

Audrey BOISGONTIER

Anatomie du sexe juridique : *analyse de la reconfiguration d'une catégorie à l'aune de l'autonomie individuelle*

Thèse présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2025
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit public**
de l'Université Paris Nanterre

sous la direction de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteure :	Mme Marie-Xavière Catto	Professeure des universités : Nantes Université
Rapporteure :	Mme Albane Geslin	Professeure des universités : Sciences Po Lyon
Membre du jury :	Mme Stéphanie Hennette-Vauchez	Professeure des universités : Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Véronique Champeil-Desplats	Professeure des universités : Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Darren Rosenblum	Professeur.e des universités : Université McGill
Membre du jury :	Mme Florence Bellivier	Professeure des universités : Université Paris I Panthéon Sorbonne

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur autrice.

À la mémoire de ma mère

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier très sincèrement ma directrice de thèse, la professeure Stéphanie Hennette-Vachez, de m'avoir transmis le goût de la recherche dès le Master 2. Je vous suis reconnaissante de m'avoir accordé votre confiance et d'avoir encadré ce travail avec autant de bienveillance. Votre générosité et votre exigence ont été les moteurs les plus précieux pour mener à bien cette recherche.

Mes remerciements vont également aux professeur·e·s Florence Bellivier, Marie-Xavière Catto, Véronique Champeil-Desplats, Albane Geslin et Darren Rosenblum pour avoir accepté de siéger dans ce jury de soutenance et me faire l'honneur d'évaluer ce travail.

J'ai eu la chance de pouvoir réaliser cette thèse au sein du CTAD, où la rigueur scientifique s'associe à une ambiance chaleureuse de travail, avec le souci constant de soutenir la jeune recherche. Pour leurs conseils et remarques avisés, je remercie tout particulièrement Charlotte Girard, Michaël Koskas, Anne-Charlotte Martineau, Éric Millard, Thibaud Mulier, Lionel Zevounou, ainsi qu'Henri Sergent pour son aide précieuse dans la gestion des sources. Les séjours au château de Goutelas auront également été des parenthèses privilégiées, et je retiens tout particulièrement les échanges avec Elsa Fondimare, Sophie Grosbon et Tatiana Gründler, qui m'ont permis d'affiner ma réflexion.

Un grand merci aussi à Gaby, pour sa gentillesse et sa capacité à toujours trouver une solution à chaque problème.

Merci également à mes camarades de thèse qui, pendant toutes ces années, ont rendu cette aventure infiniment plus joyeuse, et en particulier à Arthur, Claire, Clément, Christelle, Élise, Gautier, Inès, Maria, Pénélope, Riccardo, Robin, Thomas, Yanisse, avec une mention spéciale pour mon co-bureau de la 418, Vincent, et pour Sam, grâce à qui ces longues journées passées en bibliothèque ont été bien plus agréables. Je n'oublie pas non plus mes camarades croisé·e·s plus ponctuellement dans les couloirs du 4^{ème} étage ou à la BnF, qui se reconnaîtront.

Je suis très reconnaissante envers les personnes qui ont accepté de relire ce travail, en premier lieu Sandrine. Pour leurs précieux conseils, je remercie Alexis, Chloé, Élise, Elsa, Laurie, Louise, Mélanie, Michaël, Pénélope, Riccardo, Robin, Thomas, Yanisse. Un double remerciement pour Sam et Vincent qui, en plus, ont très largement contribué à la bibliographie.

Des moments de respiration ont été indispensables pour mener à terme cette thèse, et je remercie pour cela mes copaines d'Outsiders pour les moments passés sur et en dehors du terrain.

Mes remerciements vont également à celles qui ont vécu au plus près la période délicate de la fin de rédaction, Christina et Lucile, et dont les encouragements quotidiens ont été décisifs ; sans oublier Busik, pour son soutien émotionnel sans faille.

Je tiens également à remercier ma famille pour leur soutien constant et leur compréhension. Vous êtes ma fierté.

Merci à Sam, grâce à qui une simple conversation en salle des périodiques est devenue une grande amitié, et sans qui ces années de recherche n'auraient pas eu la même saveur.

Merci à Charles, mon compagnon d'aventures de toujours, pour avoir suivi celle-ci depuis le début, et su bien avant moi que j'étais à ma place.

Enfin, je dois exprimer ma profonde reconnaissance à Antoine, Chloé, Louise et Mélanie, qui savent ce que je leur dois et sans qui cette thèse n'aurait jamais vu le jour. Je souhaite à tout le monde de connaître une amitié aussi belle et inconditionnelle que la nôtre, et je mesure la chance que j'ai de vous avoir à mes côtés. J'ai hâte de vivre la suite avec vous.

ABRÉVIATIONS

Abréviations courantes

al.	alinéa
art.	article(s)
art. cit.	article cité
cf.	voir
cons.	considérant
c.	contre
dir.	sous la direction de
éd.	édition, édité par
ex.	exemple
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
i.e.	<i>Id est</i> , c'est-à-dire
<i>infra</i>	en dessous
not.	notamment
n°	numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page(s)
para.	paragraphe
plén.	plénière
préc.	précité
s.	suivant(e)s
<i>supra</i>	au dessus
v.	voir
vol.	volume

Abréviations institutionnelles et juridictionnelles

aff.	affaire
AGNU	Assemblée générale des Nations-Unies
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
Ass.	Assemblée
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne)
CA	Cour d'appel
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
Cass.	Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDADI	Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion
CE	Conseil d'État
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)
civ.	Chambre civile
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJCECA	Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme

CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CODESC	Comité des droits économiques, sociaux et culturels
Com ADHP	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
Com EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Com IDH	Commission interaméricaine des droits de l'homme
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour ADHP	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Cour IDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
ECOSOC	Conseil économique et social de l'Organisation des Nations unies
EWHC	Haute Cour de Justice (Angleterre-et-Galles) - England and Wales High Court
GC	Grande chambre
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
HRC	Comité des droits de l'Homme de l'ONU
JORF	Journal officiel de la République française
OEA	Organisation des États Américains
ONU	Organisation des Nations Unies
PNUD	Programme des Nations unies pour le développement
SCOTUS	Cour Suprême des États-Unis (Supreme Court of the United States)
TAS	Tribunal arbitral du sport
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance

Abréviations des ouvrages et revues

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Famille	Actualité juridique Famille
D.	Dalloz
JCP G	La semaine juridique, édition générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PUF	Presses universitaires de France
RDLF	Revue des droits et des libertés fondamentaux
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RFDA	Revue française de droit administratif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme

Avertissement concernant les modifications à l'issue de la soutenance. *La thèse a fait l'objet de modifications minimales afin de tenir compte des observations de formes émises par le jury de soutenance. Le fond du propos n'a quant à lui pas été retouché.*

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LE SEXE COMME CATÉGORIE

Titre 1 : Imposer un sexe

Chapitre 1 : La construction de la catégorie de sexe à partir de la binarité

Chapitre 2 : La construction de la catégorie de sexe selon un principe d'intangibilité

Titre 2 : Disposer de son sexe

Chapitre 1 : L'hétéronomie du sexe nuancée par le développement de l'autonomie individuelle

Chapitre 2 : Le sexe dans le droit de la non-discrimination, un critère au soutien de l'autonomie individuelle

PARTIE 2 : LE SEXE COMME IDÉOLOGIE

Titre 1 : Un droit à l'autodétermination sous l'emprise du genre

Chapitre 1 : Le sexe conditionné à l'hétéronormativité

Chapitre 2 : Le sexe restreint à la bicatégorisation

Titre 2 : Un droit à l'autodétermination affranchi de l'idéologie du sexe

Chapitre 1 : La liberté pour chacun d'établir les détails de son identité

Chapitre 2 : L'égalité assurée dans le respect des identités

INTRODUCTION

« Il n'y a pas de sexe. Il n'y a de sexe que ce qui est opprimé et ce qui opprime. C'est l'oppression qui crée le sexe et non l'inverse »¹.

1. Le sexe est complexe. Les sciences du vivant montrent que le sexe se décline en plusieurs composantes (phénotypiques, gonadiques, chromosomiques, ou encore hormonales). Leur grande diversité met à l'épreuve l'évidence de la différence biologique entre deux sexes, tant il est difficile de les placer clairement de part et d'autre de la frontière qui distingue entre le sexe féminin et masculin². L'hypothèse d'un sexe comme « continuum » est alors développée par certains auteurs, selon laquelle les deux sexes ne sont que deux pôles extrêmes d'un éventail de variations possibles³. L'analyse historique révèle pour sa part à quel point la notion de sexe est façonnée et évolue au fil des siècles. L'ancrage et la prévalence incontestable du modèle du binarisme sexuel, appuyé par le développement des savoirs médicaux⁴, occulte le fait qu'il a pu coexister à d'autres périodes avec le modèle d'un sexe unique, au sein duquel le féminin et le masculin étaient pensés comme les deux figures inversées d'un seul et même sexe⁵. De son côté, la philosophie interroge la prétendue naturalité du sexe, comme fait de la nature. Certains auteurs y voient plutôt le produit d'une construction sociale : le sexe comme « déjà-là » est une

¹ Monique Wittig, « La catégorie de sexe » dans *La pensée straight*, Paris, Editions Amsterdam, 2018, p. 44. Ce texte a initialement été publié en 1982 dans la revue *Feminist Issues* (Monique Wittig, « The Category of Sex », *Feminist Issues*, 1982, vol. 2, n° 2, p. 63-68).

² Julie A. Greenberg, « Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology », *Arizona Law Review*, 1999, vol. 41, p. 265-328 ; Cynthia Kraus, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains » dans *L'Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, Paris, EAC, 2000, p. 187-213 ; Katrina Karkazis, *Fixing Sex: Intersex, Medical Authority, and Lived Experience*, Durham, NC, Duke University Press, 2008, 384 p ; Sarah S. Richardson, *Sex Itself: The Search for Male and Female in the Human Genome*, Chicago, University of Chicago Press, 2015, 320 p ; Thierry Hoquet, *Des sexes innombrables: le genre à l'épreuve de la biologie*, Paris, Éditions du Seuil, 2016, 249 p.

³ Anne Fausto-Sterling, *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte : Institut Émilie du Châtelet, 2012 [2000], 473 p. Cette idée de continuum apparaît déjà dans les travaux du médecin Gregorio Marañón dans les années 1930, qui parle d'une « échelle de nuances infinies » (Gregorio Marañón, *The Evolution of Sex and Intersexual Conditions*, New York, Greenberg, 1933, 356 p).

⁴ Alice Domurat Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, 4. print., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998, 268 p.

⁵ Thomas Laqueur, *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en occident*, traduit par Michel Gautier, Paris, Gallimard, 2010, 355 p. (l'ouvrage a été publié pour la première fois en 1990 : Thomas Laqueur, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 328 p). Pour une critique de la théorie de Laqueur, v. not. Elsa Dorlin, *La matrice de la race: généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, Paris, La Découverte, 2009, p. 20 ; Christina Benninghaus, « Beyond Constructivism?: Gender, Medicine and the Early History of Sperm Analysis, Germany 1870–1900 », *Gender & History*, 2012, vol. 24, n° 3, p. 647-676. ; Katharine Park, « The Myth of the "One-Sex" Body », *Isis*, mars 2023, vol. 114, n° 1, p. 150-175.

illusion guidée par la performativité du genre, autrement dit par la répétition d'actes qui se réfèrent à un discours qui tient le sexe naturel pour acquis⁶.

2. Un fort contraste apparaît alors au regard de la simplicité du sexe en droit. Le sexe juridique est soit féminin, soit masculin. L'évidence de cette affirmation (on pourrait dire, de cet axiome) est telle que le droit n'a pas pris la peine de définir la notion de sexe⁷. Elle est pourtant loin d'être absente des énoncés juridiques, tant comme catégorie d'identification des individus que comme motif prohibé de discrimination⁸. L'ordre juridique s'appuie sur ce qui serait une norme naturelle et extérieure au droit (la division biologique des individus en deux sexes ou binarisme sexuel) pour formaliser le système de la bicatégorisation par sexe des individus. Une tension apparaît alors entre, d'une part, l'appréhension du sexe par le droit (le sexe juridique), et d'autre part, le sexe tel qu'appréhendé par d'autres savoirs et langages⁹. Un bref aperçu suffit en effet à remarquer que cette simplicité du sexe juridique est régulièrement mise à l'épreuve. Comment désigner le sexe juridique d'un nouveau-né sur un acte de naissance lorsque les médecins constatent ce qu'ils considèrent être une variation du développement sexuel ? Le parent qui accouche et dont le sexe est masculin à l'état civil doit-il être mentionné comme le père ou la mère de son enfant ? Comment appliquer des normes sexospécifiques¹⁰ lorsqu'un changement de la mention du sexe a eu lieu ? Par ailleurs, si la notion de sexe est commune à la totalité des ordres juridiques, l'absence de mécanisme universel de détermination du sexe juridique révèle, là aussi, la complexité d'une catégorie en apparence évidente.

⁶ Judith Butler, *Trouble dans le genre : le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte/Poche, 2012 [1990], 283 p. ; Judith Butler, *Ces corps qui comptent : de la matérialité et des limites discursives du sexe*, Paris, Éditions Amsterdam, 2018, 352 p.

⁷ Cette absence de définition peut s'expliquer par le fait que « les auteurs des énoncés juridiques peuvent tenir pour acquis que le sens de la plupart des mots qu'ils utilisent est connu de tous », en ce que « le sens de certains mots est réputé évident pour tout le monde » (Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 336).

⁸ Malgré un mouvement de « neutralisation » des énoncés juridiques, de nombreuses normes se réfèrent et s'appliquent en fonction du sexe (féminin ou masculin) des individus. Parmi les exemples les plus significatifs, on retrouve ainsi l'obligation de mentionner le sexe sur les documents d'identité et/ou administratifs (passeport, permis de conduire, numéro national d'identité, ou encore cartes de transports), l'établissement d'un lien de filiation, la mise en œuvre de quotas, les règles en matière d'incarcération ou encore de participation aux compétitions sportives.

⁹ Marie-Xavière Catto et Stefano Osella parlent ainsi d'un « *clash* » entre « la complexité de l'expérience humaine et la (trop) grande simplicité des catégories socio-juridiques » (Marie-Xavière Catto et Stefano Osella, « The Sexed Subject » dans Stéphanie Hennette Vauchez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 26).

¹⁰ Y compris les normes qui, en apparence neutre (*genderblind*), produisent des effets différents selon qu'elles s'appliquent aux individus identifiés de sexe féminin ou masculin par le droit ; la présence de ces normes au sein de la législation française a été mise en lumière et analysée par le programme de Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités en Europe (REGINE), v. not. Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman, *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, 799 p.

3. Définir la notion de sexe, et *a fortiori* de sexe féminin ou masculin, n'est donc pas chose aisée. Ce n'est toutefois pas l'objet de la présente étude que de définir la notion de sexe juridique. Bien plus, elle se donne pour objectif de dévoiler les présupposés que masque l'apparente évidence de la notion de sexe juridique, afin d'interroger la fonctionnalité ou l'utilité du sexe en tant que concept juridique. Cette intention résulte du constat d'un angle mort persistant au sein de la recherche juridique : si les évolutions relatives au sexe (comme la remise en cause de sa dimension binaire) ont largement été saisies par les juristes, le sexe lui-même n'a pourtant pas fait l'objet d'une analyse approfondie (§1). C'est dès lors ce à quoi s'emploie cette étude, qui se donne pour ambition d'étudier le concept juridique de sexe dans une perspective théorique constructiviste (§2), formulant l'hypothèse que le sexe, loin de la dimension qui lui est généralement attribuée, n'existe pas en soi (§3).

§1. Les enjeux de l'étude : la déstabilisation de la bicatégorisation par sexe

4. L'évidence de la notion de sexe juridique a récemment été bousculée. Elle s'est très largement complexifiée avec l'essor du droit à l'autodétermination, provoquant des réactions très divergentes de la part des acteurs du droit et de la science du droit. Ce sont ces tensions qu'il convient d'explicitier (A) avant de justifier l'intérêt de mener une étude sur le sexe juridique (B).

A. Le mouvement de complexification du sexe juridique comme point de départ

5. Il serait réducteur de concevoir le sexe juridique comme le simple reflet du sexe féminin ou masculin d'un individu – comme la traduction mécanique, en somme, de ce qui serait le sexe biologique féminin ou masculin d'une personne. Une telle perspective, si elle est certes revendiquée dans certains ordres juridiques, n'est en effet pas représentative de la complexité de la notion de sexe juridique et de la pluralité des significations qui lui sont attribuées. Cette complexification du sexe juridique est le résultat d'un long processus qui s'est intensifié au cours de la dernière décennie, et dont on peut raisonnablement penser qu'il est loin d'être abouti. Il ne revient pas à ce stade d'en détailler les étapes, mais d'en identifier les principales manifestations. Deux mouvements majeurs peuvent être distingués : l'un relatif à la remise en question de l'intangibilité du sexe juridique (droit à la modification de la mention de sexe féminin pour celle de sexe masculin, et inversement), l'autre à sa dimension binaire

(reconnaissance d'une mention de sexe autre que féminin ou masculin, telle que « sexe neutre »).

6. La première de ces évolutions a été impulsée par les revendications des personnes trans¹¹ (dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe juridique qui leur a été assigné à la naissance¹²), et notamment, celle de pouvoir modifier la mention de leur sexe juridique sur les actes d'état civil. Initialement, ces revendications ont été accueillies sous un prisme pathologique, qui n'a pas aujourd'hui totalement disparu : la « transsexualité » était alors appréhendée comme une condition médicale qui nécessite un traitement psychiatrique et chirurgical. La modification de la mention du sexe des personnes trans est ainsi une réponse à leur détresse, faisant « comme si » elles appartenaient au sexe opposé. Le contentieux a ensuite évolué vers une reconnaissance par le droit des droits humains d'un droit à l'autodétermination, c'est-à-dire du droit pour chaque individu de déterminer librement « les détails de son identité d'être humain »¹³ en tant que composante de sa vie privée, sans ingérence injustifiée de la part de l'État. Il n'est alors plus ici question d'une pathologie, mais de la prise en compte d'une discordance entre le sexe assigné à la naissance à partir des organes génitaux et l'identité de genre de la personne, c'est-à-dire la perception qu'elle a de son sexe¹⁴. La seconde évolution est liée aux revendications des personnes trans non-binaires et/ou intersexes¹⁵, dont les

¹¹ Le terme « trans » se veut inclusif, et désigne tant les personnes dont l'identité de genre est binaire ou non, que celles qui ont modifié la mention de leur sexe à l'état civil ou non, ou encore celles qui ont eu recours à des opérations de modification de leurs caractéristiques sexuelles ou non. Le terme « transsexuel » (ou « transsexualité ») est quant à lui utilisé lorsqu'il était (ou est) mobilisé par le droit positif afin de ne pas invisibiliser la pathologisation encore visible à l'heure actuelle des personnes trans.

¹² Par opposition aux personnes cisgenres, dont l'identité de genre correspond au sexe juridique qui leur a été assigné à la naissance (par exemple, une femme assignée de sexe féminin à la naissance et qui s'identifie comme telle).

¹³ Cour EDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, para. 90.

¹⁴ Les Principes sur l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, dits Principes de Yogyakarta, désignent l'identité de genre comme « l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire » (Principes de Yogyakarta, novembre 2006, Préambule). Ces Principes, rédigés et adoptés par un groupe d'experts en novembre 2006 et présentés le 26 mars 2007 au Conseil des droits de l'homme des Nations unies, portent sur l'application de la législation internationale du droit des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Ils ont été actualisés en 2017 afin notamment de permettre « la reconnaissance des violations souvent distinctes touchant des personnes en raison de leur « expression de genre » ou de leurs « caractéristiques sexuelles » (Principes de Yogyakarta +10). S'ils n'ont pas de force contraignante, ils recommandent néanmoins aux États d'adopter certaines mesures afin d'assurer la protection des droits énumérés, et sont régulièrement cités par diverses instances ou juridictions de protection des droits humains comme référence en matière de respect des droits fondamentaux des personnes LGBTI.

¹⁵ Les personnes intersexes désignent « les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins » (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 13). La sociologue Janik Bastien-Charlebois fait une distinction entre les personnes intersexuées (qui « désigne l'ensemble des personnes qui dérogent aux figures développementales normatives

caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes attendues du féminin et du masculin¹⁶. Face à la complexité des identités de genre et/ou des caractéristiques sexuées, le sexe juridique s'étire pour dépasser le cadre de la simple binarité. Un changement de paradigme intervient alors : le sexe juridique n'est plus (seulement) un outil d'identification des individus par les autorités étatiques, simplement déterminé à partir du constat des organes génitaux à la naissance ; il devient (aussi) un élément à part entière de l'identité individuelle, et reflète alors la perception personnelle de chaque individu quant à son identité de genre. Cet accroissement de l'autonomie individuelle par le droit des droits humains a été accompagné par le droit de la non-discrimination, lequel reconnaît aux individus le droit de ne pas subir de différence de traitement injustifiée en raison de leur sexe (juridique), mais aussi de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur expression de genre, ou encore de leurs caractéristiques sexuées. Si ce mouvement d'autonomisation est très largement admis dans la sphère du droit des droits humains tant au niveau international que régional, il n'est toutefois pas linéaire et provoque en parallèle de fortes réticences de la part de certains États à l'encontre de cette déstabilisation des contours de la notion de sexe juridique.

7. Les réactions des États face à cette complexification de la notion du sexe sont en effet très diverses. Tandis que certains embrassent le développement du droit à l'autodétermination et facilitent la modification de la mention du sexe via des procédures déclaratives, y compris en dehors de la binarité, d'autres adoptent une position ferme à l'encontre d'une telle évolution et font du sexe juridique le simple réceptacle d'une donnée naturelle (*i.e.* la différence biologique entre le féminin et le masculin). Il importe alors pour ces États de protéger – voire de rétablir – la catégorie de sexe juridique comme reflet de la différence biologique entre les sexes, face à un droit à l'autodétermination qui envisage la possibilité pour les individus de déterminer leur

« mâle » et « femelle » créées par la médecine, et qui sont susceptibles d'être « corrigées » par celle-ci durant la tendre enfance ou à l'adolescence ») et les personnes intersexes (qui « représente les personnes intersexuées ayant conscience de faire partie d'un groupe d'individus ayant subi la même invalidation médicale, adoptant une vision positive et non pathologisante de leur corps et affirmant une identité politique), v. Janik Bastien Charlebois, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? Les empiétements de l'injustice épistémique sur le processus de subjectivation politique des personnes intersex(u)ées », *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, 20 décembre 2017, n° 9, p. 143-162. Dans la présente étude, les termes « intersexes » et « intersexuées » seront utilisés indifféremment, afin de ne pas supposer de hiérarchie entre « les personnes conscientes/politisées et les autres » (Association Collectif Intersexe Activiste - OII France, Bibliothèque de ressources sur l'intersexuation – Définitions, <https://cia-oiifrance.org/intersexe-cest-quoi-2/>, consulté le 2 septembre 2024).

¹⁶ Par opposition aux personnes dyadiques ou endosexes, dont les caractéristiques sexuées sont jugées conformes aux normes attendues du féminin et du masculin. Le terme caractéristiques *sexuées* sera préféré à celui de *sexuelles* afin de ne pas entretenir une confusion qui laisserait penser que l'intersexuation (et non l'intersexualité) est en lien avec la sexualité (en ce sens, v. Marie-Xavière Catto, « En finir avec le sexe ? », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, 7 juin 2024, p. 16. ; sur les enjeux de la traduction française de l'expression « sex characteristics », v. Benjamin Moron-Puech, « Comment traduire « sex characteristics » en français ? », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, 19 septembre 2024 [en ligne : <https://perma.cc/DG29-C4N6>].

sexe non pas à partir de leurs organes génitaux (sexe assigné à la naissance), mais à partir de leur identité de genre¹⁷. Ces réactions, visibles à l'échelle mondiale, ont en commun de faire face à ce qui constituerait une véritable « vague identitaire »¹⁸. Elles sont loin d'être inédites¹⁹ et s'inscrivent au contraire dans une tradition désormais bien connue de résistance contre ce qui est dénoncé comme l'idéologie ou la théorie du genre²⁰, désignée aussi comme l'idéologie transgenre ou l'idéologie de l'identité de genre²¹. Si ces mouvements de recul (*backlash* ou « retour de bâton »²²) sont « une nébuleuse complexe »²³ loin d'être homogène²⁴, ils ont néanmoins pour socle commun le rejet de la notion de genre²⁵ désignée comme une idéologie. Dans ces mouvements et cette littérature, l'idéologie du genre renvoie à

« un concept symbolique, mais flou utilisé pour désigner de manière péjorative les interprétations progressistes des droits humains et décrire une série de doléances découlant de l'opposition à des questions aussi diverses que le mariage pour tous, la reconnaissance de

¹⁷ Parmi les derniers exemples en date, v. l'*executive order* pris par le Président Trump le jour de son investiture le 20 janvier 2025, *Defending Women From Gender Ideology Extremism And Restoring Biological Truth To The Federal Government* : « Le terme "sexe" désigne la classification biologique immuable d'un individu comme étant soit mâle, soit femelle. Le "sexe" n'est pas un synonyme de, et n'inclut pas le concept d'"identité de genre" » [<https://perma.cc/FWT6-L96L>].

¹⁸ Céline Masson, *Crise des repères identitaires: race, sexe, genre*, Paris, Hermann, 2022, p. 10.

¹⁹ Joan Wallach Scott, « Gender backlash », *AOC media - Analyse Opinion Critique*, 7 mars 2022 [<https://perma.cc/2G23-9JDS>].

²⁰ Pour une utilisation de ces termes, v. par ex. Aude Mirkovic, Béatrice Bourges et Elizabeth Montfort, *De la théorie du genre au mariage de même sexe*, Valence, Peuple Libre, 2013, 128 p ; Kathleen Stock, *Material girls: nouveau féminisme, la théorie du genre à l'épreuve de la réalité*, traduit par Olivier Bosseau, Saint-Martin-de-Londres, H&O, 2024, 352 p.

²¹ Kathleen Lowrey, « Gender Identity Ideology Conquers the World: Why Are Anthropologists Cheering? », *Archives of Sexual Behavior*, 2023, vol. 52, n° 1, p. 27-33 ; Jane Clare Jones, « The History of Sex. Sex Denial and Gender Identity Ideology » dans Alice Sullivan et Selina Todd (eds.), *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Abingdon, Routledge, 2024, p. 69-85. En dehors du milieu universitaire, v. par ex. : Helen Joyce, *Trans: When Ideology Meets Reality*, London, Oneworld, 2021, 311 p ; Dora Moutot et Marguerite Stern, *Transmania: Enquête sur les dérives de l'idéologie transgenre*, Paris, MAGNUS, 2024, 398 p.

²² AGNU, *Pratiques d'exclusion. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre* Victor Madrigal-Borloz, 15 juillet 2021, A/76/152, para. 6. Pour une analyse critique de l'usage de cette expression, David Paternotte, « Backlash : une mise en récit fallacieuse », *La Revue Nouvelle*, 2021, vol. 6, n° 6, p. 11-15.

²³ Emmanuelle Bouilly et Marième N'Diaye, « Introduction au thème. Penser l'anti-genre en Afrique », *Politique africaine*, 2022, vol. 168, n° 4, p. 5-24.

²⁴ D. Paternotte, « Backlash », art. cit. Pour une vue d'ensemble à l'échelle transnationale, v. Aiko Holvikivi, Billy Holzberg et Tomás Ojeda (eds.), *Transnational Anti-Gender Politics: Feminist Solidarity in Times of Global Attacks*, Cham, Springer International Publishing, 2024, 270 p. ; Phillip M. Ayoub et Kristina Stoeckl, *The Global Fight Against Lgbti Rights: How Transnational Conservative Networks Target Sexual and Gender Minorities*, New York, New York University Press, 2024, 360 p. ; pour une étude des mobilisations anti-genre au sein des États européens, v. Roman Kuhar et David Paternotte (eds.), *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*, London ; New York, Rowman & Littlefield International, 2017, 302 p. ; au sein des États africains, v. le dossier « l'anti-genre en Afrique. Une catégorie globale en pratique », *Politique africaine*, 2022, vol. 4, n° 168, 170 p. ; au sein des pays du Golfe, v. Nour Almazidi, « Against Our Fetrh: On the Epistemic and Material Implications of Anti-Gender Politics in the Gulf » dans Aiko Holvikivi, Billy Holzberg et Tomás Ojeda (eds.), *Transnational Anti-Gender Politics: Feminist Solidarity in Times of Global Attacks*, Cham, Springer International Publishing, 2024, p. 203-224.

²⁵ Judith Butler, *Qui a peur du genre ?*, traduit par Christophe Jaquet, Paris, Flammarion, 2024, 448 p.

l'identité de genre, l'éducation complète en matière de genre et de sexualité, l'interruption volontaire de grossesse et autres »²⁶.

Les domaines visés sont alors extrêmement divers. Des craintes sont notamment exprimées quant au remplacement de la notion de sexe par celle de genre, qui aurait nécessairement pour conséquence de bouleverser la bicatégorisation, et à terme, de faire disparaître la différence entre les sexes. S'opposer à la dimension sociale ou construite du sexe revient notamment à interdire la mention de la notion de genre au sein des programmes scolaires. L'éducation fait en effet partie des champs dans lesquels l'opposition au concept de genre est la plus virulente²⁷ : le genre étant une idéologie (et les études sur le genre un programme idéologique), il convient de préserver le milieu éducatif de sa diffusion. Cela s'accompagne également d'une remise en question du caractère scientifique des études sur le genre (*gender studies*)²⁸, et certains États ont en ce sens retiré les études de genre de leurs programmes universitaires²⁹. Loin d'être un

²⁶ V. Madrigal-Borloz, *Pratiques d'exclusion*, préc., para. 9.

²⁷ En ce sens, v. les polémiques à l'encontre de la diffusion de manuels scolaires en France dont le contenu visait à expliquer la dimension construite du sexe (Elsa Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, 1 juin 2014, n° 5) ; v. également l'affaire *Mahmoud v. Talor* devant la Cour suprême des États-Unis, laquelle considère que des parents sont en droit, au nom de leur liberté religieuse protégée par le Premier amendement de la Constitution, d'exclure leurs enfants d'enseignements délivrés dans une école publique qui s'appuient sur des livres abordant les thèmes de l'identité de genre ou encore de l'orientation sexuelle (SCOTUS, 27 juin 2025, *Mahmoud v. Talor*, n° 24-297).

²⁸ Cette résistance contre « l'idéologie du genre » dans le champ de la recherche s'inscrit dans un mouvement plus large contre les théories déconstructionnistes et son pendant, la « menace wokiste » ; v. par ex. Nathalie Heinich, *Le Wokisme serait-il un totalitarisme ?*, Paris, Albin Michel, 2023, 198 p. ; v. également l'organisation d'un colloque à la Sorbonne en 2022 qui a donné lieu à la publication d'un ouvrage visant à « travailler à la reconstruction d'une frontière claire, qui devrait être inviolable, entre la recherche du savant et l'action du militant » face au courant de la déconstruction, « doctrine qui conduit à confondre la recherche et le militantisme, la vérité et la morale, la science et l'idéologie » (Emmanuelle Hénin, Xavier-Laurent Salvador et Pierre-Henri Tavoillot, *Après la déconstruction - L'université au défi des idéologies*, Paris, Odile Jacob, 2023, 528 p.) ; sur la question, v. not. Francis Dupuis-Déri, *Panique à l'Université. Rectitude politique, wokes et autres menaces imaginaires*, Québec, Lux, 2022, 328 p.

²⁹ C'est le cas par exemple en Hongrie depuis 2018 (v. Décret de gouvernement n° 188/2018 (X. 12.) portant sur la modification du décret de gouvernement n° 139/2015 (VI. 9.) relatif à la liste des diplômes à obtenir dans l'enseignement supérieur et l'enregistrement des nouvelles formations). En Roumanie, une loi a été adoptée par le Parlement visant très largement à interdire toute référence à la « théorie sur l'identité de genre » dans l'éducation et la recherche, à savoir « la théorie ou l'opinion selon laquelle le genre est un concept différent du sexe biologique et que les deux ne sont pas toujours identiques » (Parlement roumain, Loi modifiant l'article 7 de la loi sur l'Éducation nationale (*Legea pentru modificarea art. 7 din Legea educatiei nationale*), n° 1/2011, 17 juin 2020) ; si le texte a été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle roumaine, deux juges ont rédigé une opinion dissidente dans laquelle ils estiment que la proposition de loi était au contraire constitutionnelle, notamment parce qu'elle garantit la neutralité des enseignements, à l'inverse des programmes éducatifs qui enseigneraient la différence entre le sexe et le genre, qui relèveraient, eux, de l'idéologie (Cour constitutionnelle de Roumanie, 16 décembre 2020, n° 907/2020 (la version originale de la décision est accessible à cette adresse : <https://perma.cc/ZLS3-V7YZ> ; pour une analyse de la décision, v. Elena Brodeală et Georgiana Epure, « Nature versus Nurture: 'Sex' and 'Gender' before the Romanian Constitutional Court: A Critical Analysis of Decision 907/2020 on the Unconstitutionality of Banning Gender Perspectives in Education and Research », *European Constitutional Law Review*, 7 février 2022, vol. 17, p. 16). Le Vatican parle quant à lui d'une « crise éducative » qui contribue « à déstabiliser l'institution familiale, entraînant une tendance à effacer les différences entre les hommes et les femmes, en les présentant comme le simple produit d'un conditionnement historique et culturel » (Congrégation pour l'éducation catholique, « *Male and Female He Created Them* » Towards a Path of Dialogue on the Question of Gender Theory in Education, Vatican, 2019, p. 3).

simple désaccord de nature théorique quant à la signification du concept de sexe, ces politiques entraînent, dans un contexte plus large d'atteintes multiples à l'autonomie individuelle³⁰, des conséquences directes et très concrètes sur la protection des droits fondamentaux des personnes LGBTI+³¹.

8. On le voit, cette mutation du sexe juridique – pris en étau entre une logique d'assignation hétéronome de la part de l'État d'une part, et un mouvement d'autonomisation des individus d'autre part – suscite des controverses qui s'étendent *bien au-delà* de la seule question du maintien ou de l'évolution de sa définition traditionnelle à partir du binarisme sexuel. Or c'est précisément l'ampleur de ces tensions et la force de leur impact qui conduisent à s'emparer de la notion de sexe juridique, sous un angle qui cherche à saisir ce que les études menées jusqu'ici n'ont pas ou peu démontré, à savoir sa raison d'être.

B. La compréhension du rôle régulateur du sexe juridique comme intérêt du sujet et problématique

9. De nombreux travaux de recherche se sont intéressés de près à l'évolution et à la complexification de la notion de sexe juridique en droit positif. Ils peuvent être distingués en fonction de leur objet, de leur démarche, ou encore de leur ancrage épistémologique et de leur positionnement théorique.

³⁰ On pense ici par exemple aux nombreuses restrictions au droit à l'avortement au sein d'États qui, jusqu'à présent, protégeaient ce droit : v. la décision du Tribunal constitutionnel polonais du 22 octobre 2020, *Planning familial, protection du fœtus humain et conditions d'interruption de grossesse*, K 1/20) ou encore la décision *Dobbs* de la Cour suprême des États-Unis (SCOTUS, 24 juin 2022, *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization*, n° 19-1392).

³¹ Ces atteintes s'accompagnent d'une multiplication des actes de violence à leur encontre. Cette hausse a été constatée aussi bien sur le continent américain (v. en ce sens le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 284 p.) qu'europpéen : le Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion du Conseil de l'Europe faisait état dans un rapport de 2022 d'une « montée de l'opposition à l'exercice de leurs droits fondamentaux par les personnes transgenres », ainsi que d'une « montée tout aussi forte des agressions physiques contre des personnes LGBTI » (CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, p. 11) ; l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne fait état d'un « paradoxe » dans son rapport de 2024 dans la mesure où, en parallèle d'une hausse des législations en faveur de l'égalité des personnes LGBTI, elle constate également une hausse des violences à leur encontre, du harcèlement dans les écoles aux discours de haine (FRA, *LGBTIQ Equality at a Crossroads – Progress and Challenges*, Vienne, 2024, 106 p.) Le sigle LGBTI+ englobe les personnes lesbiennes (L), gays (G), bisexuelles (B), trans (T), intersexes (I). Le « + » vise à toutes les personnes qui, plus généralement, ne s'identifient pas dans les normes de l'hétérosexualité et de la binarité des sexes (personnes agendre ou asexuelles par exemple). On peut également retrouver le terme « Queer » pour désigner l'ensemble de la communauté, l'acronyme MISSEG (pour « minorités sexuelles, sexuées et de genre »), ou encore SOGIESC (pour « Orientation sexuelle, identité et expression de genre, et caractéristiques sexuelles »). Certains acronymes sont spécifiques à un contexte historique ou national, comme 2ELGBTQI+, principalement utilisé au Canada : la mention « 2E » vise à reconnaître « les personnes aux deux esprits comme les premières parmi les communautés » (v. le site officiel du Gouvernement canadien [<https://perma.cc/DT3M-JZF6>]).

10. En premier lieu, certaines études ont eu vocation à saisir un enjeu spécifique lié à la mutation du sexe juridique, que ce soit au regard d'une branche du droit en particulier ou d'un aspect précis du sexe juridique. C'est notamment le cas en droit civil, où des auteurs se sont intéressés à l'introduction puis au développement d'un droit à la modification de la mention du sexe à l'état civil³². Cette question a pu être élargie en droit des droits humains à la protection des droits fondamentaux des personnes trans, et en particulier à l'exercice de leur droit à l'autodétermination³³. Plus récemment, ce sont les droits fondamentaux des personnes intersexes qui ont été étudiés³⁴, en priorité à travers leur droit à l'intégrité physique dans le contexte de la pratique d'actes de conformation sexuée³⁵. Des travaux ont également été menés en droit international au prisme d'une critique féministe³⁶, ou encore en droit de la non-discrimination, afin notamment de souligner l'élargissement des motifs prohibés de discrimination relatifs à l'identité sexuelle des individus³⁷. Certains de ces travaux adoptent, selon l'expression de Guillaume Tusseau, une approche « localiste »³⁸, c'est-à-dire ancrée dans un ordre juridique particulier. Il est alors question de s'intéresser au développement du droit à

³² Pour ne citer que les travaux les plus significatifs en la matière, v. not. Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 p ; Laurence Brunet et Corinne Fortier, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France: du transsexualisme à la transidentité » dans *Droit des familles, genres et sexualité*, Paris, Anthemis, 2012, p. 63-113 ; Marie-Xavière Catto, « La mention du sexe à l'état civil » dans *La loi et le genre*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 29-47 ; Daniel Borrillo, « La mention du sexe à l'état civil : De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », Université Paris Diderot, 2017 ; Justine Fontana-Content, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, Université de Montpellier, thèse sous la direction de François Vialla, 2017, 689 p ; Laurence Hérault, *État civil de demain et transidentité*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2018 ; Diana Nunes, *Le sexe, un élément d'identification des personnes en droit - Etude menée à partir de la transidentité et de l'intersexuation*, Université Lumière Lyon 2, thèse sous la direction d'Emmanuelle Mazuyer, 2019 ; Jérôme Courduriès, Christine Dourlens et Laurence Hérault (dir.), *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, 275 p.

³³ Flora Renz, *Gender Recognition and the Law. Troubling Transgender Peoples' Engagement with Legal Regulation*, Abingdon, Routledge, 2024.

³⁴ Julie A. Greenberg, *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, New York, New York University Press, 2012, 169 p ; Nikoleta Pikramenou, *Intersex Rights: Living Between Sexes*, Grèce, Springer, 2019, 295 p.

³⁵ Benjamin Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, Université Panthéon-Assas, mémoire sous la direction d'Yves Lequette, 2010, 100 p ; Emily Grabham, « Bodily Integrity and the Surgical Management of Intersex », *Body and Society*, 2012, vol. 12, p. 1-26 ; Benjamin Moron-Puech, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, juillet 2013, n° 50, p. 200-214 ; Pieter Cannoot, « Do parents really know best? Informed consent to sex assigning and "normalising" treatment of minors with variations of sex characteristics », *Culture, Health & Sexuality*, avril 2021, vol. 23, n° 4, p. 564-578 ; Marie-Xavière Catto, « La loi de bioéthique et les intersexes : contraindre les médecins ou conférer un cadre à leurs pratiques ? », *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 17 janvier 2022.

³⁶ V. not. cet ouvrage qui regroupe quelques-uns des textes fondateurs d'Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, 352 p.

³⁷ Daniel Borrillo et Félicien Lemaire, *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Paris, L'Harmattan, 2020, 275 p.

³⁸ Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 31.

l'autodétermination³⁹ ou encore à la bicatégorisation de sexe⁴⁰ au sein même d'un État. Plusieurs ordres juridiques sont parfois étudiés, sans toutefois aboutir nécessairement à une comparaison, permettant ainsi de dresser un tableau très précis au sein d'un ordre juridique d'une question particulière⁴¹. D'autres mobilisent une approche comparatiste, qui se veut résolument ancrée dans la comparaison de plusieurs ordres juridiques clairement définis⁴². La dimension comparative est alors mobilisée afin de s'intéresser à une dimension particulière du sexe juridique, comme les conditions pour accéder à une procédure chirurgicale de changement de sexe⁴³ ou à une procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil⁴⁴. Enfin, certains travaux adoptent une approche prescriptive sur la manière dont le droit devrait définir, modifier, ou supprimer le sexe juridique. À titre d'exemple, l'ouvrage de la juriste Nikoletta Pikramenou relatif aux droits des personnes intersexes formule des recommandations, notamment « sur la manière dont les personnes intersexuées pourraient être reconnues par la loi tout en garantissant leurs droits fondamentaux »⁴⁵. Cette diversité d'objets et d'approches au sein des travaux menés par les juristes est à l'image des enjeux multiples que pose la mutation de la notion de sexe juridique.

11. Néanmoins, elle masque que ces tensions se cristallisent autour d'un élément commun qui n'est pas quant à lui nécessairement questionné : le sexe. En effet, si le droit reconnaît aux individus un droit à définir de manière autonome leur sexe comme partie intégrante de leur identité, ce n'est pas sans renoncer à la fonction identificatrice du sexe. De même, l'intégration

³⁹ En Belgique, v. Pieter Cannoot, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: the Case of Belgium*, The Hague, Eleven, 2022, 348 p.

⁴⁰ En France, v. *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, 227 p ; Olivia Bui-Xuan, *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, 278 p.

⁴¹ Sur les droits des personnes trans, v. Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson, *Trans Rights and Wrongs. A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Suisse, Springer International Publishing, 2021, 558 p. ; sur les des droits des personnes intersexes, v. N. Pikramenou, *Intersex Rights, op. cit.* : à noter que l'ouvrage intègre néanmoins une étude comparative entre les États membres de l'Union européenne (v. Chapitre 4 de l'ouvrage). ; sur les minorités sexuées, sexuelles et de genre, Benjamin Moron-Puech et Tetsushi Saito, *Droits humains des minorités sexuées, sexuelles et genrées. Regards franco-japonais*, Paris, Société de Législation Comparée, 2024, vol.63, 519 p.

⁴² Hyun Jung Lee, *Discrimination Based on Sexual Orientation: Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea*, Cham, Springer International Publishing, 2022, vol.8. ; Stefano Osella, *The Legal Regime of Gender Identity : a Comparative Enquiry*, Florence, European University Institute, 2019, 253 p. (comparaison entre la France, l'Italie et l'Angleterre).

⁴³ Michaël R. Will, « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé » dans *Transsexualisme, médecine et droit*, Pays-Bas, Conseil de l'Europe, 1995, p. 81-108. La comparaison se limitait ici aux États membres du Conseil de l'Europe.

⁴⁴ Stefano Osella et Ruth Rubio-Marín, « Gender Recognition at the Crossroads: Four Models and the Compass of Comparative Law », *International Journal of Constitutional Law*, avril 2023, vol. 21, n° 2, p. 574-602. L'article identifie ainsi quatre modèles à partir d'une étude des normes en vigueur en France, en Italie, en Allemagne, en Inde, en Colombie et en Belgique.

⁴⁵ N. Pikramenou, *Intersex Rights, op. cit.*, p. 61.

progressive du sexe dans la sphère de la vie privée des individus ne signifie pas en parallèle l'abandon par l'État d'un contrôle de ce sexe. Dès lors, si la présente étude entend mobiliser ces travaux, elle s'en démarque par son ambition. En effet, l'objectif recherché n'est pas de s'en tenir aux différentes conséquences de la complexification du sexe, c'est-à-dire aux effets provoqués par le droit à l'autodétermination sur l'ensemble des normes dont l'application dépend du sexe juridique (droit au changement de la mention du sexe, développement d'outils contre les discriminations fondées sur différentes dimensions du sexe, etc.).

12. Si ces manifestations seront assurément analysées, ce sera toujours dans l'objectif ultérieur de comprendre plus précisément ce qui est à la base de leur socle commun, à savoir le sexe lui-même. Cela nous conduit alors à soulever les questions suivantes : comment expliquer que, malgré le développement d'un droit à l'autodétermination, le sexe juridique constitue encore aujourd'hui un élément indispensable au fondement de l'ordre juridique ? Pourquoi et comment le droit à l'autodétermination a-t-il servi de support à certaines voies de sortie ou d'émancipation de la stricte bicatégorisation, sans pour autant mener à l'abolition du système de sexe en lui-même ? Qu'est-ce qui justifie le maintien du sexe comme élément nécessaire à l'ordre juridique ? Le sexe juridique a-t-il vraiment une utilité ou une fonction ? En d'autres termes, la thèse n'ambitionne pas tant de s'interroger sur qu'est le sexe en droit, mais d'interroger : *pourquoi* (encore) un sexe en droit ? L'étude vise donc à interroger les fondements mêmes du sexe juridique en tant que concept afin de mettre en lumière et d'expliquer les raisons qui justifient sa mobilisation par l'ordre juridique, autrement dit, à dévoiler ses présupposés.

§2. Les conditions de la démarche : dévoiler les présupposés du sexe juridique

13. L'étude cherche à dévoiler les fondements sous-jacents d'une catégorie (le sexe juridique), et par-là, la fonction qu'elle occupe dans l'ordonnement juridique. Pour clarifier la démarche, on présente ici la position épistémologique et théorique à partir de laquelle l'objet de recherche a été construit **(A)**, avant de préciser les outils méthodologiques d'analyse privilégiés **(B)**.

A. Déconstruire l'évidence : le concept juridique de sexe comme objet d'étude

14. À quoi fait référence le concept de sexe ? Une première difficulté tient au fait que le sexe n'est pas un concept proprement juridique (à la différence, par exemple, du mariage, ou de

l'indivision), mais un concept commun⁴⁶, c'est-à-dire qui se retrouve également en dehors du langage juridique (comme dans le langage biomédical)⁴⁷. Le droit s'appuie précisément sur cette dimension lorsqu'il fait référence au sexe juridique. Il se réfère en effet volontiers à des données – voire à des valeurs – extrajuridiques afin de justifier la signification qu'il retient du sexe. C'est notamment le cas lorsque le maintien de la bicatégorisation par sexe au sein de l'ordre juridique est justifiée par un recours au discours biomédical. Parmi les derniers exemples en date, le décret présidentiel adopté par Donald Trump le jour de son investiture le 20 janvier 2025 s'applique à « restaurer la vérité biologique » du sexe : le terme désigne alors, pour l'application de l'ensemble des lois fédérales, « la classification biologique immuable d'un individu en tant que mâle ou femelle », ces termes étant désignés à partir des cellules reproductives de chaque sexe⁴⁸. Selon ce raisonnement, le sexe est donc soit féminin, soit masculin, et le droit doit imiter ce modèle en reconnaissant aux individus un sexe juridique qui correspond parfaitement à cette dichotomie. Or l'objet de cette étude n'est ni d'établir une signification ontologique du sexe⁴⁹, ce qui reviendrait à définir une essence de ce que serait le sexe « dans le monde des faits » (on ne se réfère pas ici à l'objet sexe tel qu'entendu dans le réel⁵⁰), ni de chercher à définir une notion telle que formulée par le droit (qui répondrait à la question : « que signifie le sexe juridique ? »)⁵¹. Une telle entreprise relève des autorités – par exemple, le juge – en charge d'interpréter la signification des énoncés juridiques⁵², lesquelles ne sont d'ailleurs pas en mesure de s'accorder sur une signification commune. Ce que cette

⁴⁶ Pour reprendre la distinction faite par Éric Millard entre concepts communs et concepts proprement juridiques : Éric Millard, « Le concept : outil de communication ? », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2012, n° 5, p. 2183.

⁴⁷ Pour un parallèle avec la notion de corps humain, v. Lisa Carayon, *La catégorisation des corps: étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Paris, IRJS Éditions, 2019, p. 1.

⁴⁸ Administration Trump, « Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government », décret présidentiel n° 14168, 20 janvier 2025 [<https://perma.cc/ZZS8-2CHS>]. Pour d'autres exemples en ce sens, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁴⁹ Dans le même sens, v. Paisley Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, New York, NYU Press, 2022, p. xvii.

⁵⁰ Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Hampshire, England, Ashgate, 2003, p. 2. S'appuyant sur les travaux de Giles-Gaston Granger, l'auteur explique : « La science n'est pas une activité qui prend les phénomènes naturels pour des "faits" réels. Autrement dit, l'objet de la science n'est pas constitué par les phénomènes du monde réel ; il consiste en la construction schématique ou le modèle abstrait de ce monde réel, et la science elle-même consiste à exploiter de tels modèles pour expliquer et prédire les phénomènes ainsi modélisés ».

⁵¹ Une telle entreprise semble d'ailleurs périlleuse, si ce n'est impossible, tant la signification prêtée au sexe juridique diffère selon le contexte dans lequel il est mobilisé. Tout au plus il serait envisageable d'établir une typologie des différents « types » de sexes juridiques en fonction d'une pluralité de situations identifiées (le sexe juridique tel qu'assigné à la naissance, tel que mentionné sur un acte de filiation, etc.). Cet aspect est mis en avant par exemple par le politologue Paisley Currah qui montre, à travers l'exemple des États-Unis, les divergences de significations accordées au sexe juridique d'un même individu selon l'institution et/ou l'État concerné (P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, op. cit.).

⁵² Éric Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 95.

thèse prend pour objet, c'est le concept juridique de sexe⁵³, à l'aune d'une démarche qui vise à en analyser sa *fonction*, c'est-à-dire la manière dont le droit construit et utilise cette notion, selon quels objectifs et avec quels effets.

15. Selon cette perspective, une distinction claire est donc établie entre deux niveaux de discours : celui du droit positif (discours du droit) d'une part, et celui qui vise à analyser le droit positif (discours sur le droit) d'autre part. Le droit est en effet envisagé comme un discours ou un langage⁵⁴, et plus précisément comme « une langue de l'idéologie » en ce que l'une de ses fonctions est de « faire croire » et donc de « porter des valeurs »⁵⁵. Cette capacité du droit à imposer une certaine vision des choses⁵⁶ fait de lui non seulement un discours sur lequel s'appuie le langage du pouvoir⁵⁷, mais aussi un discours de pouvoir en tant que tel⁵⁸ qui peut être qualifié de performatif⁵⁹ : c'est un discours « qui distingue ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, qui délimite son propre domaine, plus ou moins étendu au cours du temps, et *s'autoproduit* »⁶⁰. En somme, le discours du droit produit les événements et régule les normes auxquels il se réfère lui-même. En ce sens, le droit naturalise la binarité sexuelle, et plus largement, le sexe, en s'y référant comme à une réalité extérieure au droit, qu'il ne ferait que constater : il suppose l'existence du sexe en dehors du discours juridique. Deux conséquences découlent de cette distinction entre ces deux niveaux de discours.

⁵³ Cette expression est préférée à celle de « concept de sexe en droit », qui laisserait entendre que l'on s'intéresse à un concept qui n'a pas une existence autonome dans le langage juridique, mais qui aurait été intégré ou transposé tel quel dans le langage du droit.

⁵⁴ Riccardo Guastini, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Torino, Giappichelli editore, 2006, 232 p ; É. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 64.

⁵⁵ É. Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 59. Dans le même sens, Jacques Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français » dans *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1979, vol. 2, p. 50.

⁵⁶ Pour le dire avec Pierre Bourdieu : « instrument de normalisation par excellence, le droit, en tant que discours intrinsèquement puissant, et assorti des moyens physiques de se faire respecter, est en mesure de passer, avec le temps, de l'état d'orthodoxie, croyance droit explicitement énoncée comme devoir-être, à l'état de doxa, adhésion immédiate à ce qui va de soi, au normal, comme accomplissement de la norme qui s'abolit en tant que telle dans son accomplissement » (Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n° 64, p. 17).

⁵⁷ Rafael Encinas de Munagorri et al., « Introduction » dans *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 19.

⁵⁸ Danièle Lochak, « Le droit, discours de pouvoir » dans Gérard Conac, Herbert Maisl et Jacques Vaudiaux (eds.), *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429-444. Sur les relations entre discours et pouvoir, v. not. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 133.

⁵⁹ H. Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, op. cit., p. 21. : « le droit est bien une affaire de langage et donc de pouvoir, il a bien une force performative ». Sur la distinction entre le langage constatatif et performatif, et la notion de performativité des énoncés, John L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, traduit par Bruno Ambroise, Paris, Seuil, 2024 [1962], 264 p.

⁶⁰ Jean-Louis Halpérin, *Une histoire des droits dans le monde*, Paris, CNRS éditions, 2023, p. 11. (nous soulignons) ; à ce sujet, v. Gunther Teubner, *Le droit: un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p.

16. Premièrement, elle opère une mise à distance avec la notion de sexe telle que mobilisée par le droit positif. Elle vise alors à ne pas prendre au mot les acteurs du droit lorsqu'ils prétendent désigner une réalité (une vérité) biologique en mobilisant la notion de sexe juridique afin, justement, de s'en détacher et de la questionner, et par là, ne pas contribuer à sa légitimation. L'utilisation du terme sexe dans la présente étude se réfère donc à l'usage institutionnel de la notion⁶¹, sans que cela ne suppose ni adhésion ni critique de la signification de cette notion accordée par le droit. Il s'agit alors de s'intéresser au concept juridique de sexe comme une abstraction, c'est-à-dire comme « un outil à des fins de connaissance et de démonstration »⁶². En ce sens, le concept sert ici à rendre compte de certaines normes étudiées en ce qu'il « représente le contenu commun des conceptions qui se font concurrence »⁶³, mais en aucun cas à « définir l'essence d'une chose qui existerait indépendamment de ces normes »⁶⁴. Deuxièmement, une distinction est faite entre d'un côté, le langage objet (qui renvoie au sexe tel que mobilisé par le droit positif), et de l'autre, le langage scientifique⁶⁵ (qui renvoie au sexe comme outil d'analyse du discours juridique, c'est-à-dire, au genre)⁶⁶. Pour le dire autrement, cette « rupture épistémologique »⁶⁷ conduit à faire une distinction entre le concept produit par le discours du droit (discours-objet), et le concept utilisé par le discours sur le droit⁶⁸ – *i.e.* entre la notion de concept et de métaconcept⁶⁹, les deux étant « logiquement indépendants »⁷⁰. L'usage terminologique du sexe comme concept juridique doit alors être distingué du positionnement théorique choisi, qui s'inscrit dans le courant matérialiste et constructiviste, selon lequel le sexe est un construit social imputable au genre.

⁶¹ Cette position est adoptée par Paisley Currah qui utilise le terme de sexe et non de genre dans son ouvrage car « la seule chose que l'on puisse affirmer avec certitude quant à la signification du sexe est celle que lui attribue un acteur étatique donné » ; le sexe désigne donc « le résultat de décisions assorties de l'autorité du droit » (P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, *op. cit.*, p. 39).

⁶² V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 348.

⁶³ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁴ É. Millard, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 14. ; sur ce point, v. Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004, 240 p.

⁶⁵ La distinction entre langage objet et langage scientifique est celle développée par Éric Millard (É. Millard, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 64).

⁶⁶ Pour une démarche similaire à propos de la race, v. Lionel Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 8 janvier 2021, n° 19. (il est possible de « distinguer le concept critique de « race » [...] des discours juridiques qu'il prend pour objet »).

⁶⁷ François Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1987, p. 27.

⁶⁸ Pierre Brunet, *Vouloir pour la nation: le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruylant, 2004, p. 6.

⁶⁹ Jean-Marie Denquin, *Les Concepts juridiques : comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 419.

⁷⁰ Guillaume Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris, LGDJ, 2021, p. 299.

17. Le concept de genre est en effet mobilisé en tant qu'outil d'analyse afin de démontrer l'absence de naturalité du sexe. Pour le préciser, deux acceptions du concept de genre peuvent être retenues⁷¹ : dans son sens faible, le genre renvoie à une opposition entre d'un côté un sexe biologique (femelle / mâle) et de l'autre des « rôles sociaux de sexe » (féminin / masculin) ; ici, le sexe précède le genre. Dans son sens fort, le concept de genre est à l'origine de la différenciation et de la hiérarchisation des individus selon le principe de la binarité des sexes : ici, c'est le genre qui précède le sexe⁷², et c'est cette seconde acception qui est retenue afin d'analyser le concept juridique de sexe. Le genre entendu dans son sens faible est issu de la première rupture (ou « point de départ ») introduite par la théorie féministe⁷³. Il renvoie à l'hypothèse d'une distinction entre sexe biologique et genre construit⁷⁴. Issu de la science médicale⁷⁵, le concept de genre est ensuite mobilisé au sein de la théorie féministe pour désigner les rôles sociaux de sexes, et apparaît alors « comme un puissant instrument de dénaturalisation du social »⁷⁶. Autrement dit, le genre est ici entendu comme « sexe social », lequel se calque ou se greffe sur une donnée biologique, à savoir la binarité des sexes comme donnée naturelle, scientifique. Bien qu'aujourd'hui minoritaire, cette approche demeure mobilisée au sein de travaux académiques, y compris par des juristes⁷⁷. Selon cette approche essentialiste⁷⁸, le sexe est conçu comme une réalité biologique qu'il importe – voire qu'il est impératif – de

⁷¹ Stéphanie Hennette-Vauchez, Mathias Möschel et Diane Roman, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 17 ; S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, op. cit. ; Stéphanie Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre » dans *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 115.

⁷² Elsa Dorlin, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, 2005, vol. 18, n° 2, p. 118. : « le concept de genre s'oppose à une conception naturaliste présupposant que quelque chose comme le sexe, ou la différence sexuelle, existe en soi, qu'il s'agit d'une catégorie naturelle et anhistorique ».

⁷³ V. Laure Bereni et al., *Introduction aux études sur le genre*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2018, p. 16.

⁷⁴ Parmi les travaux fondateurs, on pense notamment à ceux de l'anthropologue Margaret Mead (Margaret Mead, *Mœurs et sexualité en Océanie*, Paris, Pocket, 2016, 606 p.) ou de la philosophe Simone de Beauvoir (Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe I*, Paris, Gallimard, 1949, 408 p.) : le terme genre n'est pas encore utilisé, mais la distinction entre ce qui relève du biologique et ce qui relève du social est annoncée, résumée par la célèbre formule « on ne naît pas femme : on le devient ».

⁷⁵ Pour un historique du concept de genre développé par le savoir médical puis repris par les théoriciennes féministes, v. Elsa Dorlin, *Sexe, genre et sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 33. ; Ekaterina Yahyaoui Krivenko, *Gender and Human Rights: Expanding Concepts*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 8 et s. Sur le développement et l'usage de la notion de genre au sein des sciences médicales, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁷⁶ L. Bereni et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit., p. 18.

⁷⁷ C'est par exemple la posture adoptée par les auteurs issus de différentes disciplines (droit, sociologie, biologie, histoire, ou encore philosophie) dans l'ouvrage d'Alice Sullivan et Selina Todd (eds.), *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Abingdon, Routledge, 2024, 281 p. Il est ainsi indiqué en introduction : « Le sexe est biologique, immuable et binaire (il n'existe que deux sexes). [...] Les différences liées au sexe peuvent être dites "naturelles", tandis que les différences de genre trouvent leur origine dans la culture » (p. 3-4).

⁷⁸ Pour une critique dite interne des principales théories « naturalistes » en sciences sociales, v. Dominique Guillo, « Les théories naturalistes du sexe et du genre. Eléments d'analyse interne » dans *Ce que le genre fait aux personnes*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2008, p. 255-276.

reconnaître⁷⁹. Dans cette perspective, la remise en question de la bicatégorisation au sein du droit irait à l'encontre de la différence naturelle entre les sexes, et il conviendrait de s'alarmer face à cette menace au risque de voir s'effondrer les valeurs au fondement même de la société⁸⁰. Les personnes qui ne s'inscrivent pas dans la norme de la binarité sont alors perçues sous un prisme pathologique : les personnes intersexes ont, conformément à la terminologie employée par le discours médical, un désordre du développement sexuel (DSD)⁸¹ qui doit être corrigé afin de conformer leurs corps à leur véritable sexe féminin ou masculin, et les personnes trans sont atteintes d'un trouble de l'identité de genre qui nécessite un traitement médical et/ou psychiatrique⁸². Aussi, les droits des personnes trans sont ainsi mis en opposition avec les droits des femmes⁸³, des lesbiennes et des homosexuels⁸⁴, voire avec les droits humains⁸⁵.

18. La seconde acception du concept de genre se fonde, quant à elle, sur l'idée que le sexe biologique, lui aussi, « relève d'une construction intellectuelle et sociale »⁸⁶. Elle s'appuie notamment sur des travaux de biologistes comme Anne Fausto-Sterling, qui, face à la complexité du corps, et donc, du sexe matériel, démontrent qu'« apposer sur quelqu'un l'étiquette “homme” ou “femme” est une décision sociale »⁸⁷. Certes, « le savoir scientifique peut nous aider à prendre cette décision », mais, poursuit l'autrice, « seules nos croyances sur le genre – et non la science – définissent le sexe »⁸⁸. Cette théorie du sexe comme construit social a été très largement développée au sein des travaux du courant féministe matérialiste français, porté par des autrices comme Colette Guillaumin, Nicole-Claude Mathieu ou encore

⁷⁹ V. en ce sens les travaux de la philosophe K. Stock, *Material girls*, op. cit. Le titre original de l'ouvrage est particulièrement significatif : Kathleen Stock, *Material Girls: Why Reality Matters for Feminism*, London, Fleet, 2021, 320 p.

⁸⁰ Jean-François Braunstein, *La philosophie devenue folle: le genre, l'animal, la mort*, Paris, Bernard Grasset, 2018, 393 p ; Helen Pluckrose et James Lindsay, *Le triomphe des impostures intellectuelles : comment les théories sur l'identité, la race, le genre gangrèment l'université et nuisent à la société*, Paris, H&O, 2021, 380 p.

⁸¹ Cette terminologie est utilisée par le corps médical et rejetée par le milieu associatif et les organes de protection des droits humains. v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁸² En ce sens, lorsque le corps médical pratique des opérations de changement de sexe, il répond au « délire » d'un patient qui a la conviction « de ne pas relever fondamentalement du sexe dont il présente pourtant les caractéristiques anatomiques » (Patrick Wachsmann et Aluma Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH*, 2003, vol. 2003, n° 56, p. 1168).

⁸³ Notamment dans la mesure où les personnes trans – et plus particulièrement les femmes trans – renforceraient les stéréotypes de genre contre lesquels le mouvement féministe tente de se départir : v. par ex. Janice G. Raymond, *The Transsexual Empire: the Making of the She-Male*, New York, Teachers College Press, 1994, 220 p. Dans le même sens, v. Holly Lawford-Smith, *Gender-Critical Feminism*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁸⁴ K. Stock, *Material girls*, op. cit.

⁸⁵ Les opérations chirurgicales et les traitements hormonaux de changement de sexe ont ainsi pu être qualifiés de « mutilations » : Sheila Jeffreys, « Transgender Activism: A Lesbian Feminist Perspective », *Journal of Lesbian Studies*, 1997, vol. 1, n° 3-4, p. 55-74.

⁸⁶ *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, op. cit., p. 14.

⁸⁷ A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres*, op. cit., p. 19.

⁸⁸ *Ibid.*

Monique Wittig. Dès le début des années 1980, Christine Delphy affirme ainsi que le sexe est lui-même le produit d'une construction sociale, et que

« le genre à son tour crée le sexe anatomique, dans le sens que cette partition hiérarchique de l'humanité en deux transforme en distinction pertinente pour la pratique sociale une différence anatomique en elle-même dépourvue d'implications sociales ; que la pratique sociale et elle seule transforme en catégorie de pensée un fait physique en lui-même dépourvu de sens comme tous les faits physiques »⁸⁹.

Cette idée va se poursuivre outre-Atlantique⁹⁰, notamment dans les travaux de Judith Butler, qui met en évidence que la catégorie de sexe doit être pensée comme une conséquence du genre : il est performatif, il produit constamment et de manière répétée l'illusion selon laquelle les sexes féminin et masculin sont des identités stables et naturelles, prédiscursives⁹¹. En ce sens, la distinction entre les termes sexe et genre devient inutile, les deux pouvant être utilisés indifféremment (il n'y a pas d'un côté un sexe naturel et biologique, et de l'autre un genre culturel et construit) puisque le sexe est *déjà* du genre⁹². Le sexe est donc construit *et* réel⁹³, en d'autres termes, la dimension construite du sexe est sa seule réalité.

⁸⁹ Christine Delphy, « Le patriarcat, le féminisme et leurs intellectuelles », *Nouvelles Questions Féministes*, 1981, n° 2, p. 65. V. également Christine Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, Paris, Syllepse, 2013, 365 p.

⁹⁰ Judith Lorber, *Paradoxes of Gender*, New Haven, Yale University Press, 1994, 425 p.

⁹¹ J. Butler, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*

⁹² *Ibid.*, p. 69. V. dans le même sens Oyèrónkẹ Oyěwùmí, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis ; London, University of Minnesota Press, 1997, p. 12 ; Dianne Otto, « Lost in Translation: Re-Scripting the Sexed Subjects of International Human Rights Law » dans Anne Orford (ed.), *International Law and its Others*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 318-356 ; Marjolein van den Brink et Jet Tigchelaar, « Gender identity and registration of sex by public authorities », *European Equality Law Review*, 2015, n° 2, p. 29-40 ; Damian A Gonzalez-Salzberg, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 15 ; *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, *op. cit.*, p. 14. Sur l'importance néanmoins de mobiliser le terme sexe afin, justement, de le déconstruire : Alexandre Jaunait, « Remettre le sexe sur la table du genre : pourquoi le sexe reste-t-il un enjeu féministe ? », *Revue du Crieur*, 4 avril 2024, vol. 24, n° 1, p. 142-159.

⁹³ Pour reprendre l'expression utilisée par Magali Bessone à propos de la race : « la race est construite et elle est réelle », Magali Bessone, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*, Paris, J. Vrin, 2013, p. 20. ; dans le même sens à propos des concepts de race et de sexe, Sally Haslanger, *Resisting Reality. Social Construction and Social Critique*, New York, Oxford University Press, 2012, 490 p. ; et plus largement, sur le constructivisme, C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, *op. cit.*, p. 308. (« Un construit social – que ce soit une institution particulière ou l'ensemble de l'organisation d'une société et d'une culture – ne fait pas qu'avoir des effets sur une réalité qui lui préexisterait : il est la réalité, la seule réalité »).

19. Cette seconde acception du genre, loin de faire l'unanimité⁹⁴ et dont le sens est parfois détourné⁹⁵, met en évidence les effets de catégorisation et de hiérarchisation qu'il commande⁹⁶ : le genre renvoie en effet « aux dispositifs par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus »⁹⁷. Le genre peut alors être mobilisé comme concept d'analyse⁹⁸ ou « catégorie utile d'analyse »⁹⁹ au sein d'une étude juridique¹⁰⁰. Dans cette perspective, les rapports ambivalents qu'entretiennent le genre et le droit peuvent être soulignés¹⁰¹ : par exemple, si le droit met en place des outils visant à lutter contre les inégalités entre les sexes, il participe lui-même à la construction d'une différenciation des individus à partir de la bicatégorisation¹⁰². Un rapport de co-construction apparaît alors entre le droit et le genre¹⁰³, sans que cela ne suppose un processus hermétique. Bien au contraire, d'autres rapports de pouvoirs comme la race ou la classe interviennent simultanément¹⁰⁴, conduisant ainsi à

⁹⁴ On retrouve, là aussi, comme dans le droit positif, une hostilité d'une partie de la doctrine envers la mobilisation du concept de genre, lequel renverrait au développement d'une « théorie du genre » ; à ce sujet, v. *supra* et S. Hennette-Vachez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, op. cit., p. 11.

⁹⁵ Comme le montre Joan Wallach Scott, « Fantômes du millénaire : le futur du « genre » au XXI^e siècle », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, traduit par Myriam Boussahba-Bravard, 2010, n° 32, p. 89-117.

⁹⁶ Pour le dire avec Christine Delphy, « le « genre » est le système de division hiérarchique de l'humanité en deux moitiés inégales » (C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit., p. 52).

⁹⁷ S. Hennette-Vachez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, op. cit., p. 12.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁹⁹ Joan Scott, « Genre : Une catégorie utile d'analyse historique », *Les cahiers du GRIF*, 1988, vol. 37, n° 1, p. 125-153. V. également E. Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit. Nous faisons ainsi, avec Alexandre Jaunait, une distinction entre le genre comme catégorie de l'analyse et « les genres » comme catégorie de la pratique, qui renvoie à la pluralité d'identités de genre auxquelles s'identifient les individus (Alexandre Jaunait, « Qu'est-ce que le genre ? » dans Frédéric Regard et Anne Tomiche (eds.), *Déconstructions Queer. Les fondamentaux*, Paris, Hermann, 2023, p. 45).

¹⁰⁰ Sur l'institutionnalisation des études sur le genre en France, v. L. Bereni et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit., p. 7. Dans la discipline juridique, c'est sous l'égide du programme REGINE (Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe) que se sont développées les études sur le genre et le droit S. Hennette-Vachez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, op. cit. ; S. Hennette-Vachez, M. Möschel et D. Roman, *Ce que le genre fait au droit*, op. cit. ; Stéphanie Hennette-Vachez, Marc Pichard et Diane Roman, *Genre et droit: ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016, 454 p.

¹⁰¹ Stéphanie Hennette-Vachez et Ruth Rubio-Marín, « Introduction: From Law and Gender to Law as Gender – The Legal Subject and the Co-production Hypothesis » dans Stéphanie Hennette-Vachez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 1-22.

¹⁰² Elsa Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Paris Nanterre, thèse sous la direction de Stéphanie Hennette-Vachez, 2018, 810 p.

