des stigmates sur le corps et l'esprit de ceux qui en ont été les victimes⁴⁰³.

Quelle est la place du droit à l'autodétermination des individus intersexués dans le cadre de ces procédures « normalisatrices » ?

Au regard des développements précédents, nous pouvons affirmer sans l'ombre d'un doute qu'elle est moindre. Ces opérations privent l'enfant de son droit à s'exprimer sur les modifications corporelles le concernant alors que plusieurs normes juridiques⁴⁰⁴ imposent qu'il puisse prendre part à ces décisions médicales lorsque c'est possible. Elles le dépossèdent, par la même occasion, du droit de se définir comme il le souhaite, en lui imposant dès la naissance un genre binaire qui ne lui correspondra peut-être pas par la suite⁴⁰⁵ et en gardant secrète, la plupart du temps, cette partie de son identité⁴⁰⁶.

Les divers Comités onusiens et autres organisations internationales ont raison de s'inquiéter. Outre le droit à l'autodétermination, ces procédures mettent à mal plusieurs autres droits fondamentaux : le droit au respect de l'intégrité physique et psychique, le droit à l'égalité et à la non-discrimination, le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, et plus globalement, le droit au respect de la vie privée et familiale.

Quelles solutions pourraient alors être apportées au système juridique belge pour le rendre plus respectueux de ces différents droits et ainsi assurer une meilleure protection des enfants intersexués ?

Une intervention législative semble tout d'abord primordiale pour consacrer l'interdiction des procédures « normalisatrices » réalisées sur les enfants intersexués sans qu'elles ne soient nécessaires, alors qu'ils sont trop jeunes pour y consentir. Selon nous, il faudrait reporter cette

⁴⁰² E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 19.

⁴⁰³ M.-P. ALLARD, *op. cit.* (voir note 1), p. 60 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, *op. cit.* (voir note 23), p. 59 ; S. BALZARETTI, *op. cit.* (voir note 21), p. 136.

⁴⁰⁴ Voir notamment Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine précitée, art. 6, §2 ; Const., art. 22bis ; Loi du 22 août 2002 précitée, art. 12, §2.

⁴⁰⁵ Y.-H. LELEU, *op. cit.* (voir note 9), p. 100.

⁴⁰⁶ E. COBURN, *op. cit.* (voir note 7), p. 24.

décision. La question est alors de savoir jusqu'à quand. Peut-être pourrions-nous aller plus loin que le droit maltais en la repoussant non pas jusqu'à la majorité, mais simplement jusqu'à ce que l'enfant fasse suffisamment preuve de maturité que pour rationnellement évaluer ses intérêts et faire valoir son opinion. C'est déjà ce que la loi relative aux droits du patient prévoit en son article 12, §2 pour les autres traitements médicaux⁴⁰⁷. Par la même occasion, il pourrait s'avérer opportun de consacrer juridiquement la pratique suisse actuelle selon laquelle les procédures médicales ne peuvent être réalisées que si les personnes intersexuées en font elles-mêmes la demande⁴⁰⁸.

La réflexion s'étend plus loin. Le législateur pourrait prévoir une reconnaissance juridique de l'autodétermination de l'identité sexuée propre à chacun et des fluctuations du genre. Ce serait la concrétisation d'un concept du genre plus ouvert que jamais, qui surpasserait sa binarité, tout en remettant fondamentalement en cause le sexe comme catégorie juridique⁴⁰⁹. Cette consécration de l'autodétermination du genre, permettant une reconnaissance des personnes non-binaire en plus des personnes dont le genre est fluide, est exigée par la Cour Constitutionnelle dans le cadre de son arrêt de 2019⁴¹⁰ et ouvrirait, dans un même temps, la voie à la reconnaissance des personnes intersexes.

Néanmoins, au terme de notre analyse, il ressort que chacune des suggestions avancées par la Cour Constitutionnelle présente quelques failles malgré les avantages non-négligeables dont elles font preuve. Nous pourrions alors envisager un compromis entre les deux approches en tentant de conjuguer au maximum leurs atouts respectifs. Cette synthèse entre les approches réformiste et abolitionniste consisterait à maintenir l'enregistrement du sexe mais en le rendant facultatif et en étendant les options au-delà de la dualité masculine ou féminine. Cette mention ne devrait par ailleurs apparaître que là où elle est véritablement nécessaire. Un tel régime de reconnaissance de l'enregistrement de l'identité de genre offrirait à chacun la possibilité d'obtenir la consécration de son identité propre par une inscription sur les actes de l'état civil, tout en laissant la faculté d'y échapper. Effectivement, un mécanisme serait mis en place afin de permettre à ceux qui le souhaitent, personnes agenres ou non, de demander à ce que leur sexe ou identité sexuée ne soit pas mentionnée sur les documents officiels. De cette manière, au lieu de supprimer pleinement toute référence au sexe, chacun pourrait librement choisir de

⁴⁰⁷ Loi du 22 août 2002 précitée, art. 12, §2.