¹⁰³ En effet, « système de catégorisation, le genre produit du droit, comme, en retour, le droit produit du genre » (S. Hennette-Vachez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, op. cit., p. 19) ; v. également Joanne Conaghan, *Law and Gender*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, 253 p ; S. Hennette-Vachez, M. Möschel et D. Roman, *Ce que le genre fait au droit*, op. cit. ; S. Hennette-Vachez, M. Pichard et D. Roman, *Genre et droit*, op. cit. ; Katharine T. Bartlett et al., *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, 9^e éd., New York, Aspen, 2023, 960 p ; Stéphanie Hennette-Vachez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, 500 p.

¹⁰⁴ Sur l'invisibilisation au sein des travaux féministes d'une perspective prenant en compte la race, v. par ex. les travaux de la sociologue Chandra Talpade Mohanty (v. par ex. Chandra Talpade Mohanty, « Sous les yeux de l'Occident : recherches féministes et discours coloniaux » dans *Genre, postcolonialisme et diversité de mouvements de femmes*, Genève, L'Harmattan, 2010, p. 171-202).

tendre l'analyse vers une perspective intersectionnelle¹⁰⁵, sans qu'il ne soit toutefois possible de prendre en compte l'ensemble de ces « vecteurs de pouvoirs »¹⁰⁶.

20. Adopter cette perspective constructiviste revient-il à éluder la dimension corporelle, anatomique, autrement dit matérielle, des éléments qui composent le sexe¹⁰⁷ ? Si cette idée est répandue dans le débat public, il faut, pour ce qui est de l'analyse académique, répondre par la négative. Envisager le sexe comme concept juridique issu d'une construction sociale, lequel fait lui-même référence à une norme naturalisée (le sexe biologique), ne signifie pas pour autant que la matérialité des corps est sans intérêt – ni *a fortiori* qu'elle doive être ignorée ou que toute idée de différence en matière sexuelle doive être abolie¹⁰⁸. Il s'agit en revanche de l'appréhender comme un objet façonné par le discours social (et donc juridique)¹⁰⁹. Pour le dire avec la sociologue Judith Lorber, « les individus sont nés sexués mais non genrés »¹¹⁰ : cela implique de s'intéresser à la traduction sociale qui est faite de la matérialité du corps¹¹¹, et de remettre en

¹⁰⁵ Sur la mobilisation et les enjeux d'une perspective intersectionnelle, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2 ; sur les limites de l'intersectionnalité comme outil critique au sein des théories féministes et sa dépolitisation, v. Joanne Conaghan, « Intersectionality and the Feminist Project in Law » dans Emily Grabham et al. (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, 1^{re} éd., Abingdon, Routledge-Cavendish, 2009, p. 21-48 ; Nivedita Menon, « Is Feminism about "Women"? A Critical View on Intersectionality from India », *Economic and Political Weekly*, 2015, vol. 50, n° 17, p. 37-44 ; Jens Theilen, « Intersectionality's Travels to International Human Rights Law », *Michigan Journal of International Law*, 1 janvier 2024, vol. 45, n° 2, p. 233-274.

¹⁰⁶ J. Butler, *Ces corps qui comptent*, op. cit., p. 42.

¹⁰⁷ Plus largement sur les liens entre construction et matérialité, v. Ian Hacking, *Entre science et réalité: la construction sociale de quoi ?*, traduit par Baudouin Jurdant, Paris, la Découverte, 2008, 299 p ; S. Haslanger, *Resisting Reality*, op. cit.

¹⁰⁸ Les auteurs qui ont travaillé sur le sexe comme construit social ont en ce sens montré l'importance d'intégrer à leur réflexion le rôle de la matérialité du corps dans la naturalisation du sexe ; v. par ex. M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 200 : « le but de la présente recherche est bien de montrer comment des dispositifs de pouvoir s'articulent directement sur le corps – sur des corps, des fonctions, des processus physiologiques, des sensations, des plaisirs ; loin que le corps ait à être gommé, il s'agit de le faire apparaître dans une analyse où le biologique et l'historique ne se feraient pas suite, comme dans l'évolutionnisme des anciens sociologues, mais se lieraient selon une complexité croissant à mesure que se développent les technologies modernes de pouvoir qui prennent la vie pour cible » ; v. également J. Butler, *Ces corps qui comptent*, op. cit.

¹⁰⁹ J. Conaghan, *Law and Gender*, op. cit., p. 89. ; v. également C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit., p. 212. « la pratique sociale et elle seule transforme en catégorie de pensée un fait physique en lui-même dépourvu de sens comme tous les faits physiques » ; Geertje Mak, *Doubting sex: Inscriptions, bodies and selves in nineteenth-century hermaphrodite case histories*, Manchester, Manchester University Press, 2012, p. 8. : « Les corps, en effet, ne peuvent acquérir de signification en dehors du discours. Cela ne signifie pas pour autant que les corps puissent être réduits au discours. Si un corps ne peut pas éjaculer de sperme, alors il ne peut pas éjaculer de sperme ».

¹¹⁰ J. Lorber, *Paradoxes of Gender*, op. cit., p. 22. Aussi, selon l'autrice, « quelles que soient les contributions des gènes, des hormones et de l'évolution biologique aux institutions sociales humaines, celles-ci se trouvent matériellement comme qualitativement transformées par les pratiques sociales. Toute institution sociale possède une base matérielle, mais la culture et les pratiques sociales transforment cette base en une réalité caractérisée par des structures et des contraintes qualitativement différentes » ; c'est le cas d'institutions comme la famille, la religion, ou encore le langage : « la famille et la parenté ne se réduisent pas à l'acte sexuel et à la procréation ; la morale et la religion ne sauraient être assimilées aux peurs et aux extases du cerveau ; le langage dépasse largement les sons produits par la langue et le larynx » (*ibid.*, p. 17).

¹¹¹ Les propos de Kate Bornstein son éclairant à ce sujet : « Je n'ai jamais détesté mon pénis ; je détestais qu'il fasse de moi un homme » (Kate Bornstein, *Gender Outlaw: On Men, Women, and the Rest of Us*, New York, Routledge, 1994, p. 47).

question les rapports de force qui en découlent¹¹². Il est donc question de la construction sociale des significations prêtées aux différences matérielles entre les corps, autrement dit de « la construction juridique des corps humains »¹¹³, puisque, comme l'exprime la juriste Joanne Conaghan, « les corps sont une chose, le sens et la signification que nous leur attribuons en sont une autre »¹¹⁴. La binarité sexuelle est donc envisagée comme une lecture possible parmi d'autres du corps humain – ce qui soulève, *ipso facto*, l'interrogation : pourquoi est-elle présentée comme la seule valable ? La question n'est donc pas tant de savoir s'il existe, d'un point de vue matériel ou biologique une différence entre les sexes – voire des différences entre plusieurs sexes – ; mais plutôt de s'intéresser aux raisons qui poussent le droit non seulement à prendre en compte le sexe comme un des éléments fondateurs de l'ordre juridique, mais aussi à l'appréhender seulement et uniquement sous l'angle de la binarité – un choix normatif qui n'est pas nécessaire, au sens philosophique du terme¹¹⁵. Il semble alors indispensable d'intégrer à l'étude une analyse des effets que produit le droit sur la matérialité, et inversement, du rôle que peut jouer la matérialité sur le discours du droit.

21. Aussi, c'est précisément l'objet du présent travail que de tenter de rendre compte de ce que le sexe est bien plus qu'une simple notion devenue catégorie façonnable au gré de la volonté des acteurs juridiques. En ce sens, il ne s'agit pas de se limiter à étudier la catégorisation de sexe comme pouvoir qui s'exerce seulement sur les personnes non-conformes de genre, mais d'envisager le système de sexe comme pouvoir régulateur de l'ensemble de la population, y compris des personnes cisgenres et/ou endosexes¹¹⁶. Par exemple, l'assignation des individus par le droit à un sexe féminin ou masculin ne concerne et n'affecte pas seulement les personnes trans qui ne se reconnaissent pas dans ce sexe qui leur a été assigné. Une telle lecture du problème pourrait, d'ailleurs, être considérée « minorisante » ; au contraire, une approche « universalisante » est ici privilégiée, qui s'intéresse à la manière dont l'assignation de

¹¹² S. Hennette-Vauche, « Analyse juridique du genre », art. cit., p. 116.

¹¹³ S. Hennette-Vauche et R. Rubio-Marín, « Introduction », art. cit., p. 11.

¹¹⁴ J. Conaghan, *Law and Gender*, op. cit., p. 177. ; v. également J. Lorber, *Paradoxes of Gender*, op. cit., p. 38. : « Les corps diffèrent physiologiquement de multiples façons, mais ils sont entièrement transformés par les pratiques sociales pour s'inscrire dans les catégories saillantes d'une société, au premier rang desquelles figurent « femme » et « homme » ainsi que « féminin » et « masculin » » ; ou encore Paul B. Preciado, *Un appartement sur Uranus: chroniques de la traversée*, Paris, Bernard Grasset, 2019, p. 286. : « Le régime sexe-genre binaire est au corps humain ce que la carte est au territoire : un cadre politique qui définit organes, fonctions et usages. Un cadre cognitif qui établit les frontières séparant le normal du pathologique ».

¹¹⁵ Ngaire Naffine, « Our legal lives as men, women and persons », *Legal Studies*, décembre 2004, vol. 24, n° 4, p. 624.

¹¹⁶ Une personne cisgenre s'identifie au sexe qui lui a été assigné à la naissance ; une personne endosexue (ou dyadique) a des caractéristiques sexuées qui correspondent aux normes médicales et sociales du féminin ou du masculin ; une personne peut donc être cisgenre sans être endosexue : c'est le cas par exemple d'une personne intersexe assignée de sexe féminin à la naissance et qui s'identifie comme femme.

l'ensemble des individus à un sexe juridique produit un effet de structure. En ce sens, la régulation du droit à l'autodétermination des personnes trans, tout comme le droit à l'intégrité physique des personnes intersexes, ne peuvent être pensés sans prendre en considération la situation des personnes pour lesquelles, à l'opposé, le sexe juridique n'a jamais été envisagé comme un obstacle¹¹⁷. En somme, plutôt que de s'intéresser aux conséquences de l'assignation à un sexe juridique pour les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas à ce sexe (à un niveau individuel), il s'agit d'envisager les procédés d'assignation à un sexe comme outils de régulation à l'échelle de la société entière (à un niveau structurel), imbriqués à d'autres rapports de pouvoir. Aussi, plus largement, on s'interrogera sur ce que le sexe fait au droit¹¹⁸, c'est-à-dire sur la capacité du concept de sexe à agir, bien au-delà, comme un pouvoir régulateur de l'ensemble de l'ordre juridique. Loin de se limiter à une influence ponctuelle sur des problématiques clairement délimitées comme celles qui viennent d'être esquissées, le concept de sexe serait au contraire constitutif des fondements mêmes de l'ordre juridique.

B. Saisir une compréhension extensive de l'objet de recherche

22. La démarche s'appuie sur des outils méthodologiques qui visent à saisir le concept juridique de sexe dans une perspective théorique critique **(1)**, et supposent tant de se défaire d'un ancrage dans un ou des ordres juridiques bien définis, que d'une analyse au prisme de la seule science du droit **(2)**.

1. Dévoiler les présupposés

23. Conformément à une posture qui relève du positivisme méthodologique¹¹⁹, l'étude des valeurs produites par le discours du droit sera clairement distinguée de notre discours sur le droit. Il n'est ainsi pas question dans cette étude d'adopter une démarche prescriptive (dire comment le droit doit définir le sexe par exemple, ou encore s'il est préférable de supprimer la mention du sexe comme marqueur d'identification des individus, ce qui relève du discours du

¹¹⁷ Nous empruntons à Paisley Currah la référence aux travaux d'Eve Sedgwick sur la distinction entre l'homosexualité et l'hétérosexualité (ici adaptée à la distinction entre les personnes trans et cis) : tandis que selon l'approche « minorisante », la question de l'homosexualité concerne seulement une minorité de la population (les personnes homosexuelles), l'approche « universalisante » l'envisage comme un enjeu commun à l'ensemble des personnes, quelle que soit leur position sur le spectre de la sexualité (P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, op. cit., p. 11).

¹¹⁸ Pour reprendre l'expression de l'ouvrage de S. Hennette-Vachez, M. Möschel et D. Roman, *Ce que le genre fait au droit*, op. cit.

¹¹⁹ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit: recueil de textes*, LGDJ, Paris, 1998, 286 p.

droit). La démarche choisie se veut au contraire descriptive et explicative¹²⁰, et vise, en adoptant un « point de vue externe »¹²¹, à analyser la manière dont fonctionne le droit tel qu'il est, ainsi que « les fonctions politiques qu'il remplit »¹²². Dès lors, si on ne cherche pas à établir une définition du sexe juridique, on s'intéresse en revanche aux différentes significations qui en sont élaborées et retenues par les acteurs du droit¹²³, et par là, aux actes de volonté qui les ont conduits à choisir une interprétation plutôt qu'une autre¹²⁴ – d'autant plus au regard de l'absence de définition du sexe juridique et de la diversité des significations qui lui sont attribuées par ces mêmes acteurs. L'attention se portera donc sur la manière dont ces acteurs établissent (ou non¹²⁵) la signification des énoncés juridiques, sur les mécanismes juridiques qui assignent, modifient ou contestent l'attribution d'un sexe aux individus (en somme, sur ce que fait le sexe, sur ses conséquences¹²⁶), et sur les raisons qui motivent son maintien comme élément pertinent au sein de l'ordre juridique (pourquoi le sexe *est*).

24. La posture adoptée se revendique par ailleurs critique¹²⁷. Cette démarche « critique » ne se confond pas toutefois pas avec l'expression de jugement de valeurs, d'une évaluation, au sens d'une critique axiologique¹²⁸. Notre démarche procède bien d'une « rupture épistémologique » avec le discours objet. Toutefois, celle-ci ne conduit pas à l'apprécier en termes de bien ou mal, de juste ou d'injuste, mais plutôt par un regard de réalité dénotant « une attitude de connaissance »¹²⁹. La démarche critique relève ainsi d'un discours explicatif et de

¹²⁰ Éric Millard, « Droit et genre » dans *Les nouveaux territoires du droit*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 87-104.

¹²¹ Et plus précisément un « point de vue externe modéré », c'est-à-dire un point de vue qui suppose « une « rupture épistémologique » ou une mise à distance théorique qui consistera [...] à rendre compte en termes descriptifs et explicatifs du point de vue interne adopté par les acteurs du système juridique » (François Ost et Michel Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 26) ; sur la distinction entre point de vue interne et point de vue externe, v. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 12.

¹²² É. Millard, « Droit et genre », *art. cit.*

¹²³ Dans la mesure où « les « normes » (constitutions, lois, actes administratifs, décisions juridictionnelles) posées par les autorités habilitées, ne sont pas, au plan de leur contenu, l'objet préexistant, mais le produit « variable » et toujours « disputé » des interprétations des juristes qui dépendent de choix explicites ou implicites qui ne sont pas unanimes » (Isabelle Boucobza, *La fonction juridictionnelle: contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 14).

¹²⁴ Michel Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation » dans *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69-84. Rappelons ainsi avec Michel Troper que « l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance, parce que le sens d'un texte est le produit d'une prescription » et que « tout énoncé est toujours susceptible de se voir attribuer plusieurs significations » (Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22). Il s'agit alors d'étudier « les justifications que les acteurs apportent aux décisions normatives qu'ils prennent » (G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 45).

¹²⁵ Le fait de s'abstenir de préciser la signification d'un énoncé juridique relève des « silences performatifs du droit », lesquels sont tout aussi révélateurs, v. S. Hennette-Vauchez, M. Möschel et D. Roman, *Ce que le genre fait au droit*, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁶ P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁷ Michel Mialle, « La critique du droit », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 73-87.

¹²⁸ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 27 ; V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 26.

dévoilement des présupposés. Cette perspective implique, autrement dit, de « décrire un objet en se détachant de ses formes d'être et d'apparaître au monde, c'est-à-dire de ses propres modes d'expression et de justification »¹³⁰, laquelle est précisément rendue possible par la distinction clairement opérée entre le discours du droit et notre propre discours sur le droit¹³¹. En ce sens, le regard critique vise à « questionner l'évidence »¹³², et à aller plus loin que la « simple réitération descriptive et technique des énoncés du langage juridique »¹³³. Pour le dire autrement,

« la pensée critique est celle qui ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir, mais qui postule que la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir »¹³⁴.

On vise ainsi un processus de dévoilement de la prétendue neutralité du droit¹³⁵, et plus particulièrement, de la prétendue neutralité de la règle de droit dans ses rapports au genre, tout en dévoilant les effets genrés que la norme produit¹³⁶.

2. Élargir la perspective

25. Dans la mesure où la démarche vise à saisir un concept dans sa globalité, les outils méthodologiques mobilisés accompagnent cette ambition. Dès lors, afin de rendre compte le plus précisément possible et de manière la plus complète des fondements du concept juridique de sexe, tant un « décentrement géographique » qu'un « décentrement disciplinaire »¹³⁷ seront mis en œuvre.

26. S'il est « possible d'exiger du comparatiste qu'il expose ses choix »¹³⁸, il revient alors d'expliquer les raisons qui ont conduit à adopter une démarche comparatiste, et plus

¹³⁰ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 30.

¹³¹ V. *supra* et Isabelle Boucobza, « La neutralité axiologique est-elle dépassée ? Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 9 mai 2023, n° 24.

¹³² L. Carayon, *La catégorisation des corps*, *op. cit.*, p. 315.

¹³³ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 317.

¹³⁴ M. Miaille, « La critique du droit », *art. cit.*, p. 73.

¹³⁵ Isabelle Boucobza, *Neutralité et analyse critique du droit*, Intervention au colloque « La Neutralité », Université de Tours, octobre 2016, texte de l'intervention en ligne : [<https://perma.cc/S38W-SNMP>].

¹³⁶ Stéphanie Hennette-Vauchez et Charlotte Girard, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir / Agir*, 2012, vol. 20, n° 2, p. 53-59.

¹³⁷ Albane Geslin, Carlos-Miguel Herrera et Marie-Claire Ponthoreau, *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 8.

¹³⁸ Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Économica, 2010, p. 82.

précisément quel type d'approche du droit comparé¹³⁹. Cette démarche est en premier lieu le fruit d'une intuition. Les premiers tâtonnements visant à appréhender l'objet d'étude ont au départ amené à envisager le sexe et ses évolutions au sein de l'ordre juridique français. Or en dépit du développement d'un droit à la modification de la mention du sexe à l'état civil (les individus peuvent obtenir, à certaines conditions, un changement de la mention « sexe féminin » pour « sexe masculin » et inversement), la binarité du sexe reste indépassable (il ne saurait être envisagé au-delà des catégories du féminin et du masculin). Cette solution est notamment le résultat, pour ce qui est du droit français, de la jurisprudence de la Cour de cassation, pour qui la bicatégorisation est « *nécessaire* à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur »¹⁴⁰. Adopter une démarche comparatiste semblait alors pertinent afin de montrer, non pas qu'une meilleure interprétation serait possible¹⁴¹, mais de doter l'analyse d'éléments comparatifs qui permettent d'interroger cette interprétation qui semble relever de l'évidence : le principe de la binarité des sexes est-il vraiment essentiel et fondamental en principe pour l'ordre juridique, au risque de mettre en péril les bases sur lequel il repose ? Ou, au contraire, cette affirmation n'est-elle que contingente – valable seulement pour quelques ordres juridiques, parmi lesquels pour le droit français ? Et si tel était le cas, existe-t-il des justifications d'une telle définition spécifique du sexe par rapport à d'autres ordres juridiques qui, au contraire, ne conçoivent pas la différence et la binarité des sexes comme prémisse à leur « organisation sociale et juridique » ? Limiter à l'étude du cadre juridique français aurait, de ce point de vue, réduit l'intérêt de la démarche visant à questionner les fondements et la fonction du sexe juridique. En revanche, porter l'analyse sur d'autres ordres juridiques permettait la mise en perspective de la définition du sexe juridique retenue par le droit français, notamment pour ce qui est d'ordres juridiques acceptant le dépassement de la binarité – dont la seule existence suffit à établir qu'il ne s'en suit pas un effondrement ou un renversement de l'ordre juridique¹⁴². C'est, précisément, la fonction subversive du droit comparé : « révéler la richesse cachée d'un

¹³⁹ Pour une présentation des différentes méthodes du droit comparé, v. Mathias Siems et Po Jen Yap (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, 756 p. ; v. également Mark Van Hoecke, « Methodology of Comparative Legal Research », *Law and Method*, 2015.

¹⁴⁰ Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129 (Nous soulignons). Sur cette décision, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁴¹ Le droit comparé n'est pas ici mobilisé comme « une science qui permet d'améliorer la situation de cas juridictionnels », ce qui constitue l'une des « croyances » relatives au droit comparé (Otto Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, vol. 53, n° 2, p. 276).

¹⁴² Horatia Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 506. : « La comparaison s'engage [...] contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables ».

système juridique derrière une apparence réductrice, pour dénoncer ensuite la partialité du discours positif »¹⁴³.

27. Le recours à la méthode comparatiste paraissait donc particulièrement fécond sur le sujet, notamment en ce qu'elle « se propose d'offrir une vision d'ensemble d'un phénomène, tel qu'il se présente en différents lieux »¹⁴⁴. La démarche qui guide le présent travail est cependant de faire un recours théorique ou épistémologique au droit comparé – et non pas systématique. L'idée n'est ni de proposer un panorama universel – et *a fortiori* exhaustif – des réponses apportées par le droit à la question de la définition du sexe. Une telle ambition aurait, assurément, été illusoire et donc, en réalité, impossible. Bien plutôt, l'analyse comparatiste est ici mobilisée pour mettre en lumière le fait « qu'aucune solution n'est universelle »¹⁴⁵, et donc, nécessaire. Elle permet d'établir, en d'autres termes, la contingence et la variété des règles de droit et donc, le fait qu'elles ne sont pas guidées, précisément, par la nécessité. Plus avant, la démarche reste théorique. Le lectorat ne trouvera donc pas ici la formulation d'une finalité pratique ou de propositions de solutions concrètes (ce que devrait être le sexe juridique en droit). L'approche comparée ne procède pas ici à la comparaison de différentes constructions ou utilisations de la notion de sexe dans différents ordres juridiques dans le but, *in fine*, d'élaborer ce qui serait une notion commune du sexe juridique (ce qui relèverait d'une perspective intégrative). Il y est fait recours à des seules fins de connaissance théorique du droit¹⁴⁶, en ce que « le droit comparé demeure une science tant qu'il acquiert des connaissances et indépendamment du point de savoir si les connaissances sont ou non utilisées à d'autres fins »¹⁴⁷. À cette finalité de connaissance s'ajoute un appui sur la fonction critique du droit comparé¹⁴⁸. Rodolfo Sacco mettait déjà en avant dans ses travaux ce potentiel du droit comparé comme connaissance critique du droit¹⁴⁹. Grâce à la mise à distance du droit positif interne qu'elle opère, la méthode comparée permet d'élargir son champ de vision et de « lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes »¹⁵⁰. Le recours à des exemples issus de différents ordres

¹⁴³ *Ibid.*, p. 509. ; v. également George P. Fletcher, « Comparative Law as a Subversive Discipline », *The American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, n° 4, p. 683-700.

¹⁴⁴ Guillaume Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste » dans *La fabrique de l'ordre juridique*, Ljubljana, Revus, 2013, p. 96.

¹⁴⁵ L. Carayon, *La catégorisation des corps*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁶ Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, 175 p.

¹⁴⁷ Rodolfo Sacco, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, n° 1, p. 4.

¹⁴⁸ Pour un aperçu de la variété des approches critiques en droit comparé, v. not. Günter Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Frankfurt am Main, Edward Elgar, 2019, 296 p.

¹⁴⁹ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op. cit.*

¹⁵⁰ H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *art. cit.*, p. 506.

juridiques insiste sur l'absence de neutralité et d'universalité (voir parfois de fatalité) d'une solution donnée par le discours du droit.

28. C'est donc le choix de l'objet d'étude qui a mené à l'adoption d'une démarche de droit comparé. Si le droit français a été le point de départ de nos recherches, il ne constitue pas le point de départ de notre démonstration, en ce qu'il ne s'agit pas de comparer le sexe juridique dans le droit français au sexe juridique au sein d'un droit étranger¹⁵¹. En effet, la méthode comparatiste mobilisée ne procède pas en fonction d'une liste limitée de pays et d'ordres juridiques. Il aurait certes été possible d'ancrer cette étude dans la comparaison de deux ordres juridiques clairement identifiés afin, par exemple, d'analyser les différences d'appréhension du sexe juridique au sein de deux ordres dont l'organisation est pourtant relativement proche¹⁵² ou au contraire très éloignée. Mais ce n'est pas l'approche qui a été retenue, laquelle se veut au contraire la plus large possible, toutes les versions de la définition juridique du sexe étant, par hypothèse, intéressantes à étudier au regard de la question de recherche¹⁵³. Un tel choix se justifie de deux manières : d'une part, d'un point de vue épistémologique, dans la mesure où « la science du droit est toujours l'étude de tous les droits et [...] c'est la limitation au seul droit national qui est antiscientifique »¹⁵⁴ ; d'autre part, au regard de la spécificité de l'objet d'étude : le concept de sexe est commun à l'ensemble des ordres juridiques, et les questionnements relatifs à la manière d'appréhender le sexe juridique au regard de l'autonomisation des individus sont présents sur l'ensemble des continents¹⁵⁵. Ce choix n'est pas, toutefois, sans soulever de difficultés¹⁵⁶ – ne serait-ce que parce que « tout observateur est toujours placé dans une certaine

¹⁵¹ En particulier en ce que « la qualification d'« étranger » est purement relative et contingente et ne possède aucune valeur conceptuelle intrinsèque » (O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », art. cit., p. 282).

¹⁵² On aurait ainsi pu imaginer une comparaison entre les ordres juridiques français et belge : malgré la proximité relative des règles en matière d'identification du fait notamment de l'implantation du Code civil napoléonien sur le territoire belge lors de l'occupation française, les solutions apportées sont à l'extrême opposées ; tandis que, nous l'avons vu, le juge de la Cour de cassation française refuse de reconnaître toute mention du sexe en dehors de la binarité, le juge de la Cour constitutionnelle belge considère qu'une loi qui ne prévoit pas un moyen d'identification pour les personnes non-binaires est contraire à la Constitution (Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n° 99/2019 ; pour une analyse de cette décision, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

¹⁵³ La question de l'accès aux sources est donc particulièrement importante ici. De nombreuses informations relatives à la situation et aux évolutions des différents pays utilisés comme exemples ont été obtenues grâce à la base de données d'*ILGA World* (Association internationale des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans et intersexes). La base de données est accessible à cette adresse : <https://database.ilga.org/en>.

¹⁵⁴ O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », art. cit., p. 282.

¹⁵⁵ Un dialogue s'instaure d'ailleurs parfois entre différents juges nationaux, lesquelles se réfèrent aux décisions de leurs homologues en la matière. À ce sujet, v. not. M.-A. Eissen, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe, Éd. STH, 1990, p. 137 et s. ; Alexis Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Paris, Fondation Varenne, 2011, 522 p.

¹⁵⁶ On pense également à la question de la traduction, en particulier au regard des transpositions qui sont faites des termes « sexe » ou « genre » – évidemment centraux au sein de cette étude – dans certaines langues ; à ce sujet, v.

disposition intellectuelle ou situé dans des modèles et des préconceptions dans lesquelles, inévitablement, il organise ses perceptions et ses pensées, et qui les conditionnent nécessairement »¹⁵⁷. Il importe de conserver toujours cette réalité à l'esprit au fil de l'analyse, afin de pouvoir tendre vers un regard qui se veut le plus décentré possible, et se soucie de l'écueil ethnocentrique¹⁵⁸.

29. Ce décentrement passe également par une démarche analytique transversale et interdisciplinaire¹⁵⁹. Pour ce qui est de la transversalité, elle est commandée par l'objet d'étude : le sexe étant au principe de l'ordre juridique, l'analyse n'aurait pu se limiter à l'étude d'une branche particulière du droit. En ce sens, les analyses proposées portent sur toutes les branches du droit au sein desquelles le sexe est une donnée particulièrement pertinente, et notamment sur le droit de la famille et le droit de la non-discrimination. Pour ce qui est de l'interdisciplinarité, elle tient elle aussi à l'objet d'étude. Comme on l'a indiqué précédemment, le droit s'appuie lui-même sur d'autres disciplines des sciences sociales – ou encore des sciences du vivant, comme la biologie – afin de tenter de définir les contours de la notion de sexe¹⁶⁰. Elle résulte, au-delà, d'un choix de méthode, qui postule que la « science du droit, [pour être] réellement explicative, devra nécessairement faire appel à des savoirs externes, le droit ne pouvant, sans introduire de nouvelles mystifications, s'expliquer par lui-même »¹⁶¹. C'est pourquoi l'étude se réfère régulièrement, au fil de la démonstration, à des travaux issus d'autres sciences sociales (anthropologie, sociologie, etc.), mais aussi biomédicales¹⁶² qui sont apparus cruciaux à l'analyse du concept juridique de sexe.

le dossier « The Uses and Abuses of the Sex/Gender Distinction » réalisé par le réseau ATHENA (Advanced Thematic Network for European Women's Studies), en ligne : <https://perma.cc/D5KS-4K6S>. Sur les difficultés inhérentes à la traduction, W. V. Quine, *Le Mot et la Chose*, Paris, Flammarion, 2010, 416 p.

¹⁵⁷ G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », art. cit., p. 107.

¹⁵⁸ A. Geslin, C.-M. Herrera et M.-C. Ponthoreau, *Postcolonialisme et droit*, op. cit., p. 9. ; Guillaume Tusseau, *Droit comparé et théorie générale du droit*, Paris, Hermann, 2021, p. 51.

¹⁵⁹ Au sens « d'une articulation de savoirs qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence » (F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 31).

¹⁶⁰ Pour une observation similaire à propos de la notion de personne humaine, v. Xavier Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public: recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2003, p. 31.

¹⁶¹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 30.

¹⁶² Pour une mobilisation de la pluridisciplinarité à propos de la bicatégorisation du sexe, v. l'ouvrage *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, op. cit.

§3. Hypothèse de recherche et annonce de plan

30. L'hypothèse qui guide la recherche est la suivante : malgré l'affirmation juridique selon laquelle la binarité des sexes réside au fondement de l'ordre juridique, le droit à l'autodétermination semble opérer une reconfiguration de la bicatégorisation. En effet, le sexe juridique – en tant que catégorie d'identification (état civil), mais aussi comme motif de protection (droit de la non-discrimination) – a fait l'objet d'une refonte ou d'un remodelage considérable sous l'impulsion du droit des droits humains, lequel a initié un développement du droit à l'autodétermination accompagné par les outils du droit de la non-discrimination. Toutefois, la montée en puissance de l'autonomie individuelle et de la possibilité octroyée aux individus de modifier la mention de leur sexe juridique est circonscrite par le maintien de l'ordre juridique au sein de l'ordre du genre, lequel produit un effet de structure qui érige la binarité des sexes, et l'hétérosexualité, comme normes naturelles et naturalisées. Quand bien même cette structure tend à être déstabilisée par le droit à l'autodétermination (par exemple via la reconnaissance d'un sexe neutre à l'état civil), ni la nécessité ni la pertinence du sexe comme élément central de l'ordre juridique ne sont remises en question. Ainsi, en dépit de la montée en puissance du droit à l'autodétermination et avec lui, de l'intégration de la notion d'identité de genre au sein du droit, le sexe demeure un élément central du processus d'identification des individus par l'État. Une telle situation invite alors à s'interroger sur les présupposés du concept de sexe. On fait ici l'hypothèse que le développement d'un droit à l'autodétermination et, avec lui, du sexe comme composante de l'autonomie individuelle, ne saurait être compris, de manière univoque, comme traduisant seulement un affranchissement pour les individus. Assurément, le droit à l'autodétermination « fait croire » à une libération individuelle¹⁶³ ; pourtant, nous verrons qu'il participe aussi à produire le sexe appréhendé comme norme naturelle que le droit doit « enregistrer ». Même, le droit à l'autodétermination, en ce qu'il s'appuie sur la notion d'identité de genre pour reproduire la logique initiale d'assignation des individus à un sexe juridique à partir d'une donnée naturelle et prédiscursive, est l'expression d'un contrôle exercé par les autorités étatiques : maintenir absolument et résolument le sexe juridique (et plus précisément, le sexe juridique comme évidence ou modèle naturel). La fonction du sexe comme pouvoir régulateur de l'ordre juridique est donc maintenue intacte. Afin d'éprouver cette

¹⁶³ Par analogie avec l'analyse menée par Michel Foucault, pour qui le dispositif de sexualité « nous fait croire qu'il y va de notre « libération » », v. M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 211.

hypothèse, on se propose d'appréhender, classiquement, le concept de sexe comme catégorie, avant de l'envisager, de manière plus novatrice, comme idéologie.

31. Les enjeux suscités par les évolutions contemporaines de la notion de sexe nous invitent à analyser le discours du droit relatif au sexe de manière diachronique et donc, à revenir sur les fondements (aux fondations) de cette catégorie. Il est donc question de « décortiquer » la catégorie juridique de sexe, dans une volonté de faire un « travail de déconstruction des mécanismes de hiérarchisation que porte l'apparente neutralité des catégories juridiques »¹⁶⁴. Loin d'être un processus neutre, la construction de la catégorie de sexe a été pensée comme un moyen d'identification des individus par l'État à partir de la binarité des sexes. Le sexe juridique a donc été initialement construit comme une catégorie fixe : elle est nécessairement indépassable (le sexe n'est pas reconnu en dehors de la binarité), et intangible (le sexe ne peut être modifié). Cette double rigidité a conduit à des tensions au sein même de l'ordre juridique, notamment face au refus opposé aux personnes trans de modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Cette conception du sexe juridique comme outil à la seule disposition de l'État dans un but d'identification, de catégorisation et de hiérarchisation des individus a progressivement été bousculée par le droit des droits humains. Le droit de la non-discrimination est venu accompagner ce mouvement d'autonomisation du sexe juridique. Dès lors, face à cet accroissement de la volonté individuelle, le droit a tenté de s'adapter et reconnaît désormais la nécessité de protéger les individus contre des atteintes portées à raison de leur sexe, mais aussi de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, ou encore de leurs caractéristiques sexuelles. Une rupture peut ainsi être observée par rapport à la logique initiale appliquée par l'ordre juridique, puisqu'il reconnaît désormais aux individus la possibilité de choisir la manière dont ils souhaitent voir reconnaître leur sexe.

32. Toutefois, cette possibilité n'est pas sans limites. Les outils développés par le droit des droits humains et le droit de la non-discrimination en matière de droit à l'autodétermination s'accommodent ainsi d'une structure hétéronormée et bicatégorisée, du fait de l'ancrage tout entier de l'ordre juridique au sein de l'ordre du genre. Quand bien même certains mouvements et revendications tentent de dépasser ou déstabiliser cet élément structurel (par exemple via la prise en considération de la non-binarité), cela n'affecte pas l'idée que le sexe juridique doit faire partie intégrante de l'identification des individus. Un paradoxe émerge alors. Tandis que l'ordre juridique a progressivement reconnu le sexe – et plus largement, toutes ses composantes – comme partie intégrante de la vie privée et de l'intimité des individus, il continue de s'en

¹⁶⁴ L. Carayon, *La catégorisation des corps*, op. cit., p. 683.

servir afin de mettre en place un ensemble de normes destinées à réguler l'identité sexuée et le comportement des individus¹⁶⁵. En d'autres termes, tant le droit à la modification de la mention du sexe à l'état civil que la possibilité de s'identifier à un sexe en dehors de la bicatégorisation s'exercent au sein du système de sexe, et le droit s'applique continuellement à désigner ce qui constitue le « véritable » sexe des individus, quels que soient les critères mobilisés (chromosomes, organes génitaux, capacités reproductives ou encore identité de genre). Le sexe apparaît alors nécessaire, au sens philosophique du terme¹⁶⁶, quelle que soit sa forme : la personne juridique *doit* être sexuée. S'il n'existe pas une vérité du sexe, mais des discours de vérité sur le sexe¹⁶⁷, ces derniers poursuivent une même stratégie. On peut alors se demander avec Michel Foucault « pourquoi cette grande chasse à la vérité du sexe, à la vérité dans le sexe ? »¹⁶⁸. Si la catégorie de sexe est « totalitaire »¹⁶⁹ (elle régule les rapports de l'ensemble de la population), elle est aussi prise au piège d'une idéologie *totalisante* : le sexe lui-même. La catégorie de sexe – qu'on peut qualifier de catégorie politique¹⁷⁰ – apparaît donc comme un outil au service d'une idéologie. Si la catégorie de sexe, en tant que catégorie juridique, est une construction, le sexe lui-même n'existe pas en soi. En rupture avec ce qui est décrié comme « l'idéologie du genre », c'est cette hypothèse de « l'idéologie du sexe » (qui trouve son origine dans le concept de genre) qui sera investie dans une seconde partie.

33. L'idéologie renvoie, étymologiquement, à « un discours sur les idées »¹⁷¹. Loin de se réduire à une connotation négative, l'idéologie est nécessaire à notre perception du social¹⁷². Ce discours peut être appréhendé, au sens large, comme celui qui ne relève pas du discours de la science¹⁷³, mais qui, en revanche, prétend qu'une idée peut devenir l'objet d'une science¹⁷⁴. L'idéologie est alors « la logique d'une idée », elle se suffit à elle-même¹⁷⁵ comme « façon d'appréhender le monde »¹⁷⁶. En ce sens, une idéologie est « un ensemble d'idées constituant

¹⁶⁵ P. Cannoot, *The right to personal autonomy regarding sex, gender and sexual orientation*, op. cit., p. 2.

¹⁶⁶ C'est-à-dire comme ce « qui ne peut pas ne pas être », ce qui doit être (Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd., entrée « nécessaire »).

¹⁶⁷ Cette idée d'un discours de vérité sur le sexe a notamment été développée dans les travaux de Michel Foucault, v. M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I la volonté de savoir*, op. cit., p. 128 et s.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 104.

¹⁶⁹ M. Wittig, « La catégorie de sexe », art. cit., p. 50.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹⁷¹ Pour une perspective historique du concept d'idéologie, v. not. Karl Mannheim, *Idéologie et utopie: une introduction à la sociologie de la connaissance*, traduit par Jean-Luc Evard, Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2006, 272 p.

¹⁷² S. Haslanger, *Resisting Reality*, op. cit., p. 18.

¹⁷³ Michel Troper, « L'idéologie juridique » dans *Analyse de l'idéologie*, Paris, Galilée, 1980, p. 224. ; v. également Hannah Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, p. 295.

¹⁷⁴ H. Arendt, *Le système totalitaire*, op. cit., p. 295.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Colette Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir: l'idée de nature*, Paris, Côté-femmes, 1992, p. 11. L'autrice poursuit : « plus diffuse que les systèmes explicites de valeurs et de projets, plus vaste que la seule

la base d'une manière de penser » ou pour le dire autrement, un « regroupement d'idées, de valeurs et de croyances qui produit des compréhensions particulières ou des façons spécifiques de percevoir le monde »¹⁷⁷, en ce qu'elle participe pleinement à *créer* le monde tel qu'il nous apparaît¹⁷⁸. Hannah Arendt prend dans ses travaux l'exemple du déisme, qui se sert de l'idée de Dieu pour expliquer le cours du monde¹⁷⁹. En comparaison, le sexisme serait une croyance selon laquelle l'idée de sexe sert à expliquer le cours du monde, ou qu'il existe un mouvement inhérent à l'idée même de sexe¹⁸⁰. Or le sexe est précisément une idéologie en ce qu'il renvoie à une idée, il n'existe pas *en soi*¹⁸¹ (le sexe est une « idée », un « point idéal » ou « un élément imaginaire » pour reprendre les mots de Michel Foucault¹⁸²). L'idéologie du sexe nourrit des croyances selon lesquelles le sexe est une essence, auquel on peut trouver un fondement naturel (« une idée de Nature »¹⁸³, un « déjà-là » antérieur à toute société¹⁸⁴) : le sexe est tenu pour naturel (c'est la prémisse à l'idéologie)¹⁸⁵. Plus précisément, le sexe sera appréhendé dans cette étude comme une idéologie *totalisante*. En effet, les travaux d'Hannah Arendt ont montré que

conscience claire le laisse apprécier et qui en définitive est la forme banale et quotidienne d'appréhension des gens et des choses communes à ceux qui parlent la même langue et/ ou qui sont plongés dans le même monde ».

¹⁷⁷ J. Conaghan, *Law and Gender*, op. cit., p. 88. V. également en ce sens la définition de Talcott Parsons, qui décrit l'idéologie comme « un système de croyances partagé par les membres d'une collectivité » (Talcott Parsons, *The Social System*, Londres, Free Press, 1951, p. 349).

¹⁷⁸ Wendy Brown, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, PUF, 2016, p. 186. L'autrice souligne en ce sens « l'extraordinaire pouvoir de l'idéologie elle-même », à savoir « la manière dont l'idéologie ne représente pas simplement (mal) le monde, mais est elle-même productrice du monde, et particulièrement du sujet ».

¹⁷⁹ H. Arendt, *Le système totalitaire*, op. cit., p. 295.

¹⁸⁰ Le même raisonnement peut être appliqué au racisme. Le terme « sexisme » a d'ailleurs été pensé par analogie à celui de racisme qui lui était antérieur. On retrouve ainsi cette formulation dans un discours de Pauline M. Leet, qui aurait utilisé pour la première fois le terme « sexisme » : « Lorsque vous soutenez [...] que, puisque moins de femmes écrivent de la bonne poésie, cela justifie leur exclusion totale, vous adoptez une position analogue à celle du raciste — je pourrais dans ce cas vous qualifier de 'sexiste' [...]. Tant le raciste que le sexiste agissent comme si rien de ce qui s'est produit n'avait eu lieu, et tous deux prennent des décisions et tirent des conclusions sur la valeur d'une personne en se fondant sur des facteurs qui, dans les deux cas, sont non pertinents » (Pauline M. Leet, « Women and the Undergraduate », 1965, cité par Fred R. Shapiro, « Historical Notes on the Vocabulary of the Women's Movement », *American Speech*, 1985, vol. 60, n° 1, p. 5). Une autre analogie peut être faite avec la notion « d'économisme », telle que mobilisée par Christine Delphy comme « notion selon laquelle l'économie est une chose et une chose automotrice : qui marche toute seule selon ses propres règles et avec son propre mouvement » (C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit., p. 21. : l'autrice se réfère plus précisément à l'ouvrage *Familiar Exploitation : a New Analysis of Marriage in Contemporary Western Societies* publié en 1992 et co-écrit avec Diana Leonard).

¹⁸¹ M. Wittig, « La catégorie de sexe », art. cit., p. 44. ; dans le même sens, David B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », *California Law Review*, 2002, vol. 90, n° 4, p. 1006. C'est également ce que suggère l'expression « Sex Is as Sex Does » employée par Paisley Currah dans le titre de son ouvrage, qu'on pourrait traduire par « le sexe se définit par les actes » (P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, op. cit.).

¹⁸² M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 205 et s. L'auteur explique en amont que le sexe est une « unité artificielle » qui rassemble « des éléments anatomiques, des fonctions biologiques, des conduites, des sensations, des plaisirs et elle a permis de faire fonctionner cette unité fictive comme principe causal, sens omniprésent, secret à découvrir partout » (*ibid.*, p. 204).

¹⁸³ C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, op. cit., p. 13.

¹⁸⁴ M. Wittig, « La catégorie de sexe », art. cit., p. 46.

¹⁸⁵ C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, op. cit., p. 49.

les idéologies ont toutes en commun des éléments totalitaires : une prétention à pouvoir tout expliquer ; pouvoir saisir une réalité « plus vraie » que ce qui est perçu ; et enfin, un raisonnement spécifique dont la prémisse est un axiome¹⁸⁶. Le sexe, en tant qu'idéologie, n'échappe pas à ces traits caractéristiques, et sert ainsi de fondement à la structure d'un ordre juridique fondé sur la sexuation des individus. Elle exerce une emprise totale sur la catégorie juridique de sexe, laquelle ne peut s'en affranchir. C'est en effet, pour finir, un rapport d'imbrication qui doit être supposé entre la catégorie juridique de sexe et l'idéologie du sexe. Pour le dire avec Jacques Chevallier, « de même que les notions juridiques sont imprégnées [...] d'idéologie, l'idéologie a besoin de la forme juridique »¹⁸⁷. Dès lors, si l'idéologie du sexe utilise, pour se propager, la catégorie juridique comme vecteur, à l'inverse, le droit s'appuie sur l'idéologie afin de garantir la crédibilité et l'autorité de la catégorie de sexe. En somme, le concept d'idéologie pousse à envisager le sexe sous un nouveau jour, loin des représentations qui lui sont traditionnellement associées (le sexe comme donnée biologique). Appréhender le sexe comme idéologie le rend par conséquent malléable, dépassable, voire remplaçable (il est une idéologie parmi d'autres, et donc un modèle d'organisation de la société parmi d'autres).

34. Le sexe juridique a été construit par les autorités étatiques comme une catégorie destinée à identifier les individus. Le droit des droits humains – et avec lui, le droit de la non-discrimination – est toutefois venu bousculer ce fondement en faisant entrer progressivement cette catégorie dans la sphère de la vie privée. Il s'agit alors dans un premier temps d'étudier un *mouvement*, celui de l'autonomisation de la catégorie de sexe juridique (**Partie 1**). Ce développement de l'autonomie individuelle ne s'est toutefois pas soldé par une pleine souveraineté des individus sur leur sexe juridique. Cela conduit donc dans un second temps à interroger les valeurs qui fondent la pérennisation du sexe comme notion indispensable à l'ordre juridique, à travers l'appréhension du sexe comme idéologie (**Partie 2**).

Partie 1 : Le sexe comme catégorie

Partie 2 : Le sexe comme idéologie

¹⁸⁶ H. Arendt, *Le système totalitaire*, op. cit., p. 298.

¹⁸⁷ J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit, p. 49. Selon l'auteur, « toutes les composantes de l'ordre juridique sont, à des titres divers, imprégnées des valeurs sociales dominantes et elles en assurent la diffusion avec une singulière efficacité, puisqu'elles les dotent de la force obligatoire attachée à la règle de droit. Il n'y a donc nullement séparation, mais imbrication, du droit et de l'idéologie : l'idéologie traverse le droit de part en part et modèle les concepts juridiques, tandis que la médiation de la forme juridique est indispensable à la propagation des effets idéologiques » (*ibid.*, p. 3).

PARTIE 1 : LE SEXE COMME CATÉGORIE

35. S'interroger sur la catégorie juridique de sexe – le sexe juridique – nécessite de revenir au « grand mythe d'origine fondateur de la modernité »¹⁸⁸ : le passage de l'état de nature à l'état social. Ce paradigme est le fruit des théories classiques du contrat social, formulées à partir du XVII^{ème} siècle, qui s'attachent à justifier, chacune à leur manière, l'origine du pouvoir souverain. Elles signent une rupture majeure puisque, pour elles, l'origine de la souveraineté étatique n'est ni divine, ni un fait de nature qui s'imposerait aux individus de manière spontanée ; il faut au contraire y voir, selon des auteurs comme Hobbes, Locke ou encore Rousseau, la conclusion d'un pacte ou d'un accord commun entre les individus qui, à l'état de nature, s'accordent mutuellement à renoncer à une part de leur liberté¹⁸⁹ en échange de la préservation de leurs droits naturels (que ce soit la sécurité¹⁹⁰, la liberté et la propriété¹⁹¹, ou encore l'égalité¹⁹²). Bien loin de décrire une forme de réalité historique, les théories du contrat social proposent une expérience de pensée destinée à dessiner le cadre théorique des fondements de la puissance souveraine et de sa raison d'être : seule la poursuite de ces objectifs justifie le maintien du pouvoir en place et les conventions qu'il impose¹⁹³.

36. Parmi ces règles impératives au maintien d'un ordre social et de la vie en société, poursuivies par l'engagement contractuel entre les individus, la pleine capacité du droit à définir pour chacun un statut juridique figure en bonne part. Or il se trouve – et c'est là un fait universel – que c'est notamment à partir de leur sexe que ces statuts sont fixés ; toute personne juridique est, en effet, assignée à un sexe. La catégorie de sexe apparaît dès lors indispensable à la garantie d'un ordre social et juridique qui préserve les intérêts de chacun : elle est donc constitutive du contrat social. En d'autres termes, la catégorie de sexe n'est pas une simple

¹⁸⁸ Irène Théry, *La distinction de sexe: une nouvelle approche de l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 55.

¹⁸⁹ Ainsi, pour Rousseau, « les engagements qui nous lient au corps social ne sont obligatoires que parce qu'ils sont mutuels, et leur nature est telle qu'en les remplissant on ne peut travailler pour autrui sans travailler aussi pour soi » (Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, p. 62) ; John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690, Chapitre II – De l'état de Nature : « J'assure donc encore que tous les hommes sont naturellement dans cet état, que j'appelle état de nature, et qu'ils y demeurent jusqu'à ce que, de leur propre consentement, ils se soient faits membres de quelque société politique ».

¹⁹⁰ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Londres, 1651 ; À l'inverse de ses deux successeurs, Hobbes considère que l'état de nature dans lequel se trouvent les individus antérieurement au contrat est synonyme de chaos et de violence (v. le chapitre XIII « De la condition du genre humain pour ce qui touche au bonheur de la vie présente »).

¹⁹¹ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, op. cit.

¹⁹² J-J Rousseau, *Du contrat social*, op. cit.

¹⁹³ J-J Rousseau, *Du contrat social*, op. cit. p. 66 : un acte de souveraineté est une « convention légitime, parce qu'elle a pour base le contrat social ; équitable, parce qu'elle est commune à tous ; utile, parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général ; et solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le pouvoir suprême (Livre II, Chap. IV).

technique classificatoire : elle constitue l'un des fondements de la pensée moderne de l'État et de l'organisation du corps social.

37. Il convient en effet de rappeler ici que comme toute catégorie juridique, la catégorie de sexe n'est pas une réalité en soi (un donné), mais bien une construction¹⁹⁴ : elle est l'œuvre du droit. Pour le dire avec Danièle Lochak, les catégories juridiques sont « à la base même du fonctionnement du droit », en ce qu'elles sont des « classes ou ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques »¹⁹⁵. Mais, au-delà de cette fonction pratique, les catégories juridiques produisent aussi des effets prescriptifs¹⁹⁶ voire *performatifs*¹⁹⁷, dans la mesure où elles créent ce qu'elles donnent à voir, et les catégories juridiques ne font pas exception. C'est ce que souligne l'historienne et anthropologue Ann Laura Stoler lorsqu'elle affirme que « le pouvoir des catégories réside dans leur capacité à imposer des réalités qu'à l'évidence elles ne se limitent pas à décrire »¹⁹⁸. Dès lors, loin d'être une donnée naturelle ou prédiscursive, le sexe juridique a été façonné comme catégorie selon des intérêts bien précis ; et « l'entreprise de catégorisation »¹⁹⁹ par sexe n'a pas seulement une visée pratique, qui permettrait au droit de distinguer la population en deux catégories. Elle a également une « finalité opératoire », à savoir « appliquer un régime, c'est-à-dire un corps de règles juridiques distinctes selon les catégories créées »²⁰⁰.

38. Ce n'est donc pas seulement le contenu de la catégorie de sexe qui doit retenir l'attention (*i.e.* les éléments substantiels qui la définissent), mais aussi le processus même de création de cette catégorie et les objectifs qui l'ont guidé, ou encore les évolutions auxquelles elle a pu être soumise. En effet, la catégorie de sexe, si elle sous-tend l'exercice de la souveraineté étatique, a été en proie à de fortes évolutions depuis la moitié du XX^{ème} siècle et le développement du paradigme du droit des droits humains. Avec ce changement de perspective, la catégorie de sexe n'est plus seulement appréhendée comme une donnée immuable et prédiscursive, mais aussi comme une catégorie où s'affrontent les exigences institutionnelles de stabilité du sexe

¹⁹⁴ Priscille Touraille, « Mâle/Femelle » dans Juliette Rennes et Catherine Achin (eds.), *Encyclopédie critique du genre: corps, sexualité, rapports sociaux*, Paris, La Découverte, 2016, p. 370.

¹⁹⁵ Danièle Lochak, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots. Les langages du politique*, 1992, n° 33, p. 291.

¹⁹⁶ Pierre Bourdieu, « À propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1993, vol. 100, n° 1, p. 32-36 ; Louis Quéré, « La valeur opératoire des catégories », *Cahiers de l'Urmis*, 1995, n° 1, p. 6-21.

¹⁹⁷ Coline Cardé et Anne-Marie Devreux, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 11.

¹⁹⁸ Ann Laura Stoler, *La chair de l'empire: savoirs intimes et pouvoirs raciaux en régime colonial*, traduit par Sébastien Roux et traduit par Massimo Prearo, Paris, Découverte : Institut Émilie du Châtelet, 2013, p. 24.

¹⁹⁹ P. Touraille, « Mâle/Femelle », art. cit, p. 370.

²⁰⁰ Marie-Xavière Catto, Julie Mazaleigue-Labaste et Laurence Brunet, *La bicatégorisation de sexe: entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2021, p. 13.

juridique et les demandes de reconnaissance individuelle. Comment cette tension, voire cette contradiction, se résout-elle ? Comment ces deux mouvements qui semblent faire apparaître une contradiction structurelle sont-ils conciliés ? C'est précisément cette tension entre l'hétéronomie dans l'assignation à un sexe juridique d'un côté, et l'autonomie dans la détermination de ce sexe de l'autre qui est au cœur du régime de la catégorie de sexe et qu'on se propose d'analyser. Son étude servira à saisir le rôle constitutif de la catégorie juridique de sexe non seulement dans les théories classiques du contrat social, mais également dans ses redéfinitions contemporaines à l'aune du développement des droits fondamentaux.

39. La catégorie juridique de sexe vise avant tout à maintenir un ordre social selon les principes ayant présidé à l'apparition de l'État moderne. L'individu moderne, tel que théorisé par les théories contractualistes classiques, est autonome, en ce qu'il décide par et pour lui-même d'accorder une part de sa liberté à l'autorité souveraine ; et c'est précisément cette autonomie qui le conduit à être assujéti au droit (à l'inverse, c'est aussi par cet assujettissement qu'il manifeste son autonomie)²⁰¹. De cette contrainte découle son assignation à un sexe juridique : le sujet est impérativement sexué selon les règles établies par l'ordre juridique (**Titre 1**). Or aux origines du contrat se trouve l'engagement pour le pouvoir souverain de se limiter à régir les impératifs du maintien de l'ordre social²⁰² : « une contrainte ne peut être justifiée que par les impératifs de la vie en société »²⁰³. Apparaît alors « le domaine réservé du droit à l'autodétermination »²⁰⁴, à savoir l'ensemble des domaines qui relèvent de l'autonomie individuelle, sphère dans laquelle l'ingérence de l'État est soumise à limitation ; et c'est précisément dans cette sphère de la vie privée que le sexe juridique va progressivement faire son apparition sous l'égide du droit des droits humains, accompagné par le droit de la non-discrimination (**Titre 2**).

Titre 1 : Imposer un sexe

Titre 2 : Disposer de son sexe

²⁰¹ Costas Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 226.

²⁰² J-J Rousseau, *Du contrat social*, *op. cit.*, p. 61 : « tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance » (Livre II, Chapitre IV).

²⁰³ Scarlett-May Ferrié, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine: essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Paris, IRJS éditions, 2018, p. 12.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 13.

Titre 1 : Imposer un sexe

40. S'intéresser à la façon dont le sexe juridique a été construit de manière à *s'imposer* en toute hétéronomie aux individus (autrement dit, comme expression de l'exercice de la souveraineté étatique) implique, en amont, de revenir sur les liens étroits qui existent et se développent entre l'état des personnes et l'État. Cette relation façonne en effet les contours du concept de personne juridique²⁰⁵ – qui, faut-il le rappeler, est au fondement de l'ordre juridique en ce qu'il structure ce qui est communément désigné comme la *summa divisio* entre les personnes (morales ou physiques, sujets de droit) et les choses (objets de droit)²⁰⁶ –, concept dont le sexe constitue l'un des éléments structurants.

41. L'émergence de l'État moderne²⁰⁷ – désigné comme l'apparition, en Europe et à travers un long processus, d'un « pouvoir juridiquement organisé »²⁰⁸, autrement dit d'une organisation politique et juridique exerçant un pouvoir *souverain* uniforme sur un vaste territoire et un ensemble de sujets donnés²⁰⁹ – est en effet intimement liée au développement, au XVI^{ème} siècle, de l'état des personnes (de leur statut) comme outil d'*individualisation*²¹⁰. Auparavant, en droit romain, le statut des personnes était déterminé par le rôle social et l'appartenance à un groupe

²⁰⁵ Sur les difficultés à produire une définition univoque et universelle de la notion, v. not. Ngaire Naffine, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford, Legal Theory Today, 2009, 208 p. L'autrice distingue ainsi trois types de personnes juridiques. Le premier est fondé sur une conception purement abstraite de la notion : la personne juridique est seulement le produit du droit (P1). Le second type, au contraire, inscrit pleinement le concept dans le concret en établissant un lien direct entre la personne juridique et l'être humain : toute personne juridique est un être humain (P2). Enfin, le troisième type associe également la personne juridique à la figure de l'être humain, combinée aux capacités morales et intellectuelles du sujet (P3). Apparaît alors entre ces trois conceptions une exclusion progressive des entités qui peuvent se voir reconnaître comme personne juridique par le droit (Ngaire Naffine, « Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects », *Modern Law Review*, mai 2003, vol. 66, n° 3, p. 346-367).

²⁰⁶ Sur les différents recours à cette distinction au sein des ouvrages de droit des personnes en droit français, v. Florence Bellivier, *Droit des personnes*, Paris, LGDJ, 2023, p. 16. ; sur la porosité de la distinction, v. not. Margaret Davies et Ngaire Naffine, *Are Persons Property? Legal Debates About Property and Personality*, Reprinted., Aldershot, Ashgate, 2005, 209 p.

²⁰⁷ Sur le sujet, v. J.-L. Halpérin, *Une histoire des droits dans le monde*, op. cit., p. 233 et s.

²⁰⁸ Éric Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État » dans *Mélanges offerts au doyen François-Paul Blanc*, Paris, Presses Universitaires de Perpignan, 2011, p. 723.

²⁰⁹ Lucien Febvre, « L'État moderne » dans *Encyclopédie française*, Paris, 1935, vol.X, p. ; Jean-Philippe Genêt, « La genèse de l'État moderne », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1997, vol. 118, n° 1, p. 5 ; Hendrik Spruyt, « The Origins, Development, and Possible Decline of the Modern State », *Annual Review of Political Science*, 2002, vol. 5, n° 1, p. 127-149. ; Jean-Pierre Duprat, *Les fondements de la théorie de l'État moderne*, Paris, LGDJ, 2019, 180 p.

²¹⁰ Anne-Marie Leroyer, « La notion d'état des personnes » dans *Ruptures, mouvements et continuité du Droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 251. V. également la thèse de Marcela Iacub, *Le corps de la personne : enquête juridique*, EHESS, Sous la direction d'Antoine Lyon-Caen, 1993, 382 p. La naissance de la notion d'*individu* trouve quant à elle ses racines au I^{er} siècle d'après le philosophe Larry Siedentop, dans les écrits de Saint Paul (Larry Siedentop, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, p. 60).

(la cité (*status civitatis*), la famille (*status familiae*) ou la catégorie des hommes libres (*status libertatis*)), et « seul compt[ait] le masque (*persona*) c'est-à-dire le rôle juridique nécessaire pour perpétuer l'existence même du groupe »²¹¹. En droit romain en effet, la personne juridique n'est pas l'équivalent de la personne humaine²¹², entendu au sens de l'être humain²¹³. Elle est « un double du sujet réel »²¹⁴, comme l'illustre l'analogie, bien connue, entre le masque et l'acteur²¹⁵. Pour la rappeler avec Yan Thomas, « il est bien connu qu'on appelait *persona*, dans le latin archaïque et classique, non pas l'acteur, mais le rôle et le masque – autrement dit, tout à la fois le signe qui représente et l'action qui est représentée »²¹⁶. Ainsi, pour poursuivre la métaphore, « la personne juridique est une notion qui fut conçue au sein de la civilité romaine pour mettre en scène l'homme sur le théâtre de la vie juridique »²¹⁷. En ce sens, « le sujet est double : il est lui-même, plus la fonction que la loi lui assigne »²¹⁸. Tout être humain n'est pas automatiquement considéré et reconnu comme une personne juridique (les esclaves, contrairement aux hommes libres, n'ont pas le statut de personne – du moins, pas entièrement²¹⁹), plusieurs individus peuvent être rattachés à une seule et même personne

²¹¹ Denis Salas, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994, p. 16.

²¹² Sur la personne humaine en droit, v. Catherine Lévy, *La personne humaine en droit*, dactyl., Université Panthéon-Sorbonne, 2000, 426 p ; X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*

²¹³ F. Bellivier, *Droit des personnes*, *op. cit.*

²¹⁴ Yan Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 98.

²¹⁵ Rappelée par ex. par Marie-Thérèse Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public » dans *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 318. ou encore M. Davies et N. Naffine, *Are persons property?*, *op. cit.*, p. 57.

²¹⁶ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit., p. 98.

²¹⁷ Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, p. 59.

²¹⁸ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit., p. 98. Pour le dire autrement, « la personne sujet de droits et d'obligations n'est pas l'être humain concret, avec ses caractères physiques et psychiques propres : elle est une abstraction de l'ordre juridique, un point d'imputation personnalisé des règles juridiques qui gouvernent cet être humain » (*Ibid.*, p. 102).

²¹⁹ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 386. : les esclaves auraient ainsi une personnalité « incomplète », se voyant attribuer la *persona* sans les droits qui lui sont rattachés. Il faut ainsi voir dans la situation juridique de l'esclave un « embryon de personnalité » (J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée*, *op. cit.*, p. 80). Par exemple, sans se voir reconnaître le statut de personne, les esclaves pouvaient tout de même être reconnus pénalement responsables (N. Naffine, « Who are Law's Persons? », art. cit., p. 347). En France, la loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies désigne les esclaves comme des « personnes non-libres » ; il faut attendre le début du XIX^{ème} siècle pour voir apparaître l'abolition de l'esclavage (le 24 janvier 1823 au Chili, le 1^{er} janvier 1838 au Royaume-Uni, ou encore le 27 avril 1848 en France).

juridique (un maître et son esclave)²²⁰, et parfois, aucun individu concret n'existe derrière la personne juridique²²¹.

42. Une évolution importante apparaît à partir du XI^{ème} siècle, où le droit canon fonde sa souveraineté sur une théorie de la justice qui poursuit l'égalité entre *tous les individus*, indépendamment de leur statut social²²². Aussi, à la fin de la période féodale, s'observe « un glissement de la famille vers l'individu en tant qu'unité juridique » : les juristes du Moyen-âge ont désormais recours au mécanisme de la *représentation* afin qu'à chaque individu corresponde une personne juridique²²³. Bien qu'évoluant dans une société d'ordres (l'appartenance de la personne à un groupe demeurant largement déterminante jusqu'au XVIII^{ème} siècle), il s'agit alors d'identifier la personne dans le but de déterminer les droits qui lui sont reconnus en tant qu'individu, à partir de son statut (de son état)²²⁴. Or, selon le philosophe Larry Siedentop, « en faisant de l'individu l'unité de la soumission juridique – par la stipulation d'une « soumission égale » – la revendication papale de souveraineté a ouvert la voie à l'émergence de l'État comme forme de gouvernement distincte »²²⁵. Un « lien étroit » existe en effet entre ces deux institutions que sont l'état des personnes (comme individualisation) et l'État moderne²²⁶. En témoigne leur lien étymologique, puisque le mot « état » dérive du latin *status*, participe passé du verbe *stare*, qui signifie « se tenir debout », et renvoie à l'idée de stabilité²²⁷. Pour le dire avec Anne-Marie Leroyer, « le choix du mot État

²²⁰ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit., p. 99 ; S. Hennette-Vauchez et R. Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, op. cit., p. 12.

²²¹ Germain Sicard cite l'exemple de l'hérédité jacente, où « le défunt est réputé survivre, dans l'intérêt du commerce juridique jusqu'à ce qu'un héritier accepte sa succession » (Germain Sicard, « L'identité historique » dans *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 120).

²²² L. Siedentop, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 208 et s.

²²³ M. Davies et N. Naffine, *Are persons property?*, op. cit., p. 63.

²²⁴ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit., p. 250-251. Selon la théorie développée par le juriste et anthropologue Henry Sumner Maine, cette évolution s'inscrit dans le passage d'une société de statut à une société de contrat, où le statut de la personne n'est plus déterminé à partir de son appartenance à un groupe (sa famille par exemple), mais en tant qu'individu souverain (Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, New York, Henry Holt and Co., 1906).

²²⁵ L. Siedentop, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 219. ; sur le processus d'individualisation comme corolaire du développement de l'État moderne, v. également Norbert Elias, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991, 301 p.

²²⁶ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit., p. 251.

²²⁷ F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 77. ; Pierre Legendre se réfère ainsi à une métaphore du Moyen-âge relative à la position du corps : « l'homme peut être debout, assis, couché, mais c'est seulement à la verticale que, conformément à la nature, la tête se trouve en haut et que les pieds touchent le sol. L'État – n'hésitons pas à utiliser la majuscule du vocable français moderne – c'est cela, un équivalent de l'*homo rectus* scolastique ; la position veut dire qu'il tient debout », v. Pierre Legendre, *Le désir politique de Dieu: étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris, Fayard, 2005, p. 237. Larry Siedentop ajoute que le mot individu apparaît à la même époque que le terme état (XV^{ème} siècle), ce qui selon lui, est un indice de la création par les États en tant qu'entités souveraines du concept d'individus, unité nécessaire à l'exercice de leur souveraineté (L. Siedentop, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 347).

pour désigner l'entité politique s'est fait par référence à la catégorie de droit privé constituée par l'état des personnes », au regard de l'idée de *permanence* et de *pérennité* qui lie ces deux institutions²²⁸. L'État prend ainsi modèle sur la « certitude de l'état des personnes » afin de fonder sa propre « continuité »²²⁹ : elle est indispensable à sa stabilité en tant qu'institution qui exerce sa souveraineté sur des sujets individuels.

43. Parmi les éléments constitutifs de l'état des personnes se trouve le sexe. La sexuation de la personne juridique (le sexe parmi les éléments de l'état des personnes) apparaît alors comme l'une des conditions du maintien de la souveraineté de l'État, lequel s'assure de la stabilité du sexe de la personne juridique. Pourtant, la construction de la personne juridique à partir du sexe n'a rien d'évident. La personne morale par exemple qui, au même titre que la personne physique, est une abstraction, est asexuée²³⁰ ; par contraste, la personne physique est nécessairement rattachée à un sexe juridique, qui est soit féminin, soit masculin²³¹. Aussi, au regard des évolutions de l'état des personnes comme outil d'individualisation, ce n'est pas seulement la personne comme abstraction qui est nécessairement sexuée : l'individu (c'est-à-dire son corps) se voit lui aussi assigné à un sexe par le droit. Pourtant, là non plus, cette équivalence entre personne juridique et individu concret (*i.e.* la personne est sexuée donc l'individu l'est aussi, et inversement) n'a rien d'évident.

44. L'« humanisation progressive » de la personne juridique qui vient d'être décrite, en ce qu'elle devient individu (unité), a certes largement contribué à « brouill[er] la frontière entre nature et artifice »²³², au point que pour une partie des juristes, la personne juridique n'est autre que l'individu ou l'être humain qui s'y rapporte²³³. Comme le souligne Jean-Pierre Baud, « la notion de personne est ainsi parvenue à absorber si parfaitement l'ensemble de l'individualité humaine que les juristes ont conclu qu'il y avait une identification entre le corps et la

²²⁸ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit, p. 252. ; v. également P. Legendre, *Le désir politique de Dieu*, *op. cit.*, p. 238.

²²⁹ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit, p. 252.

²³⁰ Suzanne Corcoran, « Does a Corporation Have Sex? Corporations as Legal Persons » dans *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, NSW, LBC Information Services, 1997, p. 215.

²³¹ Daniel Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence - Revue Critique*, 2011, p. 266.

²³² S. Hennette-Vaucher et R. Rubio-Marín, « Introduction », art. cit, p. 12. ; v. en ce sens Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 100.

²³³ Ainsi, pour le doyen Carbonnier, « la personne physique (ou *personne* par excellence), c'est l'individu, c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit. Une théorie générale des personnes physiques devrait être une théorie juridique de l'homme » (Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, 16e éd., Paris, PUF, 1987, p. 249. Souligné dans le texte) ; pour Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, « les personnes sont ou physiques ou morales, selon que leur individualité est l'œuvre de la nature ou ne repose que sur une abstraction juridique » (Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1869, p. 179) ; v. également Gérard Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, Paris, LGDJ, 2003, 730 p.

personne »²³⁴, dans un même mouvement de naturalisation de ces deux entités. Pourtant, Yan Thomas rappelle que cette « vue naturaliste », qu'il rattache notamment aux relectures chrétiennes du droit romain, va à l'encontre de la conception de la personne juridique telle que développée, comme il a été dit, par le droit romain, et qui fonde encore aujourd'hui la personne juridique en droit moderne comme pure fiction du droit²³⁵, seule « unité »²³⁶ créée par le droit capable d'être titulaire de droits et d'obligations sur la scène juridique²³⁷. Différentes règles et fictions juridiques illustrent d'ailleurs cette séparation, ou distinction possible, entre l'individu concret et la personne juridique, comme la doctrine de la couverture en *common law*²³⁸, ou encore la fiction de l'*infans conceptus*, destinée à faire comme si un enfant était né lorsqu'il y va de son avantage²³⁹. L'artefact de la personne juridique est alors une illustration de la technique juridique²⁴⁰ en ce qu'elle produit un « effet de vérité »²⁴¹ et façonne une réalité sociale, tout en tendant à faire oublier son caractère artificiel : « la *personne juridique* devient aussi réelle que l'être humain »²⁴². La relation entre personne juridique (abstraite) et individu (concret) est donc plus complexe qu'une simple relation d'identité (ou, au contraire, de nette distinction).

45. En effet, quand bien même la personne juridique est une « abstraction de l'esprit »²⁴³, l'ordre juridique « ne nie pas pour autant la nécessaire *incarnation* de l'homme auquel il

²³⁴ J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée*, *op. cit.*, p. 103.

²³⁵ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit., p. 102. En ce sens, v. not. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, 1999, p. 231. ; les personnes juridiques peuvent être perçues comme des « supports de droits », placés « sur le dos des individus » comme des « hottes » chargées différemment en droit (l'octroi plus ou moins important de droits détermine la capacité juridique) X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 127.

²³⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 231. « La personne physique n'est pas un homme, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droit un seul et même individu ».

²³⁷ Bryant Smith, « Legal Personality », *Yale Law Journal*, 1928, XXXVII, n° 3, p. 283 ; John W. Salmond, *Jurisprudence*, London, Stevens & Haynes, 1913, p. 273 ; André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, p. 435 ; Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2010, p. 93 ; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, 1112 p ; G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, *op. cit.* ; F. Bellivier, *Droit des personnes*, *op. cit.*, p. 78. ; Astrid Marais, *Droit des personnes*, 4^e édition., Paris, Dalloz, 2021, 356 p.

²³⁸ Appliquée jusqu'au XIX^{ème} siècle, elle consistait à considérer qu'à partir de son mariage, une femme perdait sa propre existence légale pour être confondue avec celle de son époux.

²³⁹ On pourrait aussi ajouter à la liste d'exemples la théorie de l'absence, de la personne morale, ou encore du mécanisme de la mort civile, abolie en France par la loi du 31 mai 1854 (v. Frédéric Charlin, « La mort civile, négation ultime de la personnalité juridique sous le Code Napoléon », *Beccaria*, 2015, vol. 1, n° 14, p. 59-86). On peut lire également cette distinction dans l'article 16 du Code civil introduit par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain dans la mesure où il prévoit d'une part que « la loi assure la primauté de la personne », et d'autre part qu'elle « garantit le respect de l'être humain » (Stéphanie Hennette-Vauchez, *Disposer de soi? une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 45).

²⁴⁰ M. Iacub, *Le Corps de la personne*, *op. cit.*, p. 9.

²⁴¹ Rafael Encinas de Munagorri, « Qu'est-ce que la technique juridique? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 712.

²⁴² *Ibid.* (souligné dans le texte). Sur le droit comme technique, v. Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit.

²⁴³ S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi?*, *op. cit.*, p. 42.

reconnaît cette qualité de personne juridique »²⁴⁴. Autrement dit, bien que la personne juridique, en tant qu'abstraction, ne se réfère pas nécessairement à l'être humain (et donc à son corps), elle n'est pas pour autant sans lien avec celui-ci ; on peut alors parler, avec Florence Bellivier, de « personnes corporelles » pour désigner les personnes physiques, afin *justement* de « prendre au sérieux la dé-liaison du corps et de la personne »²⁴⁵. C'est en ce sens que si l'ordre juridique exige de la personne qu'elle soit nécessairement sexuée, il en va de même pour l'être humain concret.

46. Un jeu constant de va-et-vient opère alors entre ces deux entités, et la contrainte de la sexuation s'applique simultanément à l'individu concret et à la personne juridique. Afin d'assurer la stabilité du sexe juridique, et par là, sa propre pérennité, l'État impose une sexuation des individus (et donc, de leur personne juridique) selon une logique hétéronome à partir de deux principes indérogeables, indépendants en apparence mais en réalité étroitement liés : la binarité des sexes et son intangibilité. Le binarisme sexuel ne dit rien en effet à première vue sur l'intangibilité ; on pourrait en effet admettre qu'une personne change de sexe juridique, y compris le cas échéant à plusieurs reprises (du féminin au masculin et inversement), sans que pour autant remettre la bicatégorisation soit remise en cause. Toutefois, dans la mesure où il est construit comme une norme naturelle et immuable (la différence biologique entre les sexes), le binarisme sexuel emporte avec lui l'idée que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ne peut être modifiée. En tant qu'ils gouvernent tous deux le sexe juridique, les principes de binarité et d'intangibilité doivent successivement être analysés. Le sexe juridique doit en effet nécessairement s'inscrire dans le cadre de la binarité ; celle-ci apparaît comme la marque évidente du maintien d'un ordre social indexé à la naturalité la différence entre les sexes – au point que tout écart à cette norme est le signe d'une société qui n'a pas atteint la modernité **(Chapitre 1)**. L'intangibilité du sexe juridique est tout aussi capitale. Le sexe est assigné (tant civilement que chirurgicalement) de manière hétéronome, dans un objectif de définition et de garantie (et donc, de la certitude) de l'état des personnes. Par principe soustrait à l'empire de la volonté individuelle, le sexe est néanmoins en proie à des évolutions majeures lorsque le droit est confronté à l'expérience vécue des personnes trans **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 : La construction de la catégorie de sexe à partir de la binarité

Chapitre 2 : La construction de la catégorie de sexe selon un principe d'intangibilité

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 41. Nous soulignons.

²⁴⁵ F. Bellivier, *Droit des personnes, op. cit.*, p. 25.

Chapitre 1 : La construction de la catégorie de sexe à partir de la binarité

47. L'hypothèse qu'on souhaite développer est la suivante : le sexe juridique a été mobilisé et façonné par le droit positif de manière à satisfaire des besoins propres à garantir la souveraineté de l'État moderne. Or la sociologue Carol Smart montrait déjà en 1992 que le droit ne s'applique pas à des sujets déjà genrés, intégrés tels quels à l'ordre juridique ; au contraire, le droit participe à *produire* ces sujets, en particulier à partir du modèle du binarisme sexuel²⁴⁶. Il s'agit alors de montrer que le sexe appréhendé selon le principe de la binarité sert de vecteur à la mise en œuvre et au maintien d'un ordre social spécifique, dans la mesure où la sexuation des individus selon les normes du dimorphisme sexuel s'avère être un puissant moyen de leur contrôle par l'État. Deux dimensions du sexe juridique, intimement liées, révèlent cette fonction.

48. D'abord, la binarité du sexe a été développée par le discours du droit positif comme une norme *naturelle*. Elle sert alors à garantir la stabilité de l'institution matrimoniale, elle-même garante d'un ordre social fondé sur la complémentarité des sexes. Le droit intervient alors dans ce qu'il y a de plus intime (la conformité des organes génitaux des individus et de leurs pratiques sexuelles) et se fait l'écho d'un discours médical qui pathologise toute forme d'hermaphrodisme et plus largement d'ambiguïté sexuelle. Il prend néanmoins ses distances lorsqu'une conception trop rigide de la binarité des sexes risque de porter atteinte à la stabilité de l'institution matrimoniale (**Section 1**). Ensuite, la binarité du sexe a été projetée comme une norme *universelle* à travers l'entreprise coloniale. À l'inverse ici, si l'absence de différence entre les sexes (ambiguïté sexuelle) est largement observée, ce n'est toutefois pas sans prétendre remettre en cause la norme de la binarité, qui demeure la seule valable. Un paradoxe apparaît alors, révélateur de la plasticité du concept de sexe et de la stabilité seulement apparente du modèle de la différence des sexes : si d'un côté, au sein des métropoles, la figure de l'hermaphrodite est reléguée au rang de mythe dans la mesure où juges et médecins s'accordent sur leur capacité à déceler le véritable sexe féminin ou masculin des individus, en parallèle, au sein des territoires colonisés, la confusion entre les sexes est largement constatée et mise au service de la thèse du sous-développement et donc de l'infériorité des populations concernées, justification ultime à la souveraineté de la puissance coloniale. La norme de la binarité sera néanmoins imposée afin, justement, de garantir la pérennité de l'édifice colonial, dont le processus sera progressivement

²⁴⁶ Carol Smart, « The Woman of Legal Discourse », *Social & Legal Studies*, 1992, vol. 1, p. 34.

dévoilé par les savoirs anthropologiques, révélant ainsi la contingence du principe de la différence entre les sexes (**Section 2**).

Section 1 : Une norme naturalisée

Section 2 : Une norme universalisée

Section 1 : Une norme naturalisée

50. Le mariage est une institution au cœur du développement de l'État moderne européen à partir du XVI^{ème} siècle. Selon l'historienne Nancy F. Cott, on peut « aller jusqu'à dire que l'institution du mariage et l'État moderne se sont mutuellement constitués », dans la mesure où son autorité sur le mariage est « l'un des principaux moyens dont dispose l'État pour prouver son existence », et ainsi, « pour affirmer sa souveraineté et sa prise sur la population »²⁴⁷. Elle souligne en effet que « l'appropriation par l'État du pouvoir de réglementer le mariage, jusque-là exercé par l'Église, et son transfert aux autorités séculières », a été « un des principaux instruments et symboles de la construction des nations européennes à l'époque moderne »²⁴⁸. L'institution matrimoniale est alors considérée comme un « pilier de l'État », en tant qu'élément « préalable le plus essentiel de l'ordre public »²⁴⁹. Ce processus d'institutionnalisation a pris fin à la fin du XVIII^{ème} siècle, période à laquelle le mariage devient entièrement régulé par l'État.

51. Un principe est néanmoins resté intangible : la différence de sexe entre les époux comme condition première de la validité du mariage, organisant juridiquement une complémentarité naturelle entre le sexe féminin et masculin. Or pour le dire avec la biologiste Anne-Fausto Sterling, l'intérêt de l'État à maintenir un système juridique et un ordre social fondés sur la binarité des sexes ne rejoint pas la matérialité des corps, dont la diversité et la complexité outrepassent largement le modèle de la binarité²⁵⁰. Le droit doit ainsi constamment produire les justifications nécessaires à la différence entre les sexes, afin de produire des catégories juridiques stables et préserver l'institution matrimoniale comme garante d'un ordre social et reproductif. Il s'appuie pour cela sur les sciences médicales, discours par excellence afin de légitimer la dimension naturelle de la binarité sexuelle. Toutefois, à mesure des finalités politiques, sociales ou encore symboliques que l'État assigne à l'institution matrimoniale, les contours de la différence biologique entre les sexes évoluent eux aussi, faisant preuve de la plasticité d'une norme pourtant supposée évidente.

52. Ainsi, un premier type de discours, dominant jusqu'au XVII^{ème} siècle, consiste à faire des seuls organes génitaux le critère déterminant du sexe (par principe féminin ou masculin) de la

²⁴⁷ Nancy F. Cott, « Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in the Late Nineteenth Century » dans *U.S. History as Women's History: New Feminist Essays*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995, p. 109. Plus spécifiquement sur le mariage comme institution aux États-Unis, v. Nancy F. Cott, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge, Harvard University press, 2000, 297 p.

²⁴⁸ N.F. Cott, « Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in the Late Nineteenth Century », art. cit., p. 108.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres*, op. cit., p. 31.

personne : le mariage étant l'union de deux individus de sexe différent destinée à assurer leur descendance, la conformité de leurs organes génitaux et leur capacité à se reproduire sont évaluées, au risque de conduire à sa nullité (§1). Or paradoxalement, cette volonté de protéger le mariage comme garant de la reproduction des individus s'est avérée être en réalité une potentielle source de fragilisation de l'institution matrimoniale. Le risque était de constater l'annulation du mariage dès qu'apparaissait un défaut de conformation sexuée, parfois simple prétexte lorsque le divorce n'était pas ou plus autorisé. Confrontés à la complexité de la matérialité des corps, les juges ont ainsi été partagés entre la nécessité d'affirmer un principe strict de la différenciation sexuée, tout en la relativisant afin de ne pas entraver les unions plus que de raison. Pour reprendre l'analyse de l'historienne Londa Schiebinger, une « resexualisation du corps » émerge dans le discours scientifique de l'Europe du XVIII^{ème} siècle, qui reconnaît les différences entre les corps des femmes et des hommes cette fois-ci *dans leur entièreté*, puisque ce ne sont plus seulement les organes génitaux qui marquent la différence entre le sexe féminin et masculin²⁵¹. Le droit positif – dans un contexte d'instauration officielle du mariage civil – s'éloigne lui aussi de la simple prise en compte des organes génitaux des individus, pour fonder la différence de sexe entre les époux sur des critères plus larges qui assouplissent quelque peu sa rigidité (§2).

§1. La différence entre les sexes au service de la protection du sacrement du mariage

53. Avant la fin du XVIII^{ème} siècle, en Europe, État et Église collaborent²⁵² afin de maintenir un ordre social fondé, pour reprendre les mots de la philosophe Julie Mazaleigue-Labaste, sur « une conception théologico-juridique de l'ordre du monde », qui fait du mariage le « socle » de l'institution naturelle qu'est la famille²⁵³. L'acte sexuel, dont la visée est reproductive, est donc au centre du sacrement du mariage²⁵⁴. La période est alors assurément celle de « l'ère de

²⁵¹ Londa Schiebinger, *The Mind Has No Sex? Women in the Origins of Modern Science*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 190.

²⁵² En France par exemple, l'ordonnance de Blois de 1579 promulguée par Henri III impose, entre autres, au clergé de tenir un registre des mariages, pour le compte de l'État.

²⁵³ Julie Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 28.

²⁵⁴ Pierre Darmon, *Le Mythe de la procréation à l'âge baroque*, Paris, Éditions du Seuil, 1981, p. 18 ; Pierre Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, Paris, Points, 1986, p. 17 ; Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français, selon l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie et la pratique*, Bruxelles, H. Tarlier, 1829, p. 158. Le mariage fait partie de la liste des sacrements depuis la fin du XIII^{ème} siècle avec le Concile de Vérone de 1184.

l'apparence externe des organes génitaux »²⁵⁵, et surtout, de leur conformation à l'hétérosexualité. En témoigne le fait que la nullité puisse être prononcée en cas d'impuissance, alors même qu'en tant que sacrement, le lien entre les époux est réputé indissoluble. Toute ambiguïté du sexe est donc sévèrement sanctionnée. Une analyse de l'évolution du discours relatif à la figure de ceux que l'on nommait alors les « hermaphrodites » est essentielle afin de comprendre que la manière dont le sexe a été co-construit par les autorités médico-légales fait écho à une volonté de préserver l'institution matrimoniale comme union de deux individus de sexe différent. Alors que l'existence ou non de l'hermaphrodisme fait encore débat au sein du corps médical, les juges s'appliquent à assigner un sexe féminin ou masculin aux individus dont le sexe est mis en doute **(A)**. À mesure que le discours médical discrédite la figure de l'hermaphrodisme, l'expertise médicale prend de plus en plus de place au sein des tribunaux, appuyant ainsi la parole du juge quant à la possibilité de déterminer le sexe dans le strict cadre de la binarité **(B)**.

A. Face aux doutes de la médecine, le verdict des juges

54. Les discours médico-légaux relatifs à l'hermaphrodisme oscillent entre une reconnaissance de l'existence d'individus qui possèdent la marque des deux sexes, et une réfutation complète de cette hypothèse au profit de malformations du sexe féminin ou masculin. L'un ou l'autre de ces positionnements est primordial dans la mesure où il détermine directement le statut des individus dans un ordre social bien établi **(1)**. Ce discours est en effet loin d'être circonscrit aux seuls cas d'ambiguïté sexuelle et nourrit, au contraire, une préoccupation plus large relative au maintien d'un ordre sexuel dont l'institution matrimoniale se fait la gardienne **(2)**.

1. Entre hermaphrodisme et défaut de conformation à la binarité

55. La figure de l'hermaphrodite a traversé les siècles avec une certaine constante : celle d'être en permanence placée en marge du reste de la société. Quel que soit le discours dominant à son sujet, la condition de l'individu hermaphrodite est entièrement dépendante d'une

²⁵⁵ Mathieu Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime* (sous la direction de la Pr. Sylvie Perrier), Université d'Ottawa, Ottawa, 2016, p. 65.

référence au dimorphisme sexuel, auquel il finira toujours par devoir se conformer. Ainsi, pendant l'Antiquité, Aristote affirme qu'un être ne peut jamais réunir les organes sexuels à la fois parfaitement féminins et masculins²⁵⁶ (ou selon sa propre formule, *alterum raturum – alterum irritum*). L'hermaphrodite est alors directement associé à la transgression et à la figure du monstre²⁵⁷, ce qui exige sa mise à mort dès sa naissance ou ultérieurement en cas de découverte plus tardive²⁵⁸. Progressivement toutefois, leur statut est davantage toléré, notamment avec les travaux du jurisconsulte Ulpien au III^{ème} siècle²⁵⁹. Ce dernier est favorable à l'attribution d'un « sexe unique » (féminin ou masculin) aux personnes hermaphrodites selon le sexe qui prédomine chez eux²⁶⁰. C'est également le cas de son confrère Paul, pour qui l'examen de l'apparence des organes génitaux doit permettre de déterminer l'un ou l'autre sexe qui l'emporte chez l'individu²⁶¹. Cette parenthèse se referme néanmoins au Moyen-âge, période pendant laquelle la condition d'hermaphrodite est *en elle-même* condamnable : le seul fait d'avoir des organes génitaux non conformes aux normes du sexe féminin ou masculin est susceptible de conduire à une peine, pouvant aller jusqu'à l'exécution²⁶². À partir de la fin du XVI^{ème} siècle, toutefois, l'hermaphrodisme n'est plus considéré comme un crime en tant que tel²⁶³. Ce ne sont plus les organes mais les comportements – notamment sexuels – des hermaphrodites qui vont faire l'objet d'une attention spécifique²⁶⁴.

56. En effet, à cette période, injonction est faite par les tribunaux aux personnes hermaphrodites de choisir l'un des deux sexes et de vivre en conformité avec celui-ci tout au

²⁵⁶ Katharine Park et Robert A Nye, « Destiny is anatomy: Making sex : body and gender from the Greeks to Freud by Thomas Laqueur », *The New Republic*, 1991, p. 56.

²⁵⁷ Denis Diderot et Jean Le Rond D'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, tome VIII*, Paris, Samuel Faulche, 1765, p. 165.

²⁵⁸ Cette pratique est par exemple recensée par Jacques-Barthélemy Salgues, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3*, 3^e éd., Paris, Lepetit, 1825, p. 251. Pour plus de précisions à ce sujet, v. not. Luc Brisson, *Le Sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris, Les Belles Lettres, 1997, 163 p ; Arnaud Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », *Sociopoétiques*, octobre 2021 ; Sandrine Vallar, « Les hermaphrodites : L'approche de la Rome antique », *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 2013, LX, p. 201-217.

²⁵⁹ P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit., p. 54 ; A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit., p. 13.

²⁶⁰ Sé référant à Ulpien, le Digeste indique ainsi : « On demande à quel sexe on doit rapporter un hermaphrodite. Il paroît plus raisonnable de le ranger dans le sexe qui domine chez lui » (*Digeste*, Livre 1^{er}, Titre V. De l'état des hommes (*de statu hominum*), 10).

²⁶¹ A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit., p. 13.

²⁶² Michel Foucault, *Les anormaux: cours au Collège de France (1974 - 1975)*, Paris, Gallimard, 1999, p. 62 : l'auteur relate ainsi qu'à cette période, « les hermaphrodites étaient, en tant qu'hermaphrodites, considérés comme monstres et exécutés, brûlés, leurs cendres jetées au vent ».

²⁶³ A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit., p. 6.

²⁶⁴ M. Foucault, *Les anormaux*, op. cit., p. 67.

long de leur vie²⁶⁵. Cette consigne doit s'appliquer aussi bien en apparence – avec le choix des vêtements – que dans leur sexualité – en adoptant le rôle de pénétrant ou de pénétré²⁶⁶. À titre d'exemple, au sein du Royaume d'Espagne, les personnes hermaphrodites doivent prêter serment afin de promettre qu'elles « utiliseront dans leurs rapports sexuels un seul organe génital »²⁶⁷. En cas de non-respect du comportement associé au sexe choisi, l'individu risque une condamnation pouvant aller jusqu'à la peine de mort²⁶⁸. Certains professionnels encouragent toutefois le retrait de la possibilité offerte aux individus de choisir eux-mêmes le sexe dans lequel ils souhaitent se présenter²⁶⁹. Dans son ouvrage *Les loix civiles dans leur ordre naturel* de 1689, le jurisconsulte Jean Domat admet que les hermaphrodites ont « les marques des deux sexes », mais que le droit n'en reconnaît qu'un, à savoir « celui qui prévaut en eux »²⁷⁰. Aussi, dans le Royaume de France et plus largement en Europe, la figure de l'hermaphrodite commence à être discréditée, étant au mieux reconnue comme une réunion parfaite des deux sexes²⁷¹. Dans son *Tableau de l'amour conjugal considéré dans l'état du mariage* issu d'une première publication en 1686, le médecin Nicolas Venette s'appuie sur le tempérament radicalement différent des femmes et des hommes pour n'admettre l'existence que d'un seul type véritable d'hermaphrodisme : les autres cas sont soit des femmes, soit des hommes²⁷². En effet, selon lui, un corps ne peut produire à la fois du sang menstruel et du sperme, chaque sexe

²⁶⁵ P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit., p. 55 ; Michel Foucault, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, Gallimard, 2014, p. 10.

²⁶⁶ Jean Fauconney Caufeynon, *L'hermaphrodisme : bi-sexués, féminins, infantiles, viragos, hommes à mamelles*, Paris, Charles Offenstadt, 1903, p. 8 ; M. Foucault, *Les anormaux*, op. cit., p. 62 ; Gabrielle Houbre, « Les incertitudes du sexe », *L'Histoire*, juin 2010, n° 354, p. 13 ; Patrick Graille, *Les hermaphrodites aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, p. 107. Une exception peut toutefois être mentionnée, celle de l'affaire britannique relative à Thomas/Thomasine Hall : ayant adopté simultanément au cours de sa vie l'identité de femme et d'homme, Hall fut accusé d'avoir des relations sexuelles avec les personnes des deux sexes ; incapable de statuer sur sa véritable identité, le tribunal le condamna en 1629 à porter des vêtements qui reflétaient cette ambiguïté afin, selon l'historienne Elizabeth Reis, non pas de reconnaître son hermaphrodisme, mais de mettre en garde autrui et empêcher des relations contraires aux mœurs (Elizabeth Reis, « Impossible Hermaphrodites: Intersex in America, 1620-1960 », *Journal of American History*, 1 septembre 2005, vol. 92, n° 2, p. 419).

²⁶⁷ Deux types de serments sont distingués : soit lorsque le sexe est imposé par le corps médical (l'*organum ratum*), soit lorsque l'hermaphrodite choisit lui-même son sexe (l'*organum electum*) (v. V. Marchetti, « Proposition de règlement juridique d'une troisième sexualité : Lorenzo Matheu y Sanz et les hermaphrodites (1663) », art. cit, p. 136). Le juriste espagnol Lorenzo Matheu y Sanz s'opposera en revanche à la criminalisation des « hermaphrodites parfaits » pour l'usage de leurs deux sexes (*ibid*).

²⁶⁸ J.-B. Salgues, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3*, op. cit., p. 252. L'auteur rapporte ainsi qu'en Écosse, à cette époque, « on enterrait tout vif l'individu convaincu d'avoir successivement joué le rôle d'époux et d'épouse ».

²⁶⁹ A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit, p. 8.

²⁷⁰ Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, J.B Coignard, 1689, vol. 1, p. 41.

²⁷¹ V. néanmoins la position du juriste espagnol Lorenzo Matheu y Sanz, pour qui « l'existence matérielle des hermaphrodites parfaits » est possible : V. Marchetti, « Proposition de règlement juridique d'une troisième sexualité : Lorenzo Matheu y Sanz et les hermaphrodites (1663) », art. cit, p. 133.

²⁷² Nicolas Venette, *La génération de l'Homme, ou Tableau de l'amour conjugal, considéré dans l'état du mariage (Tome 1)*, Hambourg, Aux dépens de la Compagnie, 1758, 438 p., cité par E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 76.

ayant un tempérament trop éloigné. De son côté, dans son *Discours sur les hermaphrodites* publié en 1614, le médecin Jean Riolan s'attache à démontrer, contrairement à son confrère Jacques Duval, que les vrais hermaphrodites n'existent pas²⁷³. Si ce dernier admet la possibilité de l'existence d'un « hermaphrodite parfait », il assène que ses observations sont « éloignées du sens commun et de l'expérience anatomique »²⁷⁴. Les défauts de conformation sexuée observés chez certains individus ne traduisent pas un hermaphrodisme, mais plutôt des vices anatomiques, comme l'hypertrophie clitoridienne. Il associe d'ailleurs ces défauts à une certaine perversion sexuelle, et propose le recours à une clitoridectomie afin de prévenir les pratiques sexuelles entre personnes de même sexe et notamment le tribadisme²⁷⁵. Il appartient dès lors, selon Jean Riolan, au corps médical « de cognoistre du sexe des hermaphrodites, et d'adjuger celui qu'il verra leur convenir, sans leur donner option d'eslire et choisir le sexe qu'ils voudront »²⁷⁶. Sa position semble amorcer un discours qui sera dominant par la suite : il n'existe pas d'hermaphrodites, seulement des malformations génitales qui doivent être diagnostiquées et éventuellement traitées afin de préserver les fondements de l'union matrimoniale. Progressivement donc, il n'est plus question de permettre aux hermaphrodites de choisir un sexe et de s'y conformer dans leur choix de vie, mais plutôt de vérifier la conformité – ou non – d'un individu au sexe féminin ou masculin. Cet intérêt fondamental pour l'apparence des organes génitaux est loin d'être circonscrit à la seule question de l'hermaphrodisme ; il est au contraire élargi à l'ensemble de la société, tant les organes reproducteurs déterminent et encadrent la répartition binaire des individus, justifiée en partie par le mariage.

2. Le sexe désigné *in fine* par le juge

57. L'expertise médicale prend une place de plus en plus importante au sein des tribunaux à partir du XVI^{ème} siècle, qui y recourent afin qu'elle établisse, grâce aux connaissances scientifiques de l'époque et toujours à partir de leurs organes génitaux, le sexe féminin ou masculin des individus. Malgré cette évolution, c'est le juge qui conserve la mainmise sur la détermination du sexe : il lui revient, *in fine*, de trancher sur la nature du sexe de l'individu, qui déterminera son statut social. En effet, dans des affaires liées à des thématiques variées telles

²⁷³ Jean Riolan, *Discours sur les hermaphrodites, où il est démontré contre l'opinion commune qu'il n'y a point de vrays hermaphrodites*, Paris, Pierre Ramier, 1614, 136 p.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 46. Ces observations sont faites sur la base de l'affaire le Marcis, mentionnée ci-dessous (v. *infra*).

²⁷⁵ E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 76.

²⁷⁶ J. Riolan, *Discours sur les hermaphrodites, où il est démontré contre l'opinion commune qu'il n'y a point de vrays hermaphrodites*, op. cit., p. 130.

que des cas de sorcellerie ou de possessions démoniaques, les juges font régulièrement appel à des médecins afin de s'appuyer sur leurs connaissances²⁷⁷. Il en va de même pour la détermination des sexes incertains. Face à ces cas d'ambiguïté sexuelle, l'expertise des médecins est souvent sollicitée afin de déterminer le sexe juridique des hermaphrodites²⁷⁸.

58. Ainsi, la Sœur Angélique de la Motte-d'Aspremont, accusée d'hermaphrodisme et d'avoir « abusé de l'un et l'autre sexe » tant avec des femmes que des hommes, fut reconnue en tant qu'homme par la justice en 1661, malgré qu'elle eût vécu plus de 55 ans en tant que femme aux yeux de la société. Un examen médical ordonné en appel mené par « quatre médecins, quatre chirurgiens et deux femmes expertes » révéla en effet que sa « double organisation n'était pas aussi parfaite », et que son sexe penchait davantage pour le masculin, n'étant « pas moins incapable de recevoir que de conférer les honneurs de la maternité »²⁷⁹. Ce qui importe pour le droit, donc, ce n'est pas tant le statut social de la personne (dont la réputation peut d'ailleurs être sérieusement mise à mal par les accusations et/ou révélations de leur hermaphrodisme²⁸⁰), que la matérialité des corps (en l'occurrence, l'apparence de ses organes génitaux), dont l'examen par le corps médical sert de guide afin d'aboutir à la reconnaissance juridique du sexe féminin ou masculin de l'individu. Cette issue est impérative : même en cas de désaccords importants entre les médecins quant à la nature du sexe des individus, les tribunaux ne renoncent pas à leur attribuer l'un ou l'autre sexe. Le jurisconsulte Joseph-Nicolas Guyot fait en ce sens état d'une affaire où des caractéristiques du sexe masculin sont découverts à une jeune femme, Marguerite Malaure²⁸¹, alors obligée par les magistrats de Toulouse, dans une décision du 21

²⁷⁷ Jacqueline Vons, « Une expertise médicale qui sauva une vie : Jacques Duval (1555-1615) et le gynanthrope de Rouen », *Histoire des sciences médicales*, 2013, p. 88.

²⁷⁸ Il semble que tribunaux font régulièrement appel à cette preuve de l'expertise depuis le XII^{ème} siècle, v. Eugène Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XV^{ème} siècle, Louis XII et Jeanne de France*, Lille, Duriez-Bataille, 1931, p. 229. V. également M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 41.

²⁷⁹ Elle fut condamnée en 1661 au fouet et à la prison à vie (J.-B. Salgues, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3, op. cit.*, p. 257).

²⁸⁰ L'hermaphrodisme souffre d'une telle stigmatisation que le fait de nommer quelqu'un de la sorte relève de l'injure. Le jurisconsulte Claude-Joseph de Ferrière cite ainsi l'exemple d'une décision rendue le 12 janvier 1691 dans laquelle le Parlement de Bordeaux condamne une femme à devoir demander pardon à une autre pour l'avoir appelée hermaphrodite (v. de C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique. Tome premier, op. cit.*, p. 678 ; un autre exemple issu d'une décision de juin 1652 du Parlement de Toulouse est cité par A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit, p. 10). Certains individus iront jusqu'à quitter leur domicile et refaire leur vie dans une autre ville tant l'humiliation d'être accusé d'hermaphrodite est grande (v. par ex. Gabrielle Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIX^e siècle) », *Rue Descartes*, 26 février 2019, vol. 95, n° 1, p. 88. ; v. également V. Marchetti, « Proposition de règlement juridique d'une troisième sexualité : Lorenzo Matheu y Sanz et les hermaphrodites (1663) », art. cit, p. 131. : l'auteur cite le cas rapporté par Lorenzo Matheu d'un individu hermaphrodite qui aurait contracté mariage en tant qu'homme et quitté son village après être tombé enceinte « pour esquiver le scandale et la honte »).

²⁸¹ Joseph Nicolas Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale (tome 8)*, Paris, Visse, 1784, p. 504.

juillet 1691, à porter le nom d'Arnaud Maraule²⁸². Elle formula alors une demande auprès du roi afin de reprendre ses habits de femme, ce qui lui sera finalement accordé après un énième examen de ses organes génitaux par de nouveaux médecins et chirurgiens²⁸³. Ainsi, là encore, l'apparence des organes génitaux est au fondement du raisonnement des juges, puisqu'elle détermine le statut mais aussi le comportement auquel devra se conformer la personne.

59. Dès lors, si les hésitations au sein du corps médical quant à la détermination du sexe des individus ne sont pas rares, elles ne semblent pas déstabiliser l'assurance des tribunaux dont le verdict aboutit toujours à l'attribution d'un sexe féminin ou masculin, gage notamment de la validité d'un mariage, et du maintien de l'ordre social. En témoigne l'affaire désormais bien connue de « l'hermaphrodite de Rouen », particulièrement révélatrice de l'enjeu pour le corps médico-légal de statuer sur l'ambiguïté d'un individu afin de mettre un terme à tout risque de relation homosexuelle. Elle concerne le procès de Marie le Marcis, devenu Marin, condamné en 1601 à être brûlé vif pour crime de sodomie et luxure²⁸⁴ pour avoir changé d'identité afin d'épouser une autre femme, Jeanne le Febvre. Les deux expertises menées par des médecins et des chirurgiens au cours du procès n'avaient alors pas pu apporter la preuve de la « virilité » de Marin, à savoir de son sexe masculin. En appel, le médecin Jacques Duval refuse de se rallier aux conclusions de ses confrères, estimant que le Marcis était en réalité « gynanthrope »²⁸⁵ (*i.e.* hermaphrodite). Devant ce désaccord entre les spécialistes et face à l'incertitude du sexe de l'accusé, la Cour opte pour un verdict qui tend à le *sexuer* mais aussi à le *déssexualiser* afin d'éviter tout risque de rapports contraires aux mœurs²⁸⁶ : le Marcis est condamné à l'obligation d'adopter des habits féminins, mais à une interdiction « d'habiter avec aucune personne de l'un ou l'autre sexe sur peine de la vie jusqu'à l'âge de 25 ans »²⁸⁷, en attendant que son sexe penche par nature pour le féminin ou le masculin²⁸⁸. Le juge s'appuie donc certes sur les observations

²⁸² J.-B. Salgues, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3, op. cit.*, p. 258.

²⁸³ J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale (tome 8), op. cit.*, p. 504.

²⁸⁴ J. Vons, « Une expertise médicale qui sauva une vie », art. cit, p. 88. Jeanne fut quant à elle condamnée à être « battue de verges aux carrefours et à assister au supplice de Le Marcis » (*ibid*).

²⁸⁵ Jacques Duval, *Des Hermaphrodits, accouchemens des femmes et traitement qui est requis pour les relever en santé et bien élever leurs enfans*, Rouen, impr. de D. Geuffroy, 1612, p. 406.

²⁸⁶ E. Dorlin, *La matrice de la race, op. cit.*, p. 76 ; A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », art. cit, p. 8.

²⁸⁷ J. Vons, « Une expertise médicale qui sauva une vie », art. cit, p. 90.

²⁸⁸ Lorraine Daston et Katharine Park, « The Hermaphrodite and the Orders of Nature: Sexual Ambiguity in Early Modern France » dans *Premodern Sexualities*, New York, Routledge, 1997, p. 125.

des médecins, sans pour autant en faire le fondement de son raisonnement²⁸⁹. La détermination du sexe relève, bien avant tout, de la compétence de l'ordre juridique.

B. Face à l'expertise médicale, le verdict dépendant du discours scientifique

60. Parmi les raisons qui motivent la sexuation impérative de la personne au sexe féminin ou masculin se trouve la nécessaire différence de sexe entre les époux. Afin de s'en assurer, les juges s'appuient très largement sur l'expertise de la médecine, alors en charge de constater voire de remédier à une éventuelle ambiguïté sexuelle afin de préserver les unions **(1)**. Cette expertise se développe à la lumière d'un discours désormais dominant qui s'applique à démontrer l'inexistence de l'hermaphrodisme, et donc, la sexuation inévitable des individus selon le binarisme sexuel **(2)**.

1. L'ambiguïté sexuelle et l'impuissance comme causes de nullité du mariage

61. L'implication des médecins dans la détermination du sexe des individus est particulièrement visible dans le cadre des contentieux relatifs à la validité des mariages. En effet, dès le XV^{ème} siècle, malgré le principe d'indissolubilité en vigueur, l'annulation d'un mariage peut toutefois être prononcée en cas d'empêchement dirimant, et notamment d'impuissance, gage d'un contrôle de la sexualité des individus par l'Église²⁹⁰. La demande d'annulation du mariage formulée au juge tend ainsi à répondre à l'insatisfaction officiellement revendiquée²⁹¹ : l'impossibilité d'avoir des relations sexuelles (surtout celles qui ne permettent pas de concevoir un enfant) en raison d'une inconformité des organes génitaux. En témoigne par exemple l'annulation du mariage entre Louis XII et Jeanne de France prononcée le 17 décembre 1498. Si le fondement invoqué n'est pas certain dans la mesure où la sentence du tribunal canonique n'était pas motivée, il est toutefois possible de relever que Louis XII avait formulé cette demande en nullité en partie pour cause d'impuissance de son épouse, et plus

²⁸⁹ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 30.

²⁹⁰ L'impuissance est aussi réputée comme étant un risque pour l'autre époux de céder à un désir sexuel en dehors du mariage, ne pouvant être satisfait par son ou sa compagne, ce qui n'est évidemment pas conforme aux mœurs chrétiennes.

²⁹¹ Officiellement, car il se peut que des demandes en annulation soient formulées en réalité ou en combinaison avec d'autres motifs, sans fondement valable, et notamment par « intérêt pécuniaire » ou pour une « passion éprouvée par l'un des époux pour une autre personne que son conjoint » (E. Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XVème siècle, Louis XII et Jeanne de France*, op. cit., p. 17).

précisément, pour déformation des organes sexuels, ou *arctatio*²⁹². La différence de sexe entre les époux, condition de validité du mariage, est ici appréciée selon une conception fonctionnelle, c'est-à-dire au regard de la capacité des individus à pouvoir satisfaire l'objectif essentiel – voire unique – du sacrement du mariage, à savoir la reproduction de l'espèce humaine²⁹³. Le constat de l'impuissance, définie comme une mauvaise conformation du sexe rendant les époux inaptes au coït, peut alors entraîner la nullité du mariage²⁹⁴.

62. Au cours de ces procès en nullité, les juges peuvent faire appel – parfois à la demande des requérants – à la preuve dite « de visite », à savoir l'inspection des organes génitaux de l'un des membres du couple par des médecins. Les éventuels défauts de conformation sexuée du mari ou de la femme sont ainsi étudiés, comme la profondeur du vagin, ou encore la capacité à être en érection²⁹⁵. Jugée parfois insuffisante, notamment lorsque l'impuissance n'est pas apparente, cette expertise peut être complétée par la mesure de cohabitation triennale²⁹⁶ : elle consiste à obliger les époux à vivre ensemble pendant un temps déterminé, pendant lequel ils doivent essayer de consommer le mariage. L'annulation est alors prononcée si la tentative est infructueuse²⁹⁷. Enfin, un autre type de preuve, beaucoup plus controversé, est à la disposition des juges afin de statuer sur l'impuissance des époux. Dès 1587 s'amorce « l'âge d'or de la répression »²⁹⁸ avec l'apparition de la preuve – ou l'épreuve²⁹⁹ – du « Congrès », mise en place afin de vérifier la capacité des époux à remplir leur devoir conjugal, et notamment celle du mari. Lorsque le simple examen physique des organes génitaux ne suffisait pas à juger de leurs capacités sexuelles, ces derniers devaient avoir un rapport sexuel devant ce « Tribunal de

²⁹² *Ibid.*, p. 209 et s.

²⁹³ Le juriste Jean Domat rappelle ainsi que le mariage est « institué pour la multiplication du genre humain, par l'union de l'homme & de la femme », v. J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., p. xv ; François Lebrun, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, Paris, Armand Colin, 1975, p. 85 ; E. Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XV^e siècle, Louis XII et Jeanne de France*, op. cit., p. 210.

²⁹⁴ Sur les différentes formes d'impuissance reconnues (naturelle, accidentelle, respective, etc.), v. P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit., p. 28.

²⁹⁵ Marcela Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2002, p. 103.

²⁹⁶ V. par ex. un arrêt du Parlement d'Aix du 16 février 1740, dans lequel il est dit que la cohabitation triennale doit être ordonnée en cas d'impuissance non apparente (cité par Pierre Le Ridant, *Code matrimonial, ou Recueil complet de toutes les loix canoniques et civiles de France. Tome 2*, Paris, Hérisant le fils, 1770, p. 659).

²⁹⁷ E. Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XV^e siècle, Louis XII et Jeanne de France*, op. cit., p. 235.

²⁹⁸ P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit., p. 207.

²⁹⁹ Ce moyen de preuve est en effet très critiqué au sein de la doctrine, tant elle porte atteinte à l'intimité du couple, tantôt qualifiée de procédure « scandaleuse » (Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Tome 16*, 4^e éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1824, p. 415) ou « monstrueuse » (E. Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XV^e siècle, Louis XII et Jeanne de France*, op. cit., p. 232).

l'impuissance »³⁰⁰, composé d'une assemblée de juges et de médecins – voire de spectateurs³⁰¹. Le mari devait ainsi faire preuve que les accusations d'impuissance à son égard étaient injustifiées. En cas d'échec, et notamment de défaut d'érection ou d'éjaculation, celui-ci risquait d'être désigné comme n'étant « ni homme ni femme », et de voir prononcer l'annulation du mariage³⁰². Un terme sera toutefois mis à cette pratique par une décision du Parlement de Paris du 18 février 1677, notamment pour son manque de fiabilité³⁰³. Par ailleurs, afin de maintenir l'union, il peut toutefois être proposé de remédier à l'ambiguïté constatée des organes génitaux. Certains chirurgiens de l'époque, comme Ambroise Paré en 1575, estiment en ce sens que les cas d'hermaphrodisme ou d'ambiguïté peuvent être considérés comme des cas de « gémellité inachevée », mais aussi comme une particularité génitale chez les femmes qui justifie une opération chirurgicale. Il préconise dans ces cas de figure de « couper les parties superflues », autrement dit, une excision, afin de rétablir la conformité du sexe féminin³⁰⁴. Ainsi, vers 1565, les tribunaux ont à répondre du mécontentement d'un mari à la suite de la découverte du « membre viril » de son épouse, quelque temps seulement après leur union³⁰⁵. Le juge ecclésiastique³⁰⁶, après avoir imposé l'examen médical de cette dernière, préconise alors l'amputation de cette « partie superflue et inutile » qui se trouve à la place du clitoris³⁰⁷. Néanmoins, face au refus de la défenderesse, souhaitant la « réserver ainsi que nature l'avoir formée »³⁰⁸, le juge déclare la nullité du mariage. On le voit, le corps médical, sollicité par les juges, prend largement part à l'évaluation de la conformité des individus au sexe féminin ou masculin au cours de ces différentes procédures, indispensable au respect du sacrement du mariage.

³⁰⁰ P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit.

³⁰¹ Claire Carlin, « « Une curiosité vaine et indiscrete » : Le mariage au carrefour de la vie privée et de l'intérêt public » dans Agnès Walch (ed.), *La Médiation de la vie privée XVe-XXe siècle*, Arras, Artois Presses Université, 2012, p. 151 ; M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 103.

³⁰² Michael P. Breen, « Annulment Suits and the épreuve du congrès at the Officialité de Paris in the Early Seventeenth Century: Judicial Theory and Legal Practice », *Genre & Histoire*, septembre 2021, n° 28, para. 6.

³⁰³ L'affaire du marquis de Langey joua un rôle important dans l'interdiction de cette pratique : celui-ci échoua à l'épreuve du Congrès en septembre 1658 et fut donc accusé d'impuissance, mais eut néanmoins huit enfants dans le cadre de son second mariage, v. P. Darmon, *Le Mythe de la procréation à l'âge baroque*, op. cit., p. 18.

³⁰⁴ Cité par E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 75.

³⁰⁵ L'affaire est détaillée dans l'ouvrage de J. Duval, *Des Hermaphrodites, accouchemens des femmes et traitement qui est requis pour les relever en santé et bien élever leurs enfans*, op. cit., p. 362.

³⁰⁶ Une ordonnance du Roi de France de 1539 accorde explicitement à l'Église la compétence pour les procès en annulation du mariage au détriment des autorités civiles, règle auparavant de nature coutumière (E. Vouters, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XVème siècle, Louis XII et Jeanne de France*, op. cit., p. 56).

³⁰⁷ J. Duval, *Des Hermaphrodites, accouchemens des femmes et traitement qui est requis pour les relever en santé et bien élever leurs enfans*, op. cit., p. 362.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 363.

2. L'identification du sexe féminin ou masculin du pseudo-hermaphrodite

63. Le XVIII^{ème} siècle fait apparaître une « réorganisation des relations entre justice et médecine », sur laquelle repose désormais la tâche d'établir le sexe des individus³⁰⁹. Or le discours médical relatif à l'hermaphrodite achève d'en faire une figure extrêmement rare, voire inexistante : il devient une figure « impossible »³¹⁰, dans un contexte où le modèle de la stricte binarité des sexes domine le discours scientifique³¹¹. Les critères qui caractérisent l'hermaphrodisme sont davantage précis et exigeants, ce qui rend sa reconnaissance d'autant plus complexe. L'hermaphrodite est en réalité un « pseudo-hermaphrodite », et il est majoritairement admis que chez chaque individu, le sexe féminin ou masculin *prédomine*. Ainsi, à l'entrée « Hermaphrodite » de son *Dictionnaire de droit et de pratique* publié en 1749, le jurisconsulte Claude-Joseph de Ferrière rappelle des travaux issus de l'Antiquité avec Aristote, mais aussi de l'époque médiévale avec le philosophe et théologien Albert le Grand³¹², afin d'affirmer qu'il « n'y a point de véritables Hermaphrodites », à savoir d'individus « en qui les deux sexes soient parfaits & en qui les parties qui les composent soient parfaitement séparées, qui puissent engendrer en eux comme les femmes, & hors d'eux comme les hommes »³¹³. Dès lors, « ceux qui participent de l'un & de l'autre sexe, doivent être réputés du sexe qui paroît en leur personne prédominer sur l'autre », ce qui n'empêche ainsi pas leur mariage³¹⁴. Dans le même sens, en 1784, son homologue Joseph-Nicolas Guyot s'appuie sur les physiiciens de son époque afin d'affirmer que « l'existence des véritables hermaphrodites est

³⁰⁹ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 30.

³¹⁰ E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », art. cit.

³¹¹ L'historien Thomas Laqueur estime en effet que, principalement avant le XVIII^{ème} siècle, deux modèles coexistent dans le champ des connaissances scientifiques relatives au sexe : celui du « sexe unique » suppose, contrairement au modèle des deux sexes, que les différences entre les sexes féminins et masculins ne sont pas fondées sur des caractéristiques radicalement distinctes, mais plutôt à partir d'un continuum. Ainsi, hommes et femmes possèdent les mêmes organes génitaux. Simplement, ceux des femmes se trouvent à l'intérieur de l'organisme : le vagin est associé à un pénis interne, et les ovaires à des testicules n'ayant pas achevé leur développement (caractéristiques qui justifient par ailleurs la supériorité du sexe masculin, représentant du sexe parfait) (v. T. Laqueur, *La fabrique du sexe*, op. cit. ; pour des critiques formulées envers l'identification par l'auteur de ces deux modèles distincts, v. par ex. : C. Benninghaus, « Beyond Constructivism? », art. cit ; E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit. ; K. Park et R.A. Nye, « Destiny is anatomy », art. cit.).

³¹² Auteur notamment du traité *De animalibus*, rédigé vers 1270, cité au sein du dictionnaire de Claude-Joseph de Ferrière (pour une retranscription du texte d'origine, v. Hermann Stadler, *Albertus Magnus : De Animalibus Libri XXVI Nach der Kölner Urschrift*, Münster, Aschendorff Verlag, 1920, 1224-1225 p).

³¹³ Claude-Joseph De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique. Tome premier*, Paris, Brunet, 1749, p. 1034.

³¹⁴ À condition, bien sûr, que l'union ait lieu avec une personne du sexe opposé à celui prédominant chez eux, v. C.-J. De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique. Tome premier*, op. cit.

une supposition gratuite »³¹⁵. En effet, « si la nature s'égare quelquefois dans la production de l'homme », ce n'est jamais au point d'aboutir à des « assemblages parfaits des deux sexes »³¹⁶. Le « vrai hermaphrodite » est donc relégué au rang de phénomène rare, voire imaginaire³¹⁷ : un individu ne peut posséder à la fois les marques d'un sexe féminin et masculin, puisqu'il existe seulement deux sexes distincts. L'historienne Elizabeth Reis observe le même développement de complexification et donc de « raréfaction » de l'hermaphrodisme outre-Manche³¹⁸. Le médecin anglais James Parsons publie un traité en 1741 dans lequel il s'applique à démontrer que les véritables hermaphrodites sont ceux qui possèdent les organes des deux sexes parfaitement conformés, avec les fonctions reproductives de chaque sexe intactes ; en 1787, son homologue Samuel Farr arrive à la même conclusion, et ajoute que pour reconnaître un véritable hermaphrodite, celui-ci doit également pouvoir être sexuellement satisfait par ses deux sexes³¹⁹. Aussi, pour reprendre l'analyse de Michel Foucault, ce n'est plus tant la confusion des sexes chez l'hermaphrodite qui est monstrueuse (sur le plan anatomique), mais bien le comportement déviant d'individus qui découle directement de la malformation de leurs organes génitaux³²⁰, que le droit se charge de réprimander.

64. En témoigne par exemple l'affaire relative à Anne Grandjean, qui, doutant de son sexe et de sa sexualité à l'adolescence, prit l'identité de Jean-Baptiste³²¹. Lorsqu'il épouse Françoise Lambert en 1761, la rumeur de son hermaphrodisme se répand, et il est alors contraint de se soumettre à un examen médical qui le désigne de sexe féminin, « *soidisante* hermaphrodite »³²².

³¹⁵ J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* (tome 8), *op. cit.*, p. 503. ; v. également Philippe-Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tome 5, 4^e éd., Paris, Garnery, 1812, p. 698.

³¹⁶ J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* (tome 8), *op. cit.*, p. 503.

³¹⁷ Dans l'encyclopédie de Diderot et d'Alembert par exemple, l'hermaphrodisme est qualifié de « chimère », et les histoires à ce sujet « sont des fables puériles, puisées dans le sein de l'ignorance & dans l'amour du merveilleux, dont on a tant de peine à se défaire » (D. Diderot et J.L.R. D'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, tome VIII, *op. cit.*, p. 166). Au sein du discours médical, v. Ambroise Tardieu, *Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels : contenant les souvenirs et impressions d'un individu dont le sexe avait été méconnu*, 2^e éd., Paris, Librairie J. B. Baillière et fils, 1874, p. 12. : l'auteur parle alors d'une « exception d'une excessive rareté » ; v. néanmoins la position contraire du médecin Alexandre Lacassagne, pour qui l'espèce humaine est composée de trois sexe, « le sexe masculin, le sexe féminin et le sexe neutre », lequel désigne les « hermaphrodites vrais » : Alexandre Lacassagne, *Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, Lyon-Paris, A. Storck, 1887, p. 89.

³¹⁸ E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », *art. cit.*, p. 422.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ M. Foucault, *Les anormaux*, *op. cit.*, p. 67.

³²¹ Le juriconsulte Joseph-Nicolas Guyot rapporte qu'à cette période, Jean-Baptiste Grandjean fut attiré par les filles, et « sentit naître des passions qui n'appartiennent point au sexe dont on l'avoit cru d'abord » (J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* (tome 8), *op. cit.*, p. 504).

³²² M. Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime* (sous la direction de la Pr. Sylvie Perrier), *op. cit.*, p. 104. Nous soulignons.

Cette expertise est décisive puisque c'est elle qui va servir de fondement au verdict des juges³²³. Le Parlement de Paris décide ainsi le 10 janvier 1765 de déclarer leur mariage « nul et abusif ». Jean-Baptiste, accusé d'avoir usé volontairement de la particularité de ses organes (ie. la taille proéminente de son clitoris) pour usurper son identité, est interdit de revoir son épouse, de fréquenter toute personne de sexe féminin, et est également contraint de porter des vêtements de femme³²⁴. Selon Michel Foucault, cette affaire, dont les faits sont similaires à celle de l'hermaphrodite de Rouen³²⁵, témoigne d'une évolution majeure du discours médico-légal au regard de la divergence des solutions : contrairement à le Marcis, dont l'hermaphrodisme ou l'ambiguïté empêchait toute sexualité, Anne Grandjean, en tant que femme, est autorisée à fréquenter des individus de sexe masculin ; point de mélange des sexes, les cas d'hermaphrodisme sont en réalité des cas de *malformation* des individus au sexe féminin ou masculin³²⁶. Cette affaire marque ainsi une rupture avec « le paradigme théologico-juridique qui ordonnait la justification de la différence des sexes » en ce qu'elle reflète l'entrée dans « le cadre du naturalisme scientifique »³²⁷, à même d'assurer une répartition des individus entre le sexe féminin et masculin selon des critères purement biologiques, et qui ne cessera de se développer par la suite.

§2. La différence entre les sexes au service de la protection du mariage civil

65. Si le mariage est essentiellement associé à la capacité des époux de se reproduire, cette perception va progressivement évoluer, comme l'illustrent ici les changements qui opèrent en droit français. À l'orée du XIX^{ème} siècle, le mariage devient un contrat civil. Un « processus de désinstitutionalisation » débute à la période révolutionnaire, sans qu'il ne soit toutefois possible d'observer un mouvement linéaire³²⁸. L'indissolubilité du mariage est de plus en plus remise en

³²³ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 31.

³²⁴ M. Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime (sous la direction de la Pr. Sylvie Perrier)*, op. cit., p. 107 ; G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 82.

³²⁵ V. *supra*.

³²⁶ M. Foucault, *Les anormaux*, op. cit., p. 66. V. également M. Laflamme, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime (sous la direction de la Pr. Sylvie Perrier)*, op. cit., p. 111.

³²⁷ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 32.

³²⁸ Daniel Borrillo, *La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté*, Paris, PUF, 2018, p. 57.

question³²⁹. Aussi, le mariage comme union entre une femme et un homme demeure sa caractéristique essentielle, mais pas unique. Le mariage, comme le rappelle l'historienne Camille Robcis, est « un contrat, certes ancré dans la complémentarité naturelle des sexes, mais bien plus puissant qu'elle, une union qui, selon les termes de Napoléon, “ne dérive point de la nature, mais de la société et des mœurs” »³³⁰. Il ne peut donc être conçu comme une institution dont la reproduction serait le seul et ultime objectif. Cela aura pour conséquence directe de (re)définir les contours de la différence des sexes telle qu'appréhendée par les juges, et d'accorder notamment plus d'importance à l'*apparence* de la différence entre les sexes. En effet, malgré l'émergence d'un discours médical qui manifeste une compétence unique en matière de détermination du véritable sexe des individus **(A)**, les tribunaux s'octroient la capacité de juger de la différence de sexe entre les époux, quand bien même elle ne s'inscrit pas pleinement dans le cadre établi par le discours médical **(B)**.

A. L'émergence du discours médical moderne

66. Selon la lettre du Code civil, ni la décision de faire appel à des experts, ni celle de suivre leurs conclusions ne sont obligatoires pour le juge³³¹. Pourtant, malgré l'atteinte certaine à l'intimité provoquée par les visites médicales imposées, les expertises sont de plus en plus prescrites tout au long du XIX^{ème} siècle³³², et ce pour deux raisons. D'une part, car le développement de nouvelles connaissances permet au corps médical de renouveler les critères utilisés pour définir cette frontière entre le féminin et le masculin **(1)**. D'autre part, il revendique détenir une compétence exclusive en matière de détermination du sexe des individus **(2)**.

1. La découverte du « vrai sexe » par le corps médical

67. Le XIX^{ème} siècle est marqué par un changement de paradigme au sein du discours médical. Jusqu'à présent hésitant quant aux techniques qui visaient à toucher ou porter atteinte physiquement aux corps, la pratique du corps médical se renouvelle pour mettre en avant

³²⁹ P. Darmon, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, op. cit., p. 19.

³³⁰ Camille Robcis, *La loi de la parenté: la famille, les experts et la République*, Paris, Fahrenheit, 2016, p. 46.

³³¹ Gabrielle Houbre, « Un corps sans sexe ? Un procès en nullité de mariage et un verdict confondants dans la France du XIX^e siècle », *Corps Psychisme*, 2016, vol. 69, n° 1, p. 135.

³³² L'autrice souligne ainsi que sur les vingt-trois affaires étudiées ayant eu lieu entre 1808 et 1903, dix expertises ont été ordonnées, dont cinq entre 1873 et 1903 seulement : G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIX^e siècle) », art. cit, p. 89.

l'importance, voire la nécessité, de procéder à des examens rigoureux³³³. L'évolution peut être observée tant au niveau des techniques d'identification du sexe que des techniques chirurgicales susceptibles d'être mises en œuvre pour révéler le « vrai sexe » des individus.

68. Concernant les techniques d'identification du sexe, l'observation de l'apparence des organes génitaux est remplacée par l'inspection des organes internes : désormais, il ne suffit plus de vérifier si ce sont les traits externes du sexe féminin ou masculin qui prévalent chez un individu, mais plutôt de révéler le « vrai sexe »³³⁴ ancré au plus profond du corps humain³³⁵. Ainsi émerge, à partir des années 1870, ce que l'historienne Alice Dreger identifie comme « l'âge des gonades »³³⁶. Toujours dans cette logique ancienne de disqualifier l'existence des personnes hermaphrodites³³⁷, la communauté scientifique s'accorde majoritairement sur le fait que les gonades – ovaires ou testicules – permettent de déterminer le véritable sexe d'un individu³³⁸. Le médecin allemand Edwin Klebs propose par exemple un système de classification à partir du tissu gonadique qui permet aux individus d'être identifiés à l'un ou l'autre sexe : si le tissu est ovarien, il est « pseudohermaphrodite féminin » ; si le tissu est au contraire testiculaire, alors il sera considéré « pseudohermaphrodite masculin »³³⁹. Dès lors, le véritable sexe est déterminé à partir du sexe gonadique ; cet intérêt pour les organes sexuels internes ne conduit toutefois pas les médecins à laisser l'apparence des organes génitaux de côté.

69. Cette expertise médicale est en effet revendiquée en parallèle d'une maîtrise croissante de techniques chirurgicales permettant de conformer les organes génitaux aux normes de sexes féminin et masculin³⁴⁰. Les interventions chirurgicales permettent alors de corriger et de « réparer » les organes génitaux externes afin d'harmoniser leur apparence avec le vrai sexe³⁴¹. Les opérations menées sont aussi étroitement liées à la préservation de l'hétérosexualité, dans

³³³ G. Mak, *Doubting sex*, op. cit., p. 117.

³³⁴ M. Foucault, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, op. cit., p. 10.

³³⁵ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 86.

³³⁶ A.D. Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, op. cit., p. 139.

³³⁷ K. Park et R.A. Nye, « Destiny is anatomy », art. cit, p. 56.

³³⁸ A.D. Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, op. cit., p. 29.

³³⁹ H. Malatino, « Situating Bio-logic, Refiguring sex : Intersexuality and Coloniality », art. cit, p. 81.

³⁴⁰ Ce type d'opération est pratiqué selon certains auteurs depuis le II^{ème} siècle av. J-C (G. Androutsos, M. Papadopoulou et S. Geroulanos, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », *Andrologie*, 2001, vol. 11, n° 2, p. 89-93).

³⁴¹ Pratique qui s'observe au-delà du seul cadre français et européen : l'auteur japonais Miyatake Gaikotsu considère ainsi dans son ouvrage de 1922 qu'en dehors des hermaphrodites vrais, tous les individus ont un « sexe essentiel » féminin ou masculin, et que les interventions chirurgicales sur les organes reproducteurs externes permettent aux hermaphrodites d'atteindre la féminité ou la masculinité, v. Teresa A. Algosó, « Thoughts on Hermaphroditism: Miyatake Gaikotsu and the Convergence of the Sexes in Taishō Japan », *The Journal of Asian Studies*, août 2006, vol. 65, n° 3, p. 561.

la mesure où une partie du corps médical considère que la cause de l'inversion peut trouver son origine dans les caractéristiques physiques, et notamment l'aspect des organes génitaux³⁴². Par exemple, un clitoris trop large sera soupçonné d'être à l'origine de pratiques lesbiennes³⁴³, et la transplantation de testicules de pouvoir guérir un homme de son homosexualité³⁴⁴. Conformer les organes génitaux permet ainsi à la fois d'uniformiser l'ensemble des caractéristiques sexuelles en un seul sexe, et d'éviter les pratiques sexuelles déviantes. Dès lors, tandis que l'injonction des hermaphrodites à la binarité s'exprimait auparavant uniquement dans le comportement qui leur était imposé (choix de vêtements féminins ou masculins, usage d'un seul sexe lors des relations sexuelles), les interventions chirurgicales permettent d'inscrire directement ces normes genrées et ainsi la différence des sexes dans le corps même des individus chez qui une ambiguïté sexuelle est décelée.

70. En effet, au fur et à mesure que les prouesses techniques se développent, les chirurgiens opèrent les hermaphrodites afin, notamment, de leur permettre de se marier³⁴⁵. Ainsi, en 1834, lorsqu'une jeune femme se présente à son médecin et qu'il constate la présence d'une « véritable verge, de forme parfaite », celui-ci décide avec l'accord de sa patiente de l'opérer afin de lui permettre d'être apte au coït³⁴⁶. L'intervention, qui consistait notamment à créer un vagin artificiel et à amputer la verge, lui permet de se marier huit mois plus tard³⁴⁷. Lorsqu'il rend un rapport à la demande du Procureur général auprès la Cour de cassation dans le cadre d'un arrêt de la Cour de cassation de 1903³⁴⁸, le Professeur Brouardel, explique que ce type d'opérations est pratiqué depuis trente ans afin de permettre le mariage des hermaphrodites³⁴⁹.

³⁴² M.-X. Catto et S. Osella, « The Sexed Subject », art. cit.

³⁴³ Hypothèse qui était d'ailleurs déjà énoncée au sein des récits de voyages dès le XVI^{ème} siècle, v. *infra*.

³⁴⁴ Christina Matta, « Ambiguous bodies and deviant sexualities: hermaphrodites, homosexuality, and surgery in the United States, 1850-1904 », *Perspectives in Biology and Medicine*, 2005, vol. 48, n° 1, p. 80. L'autrice rapporte les travaux du médecin Samuel E. Woody et de l'urologue G. Frank Lydston de la fin du XIX^{ème} siècle, selon lesquels la transplantation du testicule d'un homme hétérosexuel sur un homme homosexuel permet à ce dernier d'être attiré sexuellement par les femmes ; à l'inverse, ovariectomie et clitorectomie empêchent l'expression d'une sexualité lesbienne chez une femme.

³⁴⁵ Des traces écrites d'opérations pratiquées sur les hermaphrodites laissent penser que ces pratiques ont eu lieu dès la moitié du XVIII^{ème} siècle en Europe (v. *supra* et Maayan Sudai, « 'A Woman and Now a Man': The Legitimation of Sex-Assignment Surgery in the United States (1849-1886) », *Social Studies of Science*, 9 novembre 2021, p. 4. ; sur le développement de la pratique d'opérations de conformation sexuée sur les enfants intersexes et leur systématisation, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

³⁴⁶ E. Coste, « Conformation vicieuse des organes génitaux chez une femme - Opération », *Journal des connaissances médico-chirurgicales*, janvier 1836, VII, p. 276., cité par Marie-Xavière Catto, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil ? », *Délibérée*, 13 juin 2018, N° 4, n° 2, p. 10-14.

³⁴⁷ À aucun moment le chirurgien ne semble douter du sexe féminin de sa patiente : elle n'était « point hermaphrodite ; c'était une femme et rien qu'une femme, dont les organes générateurs offraient une anomalie de conformation tout à fait extraordinaire » (E. Coste, « Journal des connaissances médico-chirurgicales », art. cit, p. 276).

³⁴⁸ V. *infra*.

³⁴⁹ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 36.

À la même période, aux États-Unis, les chirurgiens s'appuient également sur cette conviction de pouvoir déceler le « vrai sexe » des individus afin de conformer leurs organes génitaux non seulement pour leur garantir la possibilité de se marier³⁵⁰, mais aussi éviter les comportements sexuels déviants³⁵¹. Les possibilités offertes par les techniques chirurgicales poursuivent le même objectif de protection de l'institution matrimoniale – et ainsi le maintien de relations hétérosexuelles – à la différence que désormais, ce ne sont plus les unions qui sont prohibées ou annulées, mais les organes génitaux qui sont corrigés.

2. La mainmise de l'expertise médicale sur la détermination juridique du sexe

71. Fort de ce nouveau paradigme, une partie du corps médical estime qu'eux seuls sont donc en mesure de pouvoir déceler une ambiguïté sexuelle, et surtout, établir médicalement mais aussi *juridiquement* le « véritable » sexe féminin ou masculin des individus³⁵². Cette tendance s'observe également outre-Atlantique, aux États-Unis, où les médecins se prononcent sur une multitude de situations juridiques relatives à la détermination du sexe : en matière de droit de vote³⁵³, de condamnation pour travestissement, ou là encore, de validité du mariage³⁵⁴. Ainsi, convaincus de la nécessité de faire appel à leurs savoirs en la matière, et de conditionner l'attribution du sexe juridique à leur expertise³⁵⁵, les médecins tentent progressivement d'imposer leur autorité au sein des procès en nullité de mariage³⁵⁶. En France, le médecin Delfau considère par exemple, dans son ouvrage *Devoirs et droits des médecins* publié en 1868, que l'expertise faite par le corps médical devrait prévaloir sur les conclusions des magistrats, pourtant en droit de refuser la prise en compte de leur expertise lors d'une audience³⁵⁷ ; pour lui, lorsque les juges font appel à l'expertise des médecins, ces derniers deviennent de véritables

³⁵⁰ M. Sudai, « 'A Woman and Now a Man' », art. cit, p. 7.

³⁵¹ C. Matta, « Ambiguous bodies and deviant sexualities », art. cit, p. 76.

³⁵² G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 86.

³⁵³ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 29. L'autrice cite l'affaire de Salisbury de 1843, dans laquelle une personne déclarée hermaphrodite par le corps médical est accusée d'avoir usé du droit de suffrage de manière frauduleuse, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

³⁵⁴ M. Sudai, « 'A Woman and Now a Man' », art. cit, p. 6.

³⁵⁵ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 93.

³⁵⁶ G. Mak, *Doubting sex*, op. cit., p. 132. : à titre de comparaison, l'autrice souligne qu'avec l'adoption d'un nouveau Code civil en 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), le législateur allemand a supprimé toute référence à l'hermaphrodisme afin de laisser le soin aux experts médicaux d'établir le véritable sexe des individus.

³⁵⁷ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 86.

« juges du fond »³⁵⁸, seuls compétents afin de qualifier les faits lorsqu'une question de type médical est soulevée³⁵⁹. Dans le même sens, selon le médecin Delore, l'hermaphrodite « fait partie du domaine des médecins » : il revient au corps médical de « concilier ses intérêts, avec ceux de la société, au milieu de laquelle ils lui marqueront sa véritable place »³⁶⁰. La rigueur de l'expertise médicale est aussi nécessaire afin de prévenir toute union avec un individu dont le sexe est incertain, au risque de laisser se pratiquer « légalement et légitimement la sodomie » pour reprendre les mots du médecin Samuel Pozzi³⁶¹. Il est ainsi reproché aux juristes d'avoir adopté des lois contre les hermaphrodites, au lieu de s'être interrogé dans un premier temps sur le fait qu'il « existait réellement des androgynes »³⁶². Certains juristes se rangent également de cet avis, tel le professeur de droit Aimé Rodière, se demandant s'il n'est « pas plutôt aux médecins qu'il appartient de faire la leçon aux juristes »³⁶³.

72. Ainsi, bien loin de remettre en question le modèle du binarisme sexuel, les connaissances accrues du corps médical en matière d'anatomie du corps humain contribuent au contraire à le renforcer³⁶⁴. L'historienne Geertje Mak mobilise l'affaire Justine Jumas afin d'illustrer cette volonté du corps médical d'asseoir son autorité au sein des tribunaux en matière de détermination du sexe des individus³⁶⁵.

73. Celle-ci était accusée par son époux, Antoine Darbousse, de ne pas être une femme en raison notamment de son absence de poitrine, d'utérus, et de vagin, ce qui devait naturellement conduire selon lui à la nullité de leur mariage³⁶⁶. Refusant de se prêter à l'examen médical ordonné par le tribunal civil d'Alès, elle porte l'affaire en appel devant la Cour de Nîmes. Un arrêt est rendu le 29 novembre 1869, dans lequel les juges estiment que c'est à tort que le tribunal de première instance a ordonné l'examen médical de l'épouse, puisque cette preuve, « ni pertinente ni admissible », aurait seulement permis de démontrer « tout au plus une

³⁵⁸ Félix Delfau, *Devoirs et droits des médecins vis-à-vis de l'autorité, de leurs confrères et du public*, Paris, Delahaye, 1868, p. 97.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 98.

³⁶⁰ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 86.

³⁶¹ Cité par *Ibid.*, p. 87.

³⁶² J.-B. Salgues, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3, op. cit.*, p. 261 : pour l'auteur, l'existence d'« êtres doués des deux organes [...] est un fait incontestable » mais qui se retrouve seulement chez les végétaux et certains animaux ; il ajoute qu'« on ne connaît encore aucune description anatomique d'un individu parfaitement pourvu des deux sexes », et que « jamais il n'en est tombé sous le scalpel d'aucun médecin, d'aucun chirurgien ».

³⁶³ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 86.

³⁶⁴ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du “vrai sexe” (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 36.

³⁶⁵ G. Mak, *Doubting sex, op. cit.*, p. 117.

³⁶⁶ A. Tardieu, *Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels : contenant les souvenirs et impressions d'un individu dont le sexe avait été méconnu, op. cit.*, p. 7.

conformation vicieuse des organes de la génération » et non si elle appartient au sexe féminin³⁶⁷. Le tribunal finit par prononcer la nullité du mariage dans un arrêt définitif du 28 janvier 1873, sans pour autant statuer clairement sur le sexe de Justine Jumas, considérant qu'il ne lui revient pas de dire si elle « appartient au sexe masculin ou au sexe neutre ». Tandis que certains médecins défendaient qu'elle ne possédât « très probablement aucun sexe » ou qu'elle n'eût « pas de sexe »³⁶⁸, le juge s'appuie simplement sur le constat qu'elle n'a pas les organes habituels du sexe féminin – et notamment, qu'elle n'a ni utérus ni ovaires³⁶⁹. Ce « vice général organique sexuel » ne lui permet pas de satisfaire le but social et moral du mariage, c'est-à-dire « perpétuer la famille » et « assurer les joies et la prospérité du foyer domestique »³⁷⁰.

74. Les mémoires du médecin Ambroise Tardieu, qui avait été appelé en tant qu'expert par le requérant³⁷¹, montrent clairement cette tentative – en l'espèce réussie – d'associer l'incapacité à avoir des relations sexuelles procréatives due à un défaut de conformation du sexe à une erreur dans la personne et donc à une cause de nullité du mariage. En effet, selon lui, s'il est clair que « le cas d'impuissance ou d'infécondité des époux ne peut être admis comme cause de nullité du mariage, il n'en est pas de même de l'identité de sexe »³⁷² : l'ambiguïté ou l'absence de certains organes sexuels est ainsi constitutif d'une erreur sur le sexe, puisque l'individu n'est finalement pas totalement de sexe féminin ou masculin comme cela été supposé lors de la conclusion du mariage³⁷³. Les différents médecins appelés au cours du procès, et en particulier Tardieu et Courty, affirmaient ainsi que l'apparence *extérieure* du corps et notamment des organes génitaux n'était pas suffisante afin de se prononcer sur le sexe des individus. Par ce raisonnement, le sexe devient alors un « secret », que seul le corps médical peut découvrir³⁷⁴.

75. Enfin, un cas de nullité est aussi observé en 1894. Dans cette affaire, les juges du tribunal d'Orléans prononcent l'annulation d'un mariage – conclu dix ans plus tôt – en s'appuyant largement sur l'expertise médicale produite à la demande du mari. Devant le constat d'une « absence des organes génitaux internes », le tribunal rappelle que « le mariage ne peut se produire qu'entre deux personnes pourvues d'organes génitaux différents, permettant au coût de

³⁶⁷ Cour impériale de Nîmes, ch. réunies, 29 novembre 1869.

³⁶⁸ G. Houbre, « Les incertitudes du sexe », art. cit., p. 16.

³⁶⁹ Gabrielle Houbre, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXe siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle. Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle*, 1 juin 2014, n° 48, p. 16.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Ses conclusions ont été rédigées le 17 février 1870, v. Ambroise Tardieu, *Consultation médico-légale à l'appui de la demande en nullité de mariage de M. Darbrousse*, Paris, Goupy, 1870, 11 p.