⁴⁰⁸ C. FORTIER, *op. cit.* (voir note 2), p. 99.

⁴⁰⁹ S. BALZARETTI, *op. cit.* (voir note 21), p. 144.

⁴¹⁰ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

s'en affranchir. De surcroît, chacun pourrait décider sur quel(s) document(s) il souhaite ou non la voir figurer⁴¹¹.

Par ailleurs, à l'instar de la décision de procéder à des traitements médicaux de « correction », l'enregistrement du sexe juridique, dans l'hypothèse où l'individu ne désirerait pas s'y soustraire, pourrait être différé jusqu'à ce que l'enfant soit apte à déterminer lui-même cette facette de son identité⁴¹².

Enfin, nous devrions peut-être nous inspirer du *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* et prévoir une procédure unique pour obtenir la reconnaissance des identités sexuées. Cela mettrait fin à la distinction inutile qui existe toujours dans notre droit entre les personnes trans et intersexes dans leur quête identitaire.

Ce n'est pas la première fois que le législateur est amené à intervenir pour protéger des minorités et protéger leurs droits. Il lui revient à présent d'agir pour mettre fin aux souffrances infligées aux enfants intersexués et leur garantir une plus grande protection de leurs droits fondamentaux.

⁴¹¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire... », *op. cit.* (voir note 185), p. 919 et 920.

⁴¹² G. WILLEMS, *ibidem*, p. 919.

Bibliographie

Législation

Internationale :

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961, art. 3, 8 et 14.
- Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991 portant approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant, *M.B.*, 17 janvier 1992, art. 3.
- Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997, art. 5, 6, §2 et 10, §2.
- Principes de Yogyakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, adoptés à Yogyakarta le 26 mars 2007, principes n°3 et 18.
- Principes de Yogyakarta plus 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Yogyakarta, adoptés à Genève le 10 novembre 2017, principes n°31 et 32.
- Résolution 1952 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », 1^{er} octobre 2013, point 2.
- Résolution 2048 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avril 2015, point 6.2.4.
- Résolution 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 12 octobre 2017, points 1 et 7.1.1.
- Résolution 2878 du Parlement européen, « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, points 2 et 9.
- Observations finales du Comité des droits de l'enfant, CRC/C/BEL/CO/5-6 (2019), 1^{er} février 2019, §§25 et 26.

- Observations finales du Comité des droits de l’homme, CCPR/C/BEL/CO/6 (2019), 1^{er} novembre 2019, §22.
- Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/BEL/CO/5 (2020), 6 mars 2020, §§54 et 55.
- OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/22/53 (2013), 1^{er} février 2013, §§32 et 88.
- OHCHR, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/31/57 (2016), 5 janvier 2016, §§48 et 70.

Maltaise :

- Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act du 14 avril 2015, *Legizlazzjoni Malta*, 14 mai 2018.

Belge :

- Const., art. 10, 11, 22 et 22bis.
- C. pén., art. 398 à 400, 409, 417/1 et 417/2.
- anc. C. civ., art. 33, 34, 35, 44, 1^o, 48, 135/1, 135/2 et 370/3, §3.
- Loi du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidatures aux élections des Chambres législatives fédérales et du Conseil de la Communauté germanophone, *M.B.*, 28 août 2002.
- Loi spéciale du 18 juillet 2002 assurant une présence égale des hommes et des femmes sur les listes de candidats aux élections du Conseil régional wallon, du Conseil flamand et du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 13 septembre 2002.
- Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 8 et 12.
- Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.
- Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l’adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006.
- Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007.
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.
- 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, *M.B.*, 12 juillet 2007.

- Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.
- Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, art. 117, 7°.
- Loi du 4 février 2020 modifiant la loi du 10 mai 2007 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction de discrimination relative à la paternité ou à la comaternité, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 28 février 2020.
- Circulaire du 15 décembre 2017 relative à la loi du 25 juin 2017 réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 29 décembre 2017, p. 116785.

Travaux préparatoires :

- Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°0043/008.
- Proposition de révision de l'article 22bis de la Constitution, développements, *Doc.*, Ch., 2007-2008, n°0175/001, p. 3 à 5.
- X, « Proposition de résolution du 11 février 2021 visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes », *J.D.J.*, n°402, 2021, p. 32 et 33.