³⁷² A. Tardieu, *Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels : contenant les souvenirs et impressions d'un individu dont le sexe avait été méconnu*, op. cit., p. 30.

³⁷³ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit., p. 43.

³⁷⁴ G. Mak, *Doubting sex*, op. cit., p. 124.

s'accomplir »³⁷⁵. Encore une fois, les juges soutiennent que l'aptitude aux relations sexuelles est une condition inhérente au mariage, au risque de le voir annulé. Les tribunaux semblent sur le point de « céder à la pression médicale »³⁷⁶ en fondant leur raisonnement sur l'expertise menée par les médecins.

B. La souplesse du juge

76. Malgré les connaissances accrues du corps médical en matière de détermination du sexe des individus, le droit positif prend de la distance avec l'émergence de ce discours médical moderne qui pourrait bien fragiliser l'institution matrimoniale. En effet, à mesure que leur expertise se développe, les médecins sont à même d'identifier et de diagnostiquer plus précisément les cas d'ambiguïté sexuelle, potentiels obstacles aux unions consacrées. Une rupture apparaît alors : au lieu de s'appuyer sur les connaissances scientifiques en la matière afin, comme cela avait été le cas jusque-là, de repérer les cas d'impuissance et donc de malformation des organes génitaux de l'un ou l'autre des époux, le droit fait évoluer le principe de différence des sexes inhérent au mariage afin, justement, de protéger l'institution contre des annulations qu'il considère désormais abusives. Non seulement, les rédacteurs du Code civil de 1804 ont volontairement souhaité balayer la doctrine de l'impuissance qui avait fortement marqué les esprits (1), mais aussi, s'opère une refonte de l'institution matrimoniale qui n'attend plus uniquement des époux leur seule union sexuelle (2).

1. L'impuissance écartée du motif de l'erreur dans la personne

77. Avec l'adoption du Code napoléonien en 1804, un certain changement de paradigme est amorcé par rapport aux règles qui prévalaient en matière de nullité du mariage sous l'ancien droit. En effet, le second alinéa de l'article 180 du Code civil précise désormais que la demande de nullité en mariage ne peut être acquise qu'en cas d'« erreur dans la personne »³⁷⁷. La formulation de l'article 180 du Code civil ne fait donc aucune référence à l'impuissance comme cause de nullité du mariage. La question, pour les juristes de l'époque, est alors de savoir si cette formulation englobe également les cas d'impuissance : le fait pour l'un des époux de ne

³⁷⁵ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 93.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Code Napoléon (1804), Chapitre IV « Des demandes en nullité de mariage », art. 180, al. 2 : « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ».

pas être apte à avoir des relations sexuelles et/ou d'avoir un défaut de conformité des organes sexuels est-il constitutif d'une erreur dans la personne ? L'annulation du mariage peut-elle être demandée sur ce fondement en tant qu'absence de différence des sexes entre les époux ? Dans le contexte français du XIX^{ème} siècle, les affaires liées à l'indétermination du sexe d'un des époux ont une résonance particulière du fait de la législation relative au divorce. En effet, si le mariage civil, et avec lui le divorce, est instauré à la période révolutionnaire³⁷⁸, il est rapidement abrogé sous la Restauration par une loi de 1816³⁷⁹ afin de préserver la paix sociale et des familles³⁸⁰ – et sera à nouveau légalisé qu'en 1884³⁸¹. La seule possibilité pour mettre fin à une union est donc, pendant l'essentiel du XIX^{ème} siècle, de tenter de faire reconnaître la nullité du mariage par un juge ; et l'ambiguïté du sexe d'un des époux³⁸² constitue dès lors un argument pertinent, selon le niveau « du degré d'irrégularité d'une conformation génitale » de celui-ci³⁸³. Ces demandes en nullité de mariage sont loin d'être rares³⁸⁴, et des divergences d'interprétation quant au bien-fondé des annulations de mariage pour cause d'impuissance apparaissent entre juristes et médecins.

78. Certains époux tentent en effet, avec l'appui de médecins, d'associer l'impuissance à un défaut de conformation au sexe féminin ou masculin devant être apprécié comme une erreur sur la personne. L'impuissance serait en effet révélatrice d'un défaut de différence des sexes entre les époux, de nature à conduire à l'annulation du mariage³⁸⁵. Toutefois, au cours du XIX^{ème} siècle, l'historienne Gabrielle Houbre relève que seuls trois cas – tous prononcés, comme le souligne l'autrice, à l'encontre des épouses – ont abouti à la nullité du mariage en France³⁸⁶.

³⁷⁸ Le mariage civil est institué par la Constitution du 3 septembre 1791, et la loi du 20 septembre 1792 prévoit la possibilité de divorcer pour plusieurs motifs (par consentement mutuel, mais aussi pour démence, abandon du domicile ou encore crimes et sévices graves). Une première reconnaissance du mariage civil a lieu à partir du 7 novembre 1787 avec l'adoption par Louis XVI de l'édit de Versailles (ou édit de Tolérance) pour les non-catholiques.

³⁷⁹ Loi du 8 mai 1816, dite « loi Bonald ».

³⁸⁰ C. Robcis, *La loi de la parenté*, op. cit., p. 47.

³⁸¹ Loi qui rétablit le divorce du 27 juillet 1884, n° 14485 (la divorce est alors autorisé, mais à condition d'apporter la preuve d'une faute).

³⁸² Certains auteurs vont par la suite proposer d'inclure directement cette possibilité au sein du droit positif ; v. par ex. la proposition formulée par Charles Debierre d'ajouter un paragraphe à l'article 180 du Code civil formulé comme tel : « Les vices de conformation des organes génitaux, qui constituent manifestement une impossibilité absolue dans l'accomplissement fructueux de l'acte sexuel et créent l'erreur de la personne physique, sont une cause formelle de nullité de mariage » (Charles Debierre, *L'hermaphrodisme : structure, fonctions, état psychologique et mental, état civil et mariage, dangers et remèdes*, Paris, Librairie J. B. Baillière et fils, 1891, p. 151).

³⁸³ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIX^e siècle) », art. cit, p. 80.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 84.

³⁸⁵ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 105.

³⁸⁶ G. Houbre, « Un corps sans sexe ? », art. cit, p. 139.

Outre les deux affaires déjà mentionnées³⁸⁷, un premier cas de nullité d'un mariage postérieur à l'adoption du Code civil a lieu le 27 janvier 1808. La demande est formulée par le mari, selon qui la conformation de son épouse ne permet pas de répondre « au but naturel et légal du mariage » et reproche ainsi leur union d'un mariage entre deux personnes de même sexe³⁸⁸. La Cour d'appel de Trèves fait droit à cette demande d'annulation pour défaut de conformation de l'épouse et incapacité à avoir des relations sexuelles³⁸⁹.

79. Le silence de l'article 180 du Code civil a dès lors été interprété par la majorité des tribunaux, mais aussi de la doctrine, comme excluant *de facto* l'impuissance des fondements possibles pour demander la nullité de l'union³⁹⁰, contrairement à ce qui prévalait jusqu'ici³⁹¹. Dans un contexte où « l'idéal politique et social de ces hommes de la Révolution demeure la famille légalement mariée, véritable bastion de l'ordre social »³⁹², selon ces auteurs, « l'esprit du Code » s'attache à mettre un terme à la pratique des demandes en nullité de mariage pour impuissance, dont la véracité était difficile à établir, et ayant abouti à de véritables « scandales »³⁹³. C'est cette interprétation que va choisir la Cour de Gênes dans un arrêt du 7 mars 1811. Les juges rappellent dans un premier temps que dans l'énumération que fait le Code civil des fondements de demande en nullité « ne se trouve point la cause d'Impuissance ». Plus encore, il ne revient pas aux tribunaux d'en faire une cause d'annulation, puisque les « législateurs ne pouvant ignorer qu'un pareil moyen avait été, sous l'ancienne jurisprudence, sujet aux vicissitudes des temps et des lieux, et qu'il y avait eu dans les différens temps incertitude sur la manière de le vérifier », c'est volontairement qu'il a été exclu de la loi³⁹⁴. Il paraît ainsi préférable « de laisser subsister un petit nombre de mariages dont la consommation ne serait pas possible », plutôt que de risquer de revenir à des « procédures scandaleuses » comme celle de la preuve du Congrès³⁹⁵.

³⁸⁷ L'affaire Justine Jumas de 1873 et celle du tribunal d'Orléans de 1894, v. *supra*.

³⁸⁸ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 105.

³⁸⁹ La Cour rendra son arrêt définitif le 1^{er} juillet 1808, dont la solution ira dans le même sens : « attendu qu'il résulte du rapport des gens de l'art que l'état physique de ladite N., et sa conformation s'opposent au but naturel et légal du mariage [...] déclare le mariage contracté entre les parties, nul de plein droit » (les deux décisions sont citées par P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Tome 16*, op. cit., p. 419).

³⁹⁰ V. par ex. le répertoire du juriste Philippe-Antoine Merlin, dans lequel il s'appuie sur les procès-verbaux des discussions liées à la rédaction du Code civil pour soutenir cette analyse, et notamment sur les propos de François Denis Tronchet, alors président de la commission de rédaction du Code civil : « On n'a pas fait de l'Impuissance l'objet d'une action en nullité ; et ce silence absolu de la loi est fondé en raison ; car il n'est pas de moyen de reconnaître avec certitude l'Impuissance. En général, il était dans l'esprit du projet d'anéantir cette cause sous tous ses rapports » (*Ibid.*, p. 414).

³⁹¹ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 103.

³⁹² G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 83.

³⁹³ C.B.M. Toullier, *Le droit civil français*, op. cit., p. 158.

³⁹⁴ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Tome 16*, op. cit., p. 415.

³⁹⁵ *Ibid.*, v. *supra*.

80. Quelques années plus tard, le médecin Beaupe rapporte une affaire dans laquelle une femme demande également la nullité de son mariage en raison de l'impuissance de son époux, celui-ci ayant « d'homme que le nom »³⁹⁶ et étant d'après elle en réalité de sexe féminin³⁹⁷. Le tribunal de première instance rend un jugement le 17 décembre 1834, qui confirme le sexe masculin de l'époux. La décision souligne notamment que lorsque le sexe est devenu certain, comme en l'espèce, « les défauts de conformation, quels qu'ils soient, ne peuvent faire prononcer la nullité du mariage »³⁹⁸. En refusant de reconnaître la nullité du mariage pour défaut de conformation du sexe, les juges affirment que « cette doctrine est conforme à l'esprit du code civil, qui a voulu prévenir pour toujours les scandales auxquels ont donné lieu, sous l'ancienne législation, les procès fondés sur l'impuissance des époux »³⁹⁹. De même dans l'affaire Cazaugran de 1858, où le requérant vit sa demande en nullité de son mariage – contracté huit ans plus tôt – pour motif « d'impuissance naturelle et organique » de son épouse, rejetée⁴⁰⁰. Selon les juges, l'impuissance ne correspond pas à « l'erreur sur la personne » telle qu'invoquée par l'article 180 du Code civil. Des précisions sur cette notion sont notamment apportées dans le cadre de l'affaire Berthon⁴⁰¹. Le procureur général Dupin rapporte les propos de Portalis, selon lesquels « l'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit ; mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même »⁴⁰². En ce sens, l'impuissance ne peut constituer une annulation du mariage, puisqu'il s'agit seulement d'une erreur sur les *qualités* de la personne, et non sur la personne en tant que telle : même si la conformation des organes génitaux d'un individu n'est pas celle attendue, toujours est-il qu'il s'agit bien de la même personne, et que cela n'affecte pas son identité. Malgré les hésitations et divergences d'interprétation au sein des autorités médico-légales, le Code civil a donc bien aboli l'impuissance, et par là, la

³⁹⁶ Jean-Pierre Beaupe, « Considération sur l'impuissance comme cause de la nullité du mariage, accompagnée de réflexions sur la fécondation », *Journal des connaissances médicales pratiques*, 1835 1834, T.2, p. 181.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 178.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 181.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Pour d'autres affaires en ce sens, v. également l'arrêt de la Cour de Riom du 30 juin 1828 (C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, op. cit.*, p. 159), ou encore de la Cour de Besançon du 28 août 1840 et à nouveau de la Cour de Riom du 2 août 1876 (M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique, op. cit.*, pp. 103 et 104).

⁴⁰¹ Cass., ch. réunies, 24 février 1862, S.1862.1.341 : en l'espèce, il ne s'agissait pas d'une demande d'annulation de mariage liée à une ambiguïté sexuelle, mais au fait que l'épouse avait découvert postérieurement à l'union les condamnations pénales de son mari.

⁴⁰² L-M Devilleneuve, A-A Carette et P. Gilbert, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Sirey, 1862, p. 348.

malformation des organes génitaux au sexe féminin ou masculin, comme empêchement dirimant au mariage⁴⁰³.

2. La reproduction comme objectif important mais insuffisant du mariage

81. Avec l'adoption du Code civil de 1804, on commence à voir émerger l'idée selon laquelle la reproduction n'est pas le seul but du mariage, et qu'il vise aussi à consacrer une union consentie entre deux êtres⁴⁰⁴. Une série d'éléments permet d'affirmer que le mariage est progressivement détaché de l'objectif unique de reproduction sexuelle. Cette évolution conduit à écarter l'impuissance comme motif d'annulation, tout en apportant un autre fondement au constat de la différence des sexes entre les époux. Dans l'affaire de la Cour de Gênes de 1811 précitée, les juges soulignent que « la procréation des enfans est bien le principal, mais non pas le but unique du mariage » : un mariage ne saurait donc être annulé si l'un des époux n'a pas la capacité de procréer⁴⁰⁵. Cette lecture de l'institution matrimoniale sera rejointe dans d'autres affaires. Ainsi, en 1828, les conclusions du ministère public sont suivies par les juges, qui estiment que « ce serait ravalier le mariage à l'union des animaux, que de croire qu'il a pour unique but la procréation des enfans »⁴⁰⁶. Cette jurisprudence relative à l'annulation du mariage reflète les modifications observées quant aux attentes liées à l'institution matrimoniale, autrefois intrinsèquement liée à un objectif de consommation charnelle de la relation en vue d'une procréation. Dans un arrêt du 16 mars 1882, les juges de la Cour d'appel de Caen reconnaissent que le mariage « doit être contracté entre un homme et une femme » ; ils estiment cependant que « la femme ne peut être rabaissée au point de ne la considérer que comme un appareil sexuel et de ne voir en elle qu'un organisme propre à faire des enfans et à satisfaire les passions de son mari »⁴⁰⁷. Ainsi, « la possibilité de procréation d'enfants et d'une cohabitation charnelle n'est pas absolument essentielle à l'existence du mariage »⁴⁰⁸.

82. Enfin, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 entérine l'impossibilité de demander l'annulation d'un mariage pour cause d'impuissance, et par la même occasion consacre l'apparence des organes génitaux comme preuve *suffisante* de la différence de sexe entre les

⁴⁰³ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 103.

⁴⁰⁴ D. Borrillo, *La famille par contrat*, op. cit., p. 57.

⁴⁰⁵ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tome 16, op. cit., p. 416.

⁴⁰⁶ Tribunal de Meaux, décision du 4 août 1828, cité par G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 92.

⁴⁰⁷ G. Houbre, « Les incertitudes du sexe », art. cit, p. 12 ; M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 109.

⁴⁰⁸ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 109.

époux. L'affaire concerne Angéline de Wilde, dont le mari lui reproche son absence d'organes génitaux internes. L'affaire est portée devant la Cour de cassation, où le Procureur général demande l'avis du médecin Paul Brouardel sur les décisions rendues par les juges de première instance et d'appel et sur les expertises menées à ces occasions⁴⁰⁹. Contre toute attente, celui-ci attire l'attention du juge sur les risques « [d]'erreur de diagnostic » : selon lui, la médecine ne saurait être en mesure de « fixer, par diagnostic médical, la limite des malformations acceptables pour appartenir à un sexe ou pour en être exclu »⁴¹⁰. Dès lors, tenant compte de cette analyse, le juge de cassation refuse de reconnaître la nullité du mariage en cas d'imperfection des organes génitaux de l'un des deux époux⁴¹¹ :

« Le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant, l'une au sexe féminin et l'autre au sexe masculin ; ainsi, son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint. Mais si ces deux conditions sont nécessaires, elles sont en même temps suffisantes, et, lorsqu'elles sont réunies, le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques du sexe sont sans influence possible sur la validité du mariage »⁴¹².

La Cour confirme également l'interprétation jurisprudentielle concernant l'erreur sur la personne : le vice du consentement ne peut nullement être invoqué, puisque, comme cela a déjà été prononcé auparavant, « l'erreur commise ne porte pas sur la personne de l'un des époux, mais seulement sur ses qualités physiques ». Cette « définition large du sexe » adoptée par la Cour permet ainsi d'écarter les demandes de nullité pour défaut de consommation du mariage, et de ne pas affaiblir dangereusement l'institution matrimoniale⁴¹³. Le principe de la différence des sexes est certes primordial pour la validité de l'union matrimoniale (et dans tous les cas, le seul valable⁴¹⁴), mais doit être appréhendé avec une certaine souplesse⁴¹⁵ : l'*apparence* du sexe est désormais retenue, et non le « sexe véritable »⁴¹⁶. L'absence d'organes génitaux internes –

⁴⁰⁹ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 44.

⁴¹⁰ G. Houbre, « Un corps sans sexe ? », art. cit, p. 139. : il n'est pas anodin qu'une telle analyse soit fournie par le professeur Brouardel, entre autres doyen honoraire de la Faculté de médecine de Paris, président du Comité consultatif d'hygiène publique de France, et membre de l'Académie des sciences.

⁴¹¹ Philippe Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique*, 17 octobre 2011, n° 42, p. 1140.

⁴¹² Cass., 6 avril 1903, *D.*, 1904, 1, 395.

⁴¹³ P. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », art. cit, p. 1186.

⁴¹⁴ Le Procureur général près la Cour de cassation, M. Baudouin, rappelle ainsi dans ses conclusions générales que « [...] la science n'admet jamais que deux sexes, le masculin et le féminin, que tout être humain doit être rangé dans l'un d'eux et que les récits qui tendraient à établir l'existence d'hermaphrodites humains, c'est-à-dire d'êtres réunissant en eux les organes des deux sexes avec les facultés qui les caractérisent sont, depuis longtemps, relégués dans le domaine de la fable ».

⁴¹⁵ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 95.

⁴¹⁶ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 111.

comme c'était le cas en l'espèce dans l'arrêt de 1903 – ne permet pas de conclure à la nullité du mariage dès lors que les apparences extérieures du sexe sont constatées. Ainsi, « la part du biologique dans l'appréciation du sexe de l'individu » est réduite *a minima* : il faut avant tout sauver les apparences et prévenir que tout défaut de conformation ne devienne un prétexte à l'annulation du mariage, déjà en partie désacralisé par la réintroduction du divorce en 1884⁴¹⁷. Le mariage n'est donc plus envisagé strictement comme une institution ayant pour seul but l'union sexuelle et la reproduction, mais bien plus comme un engagement de volonté entre deux personnes⁴¹⁸. Cette solution sera retenue et utilisée jusque dans les années 1990 afin de résoudre les affaires similaires qui se présenteront devant les tribunaux⁴¹⁹.

83. Le mode opératoire pour déterminer le sexe féminin ou masculin des individus varie ainsi au fil des siècles : l'exigence de la différence de sexe entre les époux demeure constante, mais les critères mobilisés fluctuent, mettant ainsi en lumière la plasticité de la définition du sexe. L'État exige et impose l'assignation juridique des individus dans le strict cadre de la bicatégorisation, soutenu par le discours médical pour qui la binarité des sexes est la seule représentation tangible des corps. Un fort contraste apparaît alors au regard du discours – tant médical que du droit positif – qui se développe en parallèle dans le cadre de l'expansion colonisatrice des États européens et constate l'ambiguïté sexuelle des populations indigènes. La norme de la binarité sexuelle va alors être mobilisée à de nouvelles fins – et notamment, afin de justifier la différence de nature profonde entre les populations ; elle leur sera en outre, imposée, dans le but d'instaurer puis de maintenir un ordre social similaire à celui en vigueur au sein des métropoles, conduisant *in fine* à effacer toute manifestation alternative à la bicatégorisation sexuelle.

⁴¹⁷ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 95.

⁴¹⁸ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 43.

⁴¹⁹ G. Houbre, « « Un individu d'un genre mal défini ». L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », art. cit, p. 81 ; M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 110.

Section 2 : Une norme universalisée

84. L'entreprise coloniale – en ce qu'elle n'est pas un processus externe mais bien *constitutif* du développement des métropoles⁴²⁰ – accompagne le développement et le renforcement des États modernes⁴²¹. La domination sur les populations colonisées qu'elle exerce se justifie, notamment, par le développement de discours scientifiques racistes faisant état de l'infériorité naturelle de ces individus. Ce racisme scientifique s'établit progressivement à travers les discours des médecins et anthropologues dès la fin du XVII^{ème} siècle, sur lequel s'appuie largement le droit colonial, tout en conservant une logique propre⁴²². Or, comme le souligne la philosophe argentine María Lugones grâce au concept de colonialité du genre, qui sera central dans les développements qui suivent, ce discours n'est pas seulement raciste : il est en même temps profondément genré⁴²³.

85. Forgé à partir du concept de colonialité du pouvoir proposé par le sociologue Aníbal Quijano, le concept de colonialité du genre, développé en 2007, souligne l'impossibilité – ou la vanité – de tout effort de dissociation entre d'une part, l'entreprise coloniale, et d'autre part, la dimension supposée naturelle du dimorphisme sexuel. Le « système de genre moderne/colonial » montre en effet à quel point les « puissantes fictions » que sont la race et le genre ne peuvent être pensées indépendamment⁴²⁴ : elles ont chacune participé à instaurer un système au sein duquel les relations de pouvoir et de domination reposent simultanément sur la bicatégorisation et la hiérarchisation des individus selon les catégories blanc / non-blanc et femme / homme. Ainsi, l'angle mort d'une analyse qui retiendrait seulement une opposition

⁴²⁰ Pour le dire avec le sociologue Stuart Hall, la colonisation « a marqué les sociétés colonisatrices aussi fortement que les sociétés colonisées » et « ne fut jamais seulement externe aux sociétés de la métropole impériale. Elle a toujours été profondément inscrite en elles - comme elle s'est inscrite de manière indélébile dans les cultures des colonisés », v. Stuart Hall, *Identités et cultures: politiques des cultural studies*, traduit par Christophe Jaquet, Paris, Éditions Amsterdam, 2017, p. 487.

⁴²¹ Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'Impérialisme*, Paris, Fayard, 1997, 348 p.

⁴²² L'historienne et sociologue Emmanuelle Saada souligne en effet que « dans les Empires européens, le droit a été une des instances de production de la race, selon des modalités propres, qui ne se superposent pas de manière univoque aux pratiques des anthropologues. De cette relative autonomie découle un usage juridique de la race qui mêle de manière originale des éléments biologiques avec des considérations politiques et sociales », v. Emmanuelle Saada, « Et le droit colonial inventa l'indigène », *L'Histoire*, juin 2014.

⁴²³ María Lugones, « Heterosexualism and the Colonial / Modern Gender System », *Hypatia*, 2007, vol. 22, n° 1, p. 186-209 ; María Lugones, « The Coloniality of Gender », *Globalization and the decolonial option*, 2010, p. 369-390. Pour une traduction, v. María Lugones, « La colonialité du genre », *Les cahiers du CEDREF*, traduit par Javiera Coussieu-Reyes et traduit par Jules Falquet, 2019, n° 23, p. 46-89.

⁴²⁴ M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit, p. 73. V. dans le même sens L. Schiebinger, *The Mind Has No Sex?*, op. cit. ; Anne McClintock, *Imperial Leather: Race, Gender, and Sexuality in the Colonial Contest*, New York, Routledge, 1995, p. 5 (l'autrice parle du genre, de la race et de la classe comme des « catégories articulées »).

entre colonisateur et colonisé est révélé par le prisme du genre⁴²⁵. Autrement dit, le genre n'a pas été imposé de manière uniforme, mais selon un « différentiel de genre »⁴²⁶, et cette imposition est directement « *constitutive* de la colonialité du pouvoir »⁴²⁷.

86. Dès lors, « reconnaître que la connaissance occidentale du monde n'est qu'une des nombreuses modalités de compréhension de celui-ci »⁴²⁸ revient notamment à révéler les mécanismes mis en œuvre par le droit colonial afin de légitimer la norme de la binarité des sexes comme la seule valable (§1). La contingence du modèle de la binarité sexuelle peut ensuite, notamment à partir des savoirs anthropologiques, être révélée. Ayant eux-mêmes contribué à légitimer l'infériorité des populations colonisées, ces travaux ont aussi mis en exergue, à travers une perspective critique, l'existence d'organisations sociales et juridiques alternatives fondées sur des systèmes de sexe pluriels, venant ainsi contester l'universalité de la norme binaire (§2).

§1. Le rapport ambivalent du droit colonial à l'ambiguïté sexuelle

87. En contexte colonial, l'objectif de la construction du sexe à partir du binarisme sexuel est double : maintenir un ordre sexuel racialisé, et inversement, un ordre racial sexualisé, à savoir un ordre social qui assure la domination masculine des puissances coloniales européennes. Les développements qui suivent visent à montrer que la puissance coloniale mobilise le registre de l'ambiguïté sexuelle afin de consolider son autorité sur les populations colonisées de deux manières complémentaires. D'un côté, en révélant l'ambiguïté sexuelle supposée des populations indigènes comme manifestation d'un inachèvement biologique et social, preuve de leur infériorité naturelle, elle légitime l'exercice de son autorité (A). D'un autre côté, elle limite strictement cette ambiguïté via l'imposition de normes juridiques destinées à empêcher toute déviance, dans la mesure où elle représente une menace directe à l'ordre social qu'elle cherche à consolider. Il convient alors d'encadrer les rapports, et notamment, sexuels, entre colons et colonisés afin de préserver l'ordre sexuel et racial qui fonde l'entreprise coloniale (B).

⁴²⁵ Et on pourrait ajouter, avec María Lugones, de la classe : M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 72. Nous soulignons.

⁴²⁸ Albane Geslin, « L'apport des postcolonial studies à la recherche en droit international » dans *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p.

A. L'ambiguïté comme preuve d'infériorité naturelle des populations colonisées

88. Le corps, et en particulier les caractéristiques sexuées, occupe une place centrale dans la justification de l'entreprise coloniale européenne, qui s'accompagne de la mise en œuvre d'un droit colonial dès le XVI^{ème} siècle⁴²⁹. La supposée ambiguïté sexuelle des corps des indigènes – face au dimorphisme clair qui serait observé chez les individus des sociétés dominantes⁴³⁰ – légitime en partie le processus de hiérarchisation entre les individus sur lequel il se fonde⁴³¹ : en ce qu'elles seraient différentes – et plus précisément, inférieures aux européens, voire dangereuses⁴³² – les populations indigènes sont soumises à un ordre juridique distinct⁴³³. Dans le contexte français, la mise en œuvre du régime de l'indigénat à partir du XIX^{ème} siècle instaure ainsi une double législation, l'une pour les populations dominantes et l'autre pour les populations dominées⁴³⁴, et un « état d'exception permanent » est mis en place au-delà de la métropole, malgré une contradiction apparente avec « les principes républicains »⁴³⁵. En ce sens, la mise en œuvre du droit colonial participe à « donner un cadre de référence autorisé pour désigner clairement et identifier universellement ce qu'est un noir, ce qu'est un indigène, ce qu'est un esclave, ce qu'est une femme »⁴³⁶ ; et ces opérations de distinction passent notamment par la détermination de traits corporels spécifiques, marque d'une racialisation des corps et du sexe.

89. Une rupture apparaît au XVIII^{ème} siècle au sein du discours médical avec une « naturalisation » progressive du racisme⁴³⁷ : tandis que jusqu'ici, des facteurs extérieurs – tels

⁴²⁹ L'empire colonial espagnol instaure par exemple les Lois des Indes dès 1512 avec les lois de Burgos, destinées à réguler les rapports entre colons et populations autochtones.

⁴³⁰ Ou du moins, à la possibilité de déterminer chez eux et sans exception un véritable sexe féminin ou masculin, v. *supra*.

⁴³¹ Jean-Frédéric Schaub et Silvia Sebastiani, *Race et histoire dans les sociétés occidentales (XVe-XVIIIe siècle)*, Paris, Albin Michel, 2021, p. 12.

⁴³² Les humeurs corporelles de l'indigène seraient par exemple susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique et aux capacités reproductives des blancs, en particulier à l'utérus des femmes ; le médecin français Eugène Bodichon préconisait en ce sens l'extermination des « Arabes » dans un projet publié en 1846, v. Olivier Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer : sur la guerre et l'état colonial*, Paris, France, Fayard, 2005, p. 18 et 65.

⁴³³ Emmanuelle Saada, « Et le droit colonial inventa l'indigène », *L'Histoire*, juin 2014.

⁴³⁴ Olivier Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat : anatomie d'un monstre juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Zones, 2010, p. 18.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁴³⁶ Hourya Bentouhami, *Race, cultures, identités : une approche féministe et postcoloniale*, Paris, PUF, 2015, p. 54.

⁴³⁷ À commencer par exemple par un texte publié par le médecin et philosophe François Bernier en 1684 dans le *Journal des Sçavans*, intitulé « Nouvelle division de la Terre par les différentes espèces ou races d'hommes qui l'habitent », dans lequel l'auteur soumet l'hypothèse d'une distinction entre les races à partir de facteurs internes, et notamment de la « semence » (cité par E. Dorlin, *La matrice de la race, op. cit.*, p. 214).

que le climat, la nourriture ou encore le régime politique⁴³⁸ – servaient principalement de justification à la différenciation entre populations⁴³⁹, progressivement, le *corps* lui-même devient l'assise du racisme scientifique, sur lequel s'appuie largement le droit colonial. Ce changement de paradigme fait en effet pleinement écho à ses aspirations : le recours à ces critères physiques, et par conséquent naturels, permet de justifier les raisons pour lesquelles les colons, une fois sur place, conservent leur suprématie. Ce sont donc bien des causes internes ou corporelles – telles que la dimension du crâne⁴⁴⁰, le sang, les humeurs ou encore le tempérament des individus – qui sont à l'origine des différenciations⁴⁴¹. Or parmi les particularités physiques étudiées, on retrouve tout un ensemble de caractéristiques sexuées⁴⁴², lesquelles sont réputées faire preuve de l'ambiguïté, et donc de l'infériorité, des indigènes. Selon ce discours, comme le montre l'analyse proposée par Amanda Lock Swarr, l'ambiguïté sexuelle, tout comme la noirceur, est le signe d'individus primitifs, barbares, malades, et sous-évolus⁴⁴³ : le sexe est alors racialisé, puisqu'il permet de justifier l'existence de différentes races, et surtout, leur hiérarchisation.

90. Ainsi, dès la fin du XVII^{ème} siècle, des travaux scientifiques – en particulier médicaux et ethnographiques – sont menés afin de souligner l'absence de dimorphisme clair entre le sexe des individus colonisés. Dans son texte sur la « Nouvelle division de la terre » publié en 1684,

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 198. L'autrice cite pour exemple les travaux d'Hippocrate ou encore d'Aristote, pour qui « le climat, comme les régimes politiques, l'alimentation ou les conditions de vie, fait partie des facteurs extérieurs qui influent sur le tempérament des hommes ».

⁴³⁹ Sans que ces facteurs ne soient pour autant les seuls mobilisés ; ainsi, à l'Antiquité, selon la théorie développée par Aristote, le dimorphisme sexuel chez l'être humain s'explique en partie par le tempérament froid du corps féminin, qui en fait un être inévitablement inférieur ; tandis que le corps masculin est en mesure, de par sa chaleur corporelle, de transformer le sang en sperme, le tempérament froid du corps féminin l'en empêche, ce qui explique l'écoulement du sang menstruel (v. Giulia Sissa, « Philosophies du genre. Platon, Aristote et la différence des sexes » dans *Histoire des femmes en Occident. I. L'Antiquité*, Paris, Perrin, 2002, p. 111). V. également E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 216 et s. ; L. Schiebinger, *The Mind Has No Sex?*, op. cit., p. 160.

⁴⁴⁰ Gustave Le Bon, « Recherches anatomiques et mathématiques sur les variations de volume du cerveau et sur leurs relations avec l'intelligence », *Revue d'anthropologie*, 1879, p. 27-104. : le médecin et anthropologue utilise ainsi la dimension du crâne afin d'apporter une preuve scientifique à la supériorité de la race européenne, mais aussi à celle des hommes sur les femmes ; ainsi, « les races inférieures, comme les nègres, par exemple, n'ont assurément pas en effet le corps moins lourd que celui des races supérieures, et cependant nous voyons que leur crâne est constamment moins volumineux et d'autant moins volumineux que l'on descend dans l'échelle des races » (p. 69) ; aussi, « dans les races les plus intelligentes, comme les Parisiens, il y a une notable proportion de la population féminine dont les crânes se rapprochent plus par le volume de ceux des gorilles que des crânes du sexe masculin les plus développés » (p. 60).

⁴⁴¹ E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 216.

⁴⁴² Dans son « Histoire naturelle du genre humain » de 1801 par exemple, le médecin et anthropologue Julien-Joseph Virey utilise, parmi une multitude de caractéristiques physiques afin de distinguer le genre humain en plusieurs races, les « variations dans les parties génitales » ; il décrit alors l'état physique des « nègres » qui ont « des organes extérieurs de reproduction fort volumineux, et un prépuce naturellement fort allongé » afin de les différencier parmi d'autres populations., v. Julien-Joseph Virey, *Histoire naturelle du genre humain, ou Recherches sur ses principaux fondemens physiques et moraux ; précédées d'un Discours sur la nature des êtres organiques et sur l'ensemble de leur physiologie.*, Paris, Dufart, 1801, p. 143.

⁴⁴³ Amanda Lock Swarr, « “Stabane,” Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », *Feminist Studies*, 2009, vol. 35, n° 3, p. 526.

le médecin et philosophe François Bernier relève par exemple que les hommes africains sont quasiment imberbes, signe d'une faible distinction entre les sexes⁴⁴⁴. D'autres auteurs soulignent, poursuivant la même idée, l'absence de menstruation chez les femmes d'autres continents comme indice de la sous-évolution d'une population⁴⁴⁵. De même, l'aspect des organes génitaux participe de cette logique. Les corps racisés sont en effet réputés avoir des organes génitaux qui rassemblent simultanément les caractéristiques du sexe féminin et masculin, preuve d'une évolution inachevée, théorie scientifique qui sera maintenue jusqu'au XIX^{ème} siècle⁴⁴⁶. En témoigne l'exemple de l'esclave sud-africaine Saartjie Baartman, surnommée la « Vénus hottentote », exhibée de 1810 à 1815 à Paris et à Londres afin de favoriser l'étude de ses organes génitaux⁴⁴⁷. Elle sert de modèle afin de montrer que les corps des femmes africaines combinent « des qualités à la fois féminines et masculines », et sont par conséquent moins évolués que les corps des femmes blanches⁴⁴⁸, voire « à l'orée de l'humanité »⁴⁴⁹. Ainsi, dans la retranscription de l'examen de son corps après sa mort, l'anatomiste Georges Cuvier détaille notamment le « tablier » de cette femme, à savoir une hypertrophie des petites lèvres, « particularité la plus remarquable de son organisation »⁴⁵⁰.

⁴⁴⁴ Cité par E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 211.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ V. par ex. l'ouvrage du psychiatre Richard von Krafft-Ebing publié en 1886 dans lequel il affirme que « les caractères sexuels secondaires différencient les deux sexes ; ils présentent les types masculins et féminins spécifiques. Plus le développement anthropologique de la race est élevé, plus ces contrastes entre l'homme et la femme sont forts, et vice versa » (Richard von Krafft-Ebing et Francis Joseph Rehman, *Psychopathia Sexualis, with Especial Reference to the Antipathic Sexual Instinct, a Medico-Forensic Study.*, Stuttgart, New York, Rebman, 1886, p. 42).

⁴⁴⁷ La spécificité du sexe des femmes racisées permet par ailleurs au corps médical de justifier la pratique de certaines opérations à titre expérimental, avant de les utiliser au profit de femmes blanches. En effet, « l'exceptionnalisme génital des femmes noires » et leur « non-féminité » justifie à la fois l'intérêt pour les médecins de développer différentes techniques chirurgicales sur leurs corps, mais aussi la capacité de ces femmes à pouvoir les endurer. Ainsi, de 1845 à 1849, le gynécologue James Marion Sims développe des techniques de réparation des fistules vésico-vaginales sur des femmes esclaves. Parmi elles, Anarcha Westcott subit une trentaine d'opérations expérimentales pendant cette période, sans anesthésie. La pathologisation – et la « bestialisation » – du corps des femmes noires à partir de leurs organes génitaux justifie donc leur infériorité, et leur appartenance à une autre race que celle des femmes blanches (v. C. Riley Snorton, *Black on Both Sides: a Racial History of Trans Identity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2017, p. 20 ; E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 94).

⁴⁴⁸ A.L. Swarr, « “Stabane,” Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », art. cit, p. 528.

⁴⁴⁹ E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 93. Certains auteurs, comme le naturaliste Carl von Linné, vont jusqu'à catégoriser les Hottentots parmi les monstres (*ibid.*, p. 229) ; Voltaire suppose quant à lui une espèce distincte d'êtres humains (v. Londa L. Schiebinger, *Nature's Body: Gender in the Making of Modern Science*, New Brunswick, N.J, Rutgers University Press, 2004, p. 164.), et le médecin Raphaël Blanchard, dans un article publié en 1883, établit une analogie entre le tablier des femmes et le sexe de la guenon, participant à leur déshumanisation (v. Delphine Peiretti-Courtis, « Sexualité et organes génitaux des Africain(e)s dans le discours médical français (fin XVIIIe – milieu XXe siècle) », *Sextant. Revue de recherche interdisciplinaire sur le genre et la sexualité*, 2013, n° 30, p. 24).

⁴⁵⁰ Georges Cuvier, « Extrait d'observations faites sur le cadavre d'une femme connue à Paris et à Londres sous le nom de Vénus Hottentotte » dans *Mémoires du Muséum d'histoire naturelle*, Paris, G. Dufour, 1817, t. 3, p. 265-266. L'auteur livre une description très détaillée de ses organes génitaux : « les grandes lèvres peu prononcées interceptoient un ovale de 4 pouces de longueur. De l'angle supérieur descendoit entre elles une proéminence demi-cylindrique d'environ 18 lignes de longueur sur 6 lignes d'épaisseur, dont l'extrémité inférieure

Cette « particularité » est le signe que les organes génitaux des femmes africaines se situent entre la féminité et la masculinité, les lèvres vaginales étant parfois comparées à un pénis⁴⁵¹. L'anatomie sert donc de vecteur à un discours de hiérarchisation entre colons et colonisés, mais aussi, plus précisément, entre femmes et hommes de chacune de ces deux catégories⁴⁵².

91. Autrement dit, le discours des puissances coloniales ne s'applique pas de manière égale aux femmes et aux hommes colonisés mais selon des « arrangements différentiels du genre »⁴⁵³. Les territoires colonisés ont en effet été frappés par une « éclatante domination masculine »⁴⁵⁴ : le corps de l'individu européen blanc de sexe masculin représente un véritable modèle de perfection⁴⁵⁵, et tout ce qui s'en écarte (corps féminisés et/ou racisés) est inévitablement inférieur, voir relève d'une race primitive. L'indistinction entre traits féminins et masculins est alors également mobilisée afin de justifier une double hiérarchie, de race mais aussi de genre : si l'assimilation des femmes racisées à la virilité du corps masculin permet de les inférioriser par rapport aux femmes blanches, l'assimilation des hommes racisés au tempérament féminin permet de les inférioriser par rapport aux hommes européens. Ainsi, en attribuant aux Indiens un tempérament « extrêmement froid »⁴⁵⁶, le philosophe néerlandais Cornélius de Pauw les assimile directement au tempérament des femmes⁴⁵⁷ et leur retire toute virilité⁴⁵⁸ : la « racialisation des Indiens consiste en leur effémination », et en leur exclusion de la virilité telle que façonnée par les européens, ce qui les rend par conséquent inférieurs aux hommes blancs⁴⁵⁹.

s'élargit, se bifurque, et se prolonge comme en deux pétales charnus ridés [...] ». Pour une analyse et une mise en contexte de ses travaux, v. Anne Fausto-Sterling, « Gender, Race, and Nation: The Comparative Anatomy of "Hottentot" Women in Europe, 1815-1817 » dans *Deviant Bodies. Critical Perspectives on Difference in Science and Popular Culture*, Bloomington, Indiana University Press, 1995, p. 19-48.

⁴⁵¹ A.L. Swarr, « "Stabane," Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », art. cit, p. 528. L'autrice fait ici référence à un article publié par James Drury et Matthew Drennan's en 1926, dans lequel ils concluent à des similitudes entre les organes génitaux des femmes Hottentot et Bushmen (et notamment leurs lèvres) avec le pénis (v. James Drury et Matthew Drennan, « The Pudendal Parts of the South African Bush Race », *Medical Journal of South Africa*, Novembre vol. 22, 1926). V. également D. Peiretti-Courtis, « Sexualité et organes génitaux des Africain(e)s dans le discours médical français (fin XVIIIe – milieu XXe siècle) », art. cit.

⁴⁵² O. Oyèwùmí, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, op. cit., p. 122 ; A. McClintock, *Imperial Leather*, op. cit., p. 50.

⁴⁵³ M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit, p. 50.

⁴⁵⁴ Françoise Héritier, *Masculin/féminin*, Paris, O. Jacob, 2018, p. 205.

⁴⁵⁵ Ainsi, durant la colonisation en Inde, le droit colonial britannique dépeint les hommes britanniques comme l'idéal masculin : ils ont une apparence physique virile, traitent leurs femmes de manière protectrice mais libérale, et consacrent leur temps à des activités viriles comme la chasse et le sport (Jessica Hinchy, « Obscenity, Moral Contagion and Masculinity: Hijras in Public Space in Colonial North India », *Asian Studies Review*, 2014, vol. 38, n° 2, p. 275).

⁴⁵⁶ Cornélius De Pauw, *Recherches philosophiques sur les Américains, ou Mémoires intéressants pour servir à l'histoire de l'espèce humaine (Tome I)*, Berlin, Decker, 1768, p. 38.

⁴⁵⁷ À cette période en effet, tandis que les hommes ont un corps chaud, synonyme de bonne santé, le corps des femmes est au contraire associé à la maladie par son tempérament froid et humide, v. E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 22.

⁴⁵⁸ V. dans le même sens Buffon, *Histoire naturelle générale et particulière : avec la description du Cabinet du Roi (Tome IX)*, Paris, Imprimerie royale, 1761, p. 104.

⁴⁵⁹ E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 223.

Le droit colonial s'appuie alors très largement sur un discours scientifique qui tend à naturaliser l'infériorisation, à différents degrés, des femmes et des hommes des populations indigènes via le recours à l'ambiguïté sexuelle. Or le droit colonial ne s'en tient pas à ce simple constat, dans la mesure où l'ambiguïté sexuelle se révèle aussi être une menace directe à l'ordre social – et notamment sexuel – qu'il cherche à imposer, du fait de son influence sur les comportements et donc sur les rapports entre colons et indigènes.

B. L'ambiguïté comme menace à l'ordre sexuel colonial

92. Si les déviances sexuelles constatées sont, comme l'ambiguïté du sexe, une preuve de l'infériorité des populations colonisées (1), elles représentent en plus une menace directe à l'ordre colonial : la présence sur place des colons les rend potentiellement vulnérables à ces pratiques sexuelles jugées contraires aux mœurs européennes, de sorte que le droit colonial s'applique à les encadrer strictement (2).

1. Une cause directe des déviances sexuelles

93. Un autre moyen de distinguer et d'inférioriser les populations indigènes consiste à pointer du doigt leurs pratiques sexuelles, jugées déviantes par rapport aux mœurs européennes. Or là aussi, l'ambiguïté du sexe est un facteur privilégié, dans la mesure où elle serait directement liée à ces comportements. Le discours colonial oscille entre deux tendances, traduisant sa plasticité et sa volonté de maintenir les populations colonisées dans un registre d'anomalie permanente. En effet, tant leur incapacité à satisfaire des besoins sexuels, qu'à l'inverse, leur hypersexualisation est mobilisée afin de justifier leur statut différencié.

94. La déssexualisation des hommes colonisés est en effet fréquente. La philosophe Elsa Dorlin souligne par exemple que le discours colonial britannique s'applique à dépeindre l'homme indien comme « lascif, indiscipliné et efféminé », et que cette « construction de la masculinité » est « un instrument permettant d'entériner symboliquement le rapport d'oppression instauré par les Anglais à l'égard des colonisés »⁴⁶⁰. De même, dans son « Histoire naturelle générale et particulière » publiée en 1761, le naturaliste français Buffon souligne à propos des Indiens d'Amérique que « le Sauvage est faible & petit par les organes de la génération ; il n'a ni poil, ni barbe, ni nulle ardeur pour la femelle »⁴⁶¹. Aussi, lors de la

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁶¹ Buffon, *Histoire naturelle générale et particulière*, op. cit., p. 104.

colonisation de l'Algérie par l'État français, nombre d'auteurs rapportent la perversion de l'« Arabe », conséquence directe de leur efféminement : en 1841, dans ses « notes du voyage en Algérie », Tocqueville rapporte les dires du capitaine Saint-Sauveur, lequel affirme que « le vice contre nature est [...] très fréquent » chez les algériens⁴⁶². Ces dires sont confirmés par le discours médical, et notamment par le docteur Bertherand qui considère dans son livre couronné de succès en 1852 que si « la civilisation a heureusement banni la pédérastie de nos mœurs », elle « subsiste [...] chez les indigènes d'Algérie »⁴⁶³. Or, à l'inverse, les comportements homosexuels vont aussi être mis sur le compte d'une hypersexualisation, cette fois-ci tant des hommes que des femmes.

95. Ainsi, dès le XVI^{ème} siècle, les médecins européens s'appuient sur des « récits de voyages » afin de justifier les différences fondamentales qui existent entre les corps des européens et des africains, à l'origine de leur hypersexualisation⁴⁶⁴. Le livre du docteur Cabanès, connu sous le pseudonyme du docteur Jacobus X, regorge d'exemples issus de son étude médico-légale « dans les cinq parties du Monde » dans lequel il rapporte ses observations en matière de différenciation entre les corps à partir de considérations raciales⁴⁶⁵. Ainsi, à propos des hommes algériens, il rapporte, après dissection de leurs cadavres, que « le pénis, au lieu d'être rétracté et réduit à un petit volume comme celui de l'Européen, présentait encore un développement considérable »⁴⁶⁶. Cette « particularité anatomique » est, selon ce discours, la conséquence directe de leur comportement jugé immoral⁴⁶⁷. En effet, un lien étroit existe entre la taille de leurs organes génitaux et leurs pratiques sexuelles, et notamment homosexuelles. Dès lors, et en toute logique, « la pédérastie est avant tout une question de race »⁴⁶⁸. En ce qui concerne les femmes africaines, c'est la proéminence de leur clitoris, associé à un organe viril, qui est directement associée à leur hypersexualisation. Elles sont réputées insatiables à la fois du fait de leurs particularités génitales⁴⁶⁹, et du fait de l'incapacité des hommes colonisés à les satisfaire sexuellement, ce qui justifie par ailleurs leur exploitation sexuelle par les colons⁴⁷⁰. Cette même particularité est aussi responsable de leur lesbianisme, dans la mesure où cet

⁴⁶² Cité par O. Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer, op. cit.*, p. 62.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁶⁴ Anne McClintock fait remonter l'association entre africains et hypersexualisation au Moyen-âge, v. A. McClintock, *Imperial Leather, op. cit.*, p. 113.

⁴⁶⁵ X Jacobus, *L'Amour aux colonies, singularités physiologiques et passionnelles observées durant trente années de séjour dans les colonies françaises*, Paris, Isidore Liseux, 1893, p. V.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁶⁷ O. Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer, op. cit.*, p. 64.

⁴⁶⁸ X. Jacobus, *L'Amour aux colonies, singularités physiologiques et passionnelles, op. cit.*, p. 168.

⁴⁶⁹ D. Peiretti-Courtis, « Sexualité et organes génitaux des Africain(e)s dans le discours médical français (fin XVIIIe – milieu XXe siècle) », art. cit, p. 24.

⁴⁷⁰ E. Dorlin, *La matrice de la race, op. cit.*, p. 220 ; M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit, p. 77.

« organe hypertrophié » leur servirait à satisfaire d'autres femmes⁴⁷¹. La virilité de leur sexe représente ainsi une menace pour les hommes, puisqu'elles sont capables de remplir la fonction sexuelle qui leur est normalement réservée. L'excision est à ce titre préconisée comme un remède à cette déviance – propre à ces femmes étrangères⁴⁷² – puisqu'en « supprimant l'organe, on supprime les possibilités d'inversion de l'ordre sexuel »⁴⁷³. Il ne s'agit donc pas de réduire ces particularités anatomiques à de simples manifestations d'une forme de primitivité inoffensive ; au contraire, les observations corporelles relevées sont associées à des comportements jugés dangereux, tant pour les femmes blanches⁴⁷⁴ que pour le maintien de l'ordre colonial lui-même, nécessitant l'intervention du droit colonial afin d'en limiter les manifestations.

2. Un nécessaire encadrement de la sexualité des colons et des colonisés

96. Le droit colonial s'applique à encadrer et prohiber les comportements des indigènes jugés contraires aux mœurs, et notamment des rôles sociaux et sexuels censés découler du principe de la différence entre les sexes. Il en va en effet de la pérennité du système colonial, au risque de voir ces déviances s'étendre aux colons qui sont, à mesure que la colonisation se développe, en lien direct avec les populations sur place.

97. La condamnation des pratiques sexuelles déviantes – supposées plus fréquentes chez les populations colonisées⁴⁷⁵ – passe notamment par la pénalisation de la sodomie (pouvant concerner aussi bien les hommes que les femmes), qui rassemble en réalité une diversité de pratiques⁴⁷⁶. En effet, les colons sont parfois surpris de découvrir chez les populations indigènes

⁴⁷¹ E. Dorlin, *La matrice de la race*, op. cit., p. 73. L'autrice cite notamment les travaux du médecin Al Hassan ibn Muhammad al Wazzan, connu sous le nom de « Léon l'Africain », dont l'*Historiale description de l'Afrique* fut publiée en 1556.

⁴⁷² Par exemple, dans son ouvrage *The Midwives Book* de 1671, la sage-femme anglaise Jane Sharp estime que le clitoris des femmes égyptiennes est contre-nature, et qu'il n'existe pas de tel cas chez les femmes européennes (cité par *Ibid*). Pourtant, en Europe à la même époque, des clitoridectomies sont aussi évoquées comme solution à l'ambiguïté sexuelle des épouses dans les cas de procès en annulation de mariage, v. *supra*.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 72.

⁴⁷⁴ A. McClintock, *Imperial Leather*, op. cit., p. 113.

⁴⁷⁵ O. Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer*, op. cit., p. 68. L'auteur relate par exemple les écrits de Maupassant à propos des « Arabes » lors de la colonisation de l'Algérie par la France, dans lesquels il fait état de la banalité et de la récurrence des comportements homosexuels parmi les algériens.

⁴⁷⁶ Traditionnellement, l'acte de sodomie ne désigne pas seulement les rapports anaux entre hommes : ainsi, au Moyen-Âge, certains auteurs considèrent que le rapport anal au sein du mariage, tout comme le saphisme, ou encore le sexe oral (globalement, l'ensemble des actes qui n'ont pas de visée procréative) relèvent également du crime de sodomie. D'autres comme le juriste Joos de Damhouder vont jusqu'à considérer les rapports sexuels entre chrétiens et juifs ou sarrasins comme des actes de sodomie, ces derniers étant l'équivalent « des chiens et des animaux » (v. David F. Greenberg, *The Construction of Homosexuality*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, p. 275).

la pratique de comportements qu'ils jugent immoraux : c'est le cas des colons espagnols, qui découvrent dès le XV^{ème} siècle parmi les populations amérindiennes des hommes – qu'ils appelleront les « Berdaches »⁴⁷⁷ – habillés avec des vêtements féminins et ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes⁴⁷⁸. Or, en tant que véritable laboratoire expérimental, le droit colonial permet aux puissances coloniales de développer des normes juridiques inédites. Ainsi, sous la domination de l'Empire Britannique, une multitude de dispositions pénales ont été adoptées au sein des territoires colonisés afin d'introduire le crime de sodomie (aussi appelé *buggery*) avant d'être importées en métropole⁴⁷⁹. C'est le cas par exemple de la section 377 du Code pénal indien, introduite en 1860. Bien qu'interdite dès 1533 en Angleterre⁴⁸⁰, il s'agit de la première codification de la condamnation de la pratique de la sodomie⁴⁸¹. Elle prévoit une peine pouvant aller jusqu'à la prison à vie pour toute personne ayant « de son propre gré un rapport charnel contre l'ordre de la nature avec un homme, une femme ou un animal »⁴⁸². Cette disposition servira de modèle pour la rédaction de la Section 61 de l'*Offences against the Person Act* de 1861 du Parlement britannique⁴⁸³, mais aussi pour d'autres législations des colonies de l'Empire Britannique en Afrique ou en Asie, comme le Code pénal des Établissements des détroits à Singapour (*Straits Settlement Penal Code*, 1871) ou encore le Code pénal soudanais de 1899⁴⁸⁴. La preuve d'un comportement sexuel déviant pouvait être apportée par simple témoignage, ou parfois à l'appui d'un examen physique. En effet, certains médecins ont développé une expertise censée pouvoir déceler les pratiques homosexuelles chez les individus à partir de leur apparence physique. Ainsi, des médecins du XIX^{ème} et XX^{ème} siècle

⁴⁷⁷ V. *infra*.

⁴⁷⁸ Laurence Hérault, « Transgression et désordre dans le genre : les explorateurs français aux prises avec les “berdaches” amérindiens », *Etnográfica. Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia*, 2010, vol. 14, n° 2, p. 338 ; Serena Nanda, *Gender Diversity: Crosscultural Variations*, USA, Waveland Press, 2014, p. 11.

⁴⁷⁹ À l'inverse, si l'Empire français décriminalise l'acte de sodomie en 1791, l'interdiction est maintenue dans certaines de ses colonies, et notamment au Bénin, au Cameroun ou encore au Sénégal (v. Alok Gupta, *This Alien Legacy: the Origins of « Sodomy » Laws in British Colonialism*, New York, Human Rights Watch, 2008, p. 7).

⁴⁸⁰ Autrefois condamné par le juge ecclésiastique, l'acte de sodomie est pour la première fois inscrit dans la loi civile avec l'adoption du *Buggery Act 1533* par Henry VIII, et est passible de la peine de mort (*An Acte for the punishment of the vice of Buggerie*, 25 Hen. 8 c. 6).

⁴⁸¹ Enze Han et Joseph O'Mahoney, *British Colonialism and the Criminalization of Homosexuality. Queens, Crime and Empire*, Londres, Routledge Focus, 2018, p. 4.

⁴⁸² Section 377, Code pénal indien de 1860 : « Infractions contre nature – Quiconque a volontairement des rapports charnels contre l'ordre de la nature avec un homme, une femme ou un animal sera puni d'un emprisonnement à perpétuité, ou d'un emprisonnement d'une durée pouvant aller jusqu'à dix ans, et sera passible d'une amende. Explication – La pénétration suffit à constituer le rapport charnel nécessaire à l'infraction décrite dans la présente section ».

⁴⁸³ *Offences Against the Person Act 1861*, Section 61 : « Quiconque sera reconnu coupable du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, sera passible, à la discrétion du tribunal, d'être condamné aux travaux forcés à perpétuité ou pour une durée non inférieure à dix ans ».

⁴⁸⁴ A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 21.

comme Ambroise Tardieu ou John Glaister estiment que la « pédérastie passive » est reconnaissable d'après certains signes : « le développement excessif des fesses, la déformation infundibuliforme de l'anus, le relâchement du sphincter, l'effacement des plis »⁴⁸⁵ ou encore « la présence d'anciennes lacérations »⁴⁸⁶. Les juridictions coloniales ont pu s'appuyer sur ces éléments de preuve afin de condamner des individus pour crime de sodomie⁴⁸⁷. La mise en œuvre de lois anti-sodomie au sein des territoires colonisés ne vise pas seulement à conformer les pratiques des populations à un modèle européen, mais aussi à protéger les colons contre toute faute morale face aux pratiques déviantes observées⁴⁸⁸.

98. De manière plus large, le contrôle des unions et la régulation des relations sexuelles au sein des colonies permettent en effet d'assurer, comme le montrent les travaux de l'historienne et anthropologue Ann Laura Stoler, que les colons eux-mêmes conservent un comportement conforme aux mœurs européennes, au risque de mettre en péril l'ordre colonial⁴⁸⁹. Seule la figure de l'État apparaît « capable de prendre les mesures d'hygiène raciales et publiques qui s'imposent désormais pour éviter la proximité des corps et les mélanges coupables qu'elle favorise »⁴⁹⁰. Ce type de législation entre ainsi en vigueur afin de prévenir également la contamination morale des colons par les mœurs des indigènes⁴⁹¹. Il règne en effet une inquiétude quant au fait que les hommes blancs qui se trouvent sur place soient influencés et cèdent aux pratiques homosexuelles des populations colonisées⁴⁹². Plusieurs raisons alimentent cette crainte : un climat chaud enclin aux comportements lascifs, le manque de femmes occidentales sur place, l'influence des pratiques des indigènes, ou encore l'efféminement de ces derniers⁴⁹³. Il pouvait néanmoins être parfois préférable, aux yeux des officiers, que les colons cèdent aux pratiques homosexuelles plutôt que de risquer le métissage⁴⁹⁴. Ainsi, dans les Indes,

⁴⁸⁵ Ambroise Tardieu, *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, JB. Baillière, 1859, p. 143.

⁴⁸⁶ John Glaister, *A Text-book of Medical Jurisprudence and Toxicology*, 3^e éd., New York, W. Wood and Company, 1915, p. 503.

⁴⁸⁷ A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 34. L'auteur cite une affaire des juridictions indiennes durant la période coloniale dans laquelle un individu accusé de sodomie se soumet à un examen médical afin de prouver que son orifice anal n'est pas en forme « d'entonnoir » (Haute Cour de Sind, *D. P Minwalla v. Emperor*, 1935).

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁸⁹ V. not. A.L. Stoler, *La chair de l'empire*, op. cit., p. 76. ;

⁴⁹⁰ O. Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer*, op. cit., p. 66.

⁴⁹¹ A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 16 ; J. Hinchy, « Obscenity, Moral Contagion and Masculinity: Hijras in Public Space in Colonial North India », art. cit., p. 276.

⁴⁹² L'ethnologue britannique Richard Burton relate ainsi les « effroyables excès pédérastes » commis par les soldats français suite à la conquête d'Alger en 1830, dont certains redoutent que le phénomène ne s'étende aux civils, v. Robert Aldrich, *Colonialism and Homosexuality*, London, Routledge, 2003, p. 32.

⁴⁹³ R. Aldrich, *Colonialism and Homosexuality*, op. cit., p. 4 ; A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 16 ; O. Le Cour Grandmaison, *Coloniser, exterminer*, op. cit., p. 60.

⁴⁹⁴ R. Aldrich, *Colonialism and Homosexuality*, op. cit., p. 4. Sur le métissage comme menace pour l'ordre colonial, v. Emmanuelle Saada, *Les enfants de la colonie: les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte, 2007, p. 55 et s.

les relations entre européens et femmes indigènes sont tolérées, voire encouragées à condition de se limiter au simple concubinage⁴⁹⁵. Cette politique favorise notamment l'implantation permanente des colons sur le territoire, et les dissuade de fréquenter les bordels⁴⁹⁶. Progressivement, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les politiques coloniales des puissances européennes vont admettre la nécessité d'intégrer les femmes européennes au projet de peuplement de ces territoires⁴⁹⁷. Leur présence a ainsi eu deux conséquences : d'une part, accentuer la distinction entre les individus blancs et racisés⁴⁹⁸, et d'autre part, renforcer et consolider le modèle hétéronormatif⁴⁹⁹. En effet, une fois les femmes européennes sur place, les pratiques sexuelles entre les hommes colons et colonisés – loin d'être rares⁵⁰⁰ – n'avaient, en théorie, plus lieu d'être⁵⁰¹. Le droit colonial, dès lors, s'applique bien à interdire des pratiques qu'il juge contraires à la pérennité de l'ordre sexuel et racial qu'il cherche à préserver, et participe par là à renforcer la prétention de la norme de la binarité des sexes à l'universalité.

§2. L'universalité de la binarité bousculée

99. Selon Maria Lugones, la prétention du modèle binaire à l'universalité doit être questionnée en partie à la lumière de l'histoire coloniale, notamment dans la mesure où « comprendre la place du genre dans les sociétés précoloniales est essentiel pour saisir la nature et l'ampleur des changements dans la structure sociale imposés par les processus constitutifs du capitalisme moderne/colonial Eurocentré »⁵⁰². Le colonialisme fait en effet assurément parti des logiques diverses qui ont contribué à imposer la binarité des sexes comme norme dominante, stigmatisant de manière systématique toute conduite ou pratique qui s'en écarte (A).

⁴⁹⁵ La crainte exprimée est notamment qu'une reconnaissance officielle de ces relations interraciales via le mariage pourrait conduire à la reconnaissance du statut d'héritiers aux enfants métis issus de ces unions ; à l'inverse, le concubinage avec les femmes indigènes encourageait l'implantation pérenne des colons, solution par ailleurs financièrement moins couteuse que l'organisation de la venue de femmes européennes sur place : A.L. Stoler, *La chair de l'empire*, op. cit., p. 66 et 77. Dans le même sens dans le contexte colonial français, v. D. Peiretti-Courtis, « Sexualité et organes génitaux des Africain(e)s dans le discours médical français (fin XVIII^e – milieu XX^e siècle) », art. cit, p. 27.

⁴⁹⁶ A.L. Stoler, *La chair de l'empire*, op. cit., p. 78. L'autrice rapporte ainsi qu'en 1880, environ la moitié des hommes européens étaient en concubinage avec des femmes asiatiques, sans être mariés.

⁴⁹⁷ L'envoi de femmes par l'Empire Britannique au sein des territoires colonisés dès la première moitié du XIX^{ème} siècle vise aussi, entre autres, à remédier à la problématique de l'excédent de population féminine en métropole (Véronique Molinari, « L'émigration des femmes célibataires vers les colonies de l'Empire britannique de 1849 à 1865 : entre philanthropie, féminisme et colonisation matrimoniale », *ILCEA*, 2019, n° 34, para. 7).

⁴⁹⁸ A.L. Stoler, *La chair de l'empire*, op. cit., p. 87. : comme l'explique l'autrice, l'arrivée des femmes blanches a pour conséquences de réorganiser le fonctionnement des établissements coloniaux, par exemple en séparant plus nettement les habitations des colons de celles des indigènes.

⁴⁹⁹ H. Bentouhami, *Race, cultures, identités*, op. cit., p. 141.

⁵⁰⁰ R. Aldrich, *Colonialism and Homosexuality*, op. cit., p. 4.

⁵⁰¹ H. Bentouhami, *Race, cultures, identités*, op. cit., p. 142.

⁵⁰² M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit, p. 72.

Ce prisme permet alors de formuler l'hypothèse selon laquelle la binarité des sexes est loin d'être une norme universelle, ce dont il est difficile de rendre compte justement du fait de son ancrage dans un système profondément eurocentré **(B)**.

A. Révéler un processus de domination via l'imposition coloniale du binarisme sexuel

100. Le projet colonial d'universalisation du dimorphisme sexuel contribue largement à bouleverser les rapports sociaux de sexe en imposant des normes qui divergent de celles implantées au sein des sociétés précoloniales. Il est dès lors essentiel, d'après María Lugones, de dévoiler ces changements afin justement de rendre compte de la prégnance du « système de genre moderne/colonial »⁵⁰³. Elle s'appuie notamment sur les travaux de Paula Gunn Allen afin de souligner que certaines tribus amérindiennes

« étaient matriarcales, reconnaissaient plus de deux genres, une possibilité de « troisième » genre et l'homosexualité de manière positive et comprenaient le genre en termes égalitaires plutôt que dans ceux de la subordination que le capitalisme Eurocentré leur imposa »⁵⁰⁴.

Comme, par exemple, l'anthropologue Margaret Mead avant elle, l'autrice met ainsi en exergue l'influence du colonialisme dans le passage, avec l'implication active des hommes indiens, d'une organisation sociétale « gynocratique » vers une société patriarcale, fondée sur la binarité sexuée⁵⁰⁵. Elle suggère également le fait que des « différentiels de genre » ont été introduits via le colonialisme au sein de systèmes dans lesquels il n'avait pas de référent, en s'appuyant sur les travaux de la sociologue Oyèrónkẹ Oyěwùmí⁵⁰⁶.

101. À partir de l'exemple de l'ethnie des Yorùbá, l'autrice met ainsi en évidence, dans un ouvrage publié en 1997, que l'organisation des rapports sociaux entre les individus était indifférente à ce « système de genre » avant la colonisation, l'ancienneté des individus étant le principe organisateur relationnel de référence des relations⁵⁰⁷. Elle montre comment la

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 62. Elle cite son ouvrage *The Sacred Hoop: Recovering the Feminine in American Indian Tradition* publié en 1986 ; ainsi, « parmi les quatre-vingt-huit tribus qui reconnaissaient l'homosexualité, celles qui reconnaissaient les homosexuels en termes positifs comprenaient les Apache, les Navajo, les Winnebago, les Cheyenne, les Pima, les Crow, les Shoshoni, les Paiute, les Osage, les Acoma, les Zuñi, les Sioux, les Choctaw, les Creek, les Seminole, les Illinois, les Mohave, les Shasta, les Aleut, les Sac et les Fox, les Iowa, les Kansas, les Yuma, les Aztèque, les Tlingit, les Maya, les Naskapi, les Ponca, les Maricopa, les Lamath, les Quinault, les Yuki, les Chilula et les Kamia » (p. 70).

⁵⁰⁵ M. Lugones, « Heterosexuality and the Colonial / Modern Gender System », art. cit, p. 200. L'autrice souligne en effet le rôle même des hommes indiens dans ce processus, qui ont pu être une sorte de vecteur du projet colonial : le nouveau modèle imposé par ces puissances coloniales leur permettait en effet d'acquiescer de nouveaux privilèges par rapport aux pouvoirs initialement reconnus aux femmes de leurs tribus.

⁵⁰⁶ M. Lugones, « La colonialité du genre », art. cit, p. 62.

⁵⁰⁷ O. Oyěwùmí, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, op. cit., p. 31.

traduction de certains termes dans les travaux relatifs aux Yorùbá est le signe de l'impérialisme occidental, en ce qu'elle impose une lecture des rapports sociaux selon le cadre épistémologique « corps-raison » (*body-reasoning*) qui lui est propre⁵⁰⁸. En ce sens, l'interprétation des termes *obinin* et *okùnrin* comme renvoyant respectivement aux catégories « femelle/femme » et « mâle/homme » est une erreur de traduction⁵⁰⁹, puisqu'elle suggère une hiérarchisation et une opposition binaire entre les individus ; or, l'autrice souligne que ces mêmes termes (qu'elle traduit par « anafemelle » et « anamâle ») se réfèrent en réalité uniquement aux variétés anatomiques entre les individus, sans pour autant supposer un rapport hiérarchique entre deux catégories sociales, ni l'idée de féminité ou de masculinité⁵¹⁰.

102. L'hypothèse selon laquelle la notion de genre comptait parmi les déterminants de la structuration de la population reflète ainsi une interprétation de la culture des Yorùbá biaisée par la prépondérance du prisme eurocentré⁵¹¹, faisant apparaître le « caractère *relatif* du critère de structuration sociale »⁵¹². L'émergence de ce système genré, fruit de l'État colonial, s'est par ailleurs faite au détriment des anafemelles, dans la mesure où les anamâles ont participé à son introduction en collaboration avec les colons⁵¹³. Si la thèse d'Oyèrónkẹ Oyèwùmí a été relativisée voire contestée par certains auteurs⁵¹⁴, elle laisse néanmoins entrevoir la capacité de l'ordre colonial à imposer un modèle spécifique d'organisation des relations genrées. En 1987, l'anthropologue Ifi Amadiume montrait ainsi comment la colonisation britannique a imposé, au sein de la culture Igbo au Nigéria, une rigidité des catégories de sexe à partir du modèle de la différence naturelle entre les sexes, alors même qu'une certaine flexibilité pouvait être observée quant aux rôles sociaux, en prenant l'exemple des filles auxquelles était accordé un statut masculin (*male daughters*) et des femmes qui pouvaient se voir octroyer des épouses (*female husbands*)⁵¹⁵.

103. Aussi, en ce qu'il prohibe les comportements qui défient la norme de la binarité, le droit colonial participe directement à stigmatiser certains groupes des populations indigènes. Parmi

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² H. Bentouhami, *Race, cultures, identités*, op. cit., p. 160.

⁵¹³ O. Oyèwùmí, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, op. cit., p. 124.

⁵¹⁴ V. par ex. la sociologue Agnes Atia Apusigah qui met notamment en garde contre la « romantisation des cultures ethniques » (Agnes Atia Apusigah, « Is gender yet another colonial project? A critique of Oyeronke Oyewumi's proposal », *Revue Africaine de Philosophie*, 2008, p. 41.) ; v. également Tola Olu Pearce, « Dispelling the myth of pre-colonial gender equality in Yoruba culture », *Revue Canadienne des Études Africaines*, 2014, vol. 48, n° 2, p. 315-331.

⁵¹⁵ Ifi Amadiume, *Male Daughters, Female Husbands: Gender and Sex in an African Society*, London, Zed Books, 1987, 223 p.

les exemples les plus développés au sein de la littérature, on retrouve celui de la communauté des Hijras en Inde, catégorie qui regroupe en réalité, avec d'autres⁵¹⁶, une diversité de groupes sociaux dont la non-conformité à la stricte binarité des sexes est largement reconnue dans la société indienne depuis plusieurs siècles⁵¹⁷. Les Hijras sont communément désignés, à la manière de l'anthropologue Serena Nanda dans son ouvrage de référence publié en 1990, comme des individus qui se considèrent à la fois femme et homme, et en même temps « ni homme, ni femme »⁵¹⁸. Ils adoptent des comportements et des codes sociaux liés à chacun des deux sexes, sans pour autant les épouser totalement. Appartenir à cette communauté implique traditionnellement d'avoir recours à une castration, appelée *nirvan* (ablation totale du pénis et des testicules)⁵¹⁹ – ou *a minima*, une circoncision⁵²⁰, opérations qui leur confèrent un statut social supérieur au sein de leur propre communauté.