Jurisprudence :

Cour européenne des droits de l'Homme :

- Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, §§74, 75, 83, 89 à 93.
- Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, §§4 à 15, 49, 63, 69 à 74.
- Cour eur. D.H., arrêt *X. et Y. c. Roumanie*, 19 janvier 2021.
- Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, §127.
- Cour eur. D.H., arrêt *Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015.
- Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015.
- Cour eur. D.H., arrêt *I.G. et autres c. Slovaquie*, 13 novembre 2012, §§122 à 124.
- Cour eur. D.H., arrêt *N.B. c. Slovaquie*, 12 juin 2012, §74.
- Cour eur. D.H., arrêt *V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, §116.

- Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, §73.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.
- Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §§61 et 66.
- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Engel et autre c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, §72.

Belge :

- C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.
- Bruxelles, 7 février 2023.

Doctrine

Ouvrages :

- ALLARD, M.-P., MATHIEU, G., et RASSON, A.-C., « L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge : vers un changement de paradigme ? », *L'enfant et le sexe*, B. Mallevaey et A. Fretin (dir.), Paris, Dalloz, 2021, p. 57 à 69.
- BALZARETTI, S., « Les opérations non consenties d'assignation sexuelle sur les enfants intersexes : enjeux actuels en droit suisse », *Le consentement en droit*, S. Besson, Y. Mausen et P. Pichonnaz (dir.), Schulthess, Zürich, 2018, p. 135 à 154.
- BORRILLO, D., *Le droit des sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 51 à 122.
- BRANLARD, J.-P., *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 15 à 17 et 454 à 463.
- DUNNE, P., « Towards Trans and Intersex Equality : Conflict or Complementarity ? », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 217 à 240.
- GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 47 à 53 et 631 à 640.
- GOUTTENOIRE, A., « La consécration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'Union européenne », R. Tinière et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 233 à 245.
- HEYVAERT, A., *Het personen – en gezinsrecht ont(k)leed : : theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gand, Mys en Breesch, 2001, p. 64 à 68.

- HUGHES, I., « Biology of Fetal Sex Development », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 25 à 45.
- LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 77 à 115.
- MATHIEU, G., RASSON, A.-C. et ROLAIN, M., « L’appréhension des violences subies par les personnes trans* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », S. Wattier (dir.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 35 à 62.
- NÍ MHUIRTHILE, T., « The Legal Status of Intersex Persons in Malta », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 357 à 367.
- PY, Br., *Le sexe et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 3 à 12.
- SCHERPE, J., « Lessons from the Legal Development of the Legal Status of Transsexual and Transgender Persons », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 203 à 216.
- SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, 6^e éd., Anvers, Intersentia, 2019, p. 102 à 109.
- WATTIER, S. et HUART, P., « 5.2. - La vie familiale des personnes transgenres », N. Dandoy et G. Willems (dir.), *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 639 à 662.
- WIJFFELS, A., « Intersex : Some (Legal-) Historical Background », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 181 à 200.
- WILLEMS, G., « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, G. Mathieu et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 479 à 490.

Reuves :

- BRIBOSIA, E., et RORIVE, I., « Droit de l’égalité et de la non-discrimination », *Journal européen des droits de l’homme*, 2019, p. 120 à 140.
- CAP, S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, p. 59 à 117.

- CARPENTER, M., « Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases », *Health and Human Rights Journal*, vol. 20, n°2, décembre 2018, p. 205 à 214.
- COBURN, E., « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité : Le sujet intersexe, trans et queer », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 9 à 31.
- DE SCHUTTER, O., « L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, p. 71 à 111.
- FORTIER, C., « Intersexués : le troisième genre en question en France et au-delà », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 91 à 106.
- HUART, P., note sous Cour eur. D.H., déc. *M. c. France*, 19 mai 2022, *Rev. trim. dr. fam.*, 2022, p. 497 à 502.
- MORON-PUECH, B., « Le droit des personnes intersexuées », *Socio*, E. Coburn (dir.), n°9, 2017, p. 215 à 237.
- PETERS, M., « La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu », note sous C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 357 à 364.
- RENCHON, J.-L., « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 229 à 275.
- SARIS, A. et MORON-PUECH, B., « La lutte pour la reconnaissance des droits des personnes intersexuées », *Communications*, N. Lapierre et V. Nahoum-Grappe (dir.), n°104, 2019, p. 131 à 147.
- TODTS, O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, 2013, p. 133 à 187.
- WILLEMS, G., « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », obs. sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *rev. trim. dr. h.*, 2020, p. 895 à 920.

Divers :

- BERTOCCHIO, F., et ZAMORA CRUZ, C., « Malte, pour la révolution du genre », disponible sur <https://www.inter-lgbt.org/>, 8 avril 2015.
- EQUALITY LAW CLINIC, Mémoire « Pour une reconnaissance par la Belgique des droits fondamentaux des personnes intersexes », disponible sur <https://equalitylawclinic.ulb.be/images/Memorandum-Intersexe-23-avril-2019.pdf>, 23 avril 2019.