104. S'ils utilisent un nom féminin, portent des vêtements traditionnellement attribués aux femmes, et adoptent certains comportements attendus du sexe féminin⁵²¹, les Hijras ne sont toutefois pas totalement considérés comme des femmes au sein de la société⁵²², et ont d'ailleurs récemment obtenu la possibilité d'être juridiquement reconnus comme appartenant à un troisième sexe par une décision de la Cour suprême indienne du 15 avril 2014⁵²³. Selon le juge, si les Hijras étaient « auparavant traités avec beaucoup de respect », l'adoption du *Criminal Tribes Act* de 1871 sous la domination britannique en Inde a engendré une forte stigmatisation à leur égard⁵²⁴. Ils étaient considérés comme des êtres *par nature* criminels et dangereux : le simple fait d'appartenir à cette communauté justifiait le traitement inhumain qui leur est réservé⁵²⁵. Le contrôle constant ainsi que les multiples répréhensions du droit colonial à leur égard traduisent, comme le montre l'analyse menée par l'historienne Jessica Hinchy, une volonté d'invisibiliser une catégorie sociale dont le comportement n'est pas conforme aux rôles

⁵¹⁶ Damian A Gonzalez-Salzberg et Maroula Perisanidi, « Belonging Beyond the Binary: From Byzantine Eunuchs and Indian Hijras to Gender-fluid and Non-binary Identities », *Journal of Law and Society*, 1 juin 2021, p. 678.

⁵¹⁷ V. l'ouvrage de l'anthropologue Gayatri Reddy, *With Respect to Sex: Negotiating Hijra Identity in South India*, Chicago, University of Chicago Press, 2005, 312 p.

⁵¹⁸ S. Nanda, *Gender Diversity*, op. cit.

⁵¹⁹ J. Hinchy, « Obscenity, Moral Contagion and Masculinity: Hijras in Public Space in Colonial North India », art. cit.

⁵²⁰ D.A. Gonzalez-Salzberg et M. Perisanidi, « Belonging Beyond the Binary », art. cit, p. 677.

⁵²¹ S. Nanda, *Gender Diversity*, op. cit., p. 29.

⁵²² En partie, selon Serena Nanda, du fait de leur incapacité à donner naissance, v. *Ibid.*, p. 30.

⁵²³ Cour suprême indienne, 15 avril 2014, *National Legal Services Authority (NALSA) vs Union Of India*, n° 604.

⁵²⁴ Cour suprême indienne, *NALSA vs Union Of India*, préc., para. 16 et 44. Leur acceptation sociale est aujourd'hui paradoxale, conséquence de leur situation économique majoritairement précaire (N. Pikramenou, *Intersex Rights*, op. cit., p. 122) ; ils sont à la fois craints et respectés du fait des « pouvoirs » qui leur sont attribués et leur statut et leur rôle sont associés à des croyances divines ; ils peuvent par exemple appelés afin de célébrer des mariages ou la naissance d'enfants de sexe masculin en échange d'une somme d'argent (D.A. Gonzalez-Salzberg et M. Perisanidi, « Belonging Beyond the Binary », art. cit, p. 677 ; S. Nanda, *Gender diversity*, op. cit., p. 28).

⁵²⁵ Cour suprême indienne, *NALSA vs Union Of India*, préc., para. 6.

sociaux de sexe selon une perspective eurocentrée⁵²⁶. Toute attitude qui, par contraste avec la masculinité des colons, tend vers l'efféminement, est répréhensible. L'attitude féminine des Hijras était, selon les fonctionnaires coloniaux, la preuve directe d'une déviance sexuelle innée et de leur perversion⁵²⁷.

105. Ainsi, à travers ses dispositions, le droit colonial ne vise pas seulement à condamner des actes ou des comportements en soi, mais aussi des identités en ciblant un groupe ou une catégorie d'individus en particulier⁵²⁸. La communauté des Hijras était également visée par les autorités en place du simple fait de la pratique vestimentaire de ses individus. Une peine allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement pouvait ainsi être requise à l'encontre d'un « eunuque » qui apparaissait dans un lieu public habillé comme une femme⁵²⁹. En 1884, un homme suspecté d'être un « sodomite habituel » est par exemple condamné en vertu de la section 377 du Code pénal indien par la Cour suprême d'Allahabad, notamment pour avoir été « trouvé en train de chanter habillé en femme parmi les femmes d'une certaine famille »⁵³⁰. Le même processus a été mis en œuvre en 1899 au sein du Code pénal soudanais, toujours sous le joug de l'Empire Britannique : il prévoit l'incrimination d'une catégorie particulière de vagabonds, les *catamite*, à savoir « toute personne de sexe masculin qui s'habille ou est habillé à la manière d'une femme dans un lieu public », cette apparence étant directement associée à la pratique de la sodomie⁵³¹. Un dispositif similaire de stigmatisation a pu être observé en Amérique du Nord, avec la stigmatisation par les colons européens de certaines populations autochtones qu'elles ont désigné par le terme *berdache* à partir du XVII^{ème} siècle⁵³², afin de désigner sous une même appellation les hommes dont le comportement ou statut social ne se conformait pas pleinement au binarisme sexuel et à l'hétéronormativité. Plus précisément, il était utilisé afin de pointer du doigt le travestissement ou les pratiques sexuelles comme la sodomie observés chez une partie de la population autochtone⁵³³. L'anthropologue Laurence Hérault s'appuie sur les récits de voyageurs français du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle afin de montrer leur véritable incompréhension face à ce qu'ils voient, puisque par leur comportement, les berdaches « désorganisent la distinction entre les genres et exposent virtuellement la perfection masculine

⁵²⁶ J. Hinchy, « Obscenity, Moral Contagion and Masculinity: Hijras in Public Space in Colonial North India », art. cit, p. 275.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 279.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 276.

⁵²⁹ A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 30.

⁵³⁰ Cour suprême d'Allahabad, 31 janvier 1884, *Queen Empress v. Khairati*, ILR 6 All 204, cité par *Ibid.*, p. 31.

⁵³¹ A. Gupta, *This alien legacy*, op. cit., p. 28.

⁵³² La sociologue Lena Eckert montre que le terme a d'abord été employé par les colons français sous la forme *bardash*, terme qui provient de l'arabe *bardaj* et signifie « esclave », v. Lena Eckert, *Intersexualization: the Clinic and the Colony*, New York, Routledge/Taylor & Francis Group, 2017, p. 183.

⁵³³ *Ibid.*, p. 184.

au risque de la dissolution »⁵³⁴. Le terme berdache a progressivement été remplacé au début des années 1990, dans une perspective décoloniale, par celui de *two-spirit*⁵³⁵ (qui peut être traduit par « bispiritualité »). Cette réappropriation terminologique illustre en creux la difficulté d'appréhender les modèles non binaires en sein d'une perspective ethnocentrée, au risque de contribuer à leur invisibilisation ou leur déformation.

B. Rendre compte de cadres de pensée autonomes

106. Toute tentative de décrire des modèles non occidentaux d'organisation des rapports de sexe s'expose à un paradoxe méthodologique et épistémologique, en ce qu'elle suppose d'utiliser des outils conceptuels forgés dans un cadre eurocentré pour rendre compte de ce qui s'en éloigne. L'ambivalence de la démarche est alors perceptible : révéler la contingence du modèle eurocentré de la binarité des sexes à partir de la description de modes d'organisation des rapports sociaux de sexe qui ne s'y rapportent pas, ou du moins pas entièrement, risque en retour de le renforcer s'il est utilisé comme référence pour décrire une réalité pourtant éloignée **(1)**. Malgré les difficultés et en dépit de ces biais persistants, documenter l'existence de systèmes de sexe/genre en dehors du cadre dominant semble néanmoins indispensable afin de dévoiler le processus d'universalisation et de naturalisation du principe de la différence entre les sexes **(2)**.

1. Le risque d'une forme de néocolonialisme épistémique

107. L'anthropologie, avant d'être institutionnalisée comme discipline à la fin du XIX^{ème} siècle, s'est développée dans un contexte colonial, bâtie sur des « récits de voyages », contribuant à diffuser un discours qui dépeint « l'autre » dans un rapport de domination des puissances coloniales⁵³⁶. Autrement dit, pour reprendre les mots de l'anthropologue Nicole-Claude Mathieu :

« Que l'anthropologie soit la fille de l'impérialisme occidental, non seulement historiquement, mais dans l'idéologie même qu'elle a pour une grande part véhiculée à travers ses descriptions « scientifiques », est un point désormais à peu près acquis »⁵³⁷.

⁵³⁴ L. Hérault, « Transgression et désordre dans le genre », art. cit, p. 342.

⁵³⁵ L. Eckert, *Intersexualization*, op. cit., p. 189.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 135.

⁵³⁷ Nicole Claude Mathieu (dir.), *L'arraisonnement des femmes : essais en anthropologie des sexes*, Paris, EHESS, 1985, p. 132.

Dès le début du XX^{ème} siècle⁵³⁸, des travaux en anthropologie s'intéressent à la diversité des rapports sociaux de sexe et montrent que, bien que prédominant, le principe de la binarité des sexes représente seulement un mode possible d'organisation des rapports juridiques et sociaux. Les travaux précurseurs de l'anthropologue Margaret Mead, publiés en 1935, étudient ainsi les « rôles sexuels » en Océanie et montrent qu'ils se distinguent à plusieurs égards de ceux admis par les occidentaux, ouvrant la voie à une appréhension du féminin et du masculin comme des rôles façonnés par des constructions sociales⁵³⁹. La même année, Williams W. Hill, lui aussi anthropologue de formation, publie un article dans lequel il traite du statut des hermaphrodites et des travestis au sein de la culture Navajo, ce qui lui permet de conclure qu'« à la différence de notre société, de nombreuses sociétés dites *primitives* reconnaissent socialement et intègrent dans leurs structures culturelles une place pour les individus dont les particularités psychiques ou physiologiques les distinguent de la norme »⁵⁴⁰. On le voit, ces travaux sont encore largement ancrés dans la perspective ethnocentrée de leur époque en dépeignant « l'autre » à partir de la norme occidentale. Ils marquent néanmoins un point de départ important vers une remise en question du binarisme sexuel.

108. Par la suite, en particulier dès le début des années 1970, différents mouvements critiques des méthodes et savoirs anthropologiques se sont développés, tant dans une perspective postcoloniale que féministe⁵⁴¹, jouant un rôle déterminant dans la déconstruction de l'évidence du binarisme sexuel en mettant en avant la contingence du modèle eurocentré⁵⁴². Or, même lorsque l'anthropologie met au jour des pratiques ou catégories de genre différentes de celles connues en Europe, elle tend à les rapporter à son propre cadre de référence. L'ambivalence est alors manifeste : révéler la contingence de la norme eurocentrée peut, dans un même mouvement, la consolider par l'usage de ses propres catégories. Le risque revient en effet à

⁵³⁸ Dès la fin du XIX^{ème} siècle, des anthropologues comme Franz Boas ouvrent la voie au développement de nouvelles méthodes qui, contre les théories évolutionnistes dominantes à l'époque (lesquelles postulent différents degrés d'évolution au sein des sociétés), s'attachent à démontrer le rôle du social dans la diversité culturelle qui s'observe au sein des populations (v. Marie Mauzé, « Franz Boas (1858-1942) » dans *Dictionnaire des anthropologies*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2022, p. 1076).

⁵³⁹ M. Mead, *Moeurs et sexualité en Océanie*, op. cit.

⁵⁴⁰ W. Williams Hill, « The Status of the Hermaphrodite and Transvestite in Navaho Culture », *American Anthropologist*, 1935, vol. 37, n° 2, p. 273-279. Nous soulignons.

⁵⁴¹ V. par ex. Talal Asad (ed.), *Anthropology & the Colonial Encounter*, Londres, Ithaca Press, 1973, 281 p ; Michelle Zimbalist Rosaldo, Louise Lamphere et Joan Bamberger, *Woman, culture, and society*, Stanford, Stanford University Press, 1974, 352 p ; Rayna R. Reiter, *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975 ; Gerrit Huizer et Bruce Mannheim (eds.), *The Politics of Anthropology: From Colonialism and Sexism Toward a View from Below*, The Hague, Mouton Publishers, 1979, 533 p ; Johannes Fabian, *Time and the Other: How Anthropology Makes Its Object*, New York, Columbia University Press, 1983, 272 p.

⁵⁴² L. Eckert, *Intersexualization*, op. cit., p. 182 ; Evan B. Towle et Lynn M. Morgan, « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the "Third Gender" Concept » dans *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, p. 668.

perpétuer un « double biais », à la fois « ethnocentré et androcentré », et à porter un regard sur les autres sociétés « avec les yeux de la nôtre et plus particulièrement avec les yeux de l'homme chez nous dominant »⁵⁴³. En témoigne par exemple le recours à la catégorie (on pourrait dire, au piège) du « troisième sexe » – terme utilisé pour la première fois par les anthropologues Martin Kay et Barbara Voorhies dans leur ouvrage publié en 1975⁵⁴⁴ – qui consiste à réduire sous une catégorie uniforme les alternatives à la binarité via cette appellation⁵⁴⁵, en elle-même eurocentrée⁵⁴⁶, les assimilant ainsi directement à une logique occidentale d'organisation des rapports sociaux, sans questionner au-delà leurs spécificités culturelle et historique⁵⁴⁷.

109. L'expression désigne alors tantôt une « catégorie anthropologique »⁵⁴⁸, tantôt une catégorie réductrice ou un « concept à la recherche d'un référent »⁵⁴⁹. Évoquer l'exemple d'un « troisième genre » de manière simplifiée ou en dehors du contexte social et culturel est, selon Evan B. Towle et Lynn M. Morgan « une sorte d'appropriation néocoloniale (ou du moins ethnocentrique) involontaire qui déforme la complexité et la réalité de la vie d'autrui »⁵⁵⁰. Aussi, pour reprendre l'analyse développée par la sociologue Wairimũ Ngarũiya Njambi, cette uniformisation d'exemples issus de pays non occidentaux sous la même appellation d'une troisième catégorie de sexe rejoint la notion de « métaphore du voyage » (*travelling metaphor*),

⁵⁴³ F. Héritier, *Masculin/féminin*, op. cit., p. 208. Dans le même sens, v. la thèse pionnière publiée en 1977 de l'anthropologue Annette Weiner, *La richesse des femmes ou comment l'esprit vient aux hommes: Iles Trobriand*, traduit par Richard Sabban et traduit par Danièle Van de Velde, Paris, Seuil, 1983, 288 p.

⁵⁴⁴ Kay Martin et Barbara Voorhies, *Female of the Species*, New York, Columbia University Press, 1975, p. 84 et s. Les autrices raisonnent par analogie avec la catégorisation des couleurs : si la langue anglaise reconnaît six catégories majeures (violet, bleu, vert, jaune, orange et rouge), le bassa (langue bantoue) en distingue deux (*hui* et *ziza*) ; de même, si la majorité des sociétés reconnaît seulement deux catégories de sexe (féminin et masculin), d'autres ont recours à davantage de catégories.

⁵⁴⁵ Martin Kay et Barbara Voorhies mentionnent ainsi des exemples de tous les continents comme faisant partie de cette même catégorie du « troisième sexe » (tant les Piegan en Amériques, les Woodaabe en Afrique, l'El Shabana au Moyen-Orient, les Toda en Inde, que les Mundugumor en Océanie), v. K. Martin et B. Voorhies, *Female of the Species*, op. cit.

⁵⁴⁶ E.B. Towle et L.M. Morgan, « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the “Third Gender” Concept », art. cit, p. 671.

⁵⁴⁷ O. Oyěwùmí, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, op. cit., p. 11. Pour une utilisation de cette catégorie avec un certain recul, v. Marjorie Garber, *Vested Interests: Cross-dressing and Cultural Anxiety*, New-York ; Londres, Routledge, 1992, p. 11. (l'autrice souligne ainsi qu'elle utilise l'expression « troisième sexe » comme un outils, « un mode d'articulation, une manière de décrire un espace de possibilités ») et Gilbert Herdt (ed.), *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, New York, Zone Books, 1994, p. 20. (dans son ouvrage de référence publié en 1994, Gilbert Herdt souligne ainsi que l'expression « troisième sexe » dans le titre de son livre doit être interprétée avec un certain recul, et permettre de penser toutes les autres combinaisons possibles en dehors du dimorphisme sexuel).

⁵⁴⁸ Corinne Fortier, « Troisième genre et transsexualité en pays d'islam », *Droit et Cultures*, 2020, vol. 2, n° 80, p. 1.

⁵⁴⁹ L. Eckert, *Intersexualization*, op. cit., p. 182.

⁵⁵⁰ E.B. Towle et L.M. Morgan, « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the “Third Gender” Concept », art. cit, p. 680.

qui renvoie « à l'acte des colonisateurs de regrouper tous les autres non européens ainsi que leurs cultures sous une seule rubrique comme un moyen pratique de gérer leurs différences »⁵⁵¹. 110. Selon certains auteurs, mener une « comparaison interculturelle » permet au contraire d'envisager d'autres manières de penser le sexe et les identités, la sexualité et l'orientation sexuelle, au-delà du cadre pathologisant et médicalisé tel que connu dans les pays européens⁵⁵². Cette approche a été mobilisée en 1978 par Suzanne J. Kessler et Wendy McKenna dans leur ouvrage de référence relatif à l'application de l'ethnométhodologie au genre⁵⁵³, dans lequel les autrices soulignent, à propos des travaux anthropologiques menés sur les berdaches, les difficultés d'interprétation et de retranscription de données sans y imposer des concepts eurocentrés⁵⁵⁴. Toute la difficulté réside alors dans la possibilité de se détacher d'un point de vue dominant afin de rendre compte et d'analyser des modèles dans lesquels la norme n'est pas celle du binarisme sexuel au sens des catégories eurocentrées⁵⁵⁵, à supposer que cela soit possible⁵⁵⁶. Pour certains auteurs en effet,

« cette démarche semble [...] se heurter à l'intraductibilité d'un système de genre culturel à un autre, et plus précisément du système occidental de bicatégorisation du genre à des systèmes de genre qui régissent les rapports sociaux dans des sociétés postcoloniales »⁵⁵⁷.

Amanda Lock Swarr montre par exemple que le terme *stabane* – utilisé en Afrique du Sud pour désigner une personne gay ou lesbienne qui serait par définition intersexe – ne saurait être associé aux concepts issus de la culture queer dominante, et ne peut être envisagé en dehors du contexte spécifique relatif à la racialisation des corps noirs pendant la colonisation, et

⁵⁵¹ Wairimū Ngarūiya Njambi, « 'One vagina to go': Eve Ensler's Universal Vagina and its Implications for African Women », *Australian Feminist Studies*, juin 2009, vol. 24, n° 60, p. 172.

⁵⁵² E.B. Towle et L.M. Morgan, « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the "Third Gender" Concept », art. cit., p. 669.

⁵⁵³ Suzanne J. Kessler et Wendy McKenna, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, 252 p.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁵⁵ En ce sens, Lena Eckert fait une lecture critique des travaux de Gilbert Herdt et Robert Stoller (*Intimate Communications*, 1990), et notamment de leur utilisation biaisée de certains concept qui déforme les réalités vécues par les populations étudiées (L. Eckert, *Intersexualization*, op. cit., p. 144).

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 203.

⁵⁵⁷ Séverine Batteux, « Autonomie & autodétermination » dans *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 86. L'autrice poursuit : « Face à la marginalisation des situations de non-conformité supposée dans le genre, le message politique qui est proposé est lui-même réducteur. Il oscille entre l'affirmation universaliste de l'existence des transidentités en dehors de l'Occident, et un relativisme culturel qui prétend voir dans l'existence de positions sociales en dehors de la bicatégorisation du sexe propre à l'Occident la preuve de son artificialité. Relativisme et universalisme sont ici deux positions complémentaires qui font de la non-conformité supposée au genre une réalité qui ne peut être mesurée que depuis une norme occidentale. On manque ici une logique néocoloniale à l'œuvre dans l'imposition d'un lexique trans issu de l'Occident à des sujets issus de sociétés postcolonisées ».

notamment des organes génitaux⁵⁵⁸. Pour le dire avec Albane Geslin, « on doit donc se garder de plaquer [...] les mots et concepts dont on est familier sur des mots et des concepts dont on croit comprendre le sens et les fonctions sociales »⁵⁵⁹. Aussi, selon l'autrice, « si l'on reconnaît que ce sont moins les termes qui sont intraduisibles que les idées qu'ils véhiculent, il faut admettre que la traduction a moins pour objet – le pourrait-elle ? – de parvenir à une équivalence des termes qu'à un rapprochement des mondes, culturels et normatifs »⁵⁶⁰. Conjugée à une posture réflexive, l'analyse appelle donc davantage à envisager les systèmes *par eux-mêmes*, et non en comparaison constante avec la norme dominante, en partant du principe que « la diversité du monde est infinie » et qu'« elle inclut des manières très différentes d'être, de penser, de ressentir, de concevoir le temps, d'appréhender les relations des êtres humains entre eux et celles entre les humains et les non-humains [...] »⁵⁶¹. Aussi, plutôt que de formuler des alternatives, il faut, pour reprendre les mots du sociologue Boaventura de Sousa Santos, envisager « une manière alternative de penser les alternatives »⁵⁶².

111. Un autre biais revient enfin, comme le montre la sociologue Morgan Holmes, à idéaliser ces modèles⁵⁶³. En effet, l'existence d'alternatives à la binarité n'est pas nécessairement synonyme d'espaces de « libertés de genre »⁵⁶⁴ et d'une meilleure acceptation des personnes appartenant à ces catégories par le reste de la population⁵⁶⁵. Il ne s'agit pas d'idéaliser des cultures dans lesquelles les formes d'expression du sexe ou de l'orientation sexuelle sont plus variées : elles peuvent également être source de stigmatisation, bien que parfois profondément ancrées au sein de traditions culturelles⁵⁶⁶. Ainsi, une acceptation traditionnelle d'une diversité

⁵⁵⁸ A.L. Swarr, « “Stabane,” Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », art. cit, p. 538. Sur la description de l'ambiguïté sexuelle des corps noirs par le discours colonial, v. *supra*.

⁵⁵⁹ A. Geslin, « L'apport des postcolonial studies à la recherche en droit international », art. cit.

⁵⁶⁰ Albane Geslin, « Plurilinguisme, traduction et droit international des peuples autochtones: en quête de reconnaissance », *Sens public*, 2015, p. 14.

⁵⁶¹ Boaventura de Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *Études rurales*, traduit par Magali Watteaux, 2011, n° 187, p. 39.

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ Morgan M. Holmes, « Locating Third Sexes », *Transformations*, 2004, n° 8.

⁵⁶⁴ D.A. Gonzalez-Salzberg et M. Perisanidi, « Belonging Beyond the Binary », art. cit, p. 670. L'anthropologue Robert B. Edgerton décrivait ainsi dans un article publié en 1964 la situation des personnes intersexes dans la population Pokot, en Afrique de l'Est, et montrait que lorsqu'elles n'étaient pas tuées à la naissance, elles étaient très largement stigmatisées au sein de la communauté au regard de l'impossibilité de les classer parmi les femmes ou les hommes, v. Robert B. Edgerton, « Pokot Intersexuality: An East African Example of the Resolution of Sexual Incongruity », *American Anthropologist*, 1964, vol. 66, n° 6, p. 1288-1299.

⁵⁶⁵ E.B. Towle et L.M. Morgan, « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the “Third Gender” Concept », art. cit, p. 679 ; Marjorie Garber, « The Chic of Araby: Transvestism and the erotics of cultural appropriation » dans *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, p. 636.

⁵⁶⁶ Parmi de nombreux exemples, on peut mentionner la stigmatisation et le harcèlement auquel peuvent être confrontés les personnes *nádleehí* alors même que leur statut est largement reconnu au sein de la culture Diné (peuple autochtone d'Amérique du Nord) ; en témoigne notamment l'assassinat, en 2001, de Fred Martinez en raison de son statut *nádleehí*.

des rapports sociaux de sexes ne signifie pas pour autant que les personnes appartenant aujourd'hui à ces catégories reçoivent un traitement dénué de stigmatisation⁵⁶⁷. Il faut donc souligner les éventuels écueils d'une comparaison avec le système eurocentré : si une perspective occidentale a tendance à voir dans la possibilité de reconnaître les individus en dehors de la binarité une visée émancipatrice⁵⁶⁸, une autre dynamique peut s'exprimer dans d'autres sociétés, où les individus bénéficient certes de modes d'identification plus variés, mais qui peuvent être source de stigmatisation et marginalisation.

2. La mise en évidence d'alternatives au paradigme du binarisme sexuel

112. L'anthropologie est un outil précieux visant à une déconstruction critique des savoirs afin de dévoiler le prisme de l'eurocentrisme dans la compréhension des rapports sociaux de sexe. De nombreux travaux ont ainsi mis en lumière, via notamment le recours à « l'anthropologie comparative »⁵⁶⁹, l'existence de modèles qui adoptent une vision du système de sexe / genre qui n'est pas celle dépeinte par le modèle soi-disant universel de la binarité eurocentrée, contribuant à sa dénaturalisation⁵⁷⁰. Les travaux de Suzanne Kessler et Wendy McKenna de 1978 sont pionniers en la matière : appliquant l'ethnométhodologie (*i.e.* l'étude des pratiques quotidiennes et des interactions sociales⁵⁷¹) aux rapports sociaux de sexe, les autrices montrent que les différentes significations apportées au sexe sont le produit d'une construction sociale (le genre), et qu'il est ainsi possible de « construire le monde de différentes façons », y compris en dehors de la binarité⁵⁷². De même, dans son étude majeure publiée en 1990 à propos de la communauté Hijras en Inde, l'anthropologue Serena Nanda souligne que

« les études interculturelles ont démontré une telle variété d'attributs des rôles et des caractéristiques masculins et féminins dans différentes sociétés que la vision du genre comme

⁵⁶⁷ S. Nanda, *Gender Diversity*, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁶⁸ María Victoria Carrera, Maria Lameiras et Renée DePalma, « Sex/gender identity: Moving beyond fixed and 'natural' categories », *Sexualities*, 2012, vol. 15, n° 8, p. 999.

⁵⁶⁹ I. Théry, *La distinction de sexe*, *op. cit.* ; Irène Théry, « Pour une anthropologie comparative de la distinction de sexe » dans *Ce que le genre fait aux personnes*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2008, p. 15-43.

⁵⁷⁰ S.J. Kessler et W. McKenna, *Gender*, *op. cit.* Parmi les ouvrages de référence : G. Herdt (ed.), *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, *op. cit.* ; S. Nanda, *Gender Diversity*, *op. cit.* ; Sabrina Petra Ramet, *Gender reversals and gender cultures : anthropological and historical perspectives*, London; New York, Routledge, 1996, 231 p.

⁵⁷¹ L'ethnométhodologie a été présentée pour la première fois en 1967 dans l'ouvrage du sociologue Harold Garfinkel *Studies in Ethnomethodology* ; pour une traduction, v. Harold Garfinkel, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, PUF, 2020, 480 p.

⁵⁷² S.J. Kessler et W. McKenna, *Gender*, *op. cit.*, p. 22.

une construction culturelle, dont le contenu varie d'une société à l'autre, est désormais largement acceptée dans les sciences sociales »⁵⁷³.

Elle a ainsi recours à une analyse interculturelle afin de mettre en avant que les Hijras ne sont pas une entorse ou une exception à une règle universelle (le binarisme sexuel), mais un mode d'organisation à part entière des relations individuelles ; une multitude d'autres exemples mis en lumière par des travaux anthropologiques soulignent la relativité de ce modèle eurocentré, à savoir la répartition des individus en deux catégories à partir d'un sexe biologique auquel correspond un rôle de genre⁵⁷⁴. Si l'apparence des organes génitaux a été centrale dans la construction de la différence des sexes, le recours au comparatisme montre que d'autres critères, comme la sexualité, peuvent être mobilisés⁵⁷⁵. En effet, dans de nombreuses cultures, le sexe assigné à la naissance en fonction des organes génitaux n'est donc pas nécessairement ni constamment déterminant du statut social de l'individu. Sans prétendre à l'exhaustivité⁵⁷⁶, certains exemples juridiques tant historiques que contemporains l'illustrent.

113. Le droit a en effet pu reconnaître par le passé explicitement un statut juridique différent des femmes et des hommes à certains groupes de la population. C'est le cas notamment de l'Empire byzantin, dont la législation reconnaissait un statut juridique spécifique aux eunuques, c'est-à-dire aux personnes assignées au sexe masculin à la naissance dont la castration leur garantissait l'appartenance à ce groupe : le droit distinguait entre les *ektomioi*, pour qui le mariage était prohibé, contrairement aux *spadones*⁵⁷⁷. Aussi, le juriste Damian A. Gonzalez-Salzberg et l'historienne Maroula Perisanidi soulignent que la législation byzantine (tant le Code Justinien ou *Corpus juris civilis* promulgué au VI^{ème} siècle, que les Basiliques ou lois impériales promulguées au IX^{ème} siècle) appliquait des règles différentes en matière de transaction financière des esclaves pour les femmes et les hommes, mais aussi pour les eunuques⁵⁷⁸. Dans d'autres cas, leur sexe juridique assigné à la naissance est masculin⁵⁷⁹, mais

⁵⁷³ Serena Nanda, *Neither Man Nor Woman: The Hijras of India*, 2^e éd., Belmont, CA, Wadsworth Publishing Co Inc, 1990, p. 128.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 129.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 140.

⁵⁷⁶ D'autres exemples, qui ne sont pas développés ici, auraient pu être mentionnés, parmi lesquels celui des Bantut ou Baklâ aux Philippines, des Khwaja Sira au Pakistan, des Bissu en Indonésie, des Akava'ine dans les Îles Cook, des Winkte au sein de la tribu des Lakotas et des Sipiniit chez les Inuit en Amérique du Nord, ou encore des Apwint au Myanmar.

⁵⁷⁷ Charis Messis, *Les eunuques à Byzance, entre réalité et imaginaire*, Paris, Centre d'études byzantines, néo-helléniques et sud-est européennes École des hautes études en sciences sociales, 2014, 422 p.

⁵⁷⁸ D.A. Gonzalez-Salzberg et M. Perisanidi, « Belonging Beyond the Binary », art. cit, p. 674. Les eunuques étaient loin d'appartenir à la seule catégorie des esclaves : au contraire, ils appartenaient à toutes les classes sociales, et certains ont pu exercer des fonctions au plus proche des empereurs.

⁵⁷⁹ Certains auteurs soulignent par ailleurs que la majorité des exemples d'alternatives au binarisme sexuel eurocentré concernent des individus assignés de sexe masculin à la naissance, et plus rarement l'inverse ; par

le rôle social est plus complexe. C'était par exemple le cas des Wakashu – de jeunes individus assignés de sexe masculin, mais adoptant les codes sociaux des deux sexes – dont la communauté a progressivement disparu de la société japonaise du fait de l'ouverture du Japon au milieu du XIX^{ème} siècle (transition de l'ère Tokugawa (1600–1868) à l'ère Meiji (1868–1912)), jusqu'ici largement isolé du fait d'une politique volontaire de restrictions commerciales aux puissances étrangères, qui marque un tournant majeur dans l'organisation des rapports sociaux de sexe⁵⁸⁰. De nombreuses illustrations (qu'il s'agisse des Muxe au Mexique⁵⁸¹, des Góor-jigéen au Sénégal⁵⁸² ou encore des Kathoey en Thaïlande⁵⁸³) peuvent être mentionnées au sein de sociétés contemporaines⁵⁸⁴. En Oman par exemple, les Xanith sont assignés au sexe masculin à la naissance, et la loi islamique leur réserve les droits accordés aux hommes (comme le droit de témoigner en justice). Toutefois, comme le souligne l'anthropologue Serena Nanda,

exemple, dans son étude sur les Tombois dans la province du Sumatra occidental (ie « des femmes qui se comportent à la manière des hommes »), Evelyn Blackwood souligne ses difficultés à mener des recherches sur ces femmes et à les rencontrer. Contrairement aux Bancis, terme qui désigne des hommes efféminés et/ou homosexuels, l'autrice suppose qu'elles auraient notamment plus de crainte à révéler leur identité dans la sphère sociale (v. Evelyn Blackwood, « Tombois in West Sumatra: Constructing Masculinity and Erotic Desire », *Cultural Anthropology*, 1998, vol. 13, n° 4, p. 491-521).

⁵⁸⁰ Gregory M. Pflugfelder, « The Nation-State, the Age/Gender System, and the Reconstitution of Erotic Desire in Nineteenth-Century Japan », *The Journal of Asian Studies*, 2012, vol. 71, n° 4, p. 963-974.

⁵⁸¹ Dans la région de Tehuantepec dans l'État mexicain d'Oaxaca, les Muxe sont des individus assignés de sexe masculin à la naissance qui ne s'identifient pas dans les catégories de la binarité ; leur apparence associée aux normes de la masculinité est nuancée par des vêtements ou du maquillage traditionnellement réservés aux femmes, et leur rôle social est généralement associé à celui des femmes (v. M.V. Carrera, M. Lameiras et R. DePalma, « Sex/gender identity: Moving beyond fixed and 'natural' categories », art. cit ; Alfredo Mirandé, « Hombres Mujeres: An Indigenous Third Gender », *Men and Masculinities*, octobre 2016, vol. 19, n° 4, p. 384-409).

⁵⁸² En wolof, *Góor-jigéen* peut être traduit par « homme-femme » : il désigne des personnes assignées de sexe masculin ne se reconnaissant ni dans une identité féminine ni dans une identité masculine. Aujourd'hui utilisé pour désigner de manière péjorative les hommes homosexuels, le terme était autrefois davantage associé à une identité de genre plus qu'à une orientation sexuelle. Ainsi, les Góor-jigéen étaient associés à des individus assignés de sexe masculin adoptant les codes sociaux, et notamment vestimentaires, des femmes de leur entourage. Leur statut était reconnu au sein de la société, et leur conférait par exemple le rôle de maître de cérémonie lors d'événements comme les mariages ou baptêmes (v. Christophe Broqua, « Góor-jigéen : la resignification négative d'une catégorie entre genre et sexualité (Sénégal) », *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, décembre 2017, n° 9, p. 163-183).

⁵⁸³ Le terme Kathoey fait référence aux individus assignés hommes à la naissance qui adoptent les codes sociaux de la féminité, sans être reconnus de sexe féminin. En effet, ces personnes s'identifient à des « êtres féminins » – rarement à de « véritables » femmes – ou à une identité non binaire : si la plupart exercent des métiers traditionnellement réservés aux femmes et ont une apparence physique ou vestimentaire équivalente, une frontière nette est marquée avec les « vraies » femmes, notamment du fait de leur incapacité à procréer. Cette différence de traitement se traduit directement au sein de l'ordre juridique – puisqu'elles sont aux yeux du droit des individus de sexe masculin. Les Kathoey ont pu être visés par des règlements visant à leur interdire l'accès à des universités du fait de leur « mauvaise orientation sexuelle » (v. Cheera Thongkrajai, « Kathoey, un genre multiple », *Moussons. Recherche en sciences humaines sur l'Asie du Sud-Est*, 1 juillet 2012, n° 16, p. 157-174).

⁵⁸⁴ D'autres exemples auraient pu être cités, que ce soit le statut des RaeRae et Mahu en Polynésie française, des Fa'afafine aux Samoa, des Fakafefine aux Tonga, également assignés de sexe masculin à la naissance et juridiquement considérés comme des hommes, mais qui adoptent un comportement social et une apparence associés aux normes de la féminité (v. Niko Besnier, « Polynesian Gender Liminality Through Time and Space » dans *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, New York, Zone Books, 1994, p. 285-328 ; Emmanuel Stip, « Les RaeRae et Mahu : troisième sexe polynésien », *Santé mentale au Québec*, 2015, vol. 40, n° 3, p. 193-208).

leur statut au sein de la société est spécifique : bien que le port de vêtements féminins leur soit interdit, les Xanith ont accès à des espaces et des activités réservés aux femmes⁵⁸⁵. À l'inverse, en Albanie, les Burrneshë (ou Burnesha) sont des « fictions masculines »⁵⁸⁶ connues depuis au moins le XV^{ème} siècle, à savoir des individus assignés au sexe féminin à la naissance qui accèdent à un statut social et juridique masculin après accord (ou décision) de leur famille (et notamment du père), parfois dès l'enfance⁵⁸⁷. Leur statut (qualifié par certains auteurs d'intermédiaire, puisqu'elles ne sont « plus tout à fait des femmes, mais pas tout à fait des hommes »⁵⁸⁸) est traditionnellement régi par le *Kanun*, un code coutumier rassemblant différentes lignes de conduite à adopter en société, dont la version écrite n'est apparue qu'en 1933. Pour une femme, devenir Burrneshë peut être motivé par plusieurs raisons, notamment sociales et économiques⁵⁸⁹. Accéder au statut de Burrneshë peut aussi être motivé par la volonté d'acquérir des droits et privilèges supérieurs, comme pouvoir exercer des activités traditionnellement réservées aux hommes, par exemple « siéger aux assemblées de village et de lignage »⁵⁹⁰, ou encore de faire une carrière militaire. Ainsi, le droit leur accorde un statut juridique masculin dans la mesure où leur comportement, leur rôle social, et leur apparence physique est équivalent à celui des hommes.

⁵⁸⁵ S. Nanda, *Neither Man Nor Woman*, op. cit., p. 130.

⁵⁸⁶ Gilles de Rapper, « Entre masculin et féminin: La vierge jurée, l'héritière et le gendre à la maison », *L'Homme - Revue française d'anthropologie*, 1 janvier 2000, n° 154-155, p. 461.

⁵⁸⁷ Antonia Young, *Women Who Become Men: Albanian Sworn Virgins*, Oxford ; New York, Bloomsbury Publishing, 2000, p. 60.

⁵⁸⁸ G. de Rapper, « Entre masculin et féminin », art. cit., p. 462.

⁵⁸⁹ A. Young, *Women Who Become Men: Albanian Sworn Virgins*, op. cit., p. 57. Par exemple, dans la mesure où la transmission générationnelle est assurée par une ascendance paternelle, lorsqu'une famille a seulement des enfants de sexe féminin, l'une d'entre elles peut être contrainte de devenir Burrneshë ou « vierge jurée », à savoir faire vœu de chasteté, ne pas se marier et ne pas avoir d'enfants, ce qui peut aussi en faire le seul moyen possible afin de refuser un mariage arrangé. Ces femmes ont également pour fonction de s'occuper de leurs parents jusqu'à leur mort, un rôle normalement réservé aux fils cadets de la famille (v. G. de Rapper, « Entre masculin et féminin », art. cit., p. 457).

⁵⁹⁰ G. de Rapper, « Entre masculin et féminin », art. cit., p. 462.

Conclusion du Chapitre 1

114. L'analyse révèle que le sexe juridique a été construit à partir du principe de la binarité dans une double perspective. L'institution matrimoniale, fondée sur l'exigence d'une différence de sexe entre les époux, a premièrement servi à naturaliser la norme de la binarité. La position du droit positif vis-à-vis du discours médical – largement présent au sein de la jurisprudence relative à la validité du mariage – révèle que le sexe juridique est bien mobilisé comme un *outil* à des fins de maintien d'un ordre social spécifique : s'il faut certes maintenir l'exigence de la différence de sexe entre les époux, indispensable afin de garantir la reproduction en tant qu'objectif de l'institution matrimoniale, le droit prend néanmoins ses distances avec un discours scientifique qui se veut de plus en plus exigeant quant aux conditions nécessaires pour faire état de cette différence de sexe. Toute ambiguïté sexuelle est donc condamnée, mais la condition de la différence de sexe entre époux ne saurait être poussée à son paroxysme, au risque de mettre en péril l'institution matrimoniale. Ensuite, le processus d'universalisation de la norme de la binarité des sexes est en large partie porté par le droit colonial, constitutif du développement des États européens. L'ambiguïté sexuelle est cette fois-ci largement constatée chez les indigènes, comme preuve irréfragable de leur infériorité. Elle est toutefois encadrée afin, là aussi, de garantir la pérennité de l'institution coloniale : toute déviance à la norme binaire est prohibée par le droit colonial, lequel stigmatise les populations qui s'en écartent. La puissance de ce processus est néanmoins révélée par les savoirs critiques, notamment anthropologiques, qui s'appliquent à mettre en lumière la contingence du modèle eurocentré de la binarité en documentant l'existence de systèmes de sexe pluriels. Naturalisation et universalisation se conjuguent ainsi pour produire un ordre sexué à partir du binarisme sexuel qui prétend à l'évidence, mais qui se révèle au contraire contingent et historiquement situé. Cette première dimension du sexe juridique (la binarité) est indissociable de la seconde, qui fait l'objet du chapitre suivant : son intangibilité, à savoir la mise en œuvre par le droit de mécanismes destinés à ancrer de manière durable et permanente le sexe féminin ou masculin des individus au sein de l'ordre juridique.

Chapitre 2 : La construction de la catégorie de sexe selon un principe d'intangibilité

115. L'État comme souverain et comme personne morale « a besoin d'étendre son paradigme à la constitution du sujet individuel dont il se fait un corps et une réplique »⁵⁹¹. Se révèle alors le caractère central de l'état des personnes dans le développement de l'État moderne. Notion assurément « complexe » et « incertaine »⁵⁹², les « éléments distinctifs »⁵⁹³ qui constituent l'état des personnes varient selon qu'on s'en réfère à une acceptation large ou restreinte⁵⁹⁴, et d'un pays à l'autre⁵⁹⁵. Il est néanmoins possible de retenir que ce sont des éléments qui *individualisent* chaque individu par rapport au reste de la société⁵⁹⁶, « auxquels la loi attache des effets de droit »⁵⁹⁷, et le sexe en fait donc ainsi classiquement partie⁵⁹⁸. L'état des personnes a pour caractéristique d'être institué de manière unilatérale et souveraine : c'est l'État, et seulement lui, qui institue les éléments caractéristiques de l'état des personnes⁵⁹⁹, sans laisser les individus exprimer une quelconque volonté. Directement lié à la puissance étatique⁶⁰⁰, il se veut en effet suffisamment stable pour garantir sa pérennité. Il est alors nécessaire que le droit en possède la pleine maîtrise. Pour cela, l'État s'est doté d'un état civil, dont la fonction

⁵⁹¹ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 133, para. 243.

⁵⁹² M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », art. cit, p. 317. Dans le même sens, A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit, p. 248. L'autrice constate que le recours à l'étymologie du mot « état » n'est pas éclairante : « le mot état vient du latin *status* et dérive du verbe *stare*, dont est issu *statio* qui signifie le lieu où une personne se tient, *stat*, pour accomplir les fonctions dont elle est chargée. Or *status* est à géométrie variable, se trouvant souvent employé comme synonyme de termes aussi imprécis et différents que ceux de *conditio*, *jus personarum* ou encore *qualitas*, et les définitions, quand il en est, sont d'une grande variété d'une plume à l'autre » (*Ibid.*, p. 250).

⁵⁹³ Marc Pichard, « État des personnes » dans *Genre et droit: ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016, p. 28.

⁵⁹⁴ Gérard Cornu, *Droit civil. Les personnes*, Paris, 2007, p. 84 : « la doctrine moderne tend à retenir de l'état une vue ouverte plus diversifiée. L'âge, le sexe, la profession et même la religion sont également reconnus, avec plus ou moins d'effets, comme éléments de l'état ». On retrouve ainsi dans le Lexique de Dalloz une conception large, l'état des personnes étant « « l'ensemble des éléments caractérisant la situation juridique d'une personne au plan individuel (date et lieu de naissance, nom, prénom, sexe, capacité, domicile), au plan familial (filiation, mariage) et au plan politique (qualité de français ou d'étranger), concourant à l'identification et à l'individualisation de cette personne dans la société » (Serge Guinchard et Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques 2025-2026*, Paris, Dalloz, 23ème éd., 2025, p. 484).

⁵⁹⁵ Certains États, comme l'Allemagne, l'Autriche ou encore la Grèce ont ainsi pu intégrer la religion comme élément de l'état des personnes.

⁵⁹⁶ D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit, p. 267 ; M. Pichard, « État des personnes », art. cit, p. 28. ; v. également G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, op. cit., p. 159.

⁵⁹⁷ Michelle Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ*, 1992, p. 499.

⁵⁹⁸ François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection*, 8ème., Paris, Dalloz, 2012, p. 141 ; F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 87.

⁵⁹⁹ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 133, para. 243.

⁶⁰⁰ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit, p. 253.

principale consiste en l'identification des individus à partir des éléments qui constituent l'état des personnes⁶⁰¹, et donc, à partir du sexe, dont la stabilité se traduit par un principe d'intangibilité. En effet, le sexe est dépeint par l'ordre juridique comme une donnée naturelle et immuable, laquelle ne saurait donc être modifiée après avoir été assignée. Pourtant, cette logique est frontalement remise en question lorsque les individus revendiquent la possibilité de modifier ce sexe, tant sur le plan matériel que civil. Ce chapitre vise alors à illustrer les dispositifs mis en œuvre par l'ordre juridique afin de conserver la pleine maîtrise du sexe juridique, en tant qu'expression de sa souveraineté.

116. En ce sens, deux éléments montrent que la sexuation de la personne juridique selon une logique hétéronome s'appuie sur un principe d'intangibilité. D'une part, le sexe, en tant que catégorie de l'état des personnes, est verrouillé par l'état civil : il doit impérativement être mentionné dès la naissance. Cette assignation à un sexe juridique féminin ou masculin se veut pérenne, dans la mesure où le sexe des individus est réputé immuable : ce qui est désigné comme le sexe biologique serait un fait naturel, que le droit ne ferait que constater ; pourtant, il participe pleinement à l'inscription des normes du féminin et du masculin directement dans les corps des personnes intersexes (**Section 1**). D'autre part, lorsque le droit est confronté aux demandes des personnes trans (tant celle de changer certains aspects de leur corps via des opérations que celle de modifier la mention de leur sexe à l'état civil), se révèle le caractère indisponible du sexe juridique : il est entièrement soustrait à l'empire de la volonté individuelle. L'intangibilité, lorsqu'elle est bousculée, est donc entièrement maîtrisée par le droit (**Section 2**).

Section 1 : L'intangibilité du sexe commandée par un impératif d'identification

Section 2 : L'intangibilité du sexe bousculée par le contentieux du droit des personnes trans

⁶⁰¹ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 723.

Section 1 : L'intangibilité du sexe commandée par un impératif d'identification

117. L'état civil est l'« instrument de prédilection du droit pour définir l'identité d'une personne »⁶⁰². Aussi, pour reprendre l'analyse proposée par Éric Millard, l'état civil apparaît non pas (à la différence de l'état des personnes) comme modèle de l'État, mais comme « un des éléments de la construction même de l'État »⁶⁰³, tant par ses fonctions d'authentification des éléments qui constituent l'état des personnes (*i.e.* l'état civil comme service public) que d'identification des sujets. Une contradiction apparaît alors : si identifier les individus vise à « désigner les éléments qui font de telle personne un sujet unique »⁶⁰⁴, en quoi la mention du sexe remplit-elle cette fonction d'individualisation ? Il faut alors tout de suite relever que l'état civil est loin d'être un « simple lieu d'enregistrement administratif des personnes » ; au contraire, « son élaboration et ses usages sont révélateurs de la manière dont nos sociétés pensent les questions d'identité personnelle et d'institution des personnes »⁶⁰⁵. Or, à ce titre, le sexe est assigné aux individus en ce qu'il leur est extérieur (c'est une donnée biologique qui s'impose à eux), et même, extérieur au droit (c'est une donnée pré-légale, qui existe en dehors du droit, qu'il ne fait que constater). Le fait d'inclure la mention du sexe à l'état civil répond alors à un simple constat d'un élément naturel et par essence immuable (§1). Le droit s'appuie alors sur la matérialité des corps afin d'inscrire directement cette stabilité, et ainsi, garantir l'intangibilité du sexe juridique (§2).

§1. Une assignation civile : la stabilité du sexe assurée par sa mention à l'état civil

118. En partant du principe selon lequel « l'évolution de l'État affecte la figure du sujet de droit »⁶⁰⁶, il faut reconnaître que la naissance de l'État moderne est étroitement liée (conditionnée) à la mise en œuvre de techniques d'identification des individus⁶⁰⁷. En effet, « la souveraineté de l'État suppose une connaissance et une maîtrise des sujets du pouvoir, et son efficacité est largement dépendante de la sûreté de cette connaissance »⁶⁰⁸. L'historien Gérard

⁶⁰² S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁰³ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *art. cit.*, p. 722.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ J. Courduriès, C. Dourlens et L. Héroult, *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁰⁶ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 135, para. 245.

⁶⁰⁷ M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *art. cit.*, p. 320.

⁶⁰⁸ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », *art. cit.*, p. 723. Dans le même sens, M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *art. cit.*, p. 320.

Noiriel souligne en ce sens que l'apparition des États monarchiques va de pair avec le développement accru de techniques d'identification, avec pour élément central le patronyme, dans la mesure où ils cherchent à « consolider leur domination sur des territoires de plus en plus vastes »⁶⁰⁹. De même, Dean Spade s'appuie sur les travaux de James C. Scott pour montrer que le processus de standardisation de données à propos des individus, comme le nom de famille, est corollaire à l'émergence de l'État moderne⁶¹⁰. Une nouvelle forme de gouvernance apparaît alors : l'État devient en mesure d'identifier précisément chaque individu, et par là, d'avoir une vision d'ensemble sur sa population, ce qui lui permet par exemple d'avoir des informations en termes de forces mobilisables dans l'armée (conscription), de démographie, ou encore concernant le nombre de contribuables⁶¹¹.

119. L'état civil est donc un outil de visibilisation et de reconnaissance de la personne juridique par l'État. L'administration utilise différents actes – de naissance, de mariage, de décès⁶¹² – qui « font advenir l'état des personnes »⁶¹³. Ces actes, véritables « enjeux de pouvoir »⁶¹⁴, ont une fonction tant de publicité que probatoire⁶¹⁵ en ce qu'ils attestent (authentifient) des éléments de l'état des personnes⁶¹⁶. Parmi ces actes figure l'acte de naissance – « lieu inaugural de l'existence civile d'une personne »⁶¹⁷ – lequel s'assure, pour reprendre les mots du doyen Carbonnier, que « l'entrée d'une nouvelle personne dans la vie juridique doit être portée à la connaissance de l'État et du public »⁶¹⁸, et constitue notamment la preuve du sexe de la

⁶⁰⁹ Gérard Noiriel (ed.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin, 2007, p. 11.

⁶¹⁰ Dean Spade, « Documenting Gender », *Hastings Law Journal*, mars 2008, vol. 59, p. 739. Pour la traduction française de l'ouvrage, v. James C. Scott, *L'oeil de l'État: moderniser, uniformiser, détruire*, traduit par Olivier Ruchet, Paris, La Découverte, 2021, 546 p.

⁶¹¹ Maryline Bruggeman, « Le contenu de l'acte de naissance » dans *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, 2008, p. ; Anne Lefebvre-Teillard, *Le nom: droit et histoire*, Paris, PUF, 1990, p. 96. ; G. Sicard, « L'identité historique », art. cit, p. 171. ; É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 722.

⁶¹² Irène Théry et Anne-Marie Leroyer ajoutent qu'en France, depuis la loi de 1972, la reconnaissance d'un enfant constitue un quatrième acte de l'état civil, Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 73 ; ce sont les actes de l'état civil *stricto sensu*, qui peuvent être complétés par d'autres types d'actes, v. F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 124.

⁶¹³ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 69.

⁶¹⁴ G. Noiriel (ed.), *L'identification*, op. cit., p. 6.

⁶¹⁵ F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 127 ; « L'acte de l'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes » (Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 1983, n° 82-13.247).

⁶¹⁶ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 723 ; Anne-Marie Leroyer, « L'état civil au prisme du genre: un révélateur des discriminations » dans *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éditions, 2016, p. 137 ; J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, op. cit., p. 330. (« les actes de l'état civil sont les écrits dans lesquels l'autorité publique constate, d'une manière authentique, les principaux événements d'où dépend l'état des personnes »).

⁶¹⁷ J. Courduriès, C. Dourlens et L. Hérault, *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, op. cit., p. 12.

⁶¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, op. cit., p. 255. Dans le même sens, Michèle-Laure Rassat, « Sexe, médecine et droit » dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 662.

personne⁶¹⁹. Or, dès l'instauration d'un système d'état civil, la mention du sexe a été intégrée parmi les autres éléments d'identification de la personne, sans que cela ne relève pourtant de l'évidence **(A)**. Toutefois, elle s'en distingue par sa spécificité : alors que d'autres éléments comme le nom ou peuvent, dans certaines conditions prévues par la loi, être modifiés, le sexe est considéré comme une donnée naturelle absolument immuable, et dont la mention est donc intangible **(B)**.

A. Le sexe, un élément impératif de l'état des personnes

120. La mise en œuvre d'un système d'enregistrement civil des individus (contrôlé exclusivement par les autorités étatiques) est le résultat d'un long processus, guidé par un même objectif : être en mesure, pour un État, d'identifier précisément sa population. L'identification des individus (le fait d'être en mesure de dire qui est tel sujet) n'est donc pas corollaire de l'instauration de l'état civil. D'autres mécanismes se sont développés visant le même objectif, lesquels ne semblent toutefois pas s'appuyer sur le sexe comme mention autonome **(1)**, alors même que le sexe apparaît de manière évidente au sein des registres d'état civil **(2)**.

1. Une mention implicite du sexe au sein des registres paroissiaux

121. La capacité pour un État à pouvoir procéder à l'identification de ses sujets participe directement de sa souveraineté⁶²⁰. Les États se sont toujours intéressés à la part des individus de sexe féminin ou masculin que constituent leur population, tant dans une perspective globale (savoir quelle part de la population représente les femmes et les hommes) que d'*identification* (savoir que tel individu est de sexe féminin ou masculin). Les raisons sont diverses, et touchent tant à la démographie, à la fiscalité qu'à la conscription militaire. Les historiens Jacques et Michel Dupâquier remarquent en ce sens que « partout où le pouvoir se constitue, on énumère »⁶²¹ : ils font par exemple état de systèmes de recensement dès le XI^{ème} siècle avant J.-C. en Chine destinés notamment à constater « le nombre des hommes et des femmes appartenant aux neuf classes de la population »⁶²², tandis qu'au Japon, un recensement de la population est organisé en 645 par l'empereur Kôtokou, visant à classer la population sur des registres en

⁶¹⁹ M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit, p. 670.

⁶²⁰ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 722 ; G. Noiriel (ed.), *L'identification*, op. cit.

⁶²¹ Jacques Dupâquier et Michel Dupâquier, *Histoire de la démographie*, Paris, Perrin, 1985, p. 27.

⁶²² *Ibid.*, p. 29.

fonction de critères comme l'âge, le degré de fortune, ou encore le sexe⁶²³. De nombreux mécanismes ont ainsi été mis en œuvre afin de renseigner des informations sur la population, permettant notamment sa répartition en deux catégories distinctes, femmes et hommes, mais sans pour autant faire du sexe un élément autonome et isolé propre à chaque individu.

122. Ce sont néanmoins les registres paroissiaux – dont les premiers seraient apparus en Italie au XIII^{ème} siècle⁶²⁴ – qui vont poser les bases de l'état civil, puisqu'ils aspirent à enregistrer systématiquement les individus et plus précisément leur état dans une perspective d'identification⁶²⁵, afin par exemple d'éviter les empêchements à mariage⁶²⁶. Parmi les étapes importantes à souligner dans la mise en œuvre de ce processus multiséculaire, on note la date du 11 novembre 1563, à laquelle le Concile de Trente – réunion d'évêques et de théologiens en réaction à la Réforme protestante – acte que l'ensemble des prêtres doivent désormais consigner sur un registre le nom des baptisés⁶²⁷. C'est dans un second temps que le pouvoir monarchique commence à s'emparer de cet outil, et intervient afin de rendre la tenue de ces registres obligatoire, toujours sous la responsabilité des autorités religieuses. En Angleterre d'abord, avec l'ordonnance d'Henri VIII de 1538 (à l'initiative de son ministre Thomas Cromwell), qui ordonne à toutes les églises de tenir un registre des baptêmes, mariages et sépultures⁶²⁸. À la même période, au sein du Royaume de France, l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 15 août 1539 édictée par le roi François I^{er} rend obligatoire la tenue des registres de baptême par l'Église⁶²⁹. L'État monarchique s'appuie dès lors sur l'Église afin d'identifier ses sujets et d'affirmer son autorité sur « les populations des territoires [...] conquis »⁶³⁰. Une autre étape décisive intervient avec l'ordonnance civile de 1667 de Saint-Germain-en-Laye, qui fait des registres paroissiaux la preuve non plus seulement de faits (comme la naissance) mais de l'état

⁶²³ *Ibid.*, p. 32. Sur la mise en œuvre d'un système de recensement et d'identification dans le Rome antique, v. not. Claudia Moatti, « Reconnaissance et identification des personnes dans la Rome antique » dans Gérard Noiriel (ed.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin, 2007, p. 27-55 ; v. également G. Sicard, « L'identité historique », art. cit. Des déclarations de naissance (*professio liberum*) sont ainsi constatées tant à Rome qu'en Égypte.

⁶²⁴ J. Dupâquier et M. Dupâquier, *Histoire de la démographie*, op. cit., p. 50.

⁶²⁵ G. Noiriel (ed.), *L'identification*, op. cit., p. 11.

⁶²⁶ G. Sicard, « L'identité historique », art. cit., p. 132.

⁶²⁷ La pratique fut néanmoins observée avant cette date dans plusieurs pays à l'initiative de quelques paroisses : par exemple, en 1515, en Hongrie, le synode impose aux curés de tenir un registre dans lequel sera noté le nom des baptisés, ainsi que celui de leurs parents, parrains et marraines (J. Dupâquier et M. Dupâquier, *Histoire de la démographie*, op. cit., p. 53).

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁶²⁹ Claire Judde de Larivière, « Du sceau au passeport. Genèse des pratiques médiévales de l'identification » dans Gérard Noiriel (ed.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin, 2007, p. 69. L'enregistrement des mariages et décès est imposé ultérieurement par l'ordonnance de Blois de 1579, promulguée par le roi Henri III.

⁶³⁰ G. Noiriel (ed.), *L'identification*, op. cit., p. 13.

des personnes (comme la filiation), lequel est gouverné jusqu'ici par la preuve testimoniale⁶³¹ : ces registres deviennent alors de véritables registres d'état civil⁶³², et acquièrent leur « dimension constitutive du sujet juridique de l'État »⁶³³. Or on note que là aussi, au sein de ces registres, le sexe n'apparaît pas comme une caractéristique destinée à individualiser la personne. En effet, les registres de baptême paroissiaux ne font pas apparaître spécifiquement la mention du sexe du nouveau-né : cette information est seulement implicitement indiquée par des formulations telles que « fils ou fille légitime de... »⁶³⁴. Certains actes s'en approchent néanmoins en indiquant qu'ils font état de la naissance d'un garçon ou d'une fille. Par exemple, la juriste Fanny Vasseur-Lambry rapporte un acte de baptême rédigé comme suit le 13 mai 1756 :

« Lan de grace mil sept cent cinquante-six et le treize de mai a été baptisé par moy maitre Antoine Francois Devis pretre curé de Conchy soussigné, *une fille* née le même jour sur les quatres heures du matin [...] »⁶³⁵.

Dès lors, le sexe n'apparaît pas encore comme une mention proprement dite au sein de l'état civil, qui laisse penser à « l'enregistrement d'une propriété de l'individu »⁶³⁶. Il faut, pour cela, attendre la sécularisation de l'état civil à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle.

⁶³¹ Cette période est en effet marquée par une reconnaissance accrue du mode d'identification par écrit, qui supplante la preuve orale jusqu'ici privilégiée (Agnès Fine (dir.), *États civils en questions: papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, Éditions du CTHS, 2008, p. 14).

⁶³² A. Lefebvre-Teillard, *Le nom*, op. cit., p. 93.

⁶³³ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 724.

⁶³⁴ Par exemple, le 17 juin 1614, le Pape V impose d'enregistrer les baptêmes comme suit : « L'an du Seigneur...jour...mois...Moi, N. curé de la présente église St N. de la ville de N., j'ai baptisé un enfant né (ou née) de N. et N. époux de cette paroisse [...] », reproduit et traduit par J. Dupâquier et M. Dupâquier, *Histoire de la démographie*, op. cit., p. 53.

⁶³⁵ Nous soulignons. En l'espèce, l'enfant était hermaphrodite, et une mention fut ensuite ajoutée sur le même acte après qu'un chirurgien ait constaté la nature davantage masculine du sexe de l'enfant : « Nota : il est a remarquers que led. enfans a esté visitée par le sieur Pierre Deflesselle, maitre chirurgien de cette province dartois et quy a soussigné avec moy, led. Deflesselle a reconnue que led. enfans estoit née hermaphroditte tesnant plus de la nature de l'homme que de la femme » (Fanny Vasseur-Lambry, « L'Identité, l'état civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes » dans *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois Presses Université, 2015, p. 61-87).

⁶³⁶ Laurence Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. » dans *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, p. 28.

2. Une mention explicite du sexe au sein des registres d'état civil

123. Dans de nombreux États (notamment européens, et dans une moindre mesure⁶³⁷, au sein de leurs territoires colonisés⁶³⁸), l'état civil s'est développé à travers un même processus de sécularisation à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle⁶³⁹. Le monopole des autorités étatiques quant à l'identification des individus s'est alors traduit par la mise en œuvre d'un « service public »⁶⁴⁰ d'état civil (ou équivalent fonctionnel)⁶⁴¹, à savoir par « l'instauration d'une administration en charge de l'écriture de l'état des personnes »⁶⁴², c'est-à-dire entièrement indépendante de l'Église et contrôlée par la puissance publique. Ce fut le cas en France, à la période révolutionnaire⁶⁴³, et c'est également à ce moment que le sexe fait son apparition comme une mention autonome au sein des actes de l'état civil, et plus particulièrement sur les actes de naissance⁶⁴⁴.

⁶³⁷ La mise en œuvre d'une telle infrastructure demande en effet des moyens conséquents, et les empires coloniaux, bien que nécessairement intéressés par l'identification des populations indigènes, n'ont pas toujours été enclins à développer une administration suffisamment solide en mesure d'assurer la tenue d'un service d'état civil à proprement parler (Keith Breckenridge et Simon Szreter (eds.), *Registration and Recognition: Documenting the Person in World History*, Oxford, British Academy, 2012, p. 2).

⁶³⁸ En Algérie par exemple, le processus de création de l'état civil débute pendant la colonisation française, notamment avec l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 1882 qui crée un service d'état civil dédié aux populations sur place : v. loi du 23 mars 1882 qui constitue l'État civil des indigènes musulmans de l'Algérie, n° 11,663 (bulletin des lois de la République française, n° 689, p. 349), dont l'article 2 prévoit « un recensement de la population indigène musulmane », dont le résultat « sera consigné sur un registre matrice [...] qui mentionnera les noms, prénoms, profession, domicile, et, autant que possible, l'âge et le lieu de naissance de tous ceux qui y seront inscrits », v. à ce sujet Nadia Younsi-Haddad, « L'état civil en Algérie » dans *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 213-240 ; v. également Ilse About, « Identités indigènes et police coloniale » dans *Aux origines de la police scientifique*, Paris, Karthala, 2011, p. 280-301.

⁶³⁹ En Prusse par exemple, la loi du 9 mars 1874 transfère la tenue des registres d'état civil à la seule autorité de l'État, disposition qui sera étendue à l'ensemble de l'Empire allemand l'année suivante (loi du 6 février 1875) ; l'enregistrement des naissances doit là aussi inclure la désignation du sexe de l'enfant (Hadrian Ciechanowski, « The Polish Civil Status Registration System – the Longue Durée of the Prussian Idea », *Journal on European History of Law*, 2020, vol. 11, n° 2, p. 76-80) ; au Brésil, devenu indépendant en 1822, une première tentative d'instauration d'état civil a lieu avec l'adoption du décret 798 du 18 juin 1851, ce qui n'est pas sans soulever des résistances de la part de la population et des autorités religieuses ; le texte prévoit l'enregistrement obligatoire des naissances et décès afin de prendre exemple sur les « nations civilisées », et précise que l'acte de naissance doit notamment spécifier le sexe de l'enfant, v. Mara Loveman, « Blinded Like a State: The Revolt against Civil Registration in Nineteenth-Century Brazil », *Comparative Studies in Society and History*, 2007, vol. 49, n° 1, p. 5-39.

⁶⁴⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, op. cit., p. 331.

⁶⁴¹ Ces services peuvent différer d'un pays à l'autre et avoir des particularités propres (G. Noiriel (ed.), *L'identification*, op. cit., p. 4).

⁶⁴² É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 722.

⁶⁴³ À noter qu'en France, les personnes non catholiques accèdent à la reconnaissance de leur statut civil, jusqu'ici réservée aux catholiques, sans avoir besoin de se convertir grâce à l'édit de tolérance de Louis XVI (ou édit de Versailles) du 7 novembre 1787.

⁶⁴⁴ L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 28.

124. Le transfert de compétence a lieu définitivement à la fin du XVIII^{ème} siècle, période où les constituants souhaitent limiter les prérogatives de l'Église⁶⁴⁵. La tenue des registres d'état civil est confiée par la Constitution de 1791 à des officiers publics⁶⁴⁶, et l'année suivante, un décret de 1792 précise les modalités de mise en œuvre, parmi lesquelles la nécessité de faire mention du sexe des nouveau-nés au sein des registres⁶⁴⁷. Désormais, « les règles déterminant l'insertion de la personne dans la société relèvent du pouvoir civil »⁶⁴⁸. Or quelles ont été les justifications à l'insertion de cette mention au sein l'état civil, jusqu'ici absente des registres ? En quoi cette mention a-t-elle été jugée utile à l'identification des individus, qui constitue le propre de l'état civil⁶⁴⁹, au même titre que le nom et le prénom ? L'analyse de la retranscription des débats parlementaires dans le cadre de l'adoption du décret du 20 septembre 1792 relatif au modes de constatation de l'état civil des citoyens n'apporte que peu de réponses : l'inscription spécifique de la mention du sexe au sein des actes de naissance, bien qu'il s'agisse là d'une nouveauté, n'a pas fait l'objet de discussions approfondies. Au contraire, les parlementaires se sont davantage concentrés sur l'inscription (ou non) des prénom, nom, ou encore surnom de l'enfant⁶⁵⁰. Ainsi, le projet de loi, déposé le 17 mai 1791, prévoyait initialement que la déclaration de naissance mentionne le jour, le lieu de naissance, ainsi que le nom patronymique de l'enfant. Les discussions relatives à l'article 7 ont eu lieu l'année suivante, lors de la séance du 23 juin 1792, lequel est alors rédigé en ces termes :

« La déclaration contiendra le jour, l'heure et le lieu de naissance, les surnoms qui auront été donnés à l'enfant, les noms et surnoms de ses père et mère, leur profession, leur domicile, le lieu et la date de leur mariage, s'ils sont connus par les déclarants [...] ».

Aucune mention du sexe n'est donc explicitement prévue. Suite à la lecture du texte devant l'assemblée, seules des discussions relatives aux noms, surnoms ou encore au lieu du mariage des parents sont soulevées. Des modifications ont ainsi été apportées, puis le rapporteur a de nouveau fait une lecture de l'article en question, rédigé comme tel :

« La déclaration contiendra le jour, l'heure, le lieu de la naissance et *la désignation du sexe de l'enfant*, le prénom et surnom des père et mère, leur profession et leur domicile ».

⁶⁴⁵ G. Sicard, « L'identité historique », art. cit, p. 146.

⁶⁴⁶ Constitution du 3 septembre 1791, Titre II, art. 7 : « [...] le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes ».

⁶⁴⁷ Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

⁶⁴⁸ G. Sicard, « L'identité historique », art. cit, p. 175.

⁶⁴⁹ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 725.

⁶⁵⁰ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Première série (1787 à 1799), Tome XLV du 9 juin 1792 au matin au 30 juin 1792 au matin*, Paris, Imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer, 1895, 798 p, p. 595.

La désignation du sexe de l'enfant a ainsi été ajoutée à la disposition, alors que les discussions parlementaires n'en ont pas fait mention, et conservée au sein de la version finale du texte⁶⁵¹.

125. S'il est certain qu'à cette époque, la distinction entre les sexes revêt une importance singulière en raison de leurs statuts juridiques différenciés⁶⁵², rien n'indique pour autant qu'elle doive nécessairement reposer sur l'inscription d'un sexe juridique à l'état civil. La pratique des registres paroissiaux, dont la formulation permettait déjà de différencier femmes et hommes sans recourir à une telle mention, en apporte la preuve. Celle-ci semblait d'ailleurs avoir inspiré la version initiale de l'article 7 du décret de 1792. Le sexe s'est toutefois depuis lors maintenu comme élément essentiel à l'identification de la personne à l'état civil, sans que la nécessité de cette mention ne soit remise en question⁶⁵³. Cette apparition du sexe comme mention autonome à l'état civil n'est pas sans conséquences sur le régime appliqué par le droit au sexe juridique, lequel est perçu comme un élément immuable.

B. Le sexe, un élément soumis à un régime spécifique d'intangibilité

126. Le sexe s'intègre donc aux différents éléments constitutifs de l'état civil. Il semble pourtant tout à la fois s'en distinguer par son caractère singulier, et notamment son intangibilité : il ne peut être modifié. On peut en effet s'appuyer sur l'analyse menée par Laurence Hérault pour montrer que l'apparition de la mention du sexe est corrélée à son appréhension comme *attribut* (ou propriété individuelle), laquelle doit être renseignée au sein de l'acte de naissance, ce qui en fait par définition un élément naturel et immuable de la personne qui ne saurait être modifié⁶⁵⁴. Il en va autrement d'autres éléments⁶⁵⁵, comme le nom, lequel est une *attribution*, dont le changement est encadré.

⁶⁵¹ Décret du 20 septembre 1792, Titre III, art. 7.

⁶⁵² La catégorie de « citoyen » est ainsi en partie délimitée à partir du sexe, dans la mesure où, malgré les aspirations universalistes proclamées au sein de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le droit distingue entre deux catégories, les femmes et les hommes : v. à ce sujet Joan Wallach Scott, *La citoyenne paradoxale: les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, 286 p., v. *infra*.

⁶⁵³ Par exemple, l'instruction générale relative à l'état civil de 1955 précise ainsi que « les actes ne doivent pas faire mention de la race ou de la religion, aucune discrimination n'étant faite à cet égard par la loi entre les individus » (Instruction générale relative à l'état civil du 21 septembre 1955, para. 100, publiée au JORF du 22 septembre 1955, p. 9336) ; or comme l'analyse Elsa Fondimare, l'ordre juridique rejette « implicitement le caractère discriminatoire de la mention du sexe à l'état civil » (Elsa Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Paris Nanterre, thèse sous la direction de Stéphanie Hennette-Vauchez, 2018, p. 637).

⁶⁵⁴ L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 38.