- DECLERCQ, F., « L'hôpital des enfants condamné pour des traitements médicaux 'normalisateurs' sur une mineure intersexe », disponible sur <https://www.lesoir.be/503726/article/2023-03-28/lhopital-des-enfants-condamne-pour-des-traitements-medicaux-normalisateurs-sur>, 28 mars 2023.
- EQUALITY LAW CLINIC (E. BRIBOSIA *et al.*) et HUMAN RIGHTS CENTRE (E. BREMS *et al.*), obs. sous Cour eur. D.H., affaire communiquée *M. c. France*, 22 septembre 2020, Bruxelles, 24 février 2021, p. 1 à 10.
- OHCHR, UN WOMEN, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF et WHO, « Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization – An interagency statement », disponible sur <https://www.unaids.org/en>, 1^{er} mai 2014.
- RASSON, A.-C. et LAFFINEUR, J., « Les droits des enfants intersexes », décembre 2021, disponible sur <https://lacode.be/>, décembre 2021, p. 1 à 10.

Sources internet

- CONSEIL DE L'EUROPE, *Bureau des Traités*, « Etat des signatures et ratifications du traité 164 », disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/portal/home>, *s.d.*, consulté le 10 avril 2023.
- NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, La Convention relative aux droits de l'enfant, disponible sur https://treaties.un.org/pages/Home.aspx?clang=_fr, *s.d.*, consulté le 3 mai 2023.
- OHCHR, « Rôle des organes conventionnels », disponible sur https://www.ohchr.org/fr/ohchr_homepage, *s.d.*, consulté le 13 mars 2023.
- OII-EUROPE, « Intersex Resources », disponible sur [International-intersex-human-rights-movement Links-to-human-rights-documents-addressing-intersex-and-important-events_June-2020.pdf](https://international-intersex-human-rights-movement-links-to-human-rights-documents-addressing-intersex-and-important-events-june-2020.pdf) (oiieurope.org), juin 2020, p. 3 à 10.
- X, « What is bodily autonomy ? », disponible sur <https://thepersecuted.org/bodily-autonomy-definition-and-examples/>, 1^{er} décembre 2020.

Sources non-juridique

- CENTRE DE REFERENCE DES PATHOLOGIES GYNECOLOGIQUES RARES, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) - Aplasies utéro vaginales : Syndrome de Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser », disponible sur <https://www.has->

[sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-11/pnds_mrkh_argumentaire_2021-11-14_final.pdf](https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-11/pnds_mrkh_argumentaire_2021-11-14_final.pdf), novembre 2021.

- CENTRE DE REFERENCE DU DEVELOPPEMENT GENITAL : DU FETUS A L'ADULTE, « Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) : Insensibilités aux androgènes », disponible sur https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf, 21 décembre 2017.
- CESH, « Sexe et différenciation sexuelle », disponible sur <https://www.stresshumain.ca/>, s.d., consulté le 12 février 2023.
- COLLECTIF INTERSEXE ACTIVISTE – OII FRANCE, Brochure « Visibilité intersexe : informations de base », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 29 octobre 2017.
- GENRES PLURIELS, « Revendications intersexes », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/>, 28 janvier 2017.
- HCDH, Factsheets « Intersex », disponible sur <https://www.unfe.org/>, s.d., consulté le 7 février 2023.
- Intersex Belgium disponible sur <https://intersexbelgium.be/>, s.d., consulté le 7 février 2023.
- ISNA, « How common is intersex ? », disponible sur <https://isna.org/>, consulté le 12 février 2023.
- SOSHOMOPHOBIE, « Agenre », disponible sur <https://www.sos-homophobie.org/>, s.d., consulté le 15 mai 2023.
- MILTON, J., *Pro populo Anglicano defensio contra Claudii anonymi, alias Salmasii Defensionem regiam*, Londini, Typis Du Gardianis, 1651.
- WHO, « International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision », disponible sur <https://icd.who.int/browse10/2019/en>, mai 1990.
- WHO, « International Classification of Diseases, 11th Revision », disponible sur <https://icd.who.int/en>, mai 2019.
- X, Health topic « Gender and health », disponible sur <https://www.who.int/>, s d., consulté le 6 février 2023.

Encyclopédies :

- Académie Nationale de Médecine, « Différenciation sexuelle », disponible sur <http://dictionnaire.academie-medecine.fr/>.
- ENCYCLOPEDIE ORPHANET GRAND PUBLIC, Fiches d'information, disponible sur <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=FR>.

- *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers...*, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1751.
- *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste ...*, 1732.
- Le Larousse Médical, dir. J.-P. Wainsten, 6^e éd., 2022, p. 46, 80, 124, 472, 475, 665, 791, 792 et 988.