⁶⁵⁵ Au Liban par exemple, un décret du 15 janvier 1932 précise que les « éléments de l'état susceptible de modification comme la profession, le rite, la religion, le changement de domicile ou autres éléments [...] peuvent être modifiés par les services de l'état civil sans besoin d'une décision judiciaire » (décret n° 8837 relatif au recensement, art. 21, cité par Roula El-Husseini Begdache et Alexandre Sakr, « Aspects de l'état civil à travers les

127. Certes, le principe d'immutabilité du nom – lequel s'est développé comme une « institution de police »⁶⁵⁶, à savoir un « mécanisme permettant de situer les individus afin de permettre la vie sociale »⁶⁵⁷ – s'impose progressivement, non sans difficultés⁶⁵⁸, à partir du XVI^{ème} siècle⁶⁵⁹. Sous l'Ancien Régime, une succession d'ordonnances rend de plus en plus difficile le changement de nom sans autorisation préalable du pouvoir royal⁶⁶⁰, tandis que la loi du 23 août 1794 impose l'immutabilité du nom de famille et du prénom tels que mentionnés au sein des registres d'état civil⁶⁶¹, son article 1^{er} précisant qu'« aucun citoyen ne pourra porter ni de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance »⁶⁶². Il s'agit là d'un changement majeur qui résulte d'un long processus⁶⁶³, dans la mesure où si les noms mentionnés au sein des registres paroissiaux étaient couramment utilisés, aucune obligation n'était faite d'en avoir usage⁶⁶⁴. Dès lors, « la période révolutionnaire marque le passage du nom sous l'emprise de la loi » avec son inscription sur les actes de l'état civil⁶⁶⁵.

128. Or l'immutabilité n'est pas synonyme d'immuabilité. Dire que l'état civil est régi par un principe d'immutabilité signifie, comme le rappelle Marc Pichard, qu'« il n'est pas possible de faire disparaître ou de modifier une mention d'un acte de l'état civil, sauf rectification d'une erreur matérielle »⁶⁶⁶. Dès lors, une modification du nom advient via une mention marginale : la mention initiale sera toujours présente au sein des registres afin, justement, d'en garder une trace. Autrement dit, « l'immutabilité de l'état n'interdit pas le changement ; bien au contraire, elle permet de l'enregistrer »⁶⁶⁷. La loi du 1^{er} avril 1803 « relative aux Prénoms et changemens

relations des autorités civiles et confessionnelles au Liban » dans *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2003, p. 207).

⁶⁵⁶ A. Lefebvre-Teillard, *Le nom, op. cit.*, p. 119.

⁶⁵⁷ F. Bellivier, *Droit des personnes, op. cit.*, p. 89.

⁶⁵⁸ À ce sujet, v. not. l'ouvrage de l'anthropologue et sociologue Nicole Lapierre, qui montre les difficultés rencontrées par le pouvoir royal pour maîtriser les changements de noms : Nicole Lapierre, *Changer de nom*, Paris, Gallimard, 2006, p. 35.

⁶⁵⁹ Nicole Lapierre, « Changer de nom », *Communications*, 1989, n° 49, p. 150 ; Anne Lefebvre-Teillard, « Le nom propre et la loi », *Mots. Les langages du politique*, 2000, vol. 63, n° 1, p. 14.

⁶⁶⁰ A. Lefebvre-Teillard, « Le nom propre et la loi », art. cit.

⁶⁶¹ Loi du 6 fructidor an II (23 août 1794) portant qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance, article 1^{er} ; Nicole Lapierre souligne qu'un décret du 14 novembre 1793 (24 brumaire an II) avait conduit, pour une courte durée, à l'abrogation du principe d'immutabilité du nom (N. Lapierre, « Changer de nom », art. cit., p. 150).

⁶⁶² Loi du 6 fructidor an II (23 août 1794).

⁶⁶³ N. Lapierre, *Changer de nom, op. cit.*, p. 31.

⁶⁶⁴ A. Lefebvre-Teillard, « Le nom propre et la loi », art. cit., p. 17.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁶⁶ Marc Pichard, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil » dans *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, p. 62.

⁶⁶⁷ Claire Neirinck, « Les caractères de l'état civil » dans *L'état civil dans tous ses états*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 52. Autrement dit, « l'immutabilité est ainsi la gardienne de l'histoire juridique de la personne en interdisant que le présent fasse disparaître le passé ».

de Noms » prévoit ainsi une procédure dérogatoire de changement de nom, lequel est soumis à l'autorisation du Gouvernement⁶⁶⁸. Le changement, certes strictement encadré, n'en demeure donc pas moins possible⁶⁶⁹.

129. Le sexe fait alors figure d'exception, dans la mesure où aucune modification de la mention n'est prévue par le législateur : il est réputé intangible. Ce statut particulier du sexe parmi les différents éléments de l'état civil est d'autant plus saillant si on constate que même dans les ordres juridiques où le changement du nom est plus souple – certains États, comme le Royaume-Uni, prévoient une procédure de *deed poll* depuis 1851, à savoir une manifestation de volonté unilatérale afin de changer de nom – aucune modification de la mention du sexe n'est permise. Le sexe est donc bien considéré comme un *attribut* et non une attribution aux yeux du droit positif⁶⁷⁰ : il est conçu comme un élément intangible en tant que donnée naturelle⁶⁷¹, et donc comme « phénomène pré-légal »⁶⁷². Par exemple, dans une décision du 11 juillet 1979, le TGI de Saint-Étienne considère au sujet de la mention du sexe à l'état civil qu'une « telle notion est indiscutablement d'ordre médical et non juridique, le droit qui fixe l'état des personnes ne pouvant que constater une situation de fait »⁶⁷³.

130. Dès lors, la seule modification susceptible d'intervenir prend la forme d'une éventuelle *rectification* de la mention de sexe – opération dont la logique n'est pas de la changer, mais seulement de corriger une erreur initiale afin de rétablir la vérité du sexe⁶⁷⁴. Autrement dit, dans ce cas de figure, « le changement d'état n'est que l'enregistrement du sexe véritable »⁶⁷⁵. Si

⁶⁶⁸ Loi 11 germinal an XI (1^{er} avril 1803) relative aux Prénoms et changements de Noms, n° 2614, Bulletins des lois de la République française, Paris, Vendémiaire an XII, p. 83 : « toute personne qui aura quelque raison de changer de nom, en adressera la demande motivée au Gouvernement ».

⁶⁶⁹ Sur le fait que l'immutabilité n'empêche pas les changements, v. Stéphanie Hennette-Vauchez et Marc Pichard, « La fondamentalisation de l'état civil » dans *Identité et état civil: évolutions contemporaines*, Bordeaux, LEH édition, 2024, p. 302.

⁶⁷⁰ L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 38.

⁶⁷¹ Jusqu'au milieu des années 1960, il pouvait ainsi être admis que le sexe « est un élément de l'état des personnes qui, n'étant pas le résultat d'un procédé conventionnel d'individualisation, mais une donnée naturelle, ne saurait être dénaturé » (v. Conclusions Fabre, TGI de la Seine, 18 janvier 1965, JCP 1965, II, 14421 ; aussi, selon Fabre, la différence entre les sexes est la « *summa divisio* imposée à chaque instant par le doigt de Dieu »).

⁶⁷² Ngaire Naffine, « Can Women be Legal Persons? » dans Susan James et Stephanie Palmer (eds.), *Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Oxford, Hart, 2002, p. 79. Cette position se retrouve largement dans le discours sur le droit. Michèle-Laure Rassat estime par exemple que « le sexe est une notion scientifique. Aux Sciences de l'homme de dire en quoi il consiste et au Droit d'entériner leurs révélations » (M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit, p. 655).

⁶⁷³ TGI de Saint Étienne, 11 juillet 1979, D., 1981. 270.

⁶⁷⁴ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 42. ; v. par ex. CA Paris, 8 décembre 1967, JCP G, II, 15518 bis.

⁶⁷⁵ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 482. Comme le suggère également cet auteur à propos de la procédure de rectification en droit civil belge, ce qui fait que « les cas d'intersexualité sont les plus faciles à résoudre », par rapport au transsexualisme, v. Jean-Pol Masson, « Examen de jurisprudence (1984 à 1990) », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1992, p. 410. ; en ce sens, « il s'agit moins de *faire droit* (*rectus/facere*) que de rendre droit, ie. conforme à ce qui objectivement peut être tenu

l'erreur est dite matérielle, la mention initiale du sexe est rectifiée. Loin d'être une simple « retouche », elle a donc un effet rétroactif⁶⁷⁶ (on considère que l'état de la personne a toujours été celui qui correspond au sexe tel que rectifié). Si l'erreur est dite substantielle, la rectification sera admise via une mention marginale, gardant ainsi la trace de la mention du sexe initialement indiquée⁶⁷⁷. Cette procédure est utilisée en particulier dans des cas d'intersexuation – alors encore désignés par le vocable hermaphrodisme – où un sexe féminin ou masculin est assigné au nouveau-né alors même qu'une ambiguïté sexuelle était constatée. Dans ce cas, il est possible que l'enfant développe des caractéristiques sexuées qui ne correspondent pas au sexe mentionné à son état civil, y compris dans les années qui suivent, à partir de la puberté par exemple. Le principe d'immutabilité est donc en réalité mis à mal par la procédure de rectification, puisqu'il est censé conserver les traces de toute modification apportée à l'état de la personne : or soit l'acte de naissance ne gardera aucune trace du sexe initialement assigné (erreur matérielle), soit il ne fait aucune mention de l'ambiguïté constatée et se contente d'indiquer en marge la rectification du sexe féminin ou masculin (erreur substantielle)⁶⁷⁸.

131. Certains médecins, conscients des difficultés qui peuvent être rencontrées à déterminer le sexe d'un enfant à sa naissance, proposent d'ailleurs à ce titre de modifier la législation de sorte à *temporiser* l'assignation à un sexe juridique. Ainsi, en 1846, Joseph-Napoléon Loir propose qu'en cas d'incertitude, « on indiquerait dans l'acte [de naissance] la nécessité d'un examen ultérieur à faire à un âge plus avancé »⁶⁷⁹. Il ne faut bien y voir ici une volonté de « faire prévaloir *erga omnes* la vérité scientifique » plutôt qu'un quelconque « souci de promouvoir la reconnaissance de la dimension subjective de l'identité sexuelle »⁶⁸⁰. Elle préserve en effet l'idée d'immutabilité du sexe, se bornant à suggérer que soit laissé au corps le temps de se développer intégralement vers le sexe féminin ou masculin, afin de permettre aux différentes autorités de constater le sexe définitif. Le report de la mention du sexe est donc temporaire, puisqu'il y aura à un moment donné la possibilité de déterminer le véritable sexe féminin ou

pour exact » (David Deroussin, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle » dans *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 10. Souligné dans le texte).

⁶⁷⁶ C. Neirinck, « Les caractères de l'état civil », art. cit, p. 51.

⁶⁷⁷ V. par exemple l'acte de naissance d'Adélaïde Herculine Barbin, une personne intersexe assignée au sexe féminin à qui il a été imposé par la suite un sexe masculin via une procédure de rectification, reproduit par Michel Foucault : « dans la marge est portée la mention suivante : Par jugement du tribunal civil de Saint Jean d'Angély en date du 21 juin 1860, il a été ordonné que l'acte ci-contre serait rectifié en ce sens : 1) que l'enfant y porté sera désigné comme étant de sexe masculin [...] » (M. Foucault, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, op. cit., p. 162).

⁶⁷⁸ M. Pichard, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil », art. cit, p. 70.

⁶⁷⁹ Joseph-Napoléon Loir, *De l'exécution de l'article 55 du Code civil, relatif à la constatation des naissances*, Paris, Joubert, 1846, p. 23.

⁶⁸⁰ D. Deroussin, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », art. cit, p. 13.

masculin de l'individu. De même, dans son ouvrage publié en 1887, Alexandre Lacassagne formule une modification de l'article 57 du Code civil en ces termes :

« Tout nouveau-né sera soumis à l'examen médical. L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure, le lieu de naissance, le sexe, *mais seulement quand celui-ci sera absolument certain*. Quand il y aura doute sur le sexe il sera sursis jusqu'à la puberté (de 14 à 20 ans). Pendant cette époque, sur sa demande, ou au commencement de la 20^{ème} année, le sujet sera soumis, après décision du Tribunal de 1^{ère} instance, à un examen médical qui statuera sur le sexe, et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres de l'état civil. En attendant un arrêt du Tribunal civil, l'acte de naissance portera en marge les lettres S.D. (Sexe douteux.) »⁶⁸¹.

On retrouve là aussi la volonté de préserver le sexe comme une mention imperméable aux changements, quitte à indiquer pendant plusieurs années une mention temporaire sur l'acte de naissance. Seulement, dans ce cadre, le principe d'immutabilité est respecté, puisque l'état civil fera mention du chemin parcouru, *i.e.* du constat d'un « sexe douteux » (ambiguïté) à la désignation du sexe définitif (féminin, masculin, ou neutre). De sorte que ces propositions ne remettent pas en cause l'idée que le véritable sexe peut toujours *in fine* être déterminé, ni dès lors l'inenvisageabilité de toute procédure de modification de la mention du sexe. Pour autant, ce paradigme du sexe comme *attribut* peut être remis en cause ; il mérite d'être lu – à l'instar des autres éléments de l'état civil – comme une *attribution*, fondée sur « une présomption qui suppose et fonde l'action et les relations futures de la personne concernée »⁶⁸², comme en témoigne son processus d'assignation à partir du constat des organes génitaux.

§2. Une assignation matérielle : la stabilité du sexe inscrite dans les corps

132. Répondre à l'impératif de la stabilité du sexe juridique implique de s'appuyer sur un critère qui permet à la fois de prouver et d'entretenir cette dimension. Le recours aux organes génitaux s'avère pour cela particulièrement utile, en tant que marqueurs de la différence entre les sexes (A). Aussi, l'intangibilité réputée du sexe féminin ou masculin est telle que l'assignation ne se fait pas seulement civilement, mais aussi *chirurgicalement*. Dans la mesure où le sexe est une donnée naturelle immuable, les normes du féminin et du masculin peuvent être légitimement inscrites dans les corps lorsqu'un défaut de conformation à l'un ou l'autre sexe apparaît (B).

⁶⁸¹ A. Lacassagne, *Les actes de l'état civil*, op. cit., p. 91. Nous soulignons.

⁶⁸² L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 35.

A. Le recours aux organes génitaux comme marque de la mention du sexe

133. Pour reprendre l'analyse développée par Marc Pichard au regard de la désignation de la mention du sexe des personnes intersexes à l'état civil, la mention du sexe ne révèle pas tant un fait (le sexe de l'individu) qu'elle proclame un *statut* (le fait d'avoir tels droits et obligations en tant que femme ou homme)⁶⁸³, lequel se veut stable. Le critère de l'aspect des organes génitaux – qui s'avère être à la fois le plus accessible et à priori, le moins susceptible de changements – répond justement à cette ambition. Il est dès lors le seul mobilisé, par principe, afin de déterminer le sexe juridique des individus (1), tout en étant relativisé lorsqu'il est question de déterminer le sexe de personnes intersexuées (2).

1. Un critère unique d'assignation

134. Devenu un marqueur de vérité pour le sexe juridique à partir de la fin du XVIII^{ème} siècle⁶⁸⁴, l'aspect des organes génitaux est l'élément déterminant dans le processus d'assignation à un sexe juridique féminin ou masculin⁶⁸⁵. L'intangibilité du sexe trouve dès lors un ancrage dans la matérialité des corps par le biais de l'interprétation des organes génitaux. En ce sens, en France, le décret du 20 septembre 1792 impose de présenter l'enfant à l'officier d'état civil⁶⁸⁶, afin notamment qu'il puisse vérifier « ce qu'il doit attester », *i.e.* constater l'aspect des organes génitaux de l'enfant à déclarer, et donc, l'inscrire de sexe féminin ou masculin sur les registres. Ce processus est particulièrement important puisqu'il s'agit de confirmer le *statut* qui lui sera attribué en fonction de ce sexe, celui-ci étant éminemment différent – entendre ici inférieur pour les individus assignés au sexe féminin⁶⁸⁷ – au regard de différences jugées naturelles entre les sexes et de l'incapacité *biologique* des femmes à

⁶⁸³ M. Pichard, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil », art. cit, p. 62.

⁶⁸⁴ Leslie Pearlman, « Transsexualism as Metaphor: The Collision of Sex and Gender », *Buffalo Law Review*, 1995, vol. 43, n° 3, p. 850.

⁶⁸⁵ Ce qui ne fut pas toujours le cas : à l'époque de la Renaissance, les organes génitaux n'étaient pas utilisés comme critère pour déterminer le sexe d'un individu dans la mesure où, selon le discours de l'époque, leur aspect pouvait changer en fonction de la chaleur corporelle (v. Druann Pagliassotti, « On the Discursive Construction of Sex and Gender », *Communication Research*, 1993, vol. 20, n° 3, p. 478).

⁶⁸⁶ Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, Titre III, art. 6 ; L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 27 : l'autrice souligne que cette pratique s'apparente également à un rituel, comme « sorte d'équivalent au baptême ».

⁶⁸⁷ Parmi les nombreuses différences de statut juridique entre les individus de sexe féminin et les individus de sexe masculin à cette époque, déjà largement mises en avant par la littérature, on peut mentionner le fait que les femmes soient considérées comme juridiquement incapables ; sur la manière dont ces différences sont consacrées par le droit révolutionnaire puis au sein du Code civil de 1804, v. E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 83.

participer à la vie politique⁶⁸⁸. Cette vérification par l'officier d'état civil a également pour but d'éviter toute tentative de fraude de la part des familles (déclarer une fille à la place d'un fils par exemple pour éviter une conscription militaire)⁶⁸⁹. Pourtant, cette inscription est présentée comme le simple constat d'un fait, biologique et naturel, à savoir le sexe féminin ou masculin du nouveau-né. En effet, comme on a pu le voir précédemment⁶⁹⁰, le XIX^{ème} siècle est marqué par le développement d'un discours médical qui s'attache à découvrir le vrai sexe des individus au regard du principe de la binarité. L'identification juridique à un sexe, appréhendé comme une donnée naturelle, ne saurait dès lors s'éloigner de ce modèle. Le droit prétend alors seulement constater un attribut immuable de la personne à partir de la description des corps, et non assigner un statut juridique à partir d'une donnée qu'il participe à construire au prisme du principe de la binarité des sexes.

135. Ainsi, quand bien même les autorités juridiques et médicales sont confrontées à des situations d'ambiguïté sexuelle (*i.e.* des cas où la conformation des organes génitaux rend difficile la lecture d'un sexe féminin ou masculin), la mention du sexe à l'état civil ne saurait s'inscrire en dehors de la bicatégorisation. Cette réalité corporelle (qui en soit est un fait) ne conduit pas à constater sur les registres un sexe autre que féminin ou masculin. En ce sens, en 1816, le garde des sceaux français estime à propos de ces cas d'ambiguïté que « les erreurs de la nature, rares heureusement, ne doivent pas être approfondies lorsqu'elles se présentent et c'est aux individus qu'elles concernent ou à leurs parents à choisir le sexe qui paraît leur convenir »⁶⁹¹. Les familles sont ainsi chargées de choisir si l'officier d'état civil doit constater un sexe féminin ou masculin en cas d'hermaphrodisme. De son côté, le Code prussien de 1794 prévoit directement la procédure à suivre lorsqu'un tel cas se présente, et précise que « lorsqu'il naît un hermaphrodite, les parents en choisissent le sexe, quitte à l'individu lui-même à choisir le sexe qui lui plaît lorsqu'il atteint 18 ans »⁶⁹², laissant ainsi le choix du sexe à l'hermaphrodite à condition de s'y tenir⁶⁹³. Cette pratique de présentation de l'enfant à l'officier d'état civil, loin

⁶⁸⁸ J.W. Scott, *La citoyenne paradoxale*, *op. cit.*, p. 3. L'historienne montre ainsi, à la période révolutionnaire, la manifestation de « deux universalismes contradictoires » pourtant intimement liés au sein des travaux parlementaires de la Révolution : d'un côté, « des droits naturels qui transcendent toutes les différences » et de l'autre, « des différences naturelles qui ne peuvent être transcendées » (*ibid.*, p. 9) ; pour compléter, « ce n'est pas parce qu'elles avaient un utérus, des seins ou des menstruations que les femmes se sont vu dénier [leurs droits civils et politiques], mais parce qu'il était attendu d'elles qu'elles s'intéressent prioritairement à la vie domestique, à la sphère de l'intime », v. S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁸⁹ M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », *art. cit.*, p. 30.

⁶⁹⁰ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁶⁹¹ Propos du Garde des Sceaux du 10 août 1816, cité par A. Lacassagne, *Les actes de l'état civil*, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁹² Cité par *Ibid.*

⁶⁹³ En effet, une fois le choix fait, l'hermaphrodite ne peut revenir sur sa décision et faire usage de son autre sexe (A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », *art. cit.*, p. 16).

d'être scrupuleusement appliquée⁶⁹⁴, est progressivement abandonnée. À partir de 1869, l'inscription du sexe est fondée uniquement sur les propos des déclarants, sans vérification de la part de l'officier, et l'obligation de présenter le nouveau-né à l'officier d'état civil est définitivement supprimée par la loi du 20 novembre 1919⁶⁹⁵. Il n'en reste pas moins que l'apparence externe des organes génitaux demeure le « référent dans le monde réel » pour le sexe juridique⁶⁹⁶, le recours aux certificats médicaux ayant remplacé cette fonction de vérification⁶⁹⁷.

136. On assiste alors à une médicalisation du processus de désignation du sexe de l'enfant, puisque désormais l'information relative au sexe de l'enfant est issue de l'examen des organes génitaux à la naissance par le corps médical, en conformité avec le développement d'un discours scientifique qui assume être en mesure de pouvoir déterminer le « véritable » sexe des individus⁶⁹⁸. Cette médicalisation de la désignation du sexe juridique s'observe plus largement, par exemple en matière de rectification de la mention, où le rôle des médecins est primordial. Le traitement judiciaire de la situation d'Herculine Barbin, personne intersexe dont les mémoires ont été présentés par Michel Foucault⁶⁹⁹, en atteste particulièrement. La décision judiciaire de la modification de son sexe à l'état civil intervient le 22 juillet 1860, et tant « le processus judiciaire et la décision [...] sont ici entièrement guidés et fondés sur l'expertise médicale »⁷⁰⁰. Aux yeux du droit donc, le sexe est un fait naturel et scientifique et, lorsqu'il est question de l'assignation à un sexe sur l'acte de naissance, la médecine est entièrement souveraine⁷⁰¹.

137. Celle-ci peut dès lors être confrontée à des cas où la désignation d'un sexe féminin ou masculin s'avère périlleuse. En témoigne par exemple une affaire, outre-Atlantique, relative à l'exercice du droit de vote, alors conditionné au sexe juridique masculin. Le cas concerne Levi

Cette possibilité fut supprimée en 1900 avec le Code civil germanique, v. M.-X. Catto et S. Osella, « The Sexed Subject », art. cit, p. 32.

⁶⁹⁴ Comme le montrent les travaux du médecin Joseph-Napoléon Loir, alors secrétaire de la Société de médecine de Paris, lequel préconisait par ailleurs que la constatation de la naissance et du sexe soit faite à domicile par un médecin : J.-N. Loir, *De l'exécution de l'article 55 du Code civil, relatif à la constatation des naissances*, op. cit.

⁶⁹⁵ Loi relative aux actes et jugement d'état civil, 20 novembre 1919, art. 4.

⁶⁹⁶ M. Pichard, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil », art. cit, p. 61.

⁶⁹⁷ Maryline Bruggeman, « Le rôle de l'état civil » dans *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, 2008, p. 26.

⁶⁹⁸ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁶⁹⁹ M. Foucault, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, op. cit. Les mémoires d'Herculine Barbin reflètent particulièrement la violence que peut représenter l'assignation forcée à un sexe qui n'est pas celui dans lequel l'individu s'identifie : assignée de sexe féminin à la naissance, différentes expertises médicales la déclare « pseudo-hermaphrodite masculin » ; elle est alors assignée à un sexe masculin à l'état civil, et finira par se suicider en 1868, incapable de se faire à cette nouvelle identité

⁷⁰⁰ J. Mazaleigue-Labaste, « Entre la nature et le droit, une histoire du "vrai sexe" (XVIIe-XXIe siècle) », art. cit, p. 33.

⁷⁰¹ À la différence de la détermination du sexe juridique des époux, dans la mesure où l'expertise médicale peut mener à fragiliser les unions matrimoniales, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Suydam lors des élections locales de 1843 à Salisbury (Connecticut). Tandis que Levi Suydam souhaite voter pour le parti Whig, l'opposition conteste son statut d'électeur⁷⁰² : il serait davantage une femme qu'un homme⁷⁰³, et devrait par conséquent être interdit de vote⁷⁰⁴. Suydam fut alors soumis à des examens médicaux afin de déterminer son sexe, et ainsi, sa capacité à participer aux élections. Le docteur William J. Barry constata son pénis et la présence d'un testicule – certes imparfaitement développé – et conclut ainsi dans un premier temps que son sexe était bien masculin⁷⁰⁵. Ce résultat fut approuvé par un second médecin, le Dr. Ticknor, et Suydam fut autorisé à voter ; et de fait il fournit la voix d'écart qui permit au parti Whig d'emporter l'élection⁷⁰⁶. Son sexe fut toutefois de nouveau remis en question quelques jours plus tard, lorsque les médecins apprirent que l'intéressé était menstrué, et avait des penchants pour des goûts féminins⁷⁰⁷, sans que l'on ne sache si cette découverte modifia les résultats de l'élection⁷⁰⁸.

138. Ces éléments illustrent que, loin d'être le reflet d'une vérité scientifique, la mention du sexe n'est dès lors « toujours qu'une désignation-présomption », laquelle est en principe susceptible d'être remise en question⁷⁰⁹. Le discours du droit positif façonne néanmoins cette mention de manière à la constituer en élément intangible. Même lorsque les connaissances scientifiques relatives au sexe font état d'une multitude de critères qui déstabilisent tant l'immutabilité que la binarité (la naissance d'un enfant avec des organes génitaux masculins ne signifie pas que l'ensemble de ses caractéristiques sexuelles sont et demeureront celles associées au sexe masculin), le droit persiste à faire du sexe juridique le constat de la simple différence naturelle entre les sexes.

⁷⁰² M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit, p. 29 ; E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », art. cit, p. 430.

⁷⁰³ Anne Fausto-Sterling, « The five sexes : why Male and Female are not enough », *The Sciences*, 1993, p. 20.

⁷⁰⁴ En effet, il faut attendre l'entrée en vigueur du 19^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis pour que le droit de vote soit octroyé aux femmes le 18 août 1920.

⁷⁰⁵ William James Barry, « Case of Doubtful Sex », *New York Journal of Medicine and Collateral Sciences*, 1847, vol. 8, n° 22.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ A. Fausto-Sterling, « The five sexes : why Male and Female are not enough », art. cit, p. 20.

⁷⁰⁹ L. Hérault, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. », art. cit, p. 34.

2. Un critère relatif en cas d'intersexuation

139. Tandis que « la biologie ne peut pas « prouver » que les individus se répartissent strictement en deux classes de sexe »⁷¹⁰, le droit, avec l'aide de la médecine, parvient à créer la preuve d'un dimorphisme qui justifie la bicatégorisation du sexe à l'état civil. On s'aperçoit alors de nouveau que le sexe juridique, sous couvert de traduire une simple réalité matérielle, tend à attribuer un statut, dont la prise en compte de la complexité du sexe nuirait à sa stabilité. En effet, tant la multiplicité des critères matériels qui composent l'unité qu'est le sexe que leur diversité intrinsèque (communément appelé « variations ») sont pourtant bien connues des autorités médicales et juridiques. Elles mettent au défi non seulement le principe de la bicatégorisation par sexe (tous les critères – gonadiques, hormonaux, génétiques... – permettant de désigner le sexe ne sont pas nécessairement alignés) que son immuabilité (un individu peut développer dans le temps des caractéristiques qui ne sont pas associées au sexe qui lui a été assigné à la naissance).

140. Le recours à la biologie est ici nécessaire afin d'illustrer la grande complexité qui se cache derrière la simple mention des sexes féminin et masculin à l'état civil. Des biologistes, comme Anne Fausto-Sterling, soutiennent en ce sens que la multiplicité des corps et des variations sexuelles sont telles « qu'aucun système de classement ne pourrait les prendre intégralement en compte »⁷¹¹. En effet, en dehors de la seule apparence des organes génitaux externes, et plus généralement, de l'ensemble des caractéristiques sexuées visibles (sexe phénotypique) qui déterminent dans la majorité des cas le sexe assigné à la naissance et renseigné à l'état civil, les recherches en la matière montrent depuis les années 1950 qu'une diversité d'éléments contribue à façonner le sexe⁷¹², conduisant ainsi à des variations du développement sexuel pour chaque individu, bien qu'attribuées seulement aux personnes intersexes⁷¹³. Doivent ainsi être considérés le sexe phénotypique interne (l'apparence des organes sexuels internes), le sexe

⁷¹⁰ Joëlle Wiels, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », *Mon corps a-t-il un sexe?: sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, 2015, p. 60.

⁷¹¹ Anne Fausto-Sterling, *Les cinq sexes: pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Paris, Payot & Rivages, 2013, p. 49. L'ouvrage est issu d'une publication de 1993 : A. Fausto-Sterling, « The five sexes : why Male and Female are not enough », art. cit.

⁷¹² C. Kraus, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains », art. cit, p. 192.

⁷¹³ Alors même que, pour le rappeler avec Marie-Xavière Catto, toute personne présente bien une variation du développement génital, M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 20. Cette grande diversité et complexité des caractéristiques sexuées s'observe de la même manière à l'échelle des animaux non-humains, et plus largement, à l'échelle du monde vivant (plantes), v. par ex. P. Touraille, « Mâle/Femelle », art. cit. ; Francis Hallé et Gérard Escoubeyrou, « Le dimorphisme sexuel chez les plantes dioïques », *Le Journal de Botanique*, 2002, n° 18-19, p. 51-62. ; Emmanuelle Pouydebat, *Sexus Animalus*, Paris, Arthaud, 2020, 184 p. ; Josh L. Davis, *Nature's Sexual Spectrum*, Auckland, CSIRO Publishing, 2024, 128 p.

chromosomique (XX ou XY), le sexe gonadique (ovaires ou testicules), et le sexe endocrinien ou hormonal (œstrogènes, androgènes)⁷¹⁴. Pour le rappeler simplement avec l'endocrinologue Claire Bouvattier, le processus de sexuation de l'embryon se déroule en trois étapes : « la fécondation (un ovule et un spermatozoïde) établit d'abord le sexe chromosomique, XX ou XY le plus souvent. Puis la gonade primitive devient un testicule ou un ovaire. La dernière étape est le développement des organes génitaux internes et externes, sous la dépendance des hormones secrétées par le testicule »⁷¹⁵. Aussi, « toute altération d'un des gènes qui régule la détermination et la différenciation gonadique peut [...] conduire à un DSD »⁷¹⁶, c'est-à-dire, conformément au discours médical, à un désordre du développement sexuel⁷¹⁷. Un individu de sexe masculin est par exemple censé avoir des organes génitaux dont l'apparence correspond aux normes établies (un pénis d'une taille minimale), ainsi qu'un ensemble de caractéristiques sexuées associées à ce sexe : des chromosomes XY, des testicules, une production d'androgènes. Pourtant, dans de nombreuses situations, des variations apparaissent, soit dès la naissance, soit lors de la puberté⁷¹⁸.

141. En effet, en dehors de la présence de chromosomes XX ou XY, respectivement associés au sexe féminin et masculin⁷¹⁹, de nombreuses autres variations existent, découvertes pour la première fois en 1959⁷²⁰. Les individus peuvent ainsi avoir des chromosomes XXY (ce qui est désigné par le corps médical comme étant un syndrome de Klinefelter), ou encore une absence (totale ou partielle) du second chromosome sur la paire des chromosomes sexuels (par exemple X0, associé au syndrome de Turner). Celles-ci ne sont pas rares, puisque selon la biologiste Joëlle Wiels, « on peut estimer qu'il y a environ 30 000 personnes en France qui ont 3 (voire 4) chromosomes X, autant qui ont 1 X et 2 Y et 60 000 qui ont 2 X et 1 Y »⁷²¹. Le sexe

⁷¹⁴ Pour une description détaillée de ces différentes composantes et de leurs variations, v. not. J.A. Greenberg, « Defining Male and Female », art. cit, p. 281 ; C. Kraus, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains », art. cit, p. 202.

⁷¹⁵ Claire Bouvattier, « Naître avec un développement sexuel différent (DSD) » dans *La bioéthique en débat : quelle loi ?*, Paris, Dalloz, 2020, p. 49.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ V. *infra*.

⁷¹⁸ Une étude d'ampleur publiée en 2000 fait état de cette complexité, v. Melanie Blackless et al., « How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis », *American Journal of Human Biology*, 2000, vol. 12, n° 2, p. 151-166.

⁷¹⁹ Depuis les années 1990, le chromosome Y a majoritairement été présenté comme responsable de la sexuation mâle des individus, non sans certains préjugés sexistes de la part des chercheurs du fait de la présence du gène appelé SRY (*Sex-determining region of Y chromosome*). Le syndrome de Swyer désigne ainsi le dysfonctionnement du gène SRY chez un individu dont le caryotype est XY, conduisant à une apparence jugée féminine des organes génitaux. Ce sont donc généralement des personnes assignées au sexe féminin à la naissance malgré un caryotype masculin ; sur le gène SRY, v. J. Wiels, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », art. cit, p. 52.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 49. Les chromosomes sont observés et étudiés à partir de la fin du XIX^{ème} siècle.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 50. Selon l'autrice, le syndrome de Klinefelter représenterait l'équivalent de 1/800 naissances dans le monde, soit à peu près autant que les naissances d'enfants porteurs de trisomie 21. Une autre étude menée par le Dr Page estime que « 10% au moins de la population porte des variations chromosomiques qui n'entrent pas

phénotypique interne est également sujet à de nombreuses variations. Le syndrome de Rokitansky désigne ainsi l'absence d'utérus ou un sous-développement des organes reproducteurs internes chez les individus dont le sexe chromosomique est associé au sexe féminin (XX). Le sexe gonadique désigne quant à lui la production par un corps de gamètes associées au sexe masculin (spermatozoïdes) ou féminin (ovules). Or, certains individus produisent des tissus à la fois testiculaires et ovariens (ovotestis ou différence ovotesticulaire du développement sexuel). Enfin, le sexe endocrinien désigne la production d'hormones sexuelles. Le syndrome d'hyperplasie congénitale des surrénales correspond à la production, pour un individu dont les chromosomes sont associés au sexe féminin (XX), d'un taux important d'androgènes qui conduit à une augmentation du volume des glandes surrénales et, selon les normes établies par le corps médical, à une « survilisation » des organes génitaux (clitoris plus développé que la moyenne par exemple).

142. Ce sont ces connaissances accrues en matière de sexuation du corps humain qui conduisent certains juristes, à l'instar de Michèle-Laure Rassat en 1985, à proposer, au nom du principe de « la vérité du sexe », l'introduction d'une troisième mention de sexe à l'état civil pour ces « cas intermédiaires »⁷²². Toutefois, loin de remettre en question l'assignation à un sexe féminin ou masculin dès la naissance selon une logique d'intangibilité⁷²³, la reconnaissance de ces variations a seulement conduit le droit positif à prévoir des mécanismes destinés à reporter l'inscription du sexe féminin ou masculin, de manière à en garantir la certitude, et ainsi, préserver l'immutabilité de la mention du sexe⁷²⁴.

parfaitement dans les catégories de femelles XX et de mâles XY » (cité par J. Butler, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*, p. 218).

⁷²² M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit, p. 660. Ces cas regroupent selon l'autrice tant les situations d'ambiguïté (intersexuation) que de transsexualisme, puisque les personnes transsexuelles ne peuvent jamais totalement « changer de sexe ».

⁷²³ Pour le rappeler avec la Cour d'appel de Paris en 1974, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes » (CA Paris, 18 janvier 1974, D. 1974) ; v. également CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799. D'autres juridictions reconnaissent que le sexe est « une notion complexe aux composantes diverses - génétique, anatomique, hormonale et psychologique » (v. par ex. TGI de Créteil, 22 octobre 1981, D. 1982).

⁷²⁴ Certains États restent silencieux sur le sujet et ne prévoient pas une telle exception ; c'est le cas par exemple de la Pologne (Michał Wojewoda, « Gender Modification in Poland: A Case Law Phenomenon in a Civil Law Country » dans *Trans Rights and Wrongs A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Suisse, Springer International Publishing, 2021, p. 111), de la Roumanie (D.-A. Deteșeanu et C.-M. Nicolescu, « The Civil Status of Trans Persons Under the Romanian Legal System », art. cit, p. 130), ou encore de la Turquie (Yalçın Tosun et Candan Yasan Tepetaş, « Civil Status and Trans Persons in Turkey » dans *Trans Rights and Wrongs A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Suisse, Springer International Publishing, 2021, p. 151.151). Lorsqu'aucune disposition légale n'est prévue, la mention du sexe peut être laissée vide temporairement, voire indiquer un point d'interrogation, v. par ex. cette affaire kenyane de 2009, *Baby A*, où un point d'interrogation était mentionné à l'état civil d'un nouveau-né intersexe, cité par Milka Wahu Kuria et Shelmith Gatwiri Maranya, « The Legal Impunity for Gender-Based Violence Against Intersex, Transgender, and Gender Diverse Persons in Kenya: A Legal Recognition Issue for the African Human Rights System », *Stellenbosch Law Review*, 2022, vol. 33, n° 1, p. 100-122.

143. Dès lors, lorsque le droit est confronté à une situation d'intersexuation, l'apparence des organes génitaux externes ne fait plus office de preuve (puisque l'indétermination du sexe n'est pas renseignée sur l'acte) : au contraire, comme l'analyse Marc Pichard, « la réalité de l'apparence de ces organes génitaux externes au moment de la naissance ne sera pas révélée »⁷²⁵. Un tel cas de figure est soumis à des conditions strictes et s'applique seulement dans une situation particulière, à savoir le constat par les autorités médicales de l'impossibilité de distinguer la nature féminine ou masculine du sexe du nouveau-né. Ainsi, dès 1970, le Code civil néerlandais prévoit qu'il est possible dans ce cas d'indiquer sur l'acte de naissance que le sexe de l'enfant est inconnu, puis d'ajouter ultérieurement l'une des deux mentions possibles⁷²⁶. Cette disposition est toutefois très peu appliquée, dans la mesure où l'acte de naissance fait clairement apparaître l'incertitude initiale quant au sexe de l'enfant⁷²⁷. En France, l'instruction générale relative à l'état civil de 1999 prévoit que lorsque le sexe est « indéterminé », il convient d'indiquer celui qui semble « le plus probable » aux yeux des médecins ; c'est seulement par exception, si « le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés », qu'aucune mention ne sera indiquée, avec l'accord du procureur de la République⁷²⁸. L'objectif est donc de parvenir à déterminer un sexe féminin ou masculin qui s'inscrira de manière pérenne à l'état civil. Les opérations de conformation sexuée contribuent largement à satisfaire cette intention.

B. La pratique d'opérations de conformation sexuée à l'appui de l'intangibilité du sexe

144. La juriste Julie Greenberg soulignait, dans un texte publié en 2002 :

« On présume encore que le sexe est binaire et facile à déterminer par une analyse de facteurs biologiques. Malgré des études anthropologiques et médicales affirmant le contraire, la société

⁷²⁵ M. Pichard, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil », art. cit, p. 63.

⁷²⁶ Marjolein van den Brink, Jet Tigchelaar et Philipp Reuß, « Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration. A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands », *European Journal of Law Reform*, 2015, vol. 17, n° 2, p. 285.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 286. Ce système d'enregistrement du sexe fut d'ailleurs modifié en 1995 : lorsque le sexe du nouveau-né était incertain, un premier acte de naissance était dressé indiquant cette particularité, avant d'être remplacé par un acte de naissance final précisant le sexe féminin ou masculin de l'enfant, ou, éventuellement, l'incapacité persistante de déterminer son sexe.

⁷²⁸ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, para. 288 ; le même dispositif a été conservé dans la Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, para. 55.

présuppose un paradigme sexuel binaire sans ambiguïté dans lequel tous les individus peuvent être classés nettement en tant que mâles ou femelles »⁷²⁹.

Le droit participe largement, on l'a vu, à construire et maintenir en place ce paradigme de la binarité, mais aussi à faire en sorte que le sexe féminin ou masculin soit ancré dans l'intangibilité, tant à l'état civil que dans les corps⁷³⁰. Le changement de paradigme médical qui intervient à partir des années 1950, encadré par le droit, y contribue largement : alors que jusqu'ici, des opérations visant à conformer les corps aux normes du sexe féminin ou masculin étaient en majeure partie pratiquées sur des adultes de manière ponctuelle (à la demande des individus) ou incidente (suite à la découverte d'une ambiguïté sexuelle dans le cadre du mariage par exemple), la pratique vise à opérer de manière systématique, et dès le plus jeune âge, les enfants qui présentent une variation du développement sexuel (autrement dit, les enfants intersexes) se généralise à partir de cette date⁷³¹. L'ordre juridique encadre alors la pratique d'opérations chirurgicales dites de *conformation* sexuée, lesquelles garantissent à la fois la conformité des caractéristiques sexuées aux normes de la binarité, mais aussi leur fixité ; en somme, que le sexe soit immédiatement et de manière pérenne clairement identifiable. Ces opérations suggèrent en effet, comme leur nom l'indique, que le véritable sexe féminin ou masculin est un « déjà-là », que la technique médicale sert seulement à révéler en corrigeant une anomalie. Dès lors, la médecine, en cherchant absolument à conformer les corps à la binarité, « n'a fait qu'exhiber la technicité qui préside à la fabrication du sexe »⁷³².

145. En effet, en dépit de l'état des connaissances sur l'intersexuation et de la remise en question par certains scientifiques de l'existence d'un strict binarisme sexuel biologique⁷³³, un consensus médical se dégage faisant état de la nécessité de conformer le corps des individus

⁷²⁹ Julie A. Greenberg, « Definitional Dilemmas: Male or Female? Black or White? The Law's Failure to Recognize Intersexuals and Multiracials » dans *Gender Nonconformity, Race, and Sexuality. Charting the Connections*, Wisconsin, University of Wisconsin Press, 2002, p. 112.

⁷³⁰ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁷³¹ Michal Raz, « Vers la normalisation précoce du sexe » dans *Intersexes. Du pouvoir médical à l'autodétermination*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2023, p. 53.

⁷³² E. Dorlin, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », art. cit, p. 122.

⁷³³ V. par ex. l'ouvrage du médecin espagnol Gregorio Marañón publié pour la première fois en 1930 dans lequel il souligne que « il a été démontré chaque jour plus clairement que le "type mâle" et le "type femelle" sont presque des figures fantasmagiques et que, bien au contraire, les situations de confusion sexuelle – selon une échelle aux gradations infinies allant de l'hermaphrodisme manifeste à des formes si atténuées qu'elles se confondent avec la normalité elle-même – sont si largement répandues qu'il est à peine un être humain dont le sexe ne soit entaché d'un doute, ou du moins de l'ombre d'un doute » (G. Marañón, *The Evolution of Sex and Intersexual Conditions*, op. cit., p. 17). L'auteur cite également dans son ouvrage les travaux du médecin allemand Arthur Weil, pour qui « l'homme intégral [Vollmann] et la femme intégrale [Vollweib] sont, en réalité, très rarement rencontrés » (Arthur Weil, *Die innere Sekretion*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1922, 146 p) ou encore de Biedl qui affirme que « l'homme pur et la femme pure sont des cas extrêmes que l'on rencontre en réalité à peine » (Biedl, *Die Bedeutung des endokrinen Systems für die Sexualität*. In: *Sexualreform und Sexualwissenschaft*, Stuttgart, Julius Püttmann, 1922).

– dès leur naissance et pendant leur enfance – aux normes du sexe féminin ou masculin, dans le but notamment de leur assigner juridiquement un sexe. Le processus débute dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle⁷³⁴. En témoigne par exemple le cas rapporté par la juriste Maayan Sudai d'une castration réalisée aux États-Unis par le professeur S. D. Gross sur une enfant intersexuée, assignée fille à la naissance⁷³⁵. Les parents, inquiets de l'apparence des organes génitaux de leur enfant⁷³⁶, mais aussi de son comportement de « garçon manqué »⁷³⁷, l'avaient présentée au médecin qui recommanda cette intervention, pratiquée le 20 juillet 1849, la première en son genre selon lui⁷³⁸. En effet, la pratique des opérations sur les organes génitaux n'est pas nouvelle⁷³⁹ ; toutefois, le caractère novateur de l'intervention tient au fait qu'elle ne vise pas à répondre à la demande d'un patient – pour des raisons esthétiques par exemple – mais bien à un problème *juridique*, à savoir l'assignation à un « statut sexuel »⁷⁴⁰. Les chirurgiens deviennent alors des « faiseurs de faits juridiques »⁷⁴¹.

146. Le recours à la chirurgie ne fut toutefois pas immédiatement généralisé⁷⁴², et la pratique des opérations a pu être critiquée au sein même du corps médical en raison du lien entre sexe juridique et droits qui y sont attachés, dans la mesure où, par exemple, retirer les testicules d'une enfant intersexuée assignée fille à la naissance revenait à la priver de droits politiques et des privilèges associés au sexe masculin⁷⁴³. Ainsi, au départ controversées et parfois jugées

⁷³⁴ Le début de la pratique des opérations visant à conformer le corps aux normes du féminin et du masculin est, comme il en a déjà été question, bien plus ancienne et remonterait à l'Antiquité, mais il ne s'agit pas alors d'une pratique systématique et généralisée (v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1).

⁷³⁵ M. Sudai, « 'A Woman and Now a Man' », art. cit, p. 2.

⁷³⁶ Un examen physique de ses organes génitaux révéla que deux testicules étaient présents au niveau de chaque lèvre.

⁷³⁷ E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », art. cit, p. 433.

⁷³⁸ Samuel D. Gross, « Case of Hermaphroditism, involving the Operation of Castration, and illustrating a new principle in Juridical Medicine », *American Journal of the Medical Sciences*, 1852, p. 386. Selon le médecin, l'opération était d'autant plus indispensable dans la mesure où « une organisation défectueuse des organes génitaux externes est l'un des plus terribles malheurs qui puissent arriver à un être humain ». Gross qualifia l'opération de succès dans la mesure où selon lui, l'enfant ne présentait plus de signe de « masculinisation » dans son comportement ; il indique notamment que sa patiente « se plaît désormais à la couture et aux travaux ménagers, et a cessé de s'adonner aux jeux de bâton et autres exercices considérés comme masculins ».

⁷³⁹ À cette époque, diverses techniques chirurgicales sur les organes génitaux sont déjà maîtrisées et pratiquées, comme les circoncisions ou l'élargissement du prépuce (posthoplastie), mais seulement sur des patients pour qui le sexe féminin ou masculin n'est pas remis en question. Ainsi, des comptes-rendus médicaux font état dès 1833 de pratiques de vaginoplastie pour une patiente dont l'ouverture vaginale n'était pas correctement formée ; seulement, à la différence de l'opération menée par le docteur S. D Gross, les interventions étaient menées dans un but purement thérapeutique, et non pour permettre de définir le sexe des individus (M. Sudai, « 'A Woman and Now a Man' », art. cit, p. 3).

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁴² C. Matta, « Ambiguous bodies and deviant sexualities », art. cit, p. 77 : l'autrice indique ainsi qu'entre 1852 et 1879, parmi les 41 mentions d'hermaphroditisme au sein des revues médicales états-uniennes, seuls trois comptes-rendus concernaient des opérations, dont celui de S. D. Gross. Certains praticiens étaient par ailleurs foncièrement opposés à la pratique de telles opérations jugées « barbares », comme les éditeurs du journal dans lequel Gross avait publié son compte-rendu en 1852 (v. E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », art. cit, p. 434).

⁷⁴³ M. Sudai, « 'A Woman and Now a Man' », art. cit, p. 11.

contraires à l'éthique et aux lois de la nature, les opérations ont progressivement été appréhendées (puis légitimées) sur le terrain de la technique médicale⁷⁴⁴. Il faudra pour cela attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour qu'un « changement de paradigme médical »⁷⁴⁵ intervienne avec le développement par le médecin John Money d'un protocole moderne de prise en charge des enfants intersexués aux États-Unis.

147. Ce protocole, qui sera par la suite introduit en Europe, a pour objectif « l'instauration d'un sexe, une fois pour toutes, dans les premières semaines de vie »⁷⁴⁶. Il est construit à partir de la notion de « sexe d'élevage »⁷⁴⁷ : Money considère que les rôles de genre sont des constructions sociales, et que la représentation qu'ont tous les enfants de leur sexe est malléable dans les premiers mois de leur vie. Autrement dit, « une fois établi, entre dix-huit mois et trois ans, le genre deviendrait indélébile, irréversible, une nature intime »⁷⁴⁸. Ainsi, lorsqu'un nouveau-né présente une variation du développement sexuel, Money estime que l'élever selon l'un ou l'autre sexe et conformer son corps (notamment ses organes génitaux) à ce sexe lui permet de s'y identifier pleinement et de manière permanente⁷⁴⁹. Il recommande ainsi aux parents de ne jamais révéler le passé médical à leurs enfants et les opérations pratiquées en vue de conformer leur sexe⁷⁵⁰. Ce protocole fut appliqué dès la fin des années 1960 à David Reimer, un jeune patient ayant subi une pénectomie (ablation du pénis) peu de temps après sa naissance des suites de complications après une circoncision. Money lui retira ensuite ses testicules à l'âge de 22 mois, et conseilla à ses parents de l'élever en fille⁷⁵¹. La question de la licéité des

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁴⁵ Michal Raz, « La médicalisation précoce de l'intersexuation. Génèse d'un paradigme » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 47.

⁷⁴⁶ M. Raz, « Vers la normalisation précoce du sexe », art. cit, p. 54.

⁷⁴⁷ John Money, Joan G Hampson, et Hampson, John L., « Imprinting and the Establishment of Gender Role », *Archives of Neurology And Psychiatry*, 1957, vol. 77, n° 3, p. 333-336. Avant Money, d'autres médecins s'intéressent à cette dimension psychique du sexe : en 1911, Valentin Magnan et Samuel Pozzi, respectivement psychiatre et chirurgien, publient un article sur le cas d'un individu hermaphrodite qui se révèle être « psychiquement » masculin (Samuel Pozzi et Valentin Magnan, « Inversion du sens génital chez un pseudo-hermaphrodite féminin. Sarcome de l'ovaire gauche opéré avec succès », *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 1911, n° 65, p. 223-259.) tandis que les travaux du médecin et gynécologue Blair Bell publiés en 1915 relatifs au traitement de l'hermaphrodisme prennent en considération l'aspect psychique et social du sexe (cités par A.D. Dreger, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, op. cit., p. 158).

⁷⁴⁸ M. Raz, « Vers la normalisation précoce du sexe », art. cit, p. 55.

⁷⁴⁹ E. Reis, « Impossible Hermaphrodites », art. cit, p. 414.

⁷⁵⁰ P.-L. Chau et Jonathan Herring, *Emergent Medicine and the Law*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2021, p. 142.

⁷⁵¹ Le choix du patient pour appliquer ce protocole était d'autant plus justifié selon Money dans la mesure où David Reimer avait un frère jumeau, lui permettant d'appuyer les différences de développement entre les deux enfants. Malgré ce qu'affirmait Money dans diverses publications, David Reimer ne s'est pas accommodé de cette identité construite de toute pièce. Il prit une identité masculine à l'âge de 15 ans et entreprit des traitements hormonaux et chirurgicaux afin de retrouver des attributs physiques masculins. Il se suicida en 2004 à l'âge de 38 ans.

opérations ne se pose pas⁷⁵² (contrairement à celles pratiquées sur les personnes trans⁷⁵³) dans la mesure où elles visent simplement à « corriger » l'apparence des organes génitaux (c'est-à-dire répondre à une anomalie) de manière à la rendre conforme au véritable sexe tel qu'indiqué à l'état civil. En ce sens, dans son étude sur le sexe et l'état des personnes publiée en 1993, Jean-Paul Branlard estime que

« le traitement médical est parfaitement licite, même s'il est mutilant et provoqué à la demande de l'hermaphrodite. L'amputation est justifiée par le bien de l'ensemble du corps. Une anomalie sexuelle causée par un dysfonctionnement naturel étant constatée, la chirurgie révélatrice et non créatrice du sexe vise à la correction »⁷⁵⁴.

Le protocole suggère alors que l'opération ne fait que révéler le sexe féminin ou masculin des individus, du moins chez une certaine partie de la population.

148. Le traitement médical réservé aux personnes intersexes diffère en effet selon un critère de race pris en compte par le corps médical⁷⁵⁵. La théorie développée par John Money était d'ailleurs basée sur des travaux menés à partir de patients majoritairement blancs et de classe moyenne : dans la mesure où John Money préconisait des opérations de conformation sexuée afin de rendre ses patients conformes aux attentes d'une femme ou d'un homme de classe moyenne aux États-Unis, les individus noirs n'auraient selon lui jamais pu atteindre ces objectifs⁷⁵⁶. Surtout, les opérations de correction permettaient de faire *comme si* l'intersexuation n'existait pas chez les blancs⁷⁵⁷, puisque les anomalies étaient corrigées dès le plus jeune âge et de manière systématique. Ce postulat a d'ailleurs été défendu pendant plusieurs décennies : au début des années 1970, en Afrique du Sud, des études médicales insistaient ainsi sur le taux d'incidence des cas d'intersexuation chez les personnes noires, contrairement aux personnes sud-africaines blanches chez qui il n'était pas documenté⁷⁵⁸. Même constat pour les médecins européens, persuadés que la présence d'un clitoris large était « fréquente dans les pays chauds »⁷⁵⁹. En 1988, *l'American Journal of Human Genetics* relevait cette même pathologie

⁷⁵² Sur la dénonciation de ces actes médicaux par le droit des droits humains au regard notamment du droit à l'intégrité physique, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁵³ V. *infra*.

⁷⁵⁴ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 482.

⁷⁵⁵ Julian Gill-Peterson, *Histories of the Transgender Child*, Minneapolis London, University of Minnesota Press, 2018, 262 p.

⁷⁵⁶ Zine Magubane, « Spectacles and Scholarship: Caster Semenya, Intersex Studies, and the Problem of Race in Feminist Theory », *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, mars 2014, vol. 39, n° 3, p. 778.

⁷⁵⁷ Michelle Wolff, David A. Rubin et Amanda Lock Swarr, « The Intersex Issue: An Introduction », *TSQ: Transgender Studies Quarterly*, 1 mai 2022, vol. 9, n° 2, p. 147. Sur le lien entre race et ambiguïté sexuelle, lequel s'est développé en partie à travers le discours des puissances coloniales, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁷⁵⁸ A.L. Swarr, « "Stabane," Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », art. cit, p. 529.

⁷⁵⁹ Z. Magubane, « Spectacles and Scholarship », art. cit, p. 770.

fréquente chez les « noires d’Afrique australe »⁷⁶⁰. Les opérations de conformation sexuée ont donc permis de corriger l’ambiguïté des corps blancs afin de réaffirmer leur blancheur ; au contraire, l’ambiguïté des corps noirs était la preuve de leur différence naturelle, et ainsi de leur infériorité⁷⁶¹. Le sexe féminin ou masculin est donc inscrit directement dans les corps, en ce que les opérations visent à assigner définitivement l’un ou l’autre sexe. La pratique se conforme alors avec celle de l’assignation à un sexe juridique à l’état civil, dont on a vu que l’intangibilité était l’une des caractéristiques qui fonde sa raison d’être. Ce principe va néanmoins être bousculé avec l’apparition du contentieux lié aux droits des personnes trans, qui revendiquent la possibilité de modifier tant leur sexe juridique que leur sexe matériel.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 781.

Section 2 : L'intangibilité du sexe bousculée par le contentieux du droit des personnes trans

149. Alors que le sexe juridique est censé être un élément guidé par un principe d'intangibilité, certaines personnes trans vont revendiquer le droit de modifier leurs corps mais aussi celui de modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Or l'analyse montre que tant la logique développée par le droit pénal au regard de la pratique des opérations de changement de sexe, que celle adoptée par le droit civil en matière de changement de la mention du sexe à l'état civil illustrent que le sexe juridique est soustrait à l'empire de la volonté individuelle. L'encadrement du changement de sexe en droit pénal et celui de la modification de la mention du sexe en droit civil montre en effet que si l'intangibilité du sexe est bousculée, ce n'est pas au prisme de la volonté individuelle ; au contraire, l'immutabilité du sexe est intacte, et le droit cherche à le reproduire. Ainsi, le droit pénal encadre la pratique de ces opérations non pas à partir de la seule volonté des patients, mais au regard d'une réponse apportée à une pathologie (§1). De son côté, le droit civil déploie une logique duale, qui vise dans chaque cas (interdiction ou autorisation de la modification de la mention du sexe) à garantir, à défaut d'immutabilité, l'indisponibilité du sexe (§2).

§1. Le changement de sexe soumis au cadre du droit pénal

150. Lorsque les premières opérations de changement de sexe sont pratiquées, aucun cadre législatif spécifique n'est prévu. Le corps médical s'efforce alors de répondre à la demande des personnes trans en justifiant la pratique des interventions conformément aux dispositions légales de droit commun, et il revient aux juridictions pénales de se prononcer sur la possibilité de qualifier ces opérations en actes médicaux. S'observe alors un processus qui ne remet nullement en cause l'immutabilité du sexe. Les médecins ne prétendent pas changer réellement le sexe de leurs patients, mais seulement modifier leurs corps de sorte que leur apparence soit conforme avec une conviction personnelle profonde (A). Dès lors, bien que demandées à l'initiative des personnes trans, marque de l'expression d'une volonté individuelle de modifier leurs corps, les opérations vont être encadrées à partir d'un prisme qui en font l'expression d'une pathologie : il ne s'agit pas pour les médecins de répondre à un simple souhait de l'individu, mais d'apporter une réponse thérapeutique à un syndrome pathologique (B).

A. Une pratique des opérations en l'absence d'un cadre législatif spécifique

151. L'absence initiale de tout cadre législatif n'a pas empêché le développement de la pratique des opérations de changement de sexe. Le corps médical intervient au contraire dès le début du XX^{ème} siècle à l'initiative des personnes trans elles-mêmes (1). Toutefois, en l'absence d'un cadre normatif clair, ces pratiques se sont développées dans un climat de grande incertitude, où la légalité des opérations pouvait être questionnée, entraînant un risque de condamnation des médecins (2).

1. Une pratique médicale visant à répondre à une demande

152. Les premières opérations de changement de sexe à l'époque moderne sont pratiquées dès le début du XX^{ème} siècle⁷⁶². Le médecin allemand Magnus Hirschfeld, fondateur en 1919 de l'Institut de sexologie de Berlin, est l'une des figures pionnières en la matière⁷⁶³, puisqu'il opère des personnes trans (alors qualifiées de travesties⁷⁶⁴) dès 1912⁷⁶⁵. Il cherche alors à répondre à une demande de ses patients, à savoir obtenir des modifications corporelles de manière à ce que leur apparence soit davantage en adéquation avec le sexe auquel elles s'identifient, et non celui qui leur a été assigné à la naissance au sein des registres d'état civil. Ces opérations, encore marginales à cette époque⁷⁶⁶, sont néanmoins bien connues des autorités, puisque comme le remarque Laurence Hérault, elles vont parfois servir de fondement aux patients afin d'obtenir une autorisation de se travestir en public, voire un changement de leur prénom à l'état civil⁷⁶⁷.

⁷⁶² Des traces d'opérations de changement de sexe ou de conformation sexuée sont en effet bien plus anciennes, puisque certains états rapportent la pratique de telles interventions dès l'Antiquité ; v. G. Androutsos, M. Papadopoulou et S. Geroulanos, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », art. cit.

⁷⁶³ L'Institut, qui sera détruit en 1933 sous l'occupation nazie, est certes un établissement dédié à la recherche, mais se veut aussi être un lieu de refuge pour toutes les personnes qui se trouvent être en marge des normes sexuelles ; Magnus Hirschfeld milite par ailleurs pour la dépénalisation de l'homosexualité.

⁷⁶⁴ Dans ses travaux, Magnus Hirschfeld distingue en effet différents types de transvestisme, dont les « travestis extrêmes », à savoir « ceux qui désirent obtenir une transformation complète de leurs organes génitaux, qui veulent avant tout, avoir un sexe qui correspond à leur mentalité » (v. Magnus Hirschfeld et Félix Abraham, *Les perversions sexuelles*, 1931, cité par Laurence Hérault, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », *Aux frontières de la médecine*, 2014, p. 210).

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 209. L'artiste danoise Lili Elbe (1882 – 1931) est l'une de ses patientes, qui bénéficie de plusieurs opérations (orchiectomie, retrait des testicules) dont une en juin 1931 (vaginoplastie et greffe d'utérus) dont les complications conduiront à sa mort le 13 septembre 1931.

⁷⁶⁶ Par exemple, l'historienne Taline Garibian montre qu'en Suisse, les premières opérations de changement de sexe sont réalisées au début des années 1940 par le médecin Charles Wolf, de manière expérimentale et en l'absence de tout protocole, v. Taline Garibian, « La fabrique chirurgicale du sexe. Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960) » dans *Sexuer le corps. Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui*, Lausanne, HETSL, 2019, p. 37.

⁷⁶⁷ L. Hérault, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », art. cit, p. 210.

153. C'est toutefois à partir des années 1950 que la question de la pratique de ces interventions chirurgicales prend de l'ampleur⁷⁶⁸, dans un contexte où le discours médical, marqué par l'essor de la sexologie comme discipline à part entière, distingue clairement, à partir des travaux de David Cauldwell⁷⁶⁹ puis d'Harry Benjamin⁷⁷⁰, entre travestissement et transsexualisme. Ce dernier fonde, sur la base de travaux antérieurs, la différence entre travestisme et transsexualisme dans un ouvrage publié en 1966 : si les premiers font « comme s'ils » étaient femmes ou hommes en adoptant les codes sociaux du sexe opposé au leur, les seconds, en revanche, ont la conviction profonde et innée d'être « nés dans le mauvais corps », au point que certains souhaitent recourir à une opération de changement de sexe ; il convient alors, dans leur intérêt, d'aligner ces deux composantes (sexe psychique et sexe physique)⁷⁷¹. Le recours à la chirurgie apparaît ainsi comme une étape à part entière et indispensable au parcours thérapeutique.

154. Elle ne fait cependant pas pleinement consensus au sein de la communauté médicale. En France par exemple, un article publié en 1956 par Jean Delay et plusieurs de ses collègues sur le transsexualisme s'opposent au recours aux opérations comme traitement thérapeutique, au risque de voir une « multiplication des demandes » de la part des malades⁷⁷². Néanmoins, Benjamin, suivi par plusieurs équipes médicales en Europe et aux États-Unis, contribue à la mise en place de protocoles de prise en charge des patients trans associant psychothérapie, traitement hormonal et opération chirurgicale dans le but de répondre à leur détresse. Le développement des opérations de changement de sexe est donc porté par les personnes trans elles-mêmes, qui revendiquent une reconnaissance sociale du sexe auquel elles ont la conviction

⁷⁶⁸ Elles deviennent alors davantage visibles dans la sphère publique, comme l'opération de la chanteuse étatsunienne Christine Jorgensen en 1952, opérée au Danemark, v. T. Garibian, « La fabrique chirurgicale du sexe. Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960) », art. cit, p. 40.

⁷⁶⁹ Le psychiatre mentionne en effet dans un article paru en 1949 les transsexuels, à savoir les travestis qui souhaitent obtenir une modification chirurgicale de leurs organes génitaux, v. Jacqueline Pousson-Petit, « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, vol. 75, p. 264.

⁷⁷⁰ V. notamment son article publié en 1954 « Transsexualism and Transvestism as Psycho-Somatic and Somato-Psychic Syndromes » dans l'*American Journal of Psychotherapy*.

⁷⁷¹ Harry Benjamin, *The Transsexual Phenomenon*, 1966. D'autres travaux vont par la suite systématiser cette opposition, comme ceux du psychiatre Robert Stoller dont l'ouvrage publié en 1968 mobilise la distinction entre sexe biologique et identité de genre ; il se divise ainsi en deux parties, l'une est consacrée aux « patients présentant des anomalies biologiques » (hermaphrodisme), et l'autre aux « patients ne présentant pas d'anomalies biologiques » (transsexualisme). Dans la préface de l'édition française, il mentionne que « le concept d'identité de genre est simplement un terme opératoire pour désigner un certain type de dilemme humain par rapport à soi » Robert J Stoller, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Paris, Gallimard, 1978, p. 17.

⁷⁷² Jean Delay et al., « Une demande de changement de sexe : le trans-sexualisme », *L'Encéphale*, 1956, n° 45, p. 41-80. Sur le développement de la notion de transsexualisme en France et les réticences du corps médical quant à son institutionnalisation, v. Arnaud Alessandrin, « Aux origines du « transsexualisme » en France : une réticence psychanalytique », *Sciences sociales et santé*, 2022, vol. 40, n° 1, p. 103-109.

d'appartenir⁷⁷³, avec l'appui de certains praticiens qui vont tenter, via le développement de nouvelles techniques médicales, de répondre à leurs demandes. Ils vont néanmoins être confrontés aux hésitations du droit qui, en l'absence d'un cadre juridique clair, oscille entre une condamnation de la pratique et un encadrement de ces opérations à visée thérapeutique.

2. Un flou juridique quant à la légalité des opérations

155. Quel régime juridique appliquer à des opérations qui visent à modifier le sexe, en l'absence de toute pathologie et de toute ambiguïté sexuelle ? Dans la mesure où la loi ne prévoit pas de dispositions spécifiques relatives aux opérations de changement de sexe, ce sont les juges qui sont amenés à se prononcer sur leur licéité : peuvent-elles être considérées comme des actes médicaux, ou à l'inverse, sont-elles un motif d'engagement de la responsabilité pénale du médecin ? Le consentement des personnes trans peut-il suffire à justifier la pratique de ces opérations ?

156. Les opérations de changement de sexe portent en effet, par essence et comme toute intervention chirurgicale, atteinte à l'intégrité physique des personnes concernées. Elles doivent alors s'inscrire dans le cadre juridique précis des actes médicaux, au risque d'être qualifiées de mutilations et d'entraîner la responsabilité pénale du corps médical. Celui-ci exige deux conditions cumulatives, communes à une grande majorité d'ordres juridiques : d'une part, que le patient consente à l'acte qui porte atteinte à son intégrité physique, et d'autre part, que l'acte soit pratiqué dans un intérêt thérapeutique⁷⁷⁴. Or, si les personnes concernées sont effectivement demandeuses de l'opération et consentent donc à l'acte, la condition de répondre à un objectif thérapeutique est-elle remplie ? En France, selon le Conseil national de l'ordre des médecins, la réponse est nécessairement négative. Il affirme en 1962 qu'il « ne peut que condamner toute intervention chirurgicale mutilante qui aurait pour objet de transformer un sexe bien défini »⁷⁷⁵. On peut d'ores et déjà souligner le contraste avec la pratique des opérations de conformation sur les personnes intersexes qui, on l'a vu, se développent à la même période, et ne posent pas de difficultés en termes de licéité⁷⁷⁶. À la différence des opérations visant à « corriger » le sexe de la personne, qui sont considérées comme licites, les opérations de changement de sexe des

⁷⁷³ On ne parle pas alors encore d'identité de genre au sens où on l'entend aujourd'hui au sein du discours médical et juridique, à savoir la conviction profonde d'appartenir à un genre, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁷⁴ S. A. Strauss, « Transsexualism and the Law », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1970, vol. 3, n° 3, p. 349.

⁷⁷⁵ Cité par Marie-Xavière Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain: limite de l'usage économique du corps*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 356.

⁷⁷⁶ V. *supra*.

personnes trans nécessitent une tout autre justification : il n'est plus question de conformer un sexe « déjà là » (de le conforter dans son immuabilité), mais de créer « artificiellement » le sexe opposé à celui qui a été constaté et assigné à la naissance⁷⁷⁷. Un médecin fut en ce sens acquitté en 1969 par les juridictions argentines au motif que les patients trans opérés étaient en réalité « pseudo-hermaphrodites », et que les interventions avaient donc eu pour objet de clarifier leur sexe, et non pas de les modifier⁷⁷⁸.

157. Mais lorsqu'il est question d'opérations de changement de sexe pratiquées sur les personnes trans, la réponse du droit quant à leur licéité n'est pas aussi évidente. En l'absence d'un cadre juridique clair, la tendance est même à la condamnation de ces actes, dont la pratique engage la responsabilité des médecins. En 1965, une commission d'enquête aux Pays-Bas dédiée à la question des opérations de changement de sexe exprime ainsi de sérieux doutes quant aux bienfaits thérapeutiques, notamment dans la mesure où il s'agit seulement de répondre à une « désillusion », à savoir la conviction d'appartenir au sexe opposé, ce qui relève de l'impossible⁷⁷⁹. Plusieurs décisions jurisprudentielles illustrent ensuite que les juges vont dans un premier temps s'opposer à la pratique de ces opérations, comme en Argentine, où le médecin Ricardo San Martin est condamné en 1966 pour avoir, à la demande d'un patient, pratiqué une opération de changement de sexe (castration) qu'il avait alors justifiée comme moyen de soigner un cancer du pénis⁷⁸⁰. D'après les juges, non seulement les capacités mentales du patient ne permettaient pas en l'espèce de s'assurer de son consentement, et quand bien même,

« il n'existe aucune raison scientifique pour l'ablation d'un pénis sain chez un homme physiquement sain. Aucune raison esthétique, ni la satisfaction d'un intérêt sociologique malsain, ni le désir d'apaiser le désir sexuel pervers de la victime ne peuvent justifier une telle ablation. L'expérience d'un personnel médical qualifié, l'utilisation d'instruments et d'une technique médicale appropriés pendant l'opération ne suffisent pas à cautionner licitement le fait qu'il s'agit d'une blessure corporelle grave, reconnue comme un crime par le Code pénal. »⁷⁸¹

Par ailleurs, les juges estiment que « l'acte de l'accusé défie absolument tout ce que la nature impose. Il savait qu'il ne pouvait pas transformer un homme en femme »⁷⁸², conformément à l'appréhension par le discours médical du sexe comme donnée naturelle et immuable. Au Japon,

⁷⁷⁷ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 427.

⁷⁷⁸ V. l'affaire Dr. Francisco Defazio de décembre 1969, citée par S.A. Strauss, « Transsexualism and the Law », art. cit, p. 354).

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 350.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 352.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² *Ibid.*

le procès *Blue Boy* (ブルーボーイ事件) de 1969 conduit à la même issue : les juges prononcent la condamnation d'un gynécologue à deux ans d'emprisonnement et une amende pour avoir retiré les testicules de trois femmes trans, en violation de l'article 28 de la loi sur la protection eugénique⁷⁸³. En France, comme le remarque Marie-Xavière Catto, les juridictions se prononcent sur la légalité des opérations de changement de sexe dans le cadre de requêtes de personnes trans visant à modifier la mention de leur sexe à l'état civil⁷⁸⁴. Les opérations sont alors qualifiées de « modifications corporelles artificiellement obtenues par des procédés dont certains pourraient tomber sous le coup de la loi pénale »⁷⁸⁵, et notamment l'article 309 du Code pénal⁷⁸⁶.

158. Néanmoins, malgré ces quelques condamnations et des divergences d'opinions persistantes au sein du corps médical quant au caractère thérapeutique de ces interventions, force est de constater que les juridictions vont adopter une position qui tend davantage à permettre leur pratique à condition qu'elles respectent un cadre thérapeutique. Ainsi, dans un article publié en 1970, le juriste sud-africain S. A. Strauss fait état à partir d'une étude de droit comparée d'« une sympathie grandissante de la part des tribunaux » à l'égard des opérations de changement de sexe⁷⁸⁷. Sans être totalement à l'abri de sanctions pénales, la majorité des affaires impliquant des médecins ayant pratiqué des opérations de conversion sexuelle sur des personnes trans mènent en effet à des acquittements⁷⁸⁸. En Belgique, les tribunaux eurent à se prononcer en 1969 sur la légalité des opérations de changement de sexe pratiquées par les médecins Fardeau et Slosse, accusés d'avoir réalisé une intervention dénuée de nécessité médicale ayant entraîné la mort de leur patiente⁷⁸⁹. Tandis que le ministère public qualifiait

⁷⁸³ Yuko Nishitani, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Japan » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 366. L'article 28 mentionne en effet que « l'opération ou l'irradiation par des rayons roentgen afin de rendre une personne inapte à la reproduction ne doit pas être effectuée sans raisons appropriées ». Il faut attendre 1998 pour que les opérations de changement de sexe deviennent légales au Japon, v. Mark McLelland, « From the Stage to the Clinic: Changing Transgender Identities in Post-War Japan », *Japan Forum*, 2004, vol. 16, n° 1, p. 1-20.

⁷⁸⁴ Marie-Xavière Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain: limite de l'usage économique du corps*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 358.

⁷⁸⁵ TGI de la Seine, 18 janvier 1965, JCP 1965, II, 14 421, concl. Fabre.

⁷⁸⁶ Code pénal (ancien), art. 309 : « Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours sera punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement » ; V. en ce sens les conclusions de L. Granjo sur CA Paris, 18 janvier 1974, D., 1974 .196 (cité par Daniel Borrillo, *Le droit des sexualités*, Vendôme, PUF, 2009, p. 85).

⁷⁸⁷ S.A. Strauss, « Transsexualism and the Law », art. cit.

⁷⁸⁸ Comme le souligne Jean-Paul Branlard, « si les juges voulaient condamner les médecins, il leur suffirait d'énoncer qu'ils n'ont pas agi dans un but thérapeutique. Mais ils ne le disent pas » (J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 449).

⁷⁸⁹ La décision du tribunal correctionnel de Bruxelles révèle que la patiente était une femme trans intersexuée ; les médecins mis en cause parlent d'une « malformation congénitale à caractère endocrinien » révélant « un cas

l'acte de mutilation, les médecins estimaient au contraire que l'opération de conversion sexuelle n'était pas illégale, dans la mesure où elle avait eu pour finalité thérapeutique de rétablir l'équilibre psychologique de la patiente. Les deux praticiens furent acquittés par une décision du Tribunal correctionnel de Bruxelles du 27 septembre 1969, au regard du consentement de la patiente et du fait que « l'absence de valeur thérapeutique du traitement chirurgical n'est pas démontrée »⁷⁹⁰. À mesure que le protocole médical de prise en charge des personnes trans se développe autour de la réponse à un syndrome, les juridictions vont donc encadrer la pratique des opérations au regard de leur visée thérapeutique.

B. Une justification progressive des opérations par le recours au syndrome du transsexualisme

159. C'est grâce à l'identification du transsexualisme comme un trouble psychique au sein du discours médical que les opérations de changement de sexe seront finalement considérées comme licites par l'ordre juridique. Il est alors admis que ces interventions ne changent pas « réellement » le sexe, ce à quoi ne peut répondre la médecine, mais qu'elles visent à modifier l'apparence corporelle de sorte à répondre à la conviction des patients d'appartenir au sexe opposé, et donc, à un objectif thérapeutique. En témoigne par exemple, au Royaume-Uni, le fait que les patients doivent, avant de bénéficier d'une opération, attester par écrit avoir compris que l'opération « ne modifiera pas [leur] sexe masculin et que cela est fait pour éviter une détérioration de [leur] santé mentale »⁷⁹¹. En France, la première opération officielle de changement de sexe a lieu le 21 avril 1979, en accord avec le Conseil de l'Ordre des médecins, lequel établit un protocole strict en 1983 visant à encadrer ces interventions : seuls les « vrais » transsexuels peuvent y prétendre, et à condition par exemple de réaliser une expertise psychiatrique et de suivre un traitement hormonal pendant deux ans⁷⁹². À la même période, le transsexualisme fait son apparition pour la première fois au sein du Manuel Diagnostique et Statistiques des troubles mentaux (DSM)⁷⁹³ comme « trouble de l'identité de genre » (*Gender*

d'intersexualité ». L'opération pratiquée a consisté en « une ablation des corps caverneux avec résection bulbaire et un clivage de l'espace rétro-vésical avec aménagement d'un vagin artificiel ».

⁷⁹⁰ Tribunal correctionnel de Bruxelles, 27 septembre 1969, J.T., 1969, p. 635.

⁷⁹¹ Rapporté dans l'affaire *Corbett v. Corbett* (Haute Cour de justice (EWHC), 2 février 1970, *Corbett v. Corbett*, 2 All E.R. 33.), v. *infra*.

⁷⁹² M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 358.

⁷⁹³ Le DSM (pour *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) est créé et publié en 1952 par l'Association américaine de psychiatrie (APA) afin de classer l'ensemble des troubles mentaux.

identity disorder) en 1980⁷⁹⁴. En ce sens, le Ministère de la santé tchèque associe ainsi les opérations de changement de sexe à des « traitements de troubles sexuels graves »⁷⁹⁵.

160. La question de la licéité des opérations continue néanmoins de diviser chez les juristes. Au Canada, Albert Layrand estime, dans un ouvrage paru en 1975, que l'opération est licite si « elle est le seul moyen de mettre fin à des troubles psychiques sérieux et de sortir le malade de son état obsessionnel »⁷⁹⁶, de même qu'en France, Michèle-Laure Rassat estime en 1985 que la « controverse » sur la légalité de ces opérations n'a simplement pas lieu d'être dans la mesure où elles sont pratiquées dans l'intérêt des patients, et donc, en conformité avec le cadre législatif relatif à la pratique médicale⁷⁹⁷. En revanche, Jean-Paul Branlard, dans son étude menée en 1993, estime que le consentement ne suffit pas à autoriser la pratique de ces opérations, qui sont qualifiables de crimes ou délits par le droit pénal⁷⁹⁸. Le développement jurisprudentiel atteste toutefois d'un encadrement du droit à l'égard de ces pratiques, à condition que l'opération réponde impérativement à l'intérêt thérapeutique du patient et à un protocole strict. Ainsi, dans un arrêt du 30 mai 1991, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme une décision de condamnation d'un médecin ayant pratiqué une opération visant « l'ablation de l'appareil génital externe masculin d'un patient désirant mettre son corps en harmonie avec le sentiment d'appartenir au sexe féminin » au motif qu'il n'avait pas été question de poursuivre « l'intérêt thérapeutique du patient » mais, selon la Cour, de « satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien »⁷⁹⁹. *A contrario*, les médecins peuvent pratiquer des opérations de conversion sexuelle en accord avec les patients, dans la mesure où ces actes ont une visée thérapeutique. Seule la faute du médecin entraînera sa responsabilité médicale⁸⁰⁰.

161. Dès lors, pour le dire avec Marie-Xavière Catto, les opérations de changement de sexe sont devenues légales « lorsque les autorités médicales en ont fait un acte thérapeutique, soignant une maladie, et ont posé les conditions de son diagnostic et de son traitement »⁸⁰¹. Les

⁷⁹⁴ Alex Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Londres, Routledge, 2002, p. 43. Les deux éditions précédentes du DSM ne mentionnent pas le transsexualisme, seulement le travestissement. Pour une évolution de la question trans au sein du DSM, v. Arnaud Alessandrin, « Du « transsexualisme » à la « dysphorie de genre » : ce que le DSM fait des variances de genre », *Socio-logos. Revue de l'association française de sociologie*, 2014, n° 9.

⁷⁹⁵ Communication du ministère de la Santé de la République tchèque n° LP-267-16.9.1970, cité par Barbara Havelkova, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in the Czech Republic » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 130.

⁷⁹⁶ Albert Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur Limitée, 1975, p. 34.

⁷⁹⁷ M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit., p. 657.

⁷⁹⁸ J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, op. cit., p. 428.

⁷⁹⁹ Cass. crim., 30 mai 1991, Bull. crim., n° 232, cité par D. Borrillo, *Le droit des sexualités*, op. cit., p. 86.

⁸⁰⁰ Ethel Groffier, « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1975, n° 6, p. 118.

⁸⁰¹ M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 359.

interventions ne visent donc pas à répondre à une demande de changement de sexe, ce qui, au demeurant, n'est pas possible : elles visent à offrir un traitement thérapeutique à des personnes qui ont la conviction pathologique d'appartenir au sexe opposé à leur sexe biologique⁸⁰². Ces modifications corporelles et la réponse apportée par le droit pénal ne sont pas sans conséquences sur le droit civil, lequel est amené à se prononcer sur des demandes de modifications de la mention du sexe à l'état civil formulées par les personnes trans après avoir eu recours à ces opérations.

§2. Le changement de la mention du sexe à l'état civil en proie à l'expression de la volonté individuelle

162. Le processus de détermination du sexe juridique se complexifie à mesure que les opérations de changement de sexe se développent. Quel est le sexe qui doit être reconnu à une personne assignée de sexe masculin à la naissance mais qui s'identifie au sexe féminin et dont l'apparence physique correspond aux normes de ce sexe ? Le droit civil fut lui aussi directement confronté, face aux revendications des personnes trans, à la fragilité du principe d'intangibilité du sexe à l'état civil – et, pourrait-on ajouter, à son incohérence. Si les juridictions partagent largement la position selon laquelle aucune opération n'est en mesure de permettre véritablement le changement du sexe des individus⁸⁰³, deux réactions peuvent néanmoins être identifiées, qui visent chacune à maintenir le sexe hors de portée de la volonté individuelle : soit l'immutabilité du sexe conduit à l'absence totale de modification de la mention **(A)**, soit elle n'empêche pas son changement, à condition néanmoins de reproduire l'illusion d'un sexe immuable **(B)**.

A. « Homme un jour, homme toujours »⁸⁰⁴, le changement empêché par l'immutabilité

163. Alors même que « l'état civil n'est pas ce qui nous oblige à « rester le même », mais ce qui dit par quels canaux étroitement définis passeront, de notre naissance à notre mort, nos

⁸⁰² L. Hérault, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », art. cit, p. 215.

⁸⁰³ Position qui est partagée par certaines autrices, qui soulignent notamment l'impossibilité pour les médecins de modifier le sexe chromosomal des individus, v. par ex. M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit ; Jacqueline Pousson-Petit, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens » dans *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 719-772.

⁸⁰⁴ L'expression est celle des juridictions texannes, v. Cour d'appel du Texas (4^{ème}), 27 octobre 1999, *Littleton v. Prange*, 9 SW 3d 223.

changements d'état »⁸⁰⁵, force est de constater que lorsque les premières demandes de modification de la mention du sexe des personnes trans sont formulées, une large majorité des juridictions refuse tout changement d'état du sexe⁸⁰⁶. La logique développée est la suivante : la mention du sexe à l'état civil ne saurait être modifiée, dans la mesure où les opérations ne permettent pas de modifier le véritable sexe des individus, tel que mentionné dans les registres (1). Il en va de même dans le cadre du mariage, où la différence de sexe entre les époux doit nécessairement être appréciée au regard de leur sexe dit biologique, et non des modifications corporelles obtenues (2).

1. Garantir la stabilité du sexe juridique via le recours au sexe biologique

164. La pratique des opérations de changement de sexe fait apparaître deux éléments : certains individus ont la conviction profonde d'appartenir au sexe opposé à celui qui leur a été assigné (ce qui est désigné comme leur « sexe psychique »), et les interventions sont en mesure de modifier l'apparence de leurs organes génitaux. Ni l'un ni l'autre n'ont toutefois de conséquence sur la mention du sexe à l'état civil selon les juridictions.

165. L'apparence des organes génitaux externes constitue en effet, comme il a été dit, le critère de prédilection pour désigner la mention du sexe à l'état civil⁸⁰⁷. Or, par le biais des opérations de changement de sexe, les personnes trans modifient justement (et notamment) cette partie de leur corps, dont l'apparence correspond désormais au sexe opposé à celui qui leur a été assigné à la naissance. Ce constat pourrait donc suffire, *a priori*, à permettre une modification de la mention du sexe à l'état civil⁸⁰⁸ : si l'apparence des organes génitaux est le fondement pour attribuer un sexe féminin ou masculin, alors une personne sur qui a été pratiquée une phalloplastie (fabrication d'un pénis) devrait, en conséquence, pouvoir être reconnue de sexe masculin par le droit. Il en va pourtant autrement, puisque les juridictions s'appuient sur le caractère immuable du sexe biologique. Dans le même sens, le sexe psychique des individus n'a, lui non plus, pas de prise sur la mention juridique de sexe. En témoignent les premières affaires de demande de modification de la mention du sexe traitées par les juridictions suisses.

⁸⁰⁵ I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, op. cit., p. 69.

⁸⁰⁶ Laura Grenfell, *Disrupting law's categories, transgenderism, feminism and identity*, Université de Toronto, Canada, 2001, p. 9.

⁸⁰⁷ V. *supra*.

⁸⁰⁸ Marie-Xavière Catto, « Garder la catégorie juridique de “femme” ? » dans *Qu'est-ce qu'une femme ? Catégories homme/femme : débats contemporains*, Paris, Éditions Matériologiques, 2023, p. 138.

À l'inverse de certaines de ses homologues⁸⁰⁹, le Tribunal cantonal du canton de Vaud⁸¹⁰ refuse dans une affaire de 1958, de faire droit à la demande de modification d'une personne trans de son sexe à l'état civil. Selon le juge, le sexe est déterminé avant tout par les caractéristiques physiques et doit « dépendre exclusivement de critères clairs et stables, et non des aspirations et du psychisme qui peuvent se manifester chez l'être humain »⁸¹¹. Cette même exigence de stabilité se retrouve dans la jurisprudence new-yorkaise, en 1965. Malgré le diagnostic d'un médecin, une opération de changement de sexe, et un « test de vie réelle » en tant que femme, les juges ne firent pas droit à la requête d'une femme trans afin de préserver « l'intérêt public contre les risques de fraude »⁸¹². L'analyse de la jurisprudence italienne des années 1970 par le juriste Stefano Osella montre un raisonnement similaire : le « sexe psychologique » est mis de côté pour tenir compte des marqueurs biologiques (organes génitaux, gonades, chromosomes), et ainsi refuser toute demande de modification de la mention du sexe⁸¹³. Dans le même sens, dans une décision du 1^{er} août 1979⁸¹⁴, la Cour constitutionnelle italienne refuse ainsi de considérer l'article 2 de la Constitution comme protégeant un quelconque « droit à l'identité sexuelle » au titre des droits inviolables de l'Homme⁸¹⁵. En France, ce refus de prendre en considération la conviction des personnes trans et donc leur volonté se traduit par l'affirmation jurisprudentielle du principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

⁸⁰⁹ V. par ex. la décision du tribunal cantonal de Neuchâtel qui se prononce en faveur de telles demandes, s'appuyant tant sur « l'élément psychique » du sexe que la préservation de « l'ordre public » et des « bonnes mœurs » ; en l'espèce, la requérante avait eu recours à diverses opérations chirurgicales (ablation des testicules puis du pénis, et vaginoplastie), citée par T. Garibian, « La fabrique chirurgicale du sexe. Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960) », art. cit, p. 38 ; Harper Jean Tobin, « Against the Surgical Requirement for Change of Legal Sex », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2007, vol. 38, n° 2, p. 403. Certains travaux mentionnent une décision des juridictions suisses en faveur d'une demande de modification de la mention du sexe en date de 1931 : Conseil d'État du Canton de Nidwald, décision du 19 octobre 1931, n° 1610, cité par ex. par Anna Marchianò, *La promotion des droits LGBTI notamment dans la politique étrangère : une comparaison entre l'Union européenne, l'Italie et la Suisse*, Lausanne, 2020, p. 29.

⁸¹⁰ En Suisse, le tribunal cantonal est la plus haute juridiction de chaque canton ; ses décisions peuvent être renvoyées devant le Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême.

⁸¹¹ Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, séance du 16 avril 1958, cité par T. Garibian, « La fabrique chirurgicale du sexe. Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960) », art. cit, p. 38. En première instance, le tribunal civil de Cossonay s'était au contraire prononcé en faveur de la demande.

⁸¹² Paisley Currah et Lisa Jean Moore, « Legally Sexed. Birth Certificates and Transgender Citizens » dans Rachel E. Dubrofsky et Shoshana Magnet (eds.), *Feminist Surveillance Studies*, Durham, Duke University Press, 2015, p. 58.

⁸¹³ S. Osella, *The legal regime of gender identity*, op. cit., p. 129.

⁸¹⁴ Corte Costituzionale, 12 juillet 1979, sentenza n° 98/1979.

⁸¹⁵ L'article 2 de la Constitution italienne prévoit en effet que « la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité [...] ». La Cour constitutionnelle italienne affirma finalement dans une décision du 24 mai 1985 le droit à l'identité sexuelle des personnes trans en s'appuyant sur l'article 2 de la Constitution (Corte Costituzionale, 24 mai 1985, Sentenza 6, n° 161).

166. Si cette « doctrine » de l'indisponibilité est intrinsèque à l'état des personnes (elle visait alors « l'interdiction de modifier les lois de la nature », notamment en matière de filiation)⁸¹⁶, il est intéressant de souligner avec Florence Bellivier que c'est au moment où il vacillait que « ce principe [a] commencé à être proclamé »⁸¹⁷. Il est en effet consacré de manière tardive à l'occasion du contentieux lié aux droits des personnes trans par la Cour de cassation le 16 décembre 1975⁸¹⁸. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes signifie que seuls des changements autorisés par la loi peuvent y être apportés⁸¹⁹. Les personnes ne sont pas en mesure de disposer librement des éléments qui leur ont été assignés « de l'extérieur d'elle-même »⁸²⁰, tel leur sexe juridique. Dans la mesure où la personne juridique, en tant que figure abstraite, n'a pas vocation à répondre aux « exigences du sujet concret »⁸²¹, l'état des personnes est *indisponible* (ce qui entraîne en conséquence « l'immutabilité de l'état civil qui constate cet état »⁸²²).

167. Le juge français invoque donc le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et le respect de l'ordre public⁸²³ afin de refuser la prise en considération des « transformations corporelles » obtenues, et ainsi la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance⁸²⁴. La seule volonté individuelle ne peut suffire, et comme le rappelle la Cour de cassation, toute « volonté délibérée » du sujet est exclue⁸²⁵. En ce sens, le juge français considère, contrairement

⁸¹⁶ Anne-Marie Leroyer souligne ainsi que « la question des limites du jeu de la volonté individuelle sur l'état des personnes s'est trouvée posée pour la première fois en droit savant (XII^{ème}-XVI^{ème} siècle) », v. A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », art. cit, p. 263. Elle ajoute que « les civilistes médiévaux avaient énoncé que la filiation ne pouvait faire l'objet d'aucun pacte ni d'aucune renonciation, parce que les droits du sang ne pouvaient être rompus par aucun droit civil ».

⁸¹⁷ F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 78.

⁸¹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615, JCP 1976. II. 18503. Ce principe a ensuite été mobilisé (ou « réactivé ») en matière de gestation pour autrui, dans un arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 de la Cour de cassation, v. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », art. cit.

⁸¹⁹ M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », art. cit, p. 326. Pour une critique de l'utilisation du concept d'indisponibilité en matière d'état des personnes et une proposition de le remplacer par celui d'ordre public, v. A.-M. Leroyer, « L'état civil au prisme du genre », art. cit, p. 260 et s.

⁸²⁰ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 90.

⁸²¹ X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 390, para. 739.

⁸²² Cathy Pomart, « Sexe, état civil et immutabilité de l'état des personnes », *Revue Juridique de l'Océan Indien*, 2024, n° 34, p. 110.

⁸²³ Argument déjà mobilisé par la Cour d'appel de Paris un an plus tôt, v. CA Paris, 18 janvier 1974, D.1974.196.

⁸²⁴ V. not. Cass., 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615. Certaines juridictions de première instance iront toutefois à l'encontre de la position de la Cour de cassation, v. par ex. Tribunal de Toulouse, 29 janvier 1976 : « un individu qui a subi dans l'évolution de ses caractères sexuels... des transformations si importantes qu'il ne peut plus, sans trouble grave, supporter le statut social correspondant au sexe déclaré lors de sa naissance est en droit d'obtenir... les modifications de son état civil » (cité par M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », art. cit, p. 654).

⁸²⁵ La Cour de cassation constate ainsi que « l'état actuel » du requérant « pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques mais relève d'une volonté délibérée du sujet » (Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1987, n° 85-14.176).

au juge belge par exemple⁸²⁶, que si les opérations peuvent permettre de transformer « certains caractères de son sexe d'origine », elles ne peuvent aboutir à un « véritable changement de sexe » de la personne⁸²⁷ : l'individu ne peut donc demander à l'État de modifier un élément qui ne rendrait pas compte de la réalité de son état. Cette position apparaît d'autant plus essentielle qu'elle risquerait, à l'inverse, de mener au mariage entre personnes de même sexe (entendre ici, de même sexe biologique).

2. Garantir la stabilité de l'institution matrimoniale via le recours au sexe biologique

168. Le refus de prendre en considération les modifications corporelles obtenues dans le cadre des demandes de modification de la mention du sexe se justifie également au regard de l'institution matrimoniale, fondée sur la différence de sexe entre les époux⁸²⁸. Dans le cadre du mariage, une personne trans opérée doit-elle être considérée par le droit selon le sexe auquel elle s'identifie, ou celui qui lui a été assigné à la naissance ? La réponse du juge britannique à cette question fut claire⁸²⁹ : dans un arrêt de 1970, il utilisa la notion de sexe biologique afin de constater la nullité d'un mariage entre une personne cisgenre et une personne trans⁸³⁰. En l'espèce, il était question de déterminer le sexe légal d'April Ashley, une femme trans opérée et mariée en 1963 à Arthur Corbett⁸³¹, afin d'acter la validité ou non de leur union⁸³². Ce dernier,

⁸²⁶ V. *infra*.

⁸²⁷ Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829.

⁸²⁸ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁸²⁹ À noter toutefois qu'une décision rendue deux ans plus tôt aurait pu permettre d'aboutir à une tout autre issue. En 1968, les juridictions britanniques eurent à se prononcer sur le sexe d'un homme trans afin de lui accorder ou non un droit à un héritage. L'affaire concerne Ewan Forbes : assigné de sexe féminin à la naissance, il entama une procédure de changement de sexe à l'adolescence et modifia la mention de son sexe sur son acte de naissance en 1952. Son sexe fut toutefois remis en question en 1965, lorsque son cousin contesta sa capacité à recevoir un héritage au motif qu'il était en réalité une femme. Les juges conclurent au sexe masculin de Forbes, lui permettant ainsi de poursuivre sa vie selon sa véritable identité. L'issue de l'affaire a néanmoins été volontairement étouffée malgré l'avancée remarquable qu'elle aurait pu représenter pour les personnes trans : l'audience avait eue lieu en privé, et les personnes impliquées dans le procès ont été contraintes de garder le silence. Le juge dans l'affaire *Corbett* ne fait d'ailleurs aucune référence à ce précédent, pourtant rendu seulement quelques mois en amont (v. Zoë Playdon, *The Hidden Case of Ewan Forbes: And the Unwritten History of the Trans Experience*, New York, Scribner, 2021, 383 p). Enfin, une affaire similaire est rapportée par Geoffrey W. Bartholomew : dans l'arrêt *Re Swan* de 1949, les juridictions britanniques autorisèrent la succession d'un homme trans ayant changé de sexe en 1923, malgré le fait que l'héritage lui ait été attribué sous son identité de femme ; les juges estimèrent en effet qu'il « n'y a rien de bien terrible à cela, c'est un cas particulier, mais pas inconnu » (Geoffrey W. Bartholomew, « “Hermaphrodites” and the law », *University of Malaya Law Review*, juillet 1960, vol. 2, n° 1, p. 84).

⁸³⁰ Le juge précise en effet qu'il ne s'attache pas à déterminer le sexe légal de la répondante de manière générale, mais seulement dans le cadre du mariage (EWHC, 2 février 1970, *Corbett v. Corbett*, 2 All E.R. 33, p. 19).

⁸³¹ Il semble que l'union a pu avoir lieu grâce à un arrangement conclu avec un juriste à Gibraltar, où la législation concernant le mariage est relativement souple. April Ashley avait en effet seulement obtenu le changement de son prénom sur son passeport, sans parvenir à modifier son certificat de naissance.

⁸³² EWHC, 2 février 1970, *Corbett v. Corbett*, 2 All E.R. 33.

bien qu'informé de la transition de son épouse avant leur mariage⁸³³, décida quatorze jours après leur union de vouloir y mettre fin en demandant sa nullité, au motif que son épouse était, en réalité, de sexe masculin⁸³⁴. Un panel de médecins fut appelé afin d'apporter son expertise en la matière⁸³⁵, sur laquelle le juge Ormrod – par ailleurs lui-même titulaire d'une formation de médecin⁸³⁶ – s'est largement appuyé. Deux aspects vont fonder son raisonnement : d'une part, la nature des caractéristiques sexuées de l'épouse, et d'autre part, sa capacité à avoir des relations sexuelles avec son mari.

169. Concernant les caractéristiques sexuées, le juge britannique relève la multitude de critères déterminant le sexe des individus, et ainsi sa complexité⁸³⁷. Il retient pourtant seulement trois d'entre eux, qui forment selon lui « la base juridique de la détermination du sexe » : les chromosomes, les gonades, et les organes génitaux⁸³⁸ (étant entendu qu'en cas de discordance entre ces trois critères, le dernier devrait prévaloir⁸³⁹). Cet ensemble forme le sexe déterminé à la naissance des individus, autrement dit leur sexe biologique, qui doit lui seul être retenu pour apprécier le sexe des époux et donc la validité du mariage. Ce raisonnement – et notamment le fait d'écarter la dimension psychologique du sexe, donc toute subjectivité individuelle – permet d'ancrer le sexe juridique comme un élément stable dont la détermination dépend seulement d'un constat physique. Une personne qui naît avec une vulve, des ovaires et un caryotype XX

⁸³³ À la différence de l'arrêt *S.-T. c. J* de 1997, où l'épouse déclarait ne jamais avoir eu connaissance du changement de sexe de son mari pendant leur dix-sept années de mariage, bien que celui-ci n'ait réalisé qu'une mastectomie sans modifier ses organes génitaux ; la Cour n'avait pas refusé la demande de « réparation accessoire » au divorce (*ancillary relief*) formulée par le mari au motif qu'il était un homme trans, mais parce qu'il avait volontairement caché sa transition à son épouse (*S.-T. c. J* [1997] 3 W.L.R. 1287).

⁸³⁴ Il faut attendre une loi du 17 juillet 2013 pour que le mariage entre personnes de même sexe soit légalisé en Angleterre et au pays de Galles (*Marriage (Same Sex Couples) Act* 2013, c. 30).

⁸³⁵ Deux rapports ont ainsi été communiqués en mai et juillet 1968 dans lesquels les médecins constatent par exemple que « les seins sont bien développés bien que les mamelons soient de type masculin », que « la voix est plutôt grave » ou encore que « le vagin est de taille suffisante pour admettre un pénis normal et en érection » ; ils recommandent également de procéder à un test chromosomique, qui révéla un caryotype XY.

⁸³⁶ Mary Coombs, « Sexual Dis-Orientation: Transgendered People and Same-Sex Marriage », *UCLA Women's Law Journal*, 1998, vol. 8, n° 2, p. 245.

⁸³⁷ Il inclut d'ailleurs à son raisonnement tout un développement sur « l'hermaphrodisme » et les différents cas d'intersexuation qui peuvent être rencontrés en cas de « constitution chromosomique anormale », prenant l'exemple d'un « patient XXY » qui « deviendra un homme sous-masculinisé avec de petits testicules sous-développés et une hypertrophie mammaire » (*Corbett v. Corbett*, préc.).

⁸³⁸ Il exclut ainsi le facteur psychologique ainsi que les hormones ou caractéristiques sexuées secondaires (telles que la pilosité ou le développement mammaire).

⁸³⁹ *Corbett v. Corbett*, para. 106. Dans d'autres juridictions, en plus d'être nécessairement de sexe féminin ou masculin, les époux doivent être *entièrement* de sexe féminin ou masculin pour valider un mariage ; en cas de « malformation génitale » trop prononcée de l'un d'entre eux, la nullité du mariage pourra être prononcée pour absence de différence de sexe (v. par ex. une décision de la Cour suprême de Roumanie de 1972, n° 1196/1972, cité par D.-A. Deteșeanu et C.-M. Nicolescu, « The Civil Status of Trans Persons Under the Romanian Legal System », art. cit, p. 130) ; ainsi, dans une décision de 1975, le tribunal de la famille de Brisbane (Australie) annule le mariage d'une personne intersexuée au motif que le consentement de l'épouse à l'union avait été trompé, puisqu'elle « croyait qu'elle épousait un homme alors qu'en fait elle épousait une combinaison d'homme et de femme » (Family Court of Australia (Brisbane), 20 avril 1979, *In the marriage of C and D (falsely called C)*, 5 Fam LR 636).

doit donc être considérée aux yeux du droit comme de sexe féminin, tandis qu'une personne qui naît avec des testicules, un pénis et un caryotype XY sera de sexe masculin, sans possibilité de changement. En effet, une opération de changement de sexe n'aura de conséquences, aux yeux du juge, que sur le *genre* de la personne, et non son sexe biologique⁸⁴⁰. Le droit ne fait donc que constater une donnée naturelle : le sexe est biologique, et en aucun cas une construction juridique⁸⁴¹. Un tel « axiome » permet de soutenir que le « sexe déterminé à la naissance » doit être le seul pris en compte par l'ordre juridique afin d'apprécier la validité d'un mariage⁸⁴².

170. Le juge britannique fait ensuite référence au « rôle essentiel de la femme dans le mariage » afin de justifier son raisonnement, à savoir la capacité à avoir des relations (hétéro)sexuelles⁸⁴³. Or bien qu'Ashley ait désormais un vagin, une telle « cavité vaginale artificielle » ne peut permettre un rapport hétérosexuel jugé ordinaire⁸⁴⁴ : le mariage ne pouvait donc être consommé⁸⁴⁵, et il est donc nul *ab initio*. D'autres juridictions iront plus loin en précisant que non seulement le mariage exige que les époux doivent avoir des rapports hétérosexuels, mais aussi que ces rapports doivent avoir une visée procréative. Ainsi, en 1971, les juges de la Cour de New York conclurent dans une affaire similaire⁸⁴⁶ au même résultat que les juridictions britanniques, en ajoutant que la finalité est la procréation⁸⁴⁷. Pourtant, les caractéristiques biologiques visées ne garantissent pas à elles seules cette capacité à procréer, et le fait pour une femme d'avoir un utérus, des ovaires et un caryotype XX ne garantit pas pour

⁸⁴⁰ Laura Grenfell, « Making sex: law's narratives of sex, gender and identity », *Legal Studies*, 2003, vol. 23, n° 1, p. 70.

⁸⁴¹ N. Naffine, « Our legal lives as men, women and persons », art. cit, p. 632.

⁸⁴² Andrew Sharpe, « English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett », *Feminist Legal Studies*, 2002, vol. 10, n° 1, p. 68.

⁸⁴³ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 78. ; P.-L. Chau et J. Herring, *Emergent Medicine and the Law*, op. cit., p. 148.

⁸⁴⁴ M. Coombs, « Sexual Dis-Orientation », art. cit, p. 246.

⁸⁴⁵ Le raisonnement adopté se distingue de celui retenu dans un arrêt de 1962, dans lequel le juge considère que la demande en nullité d'un mariage ne pouvait être admise au titre de la malformation vaginale de l'épouse (cisgenre) qui empêchait tout rapport sexuel pénétrant, dans la mesure où une opération permettant de créer une cavité vaginale était réalisable (v. Haute Cour de justice (EWHC), *S. v. S. (otherwise W.)*, [1962] 3 All E.R. 55). Dans le présent arrêt, le juge Ormrod fait donc une distinction entre une chirurgie pratiquée sur un vagin « anormal » (qu'il s'agit donc de réparer), et une chirurgie pratiquée sur un corps qui ne comportait aucune cavité vaginale à l'origine (A. Sharpe, « English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett », art. cit, p. 70).

⁸⁴⁶ Le mari avait découvert lors de la nuit de noce les organes génitaux mâle de son épouse, une femme trans pré-opérée. Il avait alors formulé une demande d'annulation du mariage au motif que son épouse était en réalité un homme, et qu'il s'agissait donc d'une fraude.

⁸⁴⁷ Cour suprême de New York, 6 août 1971, *Anonymous v. Anonymous*, 325 N.Y.S.2d 499 (cité par M. Coombs, « Sexual Dis-Orientation », art. cit, p. 252) ; v. dans le même sens l'arrêt de la même Cour, 23 avril 1974, *B v. B*, 355 N.Y.S.2d 712 : selon les juges, un homme trans n'est pas en mesure d'assumer « les devoirs et obligations masculins inhérents à la relation conjugale », puisque les traitements réalisés jusqu'ici ne lui permettent pas « de fonctionner comme un homme à des fins de procréation ».

autant qu'elle pourra mener une grossesse⁸⁴⁸. En ce sens, l'incapacité pour des couples cisgenres hétérosexuels d'avoir des enfants pour cause de stérilité par exemple n'a jamais été un empêchement à mariage⁸⁴⁹, et encore moins une remise en question de leur sexe juridique.

171. Cette « doctrine de l'immutabilité »⁸⁵⁰ développée dans l'arrêt *Corbett* a été largement suivie pendant plusieurs décennies par différentes juridictions en dehors du Royaume-Uni⁸⁵¹ (y compris au sein d'affaires n'ayant pas spécifiquement trait au mariage des personnes trans⁸⁵²). Ainsi, dans l'arrêt *Littleton v Prange* de 1999, les juridictions du Texas posent la question suivante : « un médecin peut-il changer le sexe d'une personne avec un scalpel, des médicaments et des conseils, ou bien le sexe d'une personne est-il immuablement fixé par notre Créateur à la naissance ? »⁸⁵³. La réponse est sans appel : se référant au désormais célèbre arrêt *Corbett*, le juge estime qu'un mariage contracté entre un homme est « un individu né homme », mais dont les caractéristiques physiques sont désormais celles d'une femme ne peut être valide aux yeux du droit⁸⁵⁴. Il faut enfin souligner que ce raisonnement sur l'immutabilité du sexe biologique, destiné à garantir l'hétérosexualité du mariage, conduit à une situation paradoxale, à savoir une légalisation *de facto* du mariage homosexuel.

172. En effet, selon le raisonnement des juges, si une femme trans ne peut se marier avec un homme cisgenre, une femme trans lesbienne – puisqu'elle est un homme selon les juges – peut en revanche se marier avec une femme cisgenre⁸⁵⁵. S'il s'agit aux yeux du droit d'une union hétérosexuelle (leurs sexes juridiques sont bien opposés), elle aura pourtant l'apparence d'un mariage homosexuel⁸⁵⁶. Le juriste Flynn Taylor rapporte ainsi que conformément à la

⁸⁴⁸ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 79.

⁸⁴⁹ M. Coombs, « Sexual Dis-Orientation », art. cit, p. 252.

⁸⁵⁰ Que ce soit en Afrique du Sud, au Canada, en Nouvelle-Zélande, en Irlande ou encore à Singapour ; les arrêts sont cités dans L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 74.

⁸⁵¹ P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, op. cit., p. 102. V. par ex. Ohio Probate Court, 17 février 1987, *In re Ladrach*, 513 N.E.2d 828 et Cour d'appel du Texas (4^{ème}), 27 octobre 1999, *Littleton v. Prange*, 9 SW 3d 223.

⁸⁵² V. par ex. l'arrêt Court of Appeal (Criminal Division), 10 février 1983, *R v. Tan and Others*, 2 AELR 12 : une femme trans fut condamnée sur le fondement d'une infraction applicable seulement aux hommes, à savoir le fait de pratiquer une activité de prostitution. La Cour appliqua le test de *Corbett* « sans hésitation » afin d'aboutir à ce raisonnement, faisant fi que la requérante vivait depuis dix-huit ans en tant que femme et qu'elle avait subi une opération de changement de sexe. V. également : Industrial Tribunal, 1977, *E.A White v. British Sugar Corporation*, I.R.L.R. 121; Employment Appeal Tribunal, 2002, *Chief Constable of Yorkshire Police v. A and Secretary of State for Education and Employment*, IRLR 103 (discrimination à l'emploi).

⁸⁵³ Cour d'appel du Texas (4^{ème}), 27 octobre 1999, *Littleton v. Prange*, 9 SW 3d 223. Dans cet arrêt, une femme trans avait entamé une procédure pour faute médicale à l'encontre du médecin ayant opéré son mari, décédé des suites de l'opération. Ledit médecin avait alors soutenu que la requérante n'était pas en mesure de porter une telle action en justice, puisqu'un homme ne peut se réclamer veuf d'un autre homme.

⁸⁵⁴ Avant de conclure : « il y a des choses qu'on ne peut pas vouloir faire exister. Elles existent, tout simplement » (*Ibid*).

⁸⁵⁵ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 77.

⁸⁵⁶ E. Groffier, « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois », art. cit, p. 145.

jurisprudence texane, des personnes trans homosexuelles ont eu la possibilité de se marier avec une personne du même sexe, et ce malgré l'interdiction législative en vigueur⁸⁵⁷. Ce fut également le cas dans d'autres États des États-Unis comme en Oregon et en Utah, mais aussi en Angleterre⁸⁵⁸. Afin d'éviter ces situations paradoxales, d'autres vont à l'inverse accéder aux demandes de modification de la mention du sexe des personnes trans⁸⁵⁹. Il ne s'agit toutefois pas là non plus de répondre à une volonté individuelle : l'immutabilité du sexe est au contraire recréée.

B. « Homme un jour, femme toujours »⁸⁶⁰, le changement conditionné à l'irréversibilité

173. Certaines juridictions vont faire droit aux demandes des personnes trans de modification de leur sexe à l'état civil. Si l'intangibilité du sexe est donc bousculée, il n'est toutefois pas question de remettre en question son immutabilité. En témoigne notamment la distinction entre la procédure de rectification⁸⁶¹ et celle de changement de la mention du sexe. Tandis qu'il faut, pour la première, comme on l'a vu au sujet des personnes intersexes, qu'une « erreur » ait été commise, il n'en va pas de même pour la seconde : les personnes trans ont bien été assignées à leur « véritable » sexe, dont elles souhaitent seulement modifier la mention⁸⁶². La condition posée est alors celle de la crédibilité : si changement de la mention du sexe il y a, c'est seulement en ce qu'elle apparaît cohérente et qu'elle est définitive, de manière à ne pas bousculer l'ordre et la stabilité des statuts de personnes. En ce sens, il faut recréer l'immutabilité du sexe. Pour cela, deux conditions se retrouvent dans l'ensemble des juridictions qui autorisent la modification de la mention du sexe : les personnes trans doivent non seulement prouver leur conviction profonde d'appartenir au sexe opposé, via un diagnostic médical **(1)**, mais aussi avoir obligatoirement recours à une opération irréversible (à savoir stérilisatrice) de changement de sexe **(2)**.

⁸⁵⁷ Taylor Flynn, « “Transforming” the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality », *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, n° 2, p. 418.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 419.

⁸⁵⁹ C'est par exemple le cas des juridictions en Nouvelle-Zélande dans un arrêt de 1991, solution destinée à éviter des mariages en apparence entre personnes de même sexe, v. Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 30 mai 1991, *M. v. M. (unreported)*, cité par M. Coombs, « Sexual Dis-Orientation », art. cit, p. 250.

⁸⁶⁰ Pour reprendre cette fois-ci, à notre manière, l'expression utilisée dans l'arrêt *Littleton v. Prange* précité.

⁸⁶¹ *V. supra*.

⁸⁶² M. van den Brink, J. Tigchelaar et P. Reuß, « Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration. A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands », art. cit, p. 285.

1. La preuve d'une conviction profonde d'appartenir au sexe opposé

174. Certaines juridictions vont admettre le changement la mention de sexe juridique des personnes trans en prenant notamment en compte la dimension psychique ou psychologique du sexe (désormais bien connue grâce aux travaux de la médecine sur la question⁸⁶³). Il ne suffit toutefois pas de s'identifier au sexe féminin ou masculin, mais d'avoir la conviction profonde d'appartenir à ce sexe, suffisamment forte pour être diagnostiquée comme une pathologie par le corps médical.

175. En témoigne l'adoption du cadre législatif suédois en 1972⁸⁶⁴, premier au monde à être intervenu sur la question⁸⁶⁵. Parmi les conditions imposées pour accéder à une demande de modification de la mention du sexe, on retrouve le sentiment d'appartenance immuable au sexe opposé, qui doit être confirmé par un suivi psychiatrique, afin de garantir que le changement apporté au sein des registres intervient de manière irréversible. L'exception au principe d'intangibilité du sexe des individus est admise seulement dans la mesure où le droit – et avec lui la médecine – répond à une pathologie, et non pas à une volonté individuelle. Ce modèle d'encadrement législatif repose ainsi essentiellement sur une logique de pathologisation du transsexualisme, conformément au discours médical de cette période, véritable syndrome auquel les autorités médico-légales tentent d'apporter une solution. De même, les juridictions belges – qui mobilisent elles aussi le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, mais pour aboutir à une solution opposée à celle du juge français⁸⁶⁶ – s'accordent pour reconnaître qu'il ne s'agit pas là d'un caprice mais bien d'une nécessité qui s'impose « de façon irrésistible », comme en témoignent les opérations auxquelles les personnes trans se soumettent⁸⁶⁷. Un peu plus tard, les juridictions australiennes adoptent la même position, et

⁸⁶³ V. *supra*.

⁸⁶⁴ Loi relative à la détermination de l'appartenance sexuelle dans certains cas, 21 avril 1972 (*Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall*, 1972:119).

⁸⁶⁵ Jameson Garland, « Sweden » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia, 2015, p. 281-312 ; Daniela Alaattinoğlu et Ruth Rubio-Marín, « Redress for Involuntarily Sterilised Trans People in Sweden against Evolving Human Rights Standards: A Critical Appraisal », *Human Rights Law Review*, 2019, vol. 19, n° 4, p. 2. Certains États se contenteront de solutions jurisprudentielles ; c'est le cas notamment de la Belgique, qui légifèrera sur la question du changement de la mention du sexe des personnes trans pour la première fois en 2007 (Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, M.B., 11 juillet 2007).

⁸⁶⁶ V. *supra*.

⁸⁶⁷ V. par ex. Tribunal de première instance de Bruxelles, 7 décembre 1988, n° F-19881207-11 (24220) ; d'autres jurisprudences sont citées par J.-P. Masson, « Examen de jurisprudence (1984 à 1990) », art. cit, p. 412. En l'absence de cadre légal, les solutions jurisprudentielles oscillaient entre action en rectification pour erreur sur l'acte initial et changement de la mention du sexe, v. M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », art. cit, p. 328 ; Nicole Gallus, « L'enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre. L'évolution en droit belge : entre l'exigence du respect de la vie privée et la sécurité juridique de l'organisation de l'état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Y. c. Pologne, 17 février 2022) », *RTDH*, 2023, vol. 133, n° 1, p. 254.

rejettent alors le raisonnement adopté dans *Corbett*, considéré comme « essentialiste » : dans un arrêt de 2001, le juge considère qu'il faut, au contraire, utiliser un faisceau d'indices comme la perception qu'a la personne de son sexe ou encore son comportement en tant que femme ou homme dans la société⁸⁶⁸. Certaines juridictions vont enfin clairement se distinguer de la jurisprudence britannique y compris dans le cadre du mariage. Ainsi, dans l'arrêt *M.T. c. J.T.* de 1976, la Cour supérieure du New Jersey déclare valide un mariage contracté entre une femme trans et un homme cisgenre⁸⁶⁹. Le mari avait demandé le divorce après dix ans de vie commune (et après avoir contribué au financement de l'opération de changement de sexe de son épouse), et refusait de lui verser une pension alimentaire au motif qu'elle était en réalité un homme et que leur mariage n'avait donc jamais existé. La Cour du New Jersey réfuta l'argument, et s'appuya sur d'autres éléments que le sexe assigné à la naissance afin de déterminer le sexe de l'épouse, en constatant que « le sexe ou la sexualité d'une personne englobe son genre, c'est-à-dire son image de soi, son profond sentiment psychologique ou émotionnel d'identité et de caractère sexuel »⁸⁷⁰. À cela doit également s'ajouter la preuve que la personne a bien eu recours à une chirurgie de changement de sexe. Le genre ressenti des personnes trans ne permet en effet pas à lui seul une reconnaissance de leur changement de sexe par le droit, puisqu'il s'agit d'un critère trop instable pour les juridictions⁸⁷¹. Les opérations de changement de sexe, et notamment de stérilisation⁸⁷², sont indispensables afin de voir la procédure aboutir.

2. La nécessité de recourir à une opération de changement de sexe

176. Afin de garantir l'irréversibilité de la modification de la mention du sexe à l'état civil, conformément à l'objectif recherché de stabilité de l'état des personnes, les juridictions imposent que les personnes trans aient recours à des opérations de changement de sexe. L'apparence physique – y compris et surtout les organes génitaux – doit en effet correspondre aux normes sociales attendues du sexe revendiqué, selon des normes strictes. Ainsi, pour une

⁸⁶⁸ Family Court of Australia (Sydney), 12 octobre 2001, *In Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual)*, FamCA 1074, para. 329-330, mentionné par L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 84.

⁸⁶⁹ New Jersey Superior Court (Appellate Division), 22 mars 1976, *M.T. v. J.T.*, 140 N.J. 77, 355 A.2d 204, 205.

⁸⁷⁰ « [L]a preuve soumise à cette cour montre qu'il existe plusieurs critères ... qui peuvent être pertinents pour déterminer le sexe d'un individu » (para. 208). La Cour se réfère d'ailleurs directement à l'arrêt *Corbett* : « Notre prise de distance à l'égard de la thèse Corbett ne relève pas d'une question de sémantique. Elle découle d'une compréhension fondamentalement différente de ce que l'on entend par "sexe" aux fins du mariage ».

⁸⁷¹ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 90.

⁸⁷² Dans une décision de 1968, le Tribunal civil de la ville de New York autorise ainsi le changement de prénom d'une femme trans au motif que la requérante, suite à une opération de changement de sexe, ne sera plus en mesure de procréer ou d'avoir des relations sexuelles comme un homme (Civil Court of the City of New York, 17 septembre 1968, *In the Matter of Anonymous*, 57 Misc 2d 813).

femme trans, subir une orchidectomie (ablation chirurgicale des testicules) ne suffit pas : la reconnaissance du changement de sexe implique également une ablation du pénis et la construction d'un vagin artificiel⁸⁷³. Surtout, l'opération doit être irréversible, c'est-à-dire que la personne doit être dans l'incapacité totale de procréer.

177. C'est en ce sens qu'une opération de stérilisation est imposée dans la loi suédoise de 1972⁸⁷⁴ : là encore, il s'agit de s'assurer que les modifications ont une visée définitive. La personne doit également être célibataire, ce qui implique pour les personnes mariées de divorcer au préalable. Parmi les États ayant emboîté le pas au législateur suédois⁸⁷⁵, les conditions imposées afin d'accéder à un changement de la mention du sexe à l'état civil sont similaires. C'est le cas en Italie, avec la loi du 14 avril 1982 qui exige une opération *totale* de changement de sexe⁸⁷⁶, ou encore en Allemagne : sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle⁸⁷⁷, le législateur adopte un cadre en 1980 qui prévoit que la modification de la mention du sexe au sein des registres de naissance peut seulement avoir lieu « chaque fois qu'il s'agit d'un cas irréversible de transsexualisme et qu'une opération d'adaptation de sexe a été accomplie »⁸⁷⁸. Il en va de même aux Pays-Bas, puisque la loi du 24 avril 1985 prévoit que le changement de la mention du sexe aura lieu à condition que la personne ne soit pas mariée, et qu'elle ne sera pas en mesure de procréer⁸⁷⁹, ou encore de la Turquie, dont le législateur modifie en 1988 l'article 29 du Code civil, qui permet le changement de la mention du sexe à l'état civil après

⁸⁷³ V. par ex. Tribunal d'appel administratif (AAT) australien, 25 août 1999, *SRDD c. Secretary, Department of Family and Community Services*, AAT 626.

⁸⁷⁴ Loi sur la détermination du sexe dans certains cas du 21 avril 1972 (Lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall (1972:119)).

⁸⁷⁵ L'Allemagne le 10 septembre 1980, l'Italie le 14 avril 1982, les Pays-Bas le 24 avril 1985, ou encore la Turquie le 4 mai 1988.

⁸⁷⁶ Loi du 14 avril 1982, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, n°164 (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 19 avril 1982, n°106, p. 2879). Avant cette loi, les opérations de changement de sexe étaient strictement prohibées en Italie, le corps des personnes étant « inviolable » (Maria Giovanna Cubeddu Wiedemann, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Italy » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 250.

⁸⁷⁷ Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 11 octobre 1978, 1 BvR 16/72.

⁸⁷⁸ Loi sur le changement de prénom et l'établissement de l'appartenance sexuelle dans des cas particuliers du 10 septembre 1980 (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG, BGBl I S. 1654)). À noter que la loi met en place un système dualiste qui permet aux personnes trans d'accéder à une modification de la mention de leur sexe à l'état civil (*Große Lösung* ou « grande solution », Section 8 de la loi) ou lorsque les conditions ne sont pas réunies, à une modification de leurs prénoms (*Kleine Lösung* ou « petite solution », Section 1 de la loi), v. à ce sujet Françoise Furkel, « La situation juridique du transsexuel en République Fédérale d'Allemagne » dans *L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2003, p. 776 ; J. Pousson-Petit, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens », art. cit, p. 735. La « petite solution » peut alors être volontairement privilégiée en ce qu'elle permet aux individus qui le souhaitent de conserver leurs liens matrimoniaux (M.R. Will, « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé », art. cit, p. 90).

⁸⁷⁹ Loi du 24 avril 1985, Stb. 1985, n° 243.

une opération de changement de sexe⁸⁸⁰. Pour résumer, les conditions requises sont globalement les suivantes : être majeur, avoir un suivi psychiatrique et/ou médical qui atteste du syndrome de transsexualisme, avoir subi une opération stérilisatrice de changement de sexe, et ne pas être marié⁸⁸¹. Le recours obligatoire à ces modifications corporelles s'inscrit en effet dans la volonté de maintenir le cadre hétéronormatif dessiné par l'ordre juridique, laissant apparaître, pour le dire avec Alex Sharpe, un processus d'hétérosexualisation des corps trans⁸⁸².

178. Exiger une opération de changement de sexe permet non seulement de garantir des rapports hétérosexuels, mais aussi de limiter un bouleversement de l'ordre reproductif. Ainsi, si l'arrêt *M.T. c. J.T.* précité⁸⁸³ est une avancée pour la reconnaissance du sexe des personnes trans⁸⁸⁴, elle est fondée sur la capacité à avoir une sexualité conforme aux normes de l'hétérosexualité⁸⁸⁵. En effet, c'est dans la mesure où l'épouse avait réalisé une opération de changement de sexe, et qu'elle avait les attributs nécessaires afin d'avoir des relations sexuelles avec son mari qu'elle a pu être considérée comme une femme aux yeux du droit⁸⁸⁶. Le mariage était donc valide, notamment au vu de cette possibilité d'avoir des rapports péno-vaginaux⁸⁸⁷, même sans aboutir à la procréation (ce que le droit cherche au contraire à éviter). Il semble toutefois qu'à l'inverse, une personne trans opérée, mais n'ayant pas cette capacité à avoir des relations hétérosexuelles pénétrantes ne se verrait pas reconnaître son identité de genre dans le cadre du mariage⁸⁸⁸.

179. La condition de l'opération de changement de sexe et donc de la stérilisation permet également d'éloigner le spectre de « l'homme enceint ». Les interventions chirurgicales de changement de sexe permettent en effet de retirer à un homme trans ses capacités reproductives,

⁸⁸⁰ Loi du 4 mai 1988, n° 3444.

⁸⁸¹ Les juridictions imposent en effet la dissolution automatique du mariage en cas de modification de la mention du sexe ; v. par ex. en Italie l'article 4 de la loi du 14 avril 1982, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, n°164 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 19 avril 1982, n°106, p. 2879). Sur le maintien de cette exigence au sein des législations actuelles, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁸⁸² A. Sharpe, « English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett », art. cit, p. 66.

⁸⁸³ New Jersey Superior Court (Appellate Division), 22 mars 1976, *M.T. v. J.T.*, 140 N.J. 77, 355 A.2d 204, 205.

⁸⁸⁴ Le juge prend notamment en compte le droit au respect de la vie privée de l'épouse, en indiquant que la reconnaissance de son sexe féminin « favorisera la quête de l'individu pour la paix intérieure et le bonheur personnel, tout en ne lésant en rien l'intérêt de la société » (para. 211).

⁸⁸⁵ John Parsi, « The (Mis)Categorization of Sex in Anglo-American Cases of Transsexual Marriage », *Michigan Law Review*, 2010, vol. 108, n° 8, p. 1507.

⁸⁸⁶ « Si une chirurgie de réassignation sexuelle est réussie et que la personne transsexuelle opérée possède, en vertu du traitement médical, la pleine capacité de fonctionner sexuellement comme un homme ou une femme, selon le cas, nous ne percevons aucun obstacle juridique, aucun tabou social reconnu, ni aucune raison fondée sur l'ordre public qui empêcherait l'identification de cette personne, du moins aux fins du mariage, au sexe ainsi déterminé » (*M.T. v. J.T.*, préc.).

⁸⁸⁷ P. Currah, *Sex Is as Sex Does : Governing Transgender Identity*, op. cit., p. 105.

⁸⁸⁸ J. Parsi, « The (Mis)Categorization of Sex in Anglo-American Cases of Transsexual Marriage », art. cit, p. 1507.

et ainsi de pouvoir accoucher. Cela permet, comme l'estiment les juridictions australiennes, de protéger la société des « dangers » liés au fait « qu'un homme capable ou paraissant capable de procréer soit classé par la loi comme une femme »⁸⁸⁹. Or comme le souligne Laure Grenfell, il existe une certaine ironie dans l'utilisation de l'argument procréatif⁸⁹⁰. Tandis que les jurisprudences qui refusent la modification de la mention du sexe (comme l'arrêt *Corbett*) s'appuient sur l'incapacité d'une personne trans à répondre à la finalité du mariage du fait de son opération de changement de sexe⁸⁹¹, celles-ci exigent justement une opération de stérilisation afin de faire droit à la demande. L'argument des capacités reproductrices est ainsi utilisé pour aboutir à deux conclusions différentes : être dans l'incapacité de procréer peut être soit un obstacle à la reconnaissance de son changement de sexe, soit, au contraire, un argument en faveur de l'acceptation d'une modification de la mention du sexe.

180. Une distinction est alors faite par le droit entre d'un côté, les personnes trans ayant subi une opération de conversion sexuelle, et de l'autre, celles qui n'ont ou ne souhaitent pas entreprendre une telle transformation physique⁸⁹². Ces dernières n'ont dès lors pas les mêmes droits que les personnes trans opérées⁸⁹³ : l'ordre juridique conditionne ici la reconnaissance du sexe féminin ou masculin à la conformité du corps à des normes physiques empreintes de stéréotypes de genre⁸⁹⁴. Les personnes trans non opérées sont alors dans un « état d'incertitude »⁸⁹⁵ auquel il convient de mettre fin.

⁸⁸⁹ Cour fédérale d'Australie, 1^{er} décembre 1993, *Secretary, Department of Social Security v SRA*, FCA 869; 118 ALR 467, para. 103 : en l'espèce, un recours avait été formé contre la décision du Tribunal administratif d'appel d'accorder à une femme trans non-opérée le droit de recevoir une pension d'épouse en tant que femme d'un retraité invalide. S'il ne s'agissait pas ici, comme les juges le soulignent, de déterminer le sexe dans le cadre du mariage, il est toutefois intéressant de souligner la distinction claire qui est faite entre les personnes trans opérées ou non. Selon la Cour en effet, une « ligne doit être tracée quelque part », et c'est précisément le fait d'avoir réalisé une opération de changement de sexe qui détermine le sexe des individus en matière d'octroi des prestations sociales (para. 27).

⁸⁹⁰ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 88.

⁸⁹¹ V. *supra*.

⁸⁹² Les opérations de changement de sexe ont en effet un certain coût qui empêche parfois les personnes qui le souhaitent d'y recourir (comme le souligne par exemple la Cour fédérale d'Australie, *Secretary, Department of Social Security v SRA*, préc.).

⁸⁹³ La même logique a pu être appliquée en matière pénale : dans la décision *R c. Harris and McGuinness* de 1988, les juges de la Cour d'appel pénale de la Nouvelle-Galles du Sud (Australie), considèrent que Harris – qui a réalisé une opération de changement de sexe – doit être considérée de sexe féminin, contrairement à McGuinness, qui elle n'avait pas eu recours à une intervention chirurgicale (NSW Court of Criminal Appeal, 1998, *R c. Harris and McGuinness*, 17 NSWLR 158).

⁸⁹⁴ L. Grenfell, « Making sex », art. cit, p. 86.

⁸⁹⁵ A. Sharpe, « English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett », art. cit, p. 67.

Conclusion du Chapitre 2

181. Le sexe juridique s'est construit à partir d'un principe d'intangibilité : dès lors qu'il est assigné à l'état civil sous la mention de sexe féminin ou masculin, il ne saurait, par principe, être modifié. Le sexe s'est en effet vu investi de cette dimension spécifique, là où d'autres éléments de l'état des personnes sont susceptibles de changements selon les conditions prévues par la loi. Il s'agit là pour le droit de refléter ce qui serait un simple fait de la nature, un attribut, à savoir l'immutabilité de la différence biologique entre les sexes. On a pourtant vu que ce principe révèle sa faiblesse à plusieurs égards, à laquelle le droit tente de remédier via différents mécanismes. En cas d'incertitude quant au sexe de la personne (intersexuation), il encadre une pratique médicale qui vise à inscrire directement (et notamment chirurgicalement) dans les corps un sexe nettement et définitivement féminin ou masculin. En revanche, la pratique d'opérations destinées à modifier, dans le cadre de la binarité, le sexe des individus (transidentité), fait l'objet de plus de réticences. Elles seront finalement légalisées dans la mesure où le corps médical s'attache à répondre à une pathologie, et non à une simple volonté individuelle. La réponse du droit civil quant à ces modifications n'est pas unanime, mais chacune vise néanmoins à préserver la logique de l'immutabilité du sexe, et sa soustraction à l'empire de la volonté individuelle : soit toute modification de la mention du sexe est prohibée, soit elle est admise à condition de répondre à des critères stricts, et notamment celui de l'irréversibilité du changement. La stabilité du sexe et son assignation hétéronome est alors préservée.

Conclusion du Titre 1

182. En construisant le sexe comme élément de l'état des personnes à partir d'une logique hétéronome, l'État l'intègre au cœur d'un dispositif qui est l'expression même de sa souveraineté : avoir la pleine maîtrise de sa population. Le sexe juridique est en effet assigné de manière à maintenir un ordre social spécifique, puisqu'il accorde aux individus un statut particulier, qui détermine, par exemple, leur droit au mariage. Le droit s'octroie alors le pouvoir de façonner la personne juridique selon le principe de la binarité des sexes, qu'il admet volontiers comme l'expression d'une norme naturelle et immuable (autrement dit, pré-légale). Pourtant, à de multiples reprises, l'ordre juridique est confronté à l'artificialité de ce paradigme, mettant à mal la logique déployée. Loin de s'en défaire, il cherche au contraire à la renforcer, afin de préserver son contrôle sur le statut (l'état) des personnes. Parmi les mécanismes mis en œuvre, l'appui sur le discours médical se révèle particulièrement décisif : c'est grâce à lui que le droit parvient à décrédibiliser toute idée d'ambiguïté sexuelle (de l'hermaphrodisme à l'intersexuation), et ainsi, légitimer l'assignation des individus au sexe féminin ou masculin, comprise comme nécessairement stable et pérenne.

183. On perçoit néanmoins la fragilité de ce système lorsque les individus cherchent à s'emparer des contours de leur sexe, dans une volonté de maîtriser leur identité (transidentité). L'hétéronomie entre alors en tension avec une aspiration à l'autonomie individuelle. Après avoir analysé, dans une perspective diachronique, le processus de construction d'un sexe juridique entièrement gouverné par une logique de souveraineté étatique, on s'intéresse à la manière dont celle-ci a été nettement contrainte par le développement progressif d'un droit à l'autodétermination. S'emparant du sexe juridique, le droit des droits humains et le droit de la non-discrimination ont en effet nourri une prétention des individus à *disposer* de leur sexe.

Titre 2 : Disposer de son sexe

184. L'analyse a jusqu'ici démontré que le sexe juridique a été construit par l'État moderne à partir d'une logique hétéronome. L'assignation des individus à un sexe relève dès lors de l'expression de la souveraineté étatique, qui justifie cette contrainte à partir d'un discours fondé sur le registre de la vérité du sexe en tant que norme naturelle et pré-légale. Ainsi, le droit paraît se borner à constater et enregistrer cet élément naturel et immuable à travers la mention du sexe juridique comme moyen d'identification ; et il reste alors logiquement hors d'atteinte de la volonté individuelle.

185. Progressivement toutefois, cet ancrage du sexe dans une logique purement hétéronome est bousculé par le déploiement des effets juridiques du paradigme de l'autonomie individuelle, au cœur du projet politique du droit international des droits humains de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Tandis qu'initialement, le droit international s'adresse exclusivement aux États en leur imposant un cadre destiné à réguler l'exercice de leur souveraineté à la lumière du respect des droits fondamentaux, il fait ensuite entrer l'individu sur la scène internationale⁸⁹⁶. Cette « rupture majeure » fait de l'individu « une entité pensable et saisissable par le droit international »⁸⁹⁷. Autrement dit, l'individu devient, lui aussi, un sujet de droit, qui peut se prévaloir des outils du droit international et notamment de sa protection face à l'exercice de la souveraineté étatique ; le droit international des droits humains est en ce sens « parvenu à percer le voile de la souveraineté étatique pour atteindre l'individu, lui reconnaître directement des droits, voire lui assurer une protection contre l'État »⁸⁹⁸. Parmi ces droits fondamentaux se retrouve le droit à l'égalité devant la loi⁸⁹⁹, ou encore le droit à la protection de la vie privée⁹⁰⁰, qui vont en partie constituer le support d'une reconnaissance croissante de l'autonomie individuelle. Elle vise à garantir aux individus une faculté de mener leur vie selon leur propre volonté et sans être soumis à une contrainte injustifiée exercée par l'État ; en d'autres termes, à déterminer librement les conditions de leur existence. Le processus de sexuation des individus, en ce que précisément il impose une contrainte (être assigné à un sexe juridique et aux normes

⁸⁹⁶ On revoit ici aux travaux d'Emmanuelle Jouannet, v. not. Emmanuelle Jouannet, *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 352 p.

⁸⁹⁷ Sur cette apparition de l'individu comme sujet de droit international, v. Stéphanie Henneville-Vaucher et Diane Roman, *Droit des libertés fondamentales et droits humains*, 6e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, 2025, p. 111 et s.

⁸⁹⁸ Stéphanie Henneville-Vaucher et Diane Roman, « Du sexe au genre : le corps des femmes en droit international » dans *Féminisme(s) et droit international. Études du réseau Olympe*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 265.

⁸⁹⁹ Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, art. 6.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, art. 12.

qui en découlent), se retrouve donc sans tarder au cœur des préoccupations autonomistes du droit des droits humains, mais aussi du droit de la non-discrimination⁹⁰¹. En ce qu'il interdit toute différence de traitement illégitime à partir de motifs prohibés, et notamment du sexe, le droit de la non-discrimination contribue à questionner la hiérarchisation entre les sexes et à remettre en cause les normes imposées aux individus du seul fait de leur sexe juridique. Il est en outre parfois prolongé par une interprétation ambitieuse du motif du sexe qui le conduit non seulement à protéger les choix de vie des individus quant à leur sexe juridique, mais aussi quant à l'identité qu'ils revendiquent en opposition à celle qui leur a été assignée.

186. C'est donc une évolution spectaculaire de la catégorie de sexe que fait apparaître la montée en puissance de ce paradigme autonomiste. Alors même que le sexe juridique a été façonné de manière à s'imposer aux individus, le droit des droits humains ouvre un espace de liberté dans lequel il n'est pas une fatalité : il ne saurait commander leur manière de vivre, à tel point qu'un droit de modifier la mention du sexe assigné à la naissance doit être consacré **(Chapitre 1)**. Cette évolution prend toute sa portée lorsqu'elle se conjugue avec le développement des outils du droit de la non-discrimination qui eux aussi viennent protéger les choix opérés par les individus quant à leur sexe juridique – notamment dès lors que le sexe n'apparaît plus seulement comme une donnée que le droit ne ferait que constater, mais se teinte progressivement d'une dimension identitaire que les individus ont la liberté de déterminer, et sur le fondement de laquelle ils sont protégés contre toute différence de traitement discriminatoire **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 : L'hétéronomie du sexe nuancée par le développement de l'autonomie individuelle

Chapitre 2 : Le sexe du droit de la non-discrimination en soutien au développement de
l'autonomie individuelle

⁹⁰¹ N. Naffine, « Our legal lives as men, women and persons », art. cit.

Chapitre 1 : L'hétéronomie du sexe nuancée par le développement de l'autonomie individuelle

187. Tandis que, comme les développements précédents l'ont démontré, la catégorie de sexe a été entièrement façonnée à partir d'une logique d'hétéronomie, le droit des droits humains introduit progressivement une rupture d'envergure. L'expression de la seule souveraineté étatique dans la détermination du sexe juridique laisse progressivement place, en parallèle, à celle de l'autonomie individuelle. Autrement dit, les individus acquièrent le droit de s'affranchir d'une forme de fatalisme qui entoure jusqu'alors le sexe juridique : leur assignation à un sexe ne saurait être la traduction d'une assignation à un certain rôle social ; même, elle ne se conjugue pas nécessairement à un principe de pérennité, dans la mesure où la mention du sexe peut être modifiée au nom de l'expression de l'autonomie individuelle. Or comment le droit des droits humains est-il parvenu à bousculer les fondations de la catégorie de sexe, pourtant solidement ancrée dans une logique d'intangibilité ?

188. Ce chapitre vise à démontrer que le paradigme autonomiste développé par le droit international et régional des droits humains opère une reconfiguration profonde de la catégorie de sexe. Tandis que la logique hétéronome propre à l'identification des individus par l'État repose entièrement sur le sexe comme une norme naturelle et immuable⁹⁰², la logique autonomiste lui appose une dimension sociale. La poursuite de l'égalité entre les femmes et les hommes met en effet en lumière que le sexe est indissociable du genre, à savoir de la traduction culturelle des rôles féminin et masculin fixés à partir du sexe assigné à la naissance. Le développement du droit au respect de la vie privée des personnes trans teinte par ailleurs le sexe de l'état civil d'une dimension *identitaire*⁹⁰³, dans la mesure où l'identité de genre apparaît indispensable à la détermination du sexe juridique. Elle n'est toutefois pas suffisante, dans la mesure où l'usage étatique du sexe comme moyen d'identification persiste.

189. Il faut dès lors rappeler, avec Florence Bellivier, que « l'autonomie au sens strict du terme n'existe pas » et que « toute autonomie s'articule avec une hétéronomie »⁹⁰⁴. L'autrice souligne en effet que « l'autonomie n'est pas du tout une anomie » et qu'il s'agit « davantage [de] la

⁹⁰² V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁹⁰³ Stéphanie Henneute-Vaucher, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion » dans *Genre, droit et politique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 163 ; S. Henneute-Vaucher et M. Pichard, « La fondamentalisation de l'état civil », art. cit, p. 282.

⁹⁰⁴ Florence Bellivier, « Autonomie personnelle, principes et limites », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, n° 10, p. 117-125.

revendication d'un choix »⁹⁰⁵, lequel s'exerce dans le cadre délimité par l'État. Les développements qui suivent participent en ce sens à mettre en avant la tension permanente qui subsiste entre les logiques d'hétéronomie et d'autonomie qui gouvernent le sexe juridique. Si elles coexistent et ne s'excluent jamais complètement l'une et l'autre, on remarque néanmoins une montée en puissance du paradigme autonomiste ; celle-ci entraîne avec elle une rupture toujours plus franche entre le sexe juridique et la matérialité des corps à mesure que l'identité de genre le gouverne.

190. Le sexe devient alors le socle du développement de l'autonomie individuelle. La reconnaissance de sa dimension sociale pose les jalons de la distinction entre le sexe (biologique) et le genre (social), lequel sert de levier afin de reconnaître aux individus une libre disposition de leur sexe juridique (**Section 1**). Surtout, ce nouveau paradigme entraîne progressivement et plus récemment la consécration de la catégorie d'identité de genre, sur laquelle se fonde le développement d'un véritable droit à l'autodétermination. Une nouvelle distinction apparaît alors entre le sexe matériel et l'identité de genre, qui renverse complètement le principe d'intangibilité du sexe juridique assigné à la naissance (**Section 2**).

Section 1 : L'irruption de la dimension sociale du sexe

Section 2 : L'irruption de l'identité de genre

⁹⁰⁵ *Ibid.*

Section 1 : L'irruption de la dimension sociale du sexe

191. Un premier mouvement peut être observé au sein du droit des droits humains : celui d'une poursuite de la protection de l'autonomie individuelle au regard du sexe assigné à la naissance. En d'autres termes, l'assignation à un sexe juridique ne saurait être un obstacle à la reconnaissance et à l'exercice des droits fondamentaux. Au contraire, le sexe juridique est progressivement mobilisé de manière à participer à cette autonomie individuelle. Deux dynamiques peuvent être distinguées, qui participent chacune à leur manière à la libre disposition par les individus de leur sexe juridique. À commencer par le droit universel des droits humains qui, dès son origine, se préoccupe de la problématique de l'égalité entre les femmes et les hommes. Il participe alors à construire un paradigme au sein duquel la différence entre les sexes – si elle ne peut, en tant que norme naturelle, qu'être constatée – ne saurait servir de fondement à la restriction des droits fondamentaux garantis aux femmes, notamment au prisme de la dimension sociale du sexe (§1). Cette stabilité du sexe contraste nettement avec le développement de la jurisprudence européenne, où le juge se saisit de la dimension sociale du sexe afin, progressivement, de fonder un droit à la modification de la mention du sexe au nom du droit au respect de la vie privée. La Cour de Strasbourg compte en effet parmi les arènes internationales où le droit des personnes à changer la mention de leur sexe a reçu les formulations les plus robustes et joue dès lors, sur ce terrain, un rôle avant-gardiste participant à déstabiliser l'hétéronomie du sexe juridique (§2).

§1. S'affranchir du rôle de genre assigné à la naissance via le paradigme égalitaire

192. Les travaux de la critique féministe du droit international ont très largement démontré, à partir des années 1990⁹⁰⁶, à quel point le système international de protection des droits humains s'est construit en référence et dans l'intérêt des sujets masculins⁹⁰⁷. L'invisibilisation des femmes sur la scène internationale a néanmoins fait l'objet de préoccupations sérieuses de la

⁹⁰⁶ V. not. l'article de référence en la matière de Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelley Wright, « Feminist Approaches to International Law », *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 85, n° 4, p. 613-645.

⁹⁰⁷ Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, 414 p ; H. Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, op. cit. ; l'analyse est valable également d'un point de vue institutionnel, au regard de la domination masculine au sein des instances des Nations-Unies, v. dans le même ouvrage Hilary Charlesworth, « Transformer le club des Hommes Unies : un avenir féministe pour les Nations Unies » dans *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 59-93.

part des institutions onusiennes dès la création de ce système de protection universel des droits humains en 1945. La catégorie de sexe est alors au cœur de différentes stratégies de protection destinées à garantir l'autonomie des femmes via l'affirmation principielle de l'égalité entre les femmes et les hommes **(A)**. Il ne s'agit pas toutefois seulement de s'appuyer sur la dimension corporelle du sexe (le sexe assigné à la naissance), mais aussi sur sa dimension sociale (les rôles associés aux sexes féminin et masculin, et donc, le genre) afin de saisir plus largement les obstacles à la pleine réalisation de l'égalité entre les sexes **(B)**.

A. Une lutte contre les inégalités fondées sur le sexe

193. L'universalisme au cœur du droit international des droits humains est d'emblée confronté à la problématique de l'intégration effective des femmes au sein de son système. Elle peut être saisie à travers le paradoxe identifié par la politiste Wendy Brown : certes, une formulation neutre ou asexuée (*genderblind*) des droits, c'est-à-dire sans référence au sexe, conduit à renforcer le privilège masculin et à invisibiliser la subordination des femmes qui en découle ; néanmoins, à l'inverse, une formulation spécifique ou sexuée des droits a tendance à figer les individus classés dans la catégorie femme dans cette position de subordination et de vulnérabilité, ce qui s'apparente davantage à une forme de régulation qu'à un renversement des rapports de pouvoir⁹⁰⁸. Le système onusien va dès lors développer différentes stratégies afin de garantir une égale protection de l'ensemble des individus, et en particulier des femmes, de leurs droits fondamentaux. Pour reprendre la typologie établie par Sophie Grosbon, la protection développée peut être universaliste (elle s'adresse à tous les êtres humains sans distinction), catégorielle (elle s'adresse à une catégorie d'êtres humains, en l'espèce les femmes), généraliste (elle traite des droits fondamentaux dans leur ensemble) ou encore thématique (elle s'intéresse à certains droits fondamentaux uniquement)⁹⁰⁹.

194. À partir de ces outils, deux stratégies majeures vont structurer la réponse onusienne à cette problématique d'intégration des femmes au système universaliste : soit le sexe est mobilisé comme abstraction, dans la perspective d'un universalisme qui se veut attentif à l'inclusion de l'ensemble des individus **(1)**, soit la catégorie de sexe est mobilisée en référence

⁹⁰⁸ Wendy Brown, « Suffering Rights as Paradoxes », *Constellations*, 2000, vol. 7, n° 2, p. 231.

⁹⁰⁹ Sophie Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » dans *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, p. 20.

directe aux femmes, afin de garantir explicitement la protection des droits fondamentaux à cette partie de la population (2).

1. La stratégie de l'universalisme différencié

195. Dire que l'universalisme est au cœur du fondement du système de protection international des droits humains est un truisme. Ce qui l'est moins, en revanche, c'est de souligner que cet universalisme ne s'est pas opposé, dans une tension parallèle permanente, à la formulation et à la reconnaissance de la spécificité des droits des femmes, dans un objectif d'égalité entre les sexes⁹¹⁰. En effet, dès sa création en 1945⁹¹¹, le système onusien s'intéresse à « la spécificité de la condition féminine »⁹¹² et à la stratégie rédactionnelle à adopter afin d'assurer l'égale garantie des droits entre les femmes et les hommes. Deux tendances se dessinent : faut-il, sur le modèle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française⁹¹³, adopter une approche universaliste qui promeut la protection des droits fondamentaux de l'ensemble des individus – au risque d'aboutir à une interprétation qui conduit à la mise à l'écart des femmes⁹¹⁴ – ou au

⁹¹⁰ Louise Langevin, « Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir : la difficile circulation du concept féministe de genre dans la langue juridique », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2016, vol. 28, n° 3, p. 483.

⁹¹¹ Les prémisses de ce mouvement trouvent ses racines au sein de la Société des Nations (SDN), établie en 1919 par le traité de Versailles, avec notamment l'émergence en 1926 d'une proposition visant à établir un Traité sur l'égalité des droits (*Equal Rights Treaty*) reconnaissant le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes ; les débats relatifs à la rédaction de cette proposition de traité, en particuliers entre les différents mouvements féministes, font très largement échos à ceux qui auront lieu au sein de l'enceinte des Nations-Unies : certaines femmes voient dans l'affirmation d'un principe d'égalité entre les femmes et les hommes un moyen de se défaire des dispositions protectionnistes qui, selon elles, ne font que renforcer leur infériorité en particulier sur le marché du travail (elles voient par exemple dans la Convention sur la protection de la maternité de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) de 1919 des dispositions qui les rendent moins attractives aux yeux des employeurs) ; d'autres, en revanche, craignent justement que la reconnaissance de cette égalité entre femmes et hommes sera l'occasion pour les instances internationales et les États de supprimer les quelques dispositions en faveur de la protection des femmes (en matière de travail de nuit par ex., v. la Convention n° 4 de 1919 de l'OIT) (le cheminement de cette proposition est retracée en détail par Carol Miller, « "Geneva – the key to equality": inter-war feminists and the league of nations », *Women's History Review*, 1994, vol. 3, n° 2, p. 219-245 ; v. également Marilyn Lake, « From Self-Determination via Protection to Equality via Non-Discrimination: Defining Women's Rights at the League of Nations and the United Nations » dans Patricia Grimshaw, Katie Holmes et Marilyn Lake (eds.), *Women's Rights and Human Rights: International Historical Perspectives*, London, Palgrave Macmillan, 2001, p. 254-271). Les débats en la matière donneront lieu à la création en 1939 au sein de la SDN d'un Comité pour l'étude du statut juridique de la femme (E.Y. Krivenko, *Gender and Human Rights*, op. cit., p. 25).

⁹¹² S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 20.

⁹¹³ Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789.

⁹¹⁴ C'est ce qui avait conduit Olympe de Gouges à rédiger le 14 septembre 1791 la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, dénonçant l'exclusion systématique des femmes du texte de 1789. Un autre exemple saillant de l'exclusion des femmes malgré une formulation universaliste est issu de la législation canadienne : l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) de 1867 comporte une disposition relative à la nomination des « personnes » comme membres du Sénat (art. 24). Or malgré cette formulation neutre, la Cour suprême du Canada dans une décision de 1928 juge que le terme « personnes » comme indiqué dans le texte n'intègre pas les femmes (Cour Suprême du Canada, 24 avril 1928, *Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North*

contraire, préciser *explicitement* que les femmes sont concernées par la protection de ces droits, quitte à risquer de rompre avec l'idéal universaliste ?

196. Cette seconde approche l'emporte, au vu de l'incapacité du principe universaliste à saisir les désavantages auxquels sont confrontées les femmes⁹¹⁵. Les textes adoptés prêtent alors une attention particulière à rappeler l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes via un principe de non-distinction fondée sur le sexe, et la catégorie de sexe est mobilisée afin d'exprimer un principe clair de protection universaliste (c'est-à-dire qui s'adresse à l'ensemble des êtres humains) : malgré les spécificités propres aux femmes, l'idéal universaliste demeure, les femmes doivent avoir les *mêmes* droits que les hommes, dans une logique d'égalité formelle. En d'autres termes, l'objectif « est de gommer les différences sexuelles afin d'obtenir une application uniforme du même modèle des droits » selon une exigence « d'égale liberté »⁹¹⁶. La Charte des Nations-Unies adoptée le 26 juin 1945 exprime ainsi, dès son Préambule, l'attachement de la communauté mondiale à « l'égalité de droits des hommes et des femmes »⁹¹⁷, ou encore sa détermination à encourager « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions [...] de sexe »⁹¹⁸.

197. Une autre question se pose alors, comme l'illustre le processus de rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée en 1948 : faut-il privilégier la prohibition des distinctions fondées sur le sexe (comme le défend Eleanor Roosevelt, alors présidente de la Commission des droits de l'Homme, en charge de la rédaction de la Déclaration⁹¹⁹) ou la reconnaissance de droits aux femmes identifiées comme un groupe afin d'assurer leur inclusion sur la scène internationale ? Ces divergences de point de vue mènent à la création, en 1946, de la Commission de la condition de la femme (CSW)⁹²⁰ au sein du Conseil

America Act, [1928] S.C.R. 276) ; l'affaire est portée par cinq femmes – Emily Murphy, Nellie McClung, Louise McKinney, Irene Parlby et Henrietta Muir – devant la plus haute juridiction d'appel du Canada de l'époque : le Comité Judiciaire du Conseil Privé (CJCP) renverse la décision de la Cour suprême l'année suivante, et reconnaît à certaines femmes le droit d'être nommées en tant que membre du Sénat (les femmes autochtones étant quant à elles exclues de la décision) (v. CJCP, *Edwards v. Attorney General*, 18 octobre 1929, AC 124).

⁹¹⁵ Dianne Otto, « International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism » dans *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, London, Routledge, 2013, p. 200.

⁹¹⁶ Emmanuelle Tourme, « Les différentes étapes pour la reconnaissance des droits des femmes » dans *Féminisme(s) et droit international: études du réseau Olympe*, Paris, France, Société de législation comparée, 2016, vol.39, p. 471.

⁹¹⁷ Charte des Nations-Unies, 26 juin 1945, Préambule.

⁹¹⁸ *Ibid.*, art. 1^{er}, para. 3.

⁹¹⁹ Eleanor Roosevelt s'oppose à une référence explicite aux femmes dans le texte « afin ne pas affaiblir leur position et pour ne pas réduire le potentiel des mots « *everyone* » et « *no one* » (« chacun » et « nul ») » (L. Langevin, « Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir », art. cit, p. 484.) ; v. également D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 200.

⁹²⁰ ECOSOC, Résolution du 16 février 1946, E/RES/5(I). Elle est d'abord créée comme « sous-commission de la condition de la femme » (*subcommission on the status of women*) intégrée à la Commission des droits de l'Homme le 16 février 1946, avant de rapidement devenir une commission à part entière au sein de l'ECOSOC (v. ECOSOC, Résolution du 21 juin 1946, E/RES/11(II)).

économique et social (ECOSOC)⁹²¹. Son objectif est clair : « relever la condition de la femme jusqu'à ce qu'elle soit à égalité avec les hommes dans tous les domaines de l'activité humaine »⁹²², affirmant d'emblée que cette condition n'est pas le fruit d'une infériorité naturelle du fait de leur sexe⁹²³, mais qu'elle résulte de logiques structurelles que le droit international doit justement s'attacher à renverser. C'est en suivant cet objectif que la Commission est chargée de conseiller la Commission des droits de l'Homme quant à la rédaction de la Déclaration universelle⁹²⁴.

198. Elle veille ainsi à l'inclusion des femmes au sein des traités tant en neutralisant des énoncés jugés sexistes⁹²⁵ (il n'est ainsi pas question de garantir que « tous les hommes naissent libres et égaux » et qu'ils « doivent se comporter les uns envers les autres comme des frères »⁹²⁶, mais que « tous les *êtres humains* naissent libres et égaux » et qu'ils « doivent se comporter entre eux dans un *esprit de fraternité* »⁹²⁷), qu'en s'assurant que les dispositions s'adressent à elles. Dès lors, en parallèle de formulations neutres telles que « tout individu »⁹²⁸, « nul »⁹²⁹ ou encore « toute personne »⁹³⁰, la DUDH affirme que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment [...] de sexe »⁹³¹. L'article 16 est le seul à préciser qu'il s'applique tant aux hommes qu'aux femmes, en raison de la rupture importante qu'il introduit, la sphère familiale étant jusqu'à alors définie par une inégalité de principe entre les sexes⁹³² : il affirme que « l'homme et la femme [...] ont le droit de se marier et de fonder une famille » et « ont des droits égaux au

⁹²¹ D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 200. L'ECOSOC est créé par le Chapitre X de la Charte des Nations-Unies comme l'un des six organes principaux de l'ONU, dédié aux questions économiques, sociales et environnementales.

⁹²² ECOSOC, *Rapport de la Commission des droits de l'Homme*, 21 mai 1946, E/38/Rev.1, Annexe I, Rapport de la Sous-Commission de condition de la femme à la Commission des droits de l'Homme, p. 18.

⁹²³ D. Otto, « Lost in Translation », art. cit, p. 330.

⁹²⁴ Johannes Morsink, « Women's Rights in the Universal Declaration », *Human Rights Quarterly*, 1991, vol. 13, n° 2, p. 230.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 233 ; S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 20.

⁹²⁶ Cette formulation était celle proposée dans le projet initial de Déclaration internationale des droits de l'homme, v. Conseil économique et social, *Rapport du Comité de rédaction à la Commission des droits de l'Homme*, 21 mai 1948, E/CN.4/95, Annexe A.

⁹²⁷ V. l'amendement proposé dans Conseil économique et social, Rapport au Conseil économique et social sur la deuxième session de la Commission, tenue à Lake Success, New-York, du 5 au 19 janvier 1948, 26 janvier 1948, document E/ 615, Chapitre IV, para. 28 ; cette formulation a été retenue dans la version finale du texte, v. DUDH, 10 décembre 1948, art. 1^{er}. Nous soulignons.

⁹²⁸ DUDH, 10 décembre 1948, art. 3 : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ».

⁹²⁹ *Ibid.*, art. 9 : « Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé ».

⁹³⁰ *Ibid.*, art. 24 : « Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques ».

⁹³¹ DUDH, 10 décembre 1948, art. 2, al. 1^{er}.

⁹³² D. Otto, « Lost in Translation », art. cit, p. 332.

regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution »⁹³³. La même logique est reproduite au sein des deux Pactes de 1966⁹³⁴ : tant le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP)⁹³⁵ que le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)⁹³⁶ poursuivent, dans une logique universaliste, cet objectif d'égalité entre les femmes et les hommes à travers une interdiction des distinctions fondées sur le sexe⁹³⁷. Les articles 3 renforcent davantage cet objectif, dans la mesure où ils tous deux prévoient que « les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits » énumérés dans chaque Pacte⁹³⁸.

199. Malgré cet objectif d'universalisme, des droits destinés aux femmes sont mentionnés lorsqu'il est admis que leur spécificité *en tant que femme* au sens biologique du terme l'impose, c'est-à-dire au regard de la maternité, qui exige une forme de protection particulière. Une asymétrie apparaît alors entre les catégories de femme et d'homme, la première étant perçue comme devant bénéficier de la *protection* du droit international du fait de sa vulnérabilité⁹³⁹. En ce sens, la Déclaration universelle formule les dispositions relatives à la maternité sous un angle protectionniste : l'article 25 énonce que « la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales »⁹⁴⁰. Les droits spécifiques des femmes se limitent donc à la sphère privée⁹⁴¹, bien loin de reconnaître d'autres domaines dans lesquels leur situation nécessite une attention particulière, alors même que, comme le souligne l'analyse menée par Hilary Charlesworth, des conventions ont été adoptées bien en amont relatives par exemple à la traite des femmes⁹⁴². Face à cet universalisme androcentré, une stratégie de protection catégorielle va dès lors être mise en œuvre.

⁹³³ *Ibid.*, art. 16, al. 1^{er}.

⁹³⁴ D. Otto, « Lost in Translation », art. cit, p. 336 ; E.Y. Krivenko, *Gender and Human Rights*, op. cit., p. 28.

⁹³⁵ AGNU, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, résolution 2200 A (XXI).

⁹³⁶ AGNU, Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, résolution 2200A (XXI).

⁹³⁷ Art. 2, para. 2 du PIDESC ; art. 2, para. 1 du PIDCP.

⁹³⁸ Art. 3 du PIDESC ; art. 3 du PIDCP.

⁹³⁹ Hilary Charlesworth, « The Mid-Life Crisis of the Universal Declaration of Human Rights », *Washington and Lee Law Review*, 1998, vol. 55, n° 3, p. 783.

⁹⁴⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, art. 25, para. 2. ; dans le même sens, l'article 10 du PIDESC prévoit quant à lui qu'« une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants » (PIDESC, art. 10, para. 2).

⁹⁴¹ D. Otto, « Lost in Translation », art. cit, p. 333.

⁹⁴² H. Charlesworth, « The Mid-Life Crisis of the Universal Declaration of Human Rights », art. cit, p. 784. L'auteur cite par exemple la Convention internationale pour la répression de la traite des femmes et des enfants adoptée à Genève le 30 septembre 1921.

2. La stratégie de la protection catégorielle et généraliste

200. En 1979, la Convention⁹⁴³ sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)⁹⁴⁴ voit le jour. Au-delà d'être un pas décisif dans l'avancée du développement et de la protection des droits des femmes sur la scène internationale⁹⁴⁵, elle s'appuie de manière inédite sur une protection de type catégorielle (et non universaliste) et généraliste (et non thématique). Elle s'adresse en effet à une catégorie précise d'individus, en l'occurrence les femmes, et traite de l'ensemble des droits fondamentaux⁹⁴⁶. Ce choix est fait en rupture avec les textes internationaux jusqu'ici adoptés, puisque comme l'indique le Préambule, « en dépit de ces divers instruments, les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations »⁹⁴⁷.

201. Lors du processus de rédaction de la Convention, certains représentants d'États (notamment scandinaves et nord-américains) privilégiaient pourtant une approche universaliste afin de viser l'élimination de toutes les formes de discrimination fondées sur le sexe⁹⁴⁸ « quelles qu'en soient les victimes »⁹⁴⁹, sans viser explicitement ou uniquement la protection des femmes⁹⁵⁰. Or, par son objet même, puisqu'elle vise « l'élimination de toutes les formes de

⁹⁴³ La CEDEF succède à la Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'AGNU le 7 novembre 1967 dans sa résolution 2263 (XXII).

⁹⁴⁴ AGNU, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, résolution 34/180. Pour un rappel des étapes qui ont permis d'arriver à la version finale de la Convention, v. E.Y. Krivenko, *Gender and Human Rights*, op. cit., p. 29. ; v. également l'ouvrage dirigé par Diane Roman, *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, 370 p.

⁹⁴⁵ En effet, de par les difficultés propres au système international, au sein duquel le consensus entre les États à une place primordiale, couplées à un sujet qui suscite autant de dissension, la seule promotion du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes a été un premier pas extrêmement difficile à franchir ; Sophie Grosbon estime en ce sens que l'adoption de la CEDEF à un niveau quasi-universel relève « du miracle » au regard des nombreuses divergences d'appréciation et oppositions politiques (S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 24).

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 20. L'autrice souligne que d'autres conventions catégorielles ont été adoptées par le passé, mais thématiques et non généralistes, comme par exemple la Convention sur les droits politiques de la femme du 20 décembre 1952 ou encore la Convention sur les droits politiques des femmes du 31 mars 1953 (*Ibid.*, p. 22).

⁹⁴⁷ CEDEF, Préambule.

⁹⁴⁸ Une autre hypothèse, évoquée lors des discussions, était d'intituler le texte « Convention sur la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes », v. Commission de la condition de la femme, *Rapport sur la 25^{ème} session, 14 janvier – 1^{er} février 1974*, E/5451, para. 267, cité par Darren Rosenblum, « Unsex Cedaw, or What's Wrong with Women's Rights », *Columbia Journal of Gender and Law*, juillet 2011, vol. 20, p. 120.

⁹⁴⁹ AGNU, Point 85 de l'ordre du jour, 20 octobre 1977, A/C.3/32/SR.20 (v. par ex. la position du Canada au para. 11).

⁹⁵⁰ Commission de la condition de la femme, *Report on the Twenty-sixth and Resumed Twenty-sixth Sessions*, New York, 1977, Doc. E/5909 - E/CN.6/608, para. 31 (à propos de l'article 1^{er} de la CEDEF) ; une proposition similaire a été formulée à propos de l'article 2 afin de remplacer l'expression « discrimination à l'égard des femmes » par « fondée sur le sexe », proposition qui n'a pas été retenue (*ibid.*, para. 36).

discrimination à l'égard des femmes », la Convention est révélatrice d'un passage manifeste d'une rédaction sur le mode de l'indifférenciation, à celui de la désignation d'un groupe cible⁹⁵¹. 202. Selon Darren Rosenblum, ce changement est décisif dans la manière pour le droit international d'appréhender l'égalité entre les sexes : là où la nature du sexe n'était pas spécifiée, l'utilisation du terme « femmes » révèle une approche « centrée sur l'identité »⁹⁵². Il ne s'agit pas de mobiliser le sexe comme catégorie abstraite, mais bien de mobiliser la catégorie femmes en référence aux caractéristiques biologiques communes qui fondent ce groupe d'individus, faisant de la femme un sujet universel⁹⁵³. À ce titre, le fait que la Convention ait été rédigée sur le modèle de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur en 1969, est particulièrement significatif⁹⁵⁴. Le texte, loin de viser les discriminations à l'encontre d'un certain groupe selon une logique identitaire (les personnes noires par exemple), mobilise au contraire la race comme catégorie abstraite qui ne saurait être traduite comme vérité biologique pour différencier entre les individus⁹⁵⁵. Son article premier précise ainsi que

« l'expression "discrimination raciale" vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique »⁹⁵⁶

De son côté, l'article 1^{er} de la CEDEF formule que

« l'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la

⁹⁵¹ Danièle Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit » dans *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 70. L'autrice ajoute deux autres modes d'écriture des textes entre ces deux opposés : une dénomination symétrique (femmes et hommes) et une vulnérabilité abstraite (sexe).

⁹⁵² D. Rosenblum, « Unsex Cedaw, or What's Wrong with Women's Rights », art. cit, p. 125.

⁹⁵³ Il est en effet significatif de noter que la Convention ne prend pas la peine de définir ce qu'elle entend par le terme « femme », tant il paraît universellement admis à l'époque de son adoption, v. *Ibid.*, p. 124. Cette figure supposée universelle de la femme conduit à des angles morts dans la prise en considération de violences et de discriminations spécifiques subies par les femmes à travers le monde ; ce qui conduit Hilary Charlesworth à encourager le développement d'une méthode féministe en droit international qui vise à « parcourir le monde » afin de rendre compte de la complexité et de diversité des formes d'oppression (Hilary Charlesworth, « Méthodes féministes en droit international » dans *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 199).

⁹⁵⁴ Laura A Donner, « Gender Bias in Drafting International Discrimination Conventions: The 1979 Women's Convention Compared with the 1965 Racial Convention », *California Western International Law Journal*, 1994, vol. 24, n° 2, p. 241-254.

⁹⁵⁵ Le Préambule précise en effet que « toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fautive, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique » (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965).

⁹⁵⁶ *Ibid.*, art. 1^{er}, para. 1.

reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine »⁹⁵⁷.

203. La CEDEF suit donc une logique tout à fait singulière : elle ne vise pas l'autonomisation de l'ensemble des individus au regard de leur sexe, mais seulement celle des femmes, dans le but de leur faire atteindre l'égalité avec les hommes. Trois éléments d'analyse peuvent être apportés à cet égard, qui participent à qualifier la Convention d'instrument ambiguë⁹⁵⁸.

204. Pour commencer, la Convention énonce certaines mesures sexospécifiques (propres aux femmes). En particulier, les questions reproductives tout comme les violences domestiques occupent une place centrale au sein de la Convention⁹⁵⁹. Le champ de ces mesures sexospécifiques a néanmoins été nettement circonscrit afin d'éviter que cette désignation spécifique ne s'interprète comme une nécessité de protéger les femmes du fait de leur faiblesse naturelle⁹⁶⁰. Ainsi, comme le montre l'analyse de Sophie Grosbon⁹⁶¹, si la prise en compte de la grossesse et de la maternité ont conduit à l'adoption de mesures sexospécifiques au sein de la Convention⁹⁶², l'éducation des enfants, en revanche, doit relever de « la responsabilité commune de l'homme et de la femme »⁹⁶³. En dépit de ces efforts, la CEDEF est toutefois elle aussi teintée d'une tendance protectionniste à travers certains articles⁹⁶⁴, puisqu'il est question par exemple « d'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif »⁹⁶⁵. En conséquence, cet accent mis sur la *protection* des femmes dans des domaines spécifiques minimise la nécessité de garantir leur « libre épanouissement » et ainsi leur autonomie individuelle⁹⁶⁶. En effet, le texte reste tout particulièrement silencieux quant au droit à l'intégrité physique des femmes (violences sexuelles), et n'évoque pas non plus la libre

⁹⁵⁷ CEDEF, art. 1^{er}, para. 1.

⁹⁵⁸ H. Charlesworth, C. Chinkin et S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », art. cit, p. 634.

⁹⁵⁹ D'autres dispositions prenant acte de « leurs particularités physiologiques » ont en revanche été refusées afin de ne pas encourager une représentation des femmes par principe plus faibles, par exemple en matière d'emploi (v. S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 27).

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² V. par ex. l'art. 12 para. 2 de la CEDEF.

⁹⁶³ Art. 5b) de la CEDEF.

⁹⁶⁴ D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 202.

⁹⁶⁵ Art. 11 para. 2 d) de la CEDEF.

⁹⁶⁶ S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 36.

disposition de leur corps, et notamment de leur sexualité⁹⁶⁷. Ensuite, le comparateur ou « standard implicite » est toujours celui des droits accordés aux hommes⁹⁶⁸ : c'est à partir de cet état de référence que doit s'ajuster la protection des droits des femmes puisque, pour reprendre la formule de Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelley Wright dans leur article de référence publié en 1991, « l'égalité est définie comme le fait d'être semblable à un homme »⁹⁶⁹. Par exemple, l'article 9 de la CEDEF énonce que « les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité »⁹⁷⁰. Selon les autrices, cette logique suggère que la simple reconnaissance d'une égalité formelle dans la structure actuelle du droit international suffirait à atteindre l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes, sans tenir compte des difficultés rencontrées *in concreto*⁹⁷¹. Enfin, la rédaction d'une Convention spécifiquement dédiée à la protection des droits des femmes produit par ailleurs une sorte de mise à l'écart⁹⁷² ou de marginalisation des droits des femmes du reste du droit international des droits humains⁹⁷³. Cette mobilisation du sexe au seul bénéfice des femmes s'observe de manière similaire avec la consécration du concept de genre en droit international.

B. Une lutte contre les inégalités fondées sur le genre

205. Un tournant majeur va apparaître sur la scène internationale avec l'introduction de la dimension sociale du sexe, opposée à sa dimension biologique. Il s'agit là de reconnaître les représentations socialement construites qui attribuent un rôle spécifique aux individus en fonction de leur sexe et leur effet structurant, limitant ainsi leur autonomie individuelle. Forts de ce nouveau paradigme, le système onusien va formellement reconnaître le concept de *genre* au sein de la stratégie internationale de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes

(1). L'ampleur du bouleversement introduit dans la compréhension des rapports individuels est telle que la reconnaissance du genre s'accompagne d'une forte résistance internationale, qui

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 37. Il faut pour cela attendre les recommandations du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, chargé de surveiller l'application de la Convention (v. par ex. la Recommandation générale n° 24 intitulée « Les femmes et la santé » de 1999).

⁹⁶⁸ H. Charlesworth, C. Chinkin et S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », art. cit, p. 631 ; H. Charlesworth, « The Mid-Life Crisis of the Universal Declaration of Human Rights », art. cit, p. 787 ; Dianne Otto, « Queering Gender [Identity] in International Law », *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 4, p. 302.

⁹⁶⁹ H. Charlesworth, C. Chinkin et S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », art. cit, p. 632.

⁹⁷⁰ CEDEF, art. 9, al. 1^{er}.

⁹⁷¹ H. Charlesworth, C. Chinkin et S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », art. cit, p. 632.

⁹⁷² D. Rosenblum, « Unsex Cedaw, or What's Wrong with Women's Rights », art. cit, p. 160.

⁹⁷³ H. Charlesworth et C. Chinkin, *The boundaries of international law*, op. cit., p. 218.

témoigne de sa capacité à remettre profondément en cause l'inégalité entre les femmes et les hommes (2).

1. La dimension sociale du sexe saisie par le concept de genre

206. Les réflexions autour des inégalités entre les femmes et les hommes conduisent, au-delà des seules spécificités physiques des sexes, à la prise en compte de la dimension sociale du sexe. Autrement dit, il s'agit de montrer que les inégalités ne trouvent pas leur source dans la différence biologique entre les sexes, mais dans la construction sociale des rôles de sexe. La CEDEF a posé les jalons de cette perspective dualiste qui oppose le sexe biologique au sexe social. Le Préambule de la Convention souligne en effet que « le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme »⁹⁷⁴. De la même manière, l'article 5 invite les États à

« modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »⁹⁷⁵.

Par cette disposition, la Convention s'attelle à bousculer les représentations stéréotypées *genrées*, tant dans la sphère publique que privée⁹⁷⁶, qui justifient les discriminations à l'encontre des femmes du seul fait de leur appartenance au sexe féminin. En effet, un stéréotype⁹⁷⁷ « est une représentation généralisée ou une idée préconçue relative aux attributs ou caractéristiques attribués aux membres d'un groupe particulier, ainsi qu'aux rôles qu'ils exercent ou sont supposés exercer »⁹⁷⁸. Appliquées plus précisément aux relations entre les femmes et les hommes, la notion permet d'identifier comme « stéréotypes de genre » des « constructions sociales et culturelles différenciant les hommes des femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes et aux

⁹⁷⁴ CEDEF, Préambule. Nous soulignons.

⁹⁷⁵ CEDEF, art. 5, para. a).

⁹⁷⁶ S. Grosbon, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », art. cit, p. 30.

⁹⁷⁷ Le terme de stéréotype est mobilisé pour la première fois par Walter Lippmann dans son ouvrage *Public opinion* de 1922.

⁹⁷⁸ Rebecca Cook et Simone Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 9.

femmes »⁹⁷⁹, formant des « scripts de genre »⁹⁸⁰. Dès lors, pour le dire avec Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman,

« l'inclusion du concept de stéréotype dans le raisonnement juridique permet de s'assigner pour objectif de lutter non plus seulement contre l'inégalité de sexe, mais aussi plus largement contre l'inégalité de genre, en identifiant et en sanctionnant les règles qui confinent les femmes aux rôles d'épouses et de mères, celles qui sont chargées du *care*, de la gestion de la dépendance, pendant que leurs époux, pères et fils vont dans le monde pour interagir dans les sphères politiques et économiques »⁹⁸¹.

207. On conçoit donc que pour les organes de protection des droits humains, se saisir de ces représentations qui enferment les individus dans des rôles sociaux est nécessaire afin de poursuivre un objectif d'autonomie individuelle⁹⁸². Le changement de paradigme est remarquable, et son affirmation conventionnelle sera unanime au sein des systèmes régionaux de protection des droits humains, tant interaméricain⁹⁸³, africain⁹⁸⁴, qu'eupéen⁹⁸⁵. La

⁹⁷⁹ Diane Roman, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? » dans *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 94.

⁹⁸⁰ C'est-à-dire un ensemble de stéréotypes reliés les uns aux autres qui dessinent un cadre que les individus sont censés suivre en fonction du sexe qui leur a été assigné : Holning Lau, « Gender Scripting and Deliberative Democracy » dans Martha Albertson Fineman (ed.), *Transcending the Boundaries of Law*, Abingdon, Routledge, 2010, p. 327.

⁹⁸¹ S. Hennette-Vauchez et D. Roman, « Du sexe au genre », art. cit, p. 298.

⁹⁸² Pour des développements relatifs à la saisie par le droit de la non-discrimination du concept de stéréotype de genre, là aussi dans une optique de protection de l'autonomie individuelle, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

⁹⁸³ L'article 8 de la Convention de Belém do Pará prévoit que les États parties s'engagent à « adopter graduellement des mesures spécifiques et notamment des programmes ayant pour but [...] de modifier les habitudes de comportement social et culturel des hommes et des femmes, y compris des programmes d'éducation de type classique et extra-scolaires à tous les niveaux du processus d'enseignement, pour neutraliser les préjugés, coutumes et toutes autres pratiques basées sur le concept d'infériorité ou de supériorité d'un sexe par rapport à l'autre ou sur des rôles stéréotypés de l'homme et de la femme qui légitiment ou exacerbent la violence contre la femme » (Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, 9 juin 1994, AG/RES1257 (XXIV-0/94), art. 8, b). ; v. également l'article 6 de la Convention : « Le droit de la femme de vivre dans un climat libre de violence comprend entre autres [...] le droit de la femme de recevoir une formation et une éducation dénuée de stéréotypes en matière de comportement et de pratiques sociales et culturelles basées sur des concepts d'infériorité ou de subordination » (*ibid.*, art. 6, b).

⁹⁸⁴ Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique (Protocole de Maputo), 11 juillet 2003, v. not. l'art. 2 : « Les États s'engagent à modifier les schémas et modèles de comportement socioculturels de la femme et de l'homme par l'éducation du public par le biais des stratégies d'information, d'éducation et de communication, en vue de parvenir à l'élimination de toutes les pratiques culturelles et traditionnelles néfastes et de toutes autres pratiques fondées sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de l'un ou l'autre sexe, ou sur les rôles stéréotypés de la femme et de l'homme » (al. 2).

⁹⁸⁵ Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 7 avril 2011. L'article 12 impose aux États parties de prendre « les mesures nécessaires pour promouvoir les changements dans les modes de comportement socioculturels des femmes et des hommes en vue d'éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes » (al. 1^{er}) ; le premier alinéa de l'article 14 mentionne également, concernant l'éducation, que des actions nécessaires doivent être entreprises par les États parties, « pour inclure dans les programmes d'étude officiels et à tous les niveaux d'enseignement du matériel d'enseignement sur des sujets tels que [...] les rôles non stéréotypés des genres [...] ».

puissance de cette théorisation du sexe prend encore davantage d'ampleur avec la consécration du concept de genre sur la scène internationale au début des années 1990.

208. Dans un rapport publié en 1995 issu d'une réunion d'experts⁹⁸⁶, la Commission des droits de l'Homme indique en effet que le genre « renvoie à la manière dont les rôles, les attitudes et les valeurs concernant les femmes et les hommes, et les rapports entre eux, sont construits par les sociétés dans le monde entier »⁹⁸⁷. Elle ajoute que « si le sexe d'une personne est déterminé par la nature, son genre est un construit social »⁹⁸⁸. À partir de cette période, une distinction est alors formellement établie par les organes de protection des droits humains entre le sexe et le genre, à savoir entre le biologique et le social, ou l'inné et l'acquis⁹⁸⁹. Cet outil sera central dans le développement d'une approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes (dite politique de *gendermainstreaming* ou démarche d'équité entre les sexes⁹⁹⁰), proposée pour la première fois lors de la troisième conférence mondiale sur les femmes qui s'est déroulée à Nairobi en 1985 avant d'être présentée en 1995 lors de la quatrième conférence à Beijing⁹⁹¹.

209. Cette approche vise à intégrer une perspective de genre non seulement au sein d'instruments destinés spécifiquement à la protection des droits des femmes, mais aussi au sein de l'ensemble des organes du droit international, de manière diffuse. Il est alors question, pour le Conseil économique et social, d'« incorporer les préoccupations et les expériences des femmes aussi bien que celles des hommes dans l'élaboration, la mise en œuvre, la surveillance et l'évaluation des politiques et des programmes dans tous les domaines », en ayant à l'esprit que « le but ultime est d'atteindre l'égalité entre les sexes »⁹⁹². Diane Otto souligne que l'appropriation de cette méthode par les différents comités onusiens les conduit à se détacher d'une approche protectionniste (fondée sur une protection spécifique des femmes du fait de

⁹⁸⁶ Commission des droits de l'Homme, *Réunion d'experts sur l'élaboration de directives concernant l'intégration, dans les activités et programmes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, d'une démarche sexospécifique*, 20 novembre 1995, E/CN.4/1996/105.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, para. 13.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 203.

⁹⁹⁰ Sur la notion, v. not. Hilary Charlesworth, « “Se fondre dans le courant dominant, plutôt que de prendre le risque de se marginaliser” : Gender Mainstreaming et droits humains au sein des Nations Unies » dans *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 305-328.

⁹⁹¹ Pour une analyse détaillée des débats autour de l'introduction de la notion de genre lors de la Conférence de Beijing, v. Sally Baden et Anne-Marie Goetz, « Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]? Conflicting Discourses on Gender at Beijing », *Feminist Review*, 1997, n° 56, p. 3-25.

⁹⁹² Rapport du Conseil économique et social, 18 septembre 1997, A/52/3 : « Intégrer une démarche d'équité entre les sexes, c'est évaluer les incidences pour les femmes et pour les hommes de toute action envisagée, notamment dans la législation, les politiques ou les programmes, dans tous les secteurs et à tous les niveaux. Il s'agit d'une stratégie visant à incorporer les préoccupations et les expériences des femmes aussi bien que celles des hommes dans l'élaboration, la mise en œuvre, la surveillance et l'évaluation des politiques et des programmes dans tous les domaines — politique, économique et social — de manière que les femmes et les hommes bénéficient d'avantages égaux et que l'inégalité ne puisse se perpétuer. Le but ultime est d'atteindre l'égalité entre les sexes ».

leurs particularités physiques, mettant l'accent sur l'aspect naturel des inégalités⁹⁹³) et à se saisir de l'inégalité entre les femmes et les hommes à partir des schémas structurels créant une hiérarchie entre le sexe et le genre⁹⁹⁴. Le concept de genre ouvre donc la voie à de nouvelles manières de saisir les obstacles à l'autonomie individuelle, et son intégration parfois laborieuse sur la scène internationale peut être lue comme une preuve de la puissance de son potentiel de déstabilisation quant à la centralité du sexe biologique au sein de l'ordre juridique.

2. Une résistance proportionnelle à son potentiel subversif

210. La consécration du terme genre est à n'en pas douter une victoire considérable du mouvement féministe en faveur de l'autonomisation des femmes, comme en témoigne la vivacité des oppositions que cette reconnaissance terminologique a suscitée⁹⁹⁵.

211. À commencer par une résistance d'ordre terminologique. En effet, le terme « *gender* » au sein des textes rédigés en anglais est automatiquement traduit en français par « sexe » ou « femmes ». En témoigne par exemple un rapport du Secrétaire général des Nations unies relatif à la participation des femmes au développement durable et à la coopération économique internationale de 1999. Tandis que la version anglaise salue que « le genre se trouve enfin au cœur des politiques de développement, après trois décennies de lutte » (« *gender is finally at the centre of development policies, after three decades of struggle* »), la version française note qu'« après 30 ans de lutte, les femmes occupent enfin une place centrale dans les politiques en faveur du développement »⁹⁹⁶. De même, lorsque le rapport anglais souligne l'avancée majeure du droit international avec la prise en compte des inégalités entre les femmes et les hommes qui a « conduit à mettre davantage l'accent sur le concept de genre [...] en tant que catégorie d'analyse », (« *resulted in the wider emphasis placed on the concept of gender [...] as a category of analysis* »), la traduction française remarque que l'accent a été mis « sur la notion de sexe »⁹⁹⁷, bien qu'il soit précisé qu'elle doit être entendue « dans sa dimension sociale et non pas uniquement biologique »⁹⁹⁸. Loin de s'en tenir à un simple enjeu de traduction, la résistance est aussi éminemment d'ordre conceptuelle. En effet, dès son introduction sur la scène

⁹⁹³ V. *supra*.

⁹⁹⁴ D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 206.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 203.

⁹⁹⁶ AGNU, Rapport du Secrétaire général, *Étude mondiale de 1999 sur le rôle des femmes dans le développement : la mondialisation et ses conséquences sur les femmes et l'emploi*, 18 août 1999, A/54/227, para. 8. Nous soulignons.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, para. 15.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, para. 16.

internationale, de fortes oppositions politiques face à la notion de genre se sont manifestées. Son utilisation lors de la quatrième conférence mondiale sur les femmes organisée à Beijing en 1995⁹⁹⁹ marque le début d'un mouvement et d'une stratégie d'ampleur à l'échelle mondiale contre le concept¹⁰⁰⁰ (lequel est décliné sous le vocable de « théorie du genre » ou encore d'« idéologie du genre », et dont la prégnance est encore visible aujourd'hui¹⁰⁰¹). Les sociologues Roman Kuhar et David Paternotte retracent l'origine de cette contestation, menée en partie par le Vatican, qui face à la crainte d'une déstabilisation de la famille dite naturelle privilégie « l'idée de complémentarité entre les sexes » face au concept de genre¹⁰⁰².

212. Face à une telle résistance, l'introduction du concept de genre dans le champ du droit international pénal interroge. Il est en effet intégré – et traduit par sexe en français – au sein du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale (CPI) en 1998¹⁰⁰³ grâce à une forte mobilisation féministe¹⁰⁰⁴. Alors même que la version originale du texte de 1994 n'y faisait aucunement référence¹⁰⁰⁵, le Statut de Rome inclut les crimes liés au genre dans la liste des crimes contre l'humanité¹⁰⁰⁶ et des crimes de guerre¹⁰⁰⁷. Son article 7 précise que « le terme “sexe” (*gender*) s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la

⁹⁹⁹ La première conférence mondiale sur les femmes a eu lieu à Mexico en 1975, la seconde à Copenhague en 1980, et la troisième à Nairobi en 1985.

¹⁰⁰⁰ Doris E. Buss, « Robes, Relics and Rights: the Vatican and the Beijing Conference On Women », *Social & Legal Studies*, 1998, vol. 7, n° 3, p. 339-363 ; R. Kuhar et D. Paternotte (eds.), *Anti-Gender Campaigns in Europe*, *op. cit.*, p. 9 ; D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 203. Certaines critiques sont également formulées par des militantes féministes des pays du sud global, pour qui la notion de genre intervient alors même que les droits des femmes ne sont pas respectés au sein de leurs pays, ou encore mettant en avant le fait que le genre renvoi davantage aux rapports sociaux entre femmes et hommes et invisibilise le besoin d'une protection spécifique des femmes (S. Baden et A.-M. Goetz, « Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]? Conflicting Discourses on Gender at Beijing », art. cit, p. 6).

¹⁰⁰¹ V. l'introduction de la présente thèse.

¹⁰⁰² R. Kuhar et D. Paternotte (eds.), *Anti-Gender Campaigns in Europe*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁰³ Statut de Rome, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9.

¹⁰⁰⁴ La sociologue Jane Freedman rappelle que cette mobilisation trouve sa source dans celles déjà menées, en parallèle, par les féministes pour l'introduction du viol comme crime de guerre dans le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) du 25 mai 1993, et de la prise en compte du viol et des violences sexuelles au sein des affaires jugées par le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) institué en 1994, notamment lors du jugement de Jean Paul Akayesu, premier à faire du viol un acte constitutif de génocide (Jane Freedman, « Genre, justice et droit pénal international », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 42 ; à ce sujet, v. not. Janet Halley, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law », *Michigan Journal of International Law*, 2008, vol. 30, n° 1, p. 12). Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman soulignent qu'auparavant, le viol comme arme de guerre était condamné par le droit international humanitaire, non comme violence sexuelle mais comme atteinte à « l'honneur et [aux] droits de la famille » pour reprendre les termes de l'article 46 de la Convention IV de la Haye de 1907 (S. Hennette-Vauchez et D. Roman, « Du sexe au genre », art. cit, p. 273).

¹⁰⁰⁵ J. Freedman, « Genre, justice et droit pénal international », art. cit, p. 42.

¹⁰⁰⁶ Art. 7, para. 1 h) du Statut de Rome.

¹⁰⁰⁷ Art. 8, para. 2 du Statut de Rome.

société. Il n'implique aucun autre sens »¹⁰⁰⁸. Selon l'analyse de la juriste Janet Halley, ce succès surprenant voire paradoxal du mouvement féministe s'explique par son ancrage au sein d'un « féminisme de gouvernance » (ou féminisme institutionnel). Autrement dit, l'intégration du concept de genre dans le Statut de Rome participe à l'irruption d'outils féministes qui tendent davantage à *s'adapter* plutôt qu'à contester les structures existantes et les logiques de pouvoir en place¹⁰⁰⁹. Si le potentiel subversif du concept de genre peut alors paraître affaibli (notamment du fait de la référence aux sexe féminin et masculin comme renvoyant à une dimension biologique¹⁰¹⁰), la juriste Valerie Oosterveld souligne néanmoins qu'au regard de la difficulté des négociations, la définition retenue du genre est suffisamment ambiguë pour y laisser apparaître la dimension sociale du sexe du fait de l'expression « suivant le contexte de la société »¹⁰¹¹.

213. Par ailleurs, l'utilisation du concept de genre divise également au sein de la théorie féministe. Une partie des chercheuses s'appliquent en effet à montrer l'importance de ne pas limiter le genre à une acceptation faible¹⁰¹², voire à un simple synonyme du mot « femme »¹⁰¹³. Janet Halley interroge par exemple, à partir du consensus sur l'incrimination du viol comme arme de guerre, l'articulation du droit pénal international autour des femmes comme sujet central, autrement dit d'un « universalisme féministe » où « les femmes ne constituent pas un groupe particulier de l'humanité, mais un univers à part entière »¹⁰¹⁴. Le risque apparaît alors, de part cette conception étroite du sujet féminin comme victime universelle en temps de guerre, de marginaliser d'autres formes de violences (les violences sexuelles commises sur les hommes ou les enfants), voire de reproduire une certaine forme de domination (les femmes comme sujet nécessairement passif, sous le prisme d'un regard masculin)¹⁰¹⁵. D'autres travaux au contraire

¹⁰⁰⁸ À noter que dans la version en langue anglaise, c'est le terme « gender » qui est mentionné (« it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above »).

¹⁰⁰⁹ J. Halley, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law », art. cit.

¹⁰¹⁰ H. Charlesworth et C. Chinkin, *The boundaries of international law*, op. cit., p. 335.

¹⁰¹¹ Valerie Oosterveld, « The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice? », *Harvard Human Rights Journal*, 2005, vol. 18, p. 72.

¹⁰¹² S. Baden et A.-M. Goetz, « Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]? Conflicting Discourses on Gender at Beijing », art. cit ; Brenda Cossman, « Gender Performance, Sexual Subjects and International Law », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2002, vol. 15, n° 2, p. 281-296.

¹⁰¹³ D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 205.

¹⁰¹⁴ J. Halley, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law », art. cit, p. 6.

¹⁰¹⁵ Janet Halley, « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict », *Melbourne Journal of International Law*, 2008, vol. 9, p. 78. Pour d'autres approches critiques de l'appréhension des violences sexuelles en droit international pénal, v. not. Judith Gardam et Hilary Charlesworth, « Protection of Women in Armed Conflict », *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n° 1, p. 148-166 ; v. également D. Otto, « International Human Rights Law », art. cit, p. 205.

manifestent leur inquiétude quant aux conséquences de l'effacement éventuel de l'ancrage biologique du sexe en matière de protection des femmes : comment fonder le système de protection (et donc, les droits des femmes) en dehors de l'ancrage biologique, et des spécificités physiques propres aux femmes¹⁰¹⁶, que le genre menace de faire disparaître ? La question reste en suspens dans la mesure où l'intégration du concept de sexe en droit international ne renverse pas le sexe biologique, mais l'enrichit d'une dimension sociale. L'autonomie des individus, et en particulier des femmes, se déploie donc à la lumière d'une remarquable stabilité du sexe, comme renvoyant essentiellement à une problématique d'égalité entre les sexes. Il en va autrement en droit européen, qui a été confronté très tôt (dès les années 1980) aux revendications de modification de la mention de leur sexe présentées par des personnes trans. La dimension sociale du sexe est alors mobilisée non pas dans une perspective d'égalité, mais de droit au respect de la vie privée, en invoquant le droit de s'affranchir du sexe assigné à la naissance.

§2. S'affranchir du sexe assigné à la naissance via le paradigme du droit au respect de la vie privée

214. Le contentieux relatif aux droits des personnes trans, qui se développe devant le juge de Strasbourg¹⁰¹⁷, fait apparaître sur la scène du droit des droits humains une tout autre dimension de l'autonomie individuelle et de la libre disposition de son sexe. En effet, pour le dire avec le Parlement européen, « la transsexualité » est alors conçue « non seulement [comme] un problème psychologique et médical, mais aussi un problème qui concerne la société, laquelle ne sait comment réagir face à un *changement du rôle sexuel culturellement fixé* »¹⁰¹⁸. Il n'est donc pas ici question de garantir une liberté dans la manière de mener sa vie en fonction du sexe qui a été assigné à la naissance¹⁰¹⁹ (le fait par exemple d'être reconnue juridiquement et

¹⁰¹⁶ Titia Loenen, « Rethinking Sex Equality as a Human Right », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1994, vol. 12, n° 3, p. 253-270.

¹⁰¹⁷ Pour une analyse des premières affaires et du développement d'un cadre juridique relatif aux droits des personnes trans en droit interne, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁰¹⁸ Parlement européen, *Résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels*, 12 septembre 1989 n° C 256/33-37. Nous soulignons.

¹⁰¹⁹ Dans cette optique, la Cour européenne s'est prononcée dès le début des années 1980 en matière de liberté sexuelle au regard du droit au respect de la vie privée (protégé par l'article 8 de la Convention, v. *infra*) : le sexe assigné à la naissance ne saurait justifier la criminalisation de pratiques sexuelles avec des personnes du même sexe (*i.e.* de l'homosexualité) ; ainsi, en 1981, le juge européen condamne le Royaume-Uni dans son arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76), jurisprudence qui sera confirmée quelques années plus tard (Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 8225/78). Sur le développement du contentieux relatif aux droits des personnes

donc socialement comme femme ne doit pas contraindre à un certain déterminisme), mais de questionner la possibilité même pour les individus de se départir du sexe juridique qui leur a été assigné à la naissance. Autrement dit, la Cour européenne se prononce sur la possibilité pour les personnes trans d'adopter un rôle social opposé à celui qui leur a été attribué et de le voir reconnaître juridiquement.

215. Le paradigme égalitaire du droit international laisse ainsi place au paradigme du droit au respect de la vie privée du juge européen, protégé par l'article 8 de la Convention européenne¹⁰²⁰. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg fait en effet entrer l'état civil, et avec lui le sexe, dans le droit au respect de la vie privée des individus. Le sexe n'est dès lors pas seulement un élément maîtrisé et imposé par l'État à des fins de souveraineté étatique ; il entre également dans la mise en balance entre les intérêts publics et les intérêts individuels¹⁰²¹. Or si initialement, la Cour privilégie le droit pour les autorités étatiques de conserver leur pouvoir d'attribution hétéronome du sexe juridique (A), elle consacre rapidement un droit aux personnes trans de se voir juridiquement reconnaître le sexe social qu'elles décident d'adopter (B).

A. La liberté de changer de sexe social en dépit du sexe juridique

216. Les premiers arrêts relatifs au droit des personnes trans de modifier la mention de leur sexe¹⁰²² illustrent d'emblée la mise en balance exercée par le juge européen entre les intérêts

homosexuelles, v. not. Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2014, 280 p.

¹⁰²⁰ Convention EDH, art. 8, para. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Sur la genèse et le développement de l'article 8, v. not. Maris Burbergs, « How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born: Article 8 ECHR » dans Eva Brems et Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 315-329.

¹⁰²¹ Le paragraphe 2 de l'article 8 précise en effet qu'« il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁰²² Seront analysés ici les arrêts rendus sur le fond ; d'autres requêtes ont été portées auparavant par des personnes trans, dont un cas avait déjà été traité devant la Commission : la requérante était une citoyenne allemande, qui après avoir réalisé une opération de changement de sexe au Maroc, avait demandé aux autorités de son pays de modifier son prénom et de rectifier la mention de son sexe sur le registre des naissances. Face à leur refus, elle se plaignait de la violation des articles 3, 8 et 26 de la Convention. La Commission avait déclaré la requête recevable (Com EDH, 15 décembre 1977, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6699/74, décision sur la recevabilité de la requête), mais la Cour ne s'était pas prononcée sur le fond car un règlement amiable avait été conclu entre les parties ; le Gouvernement avait en effet accepté de modifier le prénom de la requérante et d'indiquer à la marge sur les registres de naissance que son sexe était désormais féminin (Rapport de la ComEDH, 11 octobre 1979, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6699/74). Par la suite, une autre affaire relative aux droits des personnes trans avait cette fois-ci été jugée devant la Cour ; elle ne s'était toutefois pas prononcée sur le fond de l'affaire, faute d'épuisement des voies de recours internes. En l'espèce, les tribunaux belges avaient refusé de faire droit à

individuels (choisir son identité et la voir reconnaître juridiquement) et les intérêts publics (identifier de manière hétéronome les individus à partir de leur sexe assigné à la naissance). La Cour de Strasbourg est en effet amenée à se prononcer sur la possibilité, pour les personnes trans, de se voir reconnaître un droit à obtenir la modification de la mention de leur sexe au sein des registres d'état civil conformément à leur sexe social (celui qu'elles ont librement choisi d'adopter), c'est-à-dire à l'apparence qu'elles revendiquent en opposition à leur sexe assigné à la naissance. Les personnes trans sont à ce stade dépeintes par la Cour comme « un groupe assez bien déterminé et définissable » qui rassemble « les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre »¹⁰²³. Ce sentiment de discordance entre le sexe physique et le sexe psychique relève, en conformité avec le cadre médical de cette époque, d'une pathologie¹⁰²⁴. Néanmoins, dans la mesure où elle est traitée par le corps médical par des traitements chirurgicaux et hormonaux visant à faire correspondre l'apparence de la personne au sexe qu'elle revendique¹⁰²⁵, la question se pose de savoir si le sexe juridique doit lui aussi correspondre à ce sexe social (comme le revendique les personnes trans), ou être maintenu comme le reflet exact du sexe biologique tel que constaté et assigné à la naissance, ce que souhaite par exemple le Royaume-Uni.

217. En effet, dans les affaires *Rees*¹⁰²⁶ et *Cossey c. Royaume-Uni* jugées en 1986 et 1990¹⁰²⁷, les personnes requérantes sont confrontées au refus des autorités britanniques de faire droit à leur demande de modification de la mention de leur sexe sur leur acte de naissance¹⁰²⁸. Cela emporte, selon elles, la violation de leur droit au respect de la vie privée (article 8). Elles avaient certes obtenu, à la suite de traitements hormonaux et chirurgicaux de changement de sexe, la modification de leurs prénoms¹⁰²⁹ et de la mention de leur sexe sur leurs passeports¹⁰³⁰, mais sans parvenir à faire modifier celle indiquée sur leur acte de naissance. En conséquence, elles estiment que cela constitue une véritable entrave à leur « pleine intégration à la vie sociale »

la demande d'un homme trans de voir rectifier la mention de son sexe à l'état civil (Cour EDH, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76).

¹⁰²³ Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81, para. 38.

¹⁰²⁴ À cette période, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe publie par exemple une recommandation dans laquelle elle considère que « le transsexualisme est un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe » (APCE, 29 septembre 1989, *Condition des transsexuels*, Recommandation 1117 (1989), para. 1)

¹⁰²⁵ À ce sujet, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰²⁶ *Rees c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁰²⁷ Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84.

¹⁰²⁸ Les personnes requérantes revendiquent également une violation de l'article 12 de la Convention, lequel protège le droit au mariage : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

¹⁰²⁹ La procédure de changement de nom et de prénom au Royaume-Uni est celle du « *deed poll* », autrement dit une modification via un acte unilatéral.

¹⁰³⁰ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 13 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, para. 12.

(puisque dès lors que leur acte de naissance est exigé, la discordance entre leur sexe juridique et leur apparence physique est révélée)¹⁰³¹. À l'inverse, le Gouvernement britannique considère qu'« une modification apportée au registre quant au sexe d'une personne fausserait selon lui les faits relatés et induirait en erreur des personnes ayant un intérêt légitime à recueillir des renseignements exacts »¹⁰³² (c'est-à-dire le « véritable » sexe de la personne tel qu'assigné à la naissance), à l'encontre de l'intérêt public d'identification des personnes.

218. C'est cet intérêt que la Cour de Strasbourg fait primer, concluant à l'absence de violation de l'article 8 au prisme des obligations positives qui incombent à l'État (il n'est pas question de s'abstenir – de ne pas s'ingérer – mais de garantir effectivement un droit au respect de la vie privée des individus¹⁰³³). Son raisonnement repose sur l'absence d'obstacle pour les personnes trans à leur liberté d'adopter une apparence conforme au sexe auquel elles ont « le sentiment d'appartenir »¹⁰³⁴ ; elle constate en effet que malgré « la gravité des problèmes que rencontrent » les personnes trans et le « désarroi qui est le leur »¹⁰³⁵, l'État s'est efforcé, à l'aune de la large marge d'appréciation dont il disposait¹⁰³⁶, de répondre aux revendications des requérants « dans toute la mesure où son système s'y prêtait »¹⁰³⁷ (changement de prénom, modification de la mention du sexe sur le passeport...). Cette autonomie bute néanmoins sur le maintien nécessaire du sexe juridique assigné à la naissance au sein des registres étatiques, présenté comme indispensable à l'application de différentes normes, d'autant plus « qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé »¹⁰³⁸. L'État est donc en mesure de conserver son pouvoir d'assignation hétéronome du sexe juridique afin, précisément, de maintenir la mention sur les registres d'état civil du véritable sexe des individus, indispensable par exemple dans le cadre de l'exercice du

¹⁰³¹ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 34 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, para. 36.

¹⁰³² *Rees c. Royaume-Uni*, para. 42.

¹⁰³³ Pour rappel en effet, tandis que les obligations négatives font référence à l'obligation pour l'État de s'abstenir d'intervenir afin de ne pas mettre en péril les droits protégés par la Convention, les obligations positives l'enjoignent à prendre des mesures afin justement de garantir l'effectivité des droits. La Cour souligne toutefois elle-même que la frontière entre les deux notions « ne se prête pas à une définition précise », mais le contrôle exercé par la Cour sera plus approfondi lorsqu'elle déduit une obligation négative (v. par ex. Cour EDH, 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, n° 55216/08, para. 60).

¹⁰³⁴ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 38.

¹⁰³⁵ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 47.

¹⁰³⁶ Cette large marge d'appréciation accordée au Royaume-Uni par la Cour l'est notamment au regard de l'absence de consensus au sein des États parties quant aux réponses juridiques à apporter aux revendications des personnes trans (*Rees c. Royaume-Uni*, para. 37 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, para. 40).

¹⁰³⁷ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 42. Elle note par ailleurs qu'une annotation sur l'acte de naissance indiquant une modification de la mention du sexe n'irait pas dans le sens du droit au respect de la vie privée des personnes trans, puisqu'elle révélerait au contraire aux tiers leur changement de sexe.

¹⁰³⁸ *Cossey c. Royaume-Uni*, para. 40.

droit au mariage protégé par l'article 12 de la Convention¹⁰³⁹. Ce droit était d'ailleurs revendiqué par les requérants dans les deux affaires. Dans la mesure où il protège le droit pour « l'homme et la femme » de « se marier et de fonder une famille », l'absence de modification de la mention de leur sexe les empêchait de se marier avec une personne dont le sexe juridique était identique au leur¹⁰⁴⁰. Le juge reconnaît dès lors dans l'affaire *Rees* que certes, « le Royaume-Uni ne reconnaît pas au requérant le "sexe social" masculin », notamment au regard des règles en matière de mariage ou de droits à la retraite, celui-ci étant considéré comme une femme¹⁰⁴¹, mais que cela participe du maintien d'un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et l'intérêt public¹⁰⁴². Le droit au respect de la vie privée des personnes trans est alors respecté à compter que leur liberté d'adopter un sexe social différent du sexe qui leur a été assigné à la naissance n'est pas entravée, et que cette différence n'est pas révélée outre-mesure aux tiers ; il en va autrement lorsque le système d'identification d'un État conduit à exposer constamment le sexe assigné à la naissance des personnes trans.

¹⁰³⁹ Convention EDH, art. 12 : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

¹⁰⁴⁰ Un extrait de l'acte de naissance est en effet nécessaire pour conclure un contrat de mariage. Dans l'affaire *Cossey*, la requérante trans, dont la mention juridique de sexe sur l'acte de naissance était masculin, souhaitait épouser un homme cisgenre, dont la mention juridique de sexe était également masculin (*Cossey c. Royaume-Uni*, para. 27). Or à cette époque, le mariage en droit britannique (comme dans l'ensemble des États européens) est sans conteste l'union entre deux personnes de sexe différent, dont la différence a été appréciée à partir de critères biologiques par le juge britannique dans l'arrêt *Corbett* de 1971 (v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2) ; la Cour confirme la prise en compte de ces critères biologiques dans l'appréciation de la différence de sexe entre les époux au regard de l'attachement des États parties au concept traditionnel de mariage, protégé par l'article 12 de la Convention européenne (lequel est, comme l'analyseront les développements à venir, encore aujourd'hui interprété à partir de ce prisme, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

¹⁰⁴¹ *Rees c. Royaume-Uni*, para. 40.

¹⁰⁴² À l'inverse, la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Rees* avait conclu à une violation de l'article 8 (mais pas de l'article 12) au motif que le refus de modifier la mention du sexe sur les actes de naissance ne répond à aucun motif d'intérêt public, et ne saurait justifier une atteinte au droit au respect de la vie privée (ComEDH, 15 mars 1984, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81, p. 16) ; en revanche, dans l'affaire *Cossey*, elle avait conclu à la violation de l'article 12 (mais non de l'article 8) (ComEDH, 9 mai 1989, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84). Jusqu'au mois d'octobre 1999, le système juridictionnel de la CEsDH prévoyait que toute requête devait préalablement être examinée par la Commission européenne des droits de l'homme, chargée de se prononcer sur la recevabilité de l'affaire. Dans l'affirmative, la Commission rédigeait un avis sur le fond, non obligatoire, et pouvait, tout comme l'État concerné, saisir la Cour afin qu'un arrêt définitif soit rendu. Si le juge n'était pas saisi, le Comité des Ministres devait se prononcer sur l'affaire. Ce système de filtrage a pris fin avec l'entrée en vigueur du Protocole n°11 en 1998, instaurant une Cour unique siégeant de manière permanente, directement saisissable par les requérants (Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, 11 mai 1994).

B. Le droit de modifier son sexe juridique au regard de son sexe social

219. En 1992, un véritable « changement de paradigme »¹⁰⁴³ intervient dans la jurisprudence de la Cour européenne avec l'affaire *B. c. France*¹⁰⁴⁴, première décision en faveur du droit des personnes trans de modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Ce revirement de jurisprudence – qui constitue sans nul doute une étape décisive « tant à l'échelle française qu'européenne »¹⁰⁴⁵ – est justifié au regard du droit au respect de la vie privée de l'article 8, véritable « référentiel juridique précurseur des conceptions autonomistes »¹⁰⁴⁶. À partir de cette décision, le sexe juridique n'est plus seulement le sexe assigné à la naissance, simple constat d'une donnée naturelle ; il peut également correspondre au sexe social des individus, tel qu'ils en ont adopté l'apparence.

220. Les faits de l'affaire étaient similaires aux cas britanniques : une femme trans ayant modifié son apparence via des traitements hormonaux et chirurgicaux souhaite faire apparaître la mention de sexe féminin sur les registres d'état civil, et plus généralement, sur l'ensemble de ses documents d'identité et administratifs. Elle se voit opposer le refus du Gouvernement français qui, comme on l'a vu précédemment, fait valoir en la matière le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, qui empêche toute modification du seul fait de la volonté des individus¹⁰⁴⁷. En d'autres termes, le sexe renseigné ne saurait être différent du sexe assigné à la naissance, sans que cela ne retire pour autant aux personnes trans « le droit de mener leur vie à leur guise » selon l'État¹⁰⁴⁸. Néanmoins, la Cour de Strasbourg fait cette fois-ci primer l'intérêt individuel de la requérante sur les intérêts publics au regard de la forte divergence entre les systèmes britanniques et français en matière d'identification des personnes. Contrairement au système britannique, le droit français refuse alors *toute* modification de la mention du sexe (mais aussi, du prénom¹⁰⁴⁹) tant sur les registres de l'état civil que les documents officiels, alors même qu'aucun obstacle majeur ne semble l'y contraindre¹⁰⁵⁰. Une personne trans doit ainsi

¹⁰⁴³ S. Hennette-Vachez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 163.

¹⁰⁴⁴ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87.

¹⁰⁴⁵ S. Hennette-Vachez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 163.

¹⁰⁴⁶ Alexandre Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, 2020, vol. 105, n° 2, p. 429-451.

¹⁰⁴⁷ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁰⁴⁸ *B. c. France*, para. 50.

¹⁰⁴⁹ La procédure de modification du prénom est conditionnée à une autorisation judiciaire et à la démonstration d'un « intérêt légitime », contrairement à la procédure britannique où seule la volonté de la personne suffit (*B. c. France*, para. 56).

¹⁰⁵⁰ La Cour relève ainsi une différence majeure par rapport au système britannique, dont l'état civil vise à relater un fait historique et dont le caractère est public ; au contraire, l'état civil français doit refléter l'identité actuelle de

constamment révéler dans sa vie quotidienne (que ce soit pour conclure un bail postuler à un emploi) que le sexe qui lui a été assigné à la naissance est en contradiction avec le sexe auquel elle s'identifie en société, et donc, avec son apparence. Dès lors, alors même que l'absence de consensus entre les États européens quant à la question trans mène à accorder une large marge d'appréciation à l'État partie¹⁰⁵¹, la Cour estime que le gouvernement français a manqué à ses obligations dans la mesure où la requérante « se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée »¹⁰⁵². Cette situation atteint un « degré de gravité suffisant »¹⁰⁵³ pour que la Cour conclue à une violation de l'article 8 de la Convention et donc de son droit au respect de la vie privée, dès lors que son apparence correspond effectivement (ou suffisamment) au sexe revendiqué¹⁰⁵⁴. Le juge européen constate en effet que l'opération a « entraîné l'abandon irréversible des *marques extérieures* du sexe d'origine de » la requérante¹⁰⁵⁵.

221. Il ne s'agit donc pas pour la Cour de répondre à ce qui pourrait être caractérisé comme le seul désir individuel des personnes trans (obtenir la modification à leur guise de la mention de leur sexe juridique), mais bien de protéger leur droit au respect de leur vie privée (faire en sorte que leur état civil ne révèle pas, au regard de leur apparence, une incohérence entre leur sexe juridique et leur sexe social). En témoigne l'adoption, quelques années plus tard, en 1998, de l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*¹⁰⁵⁶. La Cour reprend le raisonnement développé dans les deux décisions précédentes concernant les autorités britanniques – *Rees* et *Cossey c. Royaume-Uni* – et conclut à l'absence de violation de l'article 8, dans la mesure où « les situations dans lesquelles les requérantes peuvent avoir à divulguer leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on puisse estimer qu'elles portent une atteinte disproportionnée aux droits des intéressées au respect de leur vie privée »¹⁰⁵⁷. Il s'agit donc

l'individu : l'acte pourrait alors être modifiée suite à un jugement, et la délivrance d'extraits limiterait la publicité de la modification de la mention de sexe (*B. c. France*, para. 52).

¹⁰⁵¹ Le juge européen estime que, malgré l'évolution des mentalités et les progrès de la science, des interrogations persistent quant à la « nature profonde du transsexualisme » et les conséquences juridiques qui en découlent, et ne permettant pas de conclure à un consensus des États européens en la matière (*B. c. France*, para. 48).

¹⁰⁵² *B. c. France*, para. 63.

¹⁰⁵³ *B. c. France*, para. 62.

¹⁰⁵⁴ Cette décision conduira la Cour de cassation française à opérer un revirement de jurisprudence dans deux arrêts de 1992, dans lesquels elle met en balance le droit au respect de la vie privée et le principe d'indisponibilité de l'état des personnes (Cass. ass. plén, 11 décembre 1992, n° 91-11.900, JCP 1993.II.2191), décision qui ne sera pas sans produire de nombreuses réactions d'opposition : v. par ex. la tribune des psychiatres Marcel Czermak et Henry Frignet du 17 novembre 1993 publiée dans *Libération* intitulée « Quel sexe voulez-vous ? » ; v. également l'ouvrage de la psychiatre Colette Chiland, *Changer de sexe: illusion et réalité*, Paris, Odile Jacob, 1997, 352 p. À propos du maintien du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰⁵⁵ *B. c. France*, para. 55. Nous soulignons.

¹⁰⁵⁶ Cour EDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n°s 22985/93 et 23390/94.

¹⁰⁵⁷ *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, para. 59.

bien, pour le juge européen, de s'assurer que la discordance entre l'apparence des personnes et la mention de leur sexe sur les documents officiels ne soit pas révélée dans la sphère sociale à une fréquence qui dépasse un certain seuil, dépassé en l'occurrence dans l'arrêt *B. c. France*.

222. À la fin des années 1990, le droit de faire reconnaître juridiquement son sexe social ne s'applique donc pas de manière égale à *toutes* les personnes trans, mais seulement à celles dont la transidentité est révélée aux tiers de manière constante. De toute évidence, une personne trans dont l'apparence n'apparaît pas suffisamment conforme au sexe revendiqué (c'est-à-dire, qui n'a pas eu recours à des traitements hormonaux et chirurgicaux de changement de sexe) ne se verrait pas reconnaître une violation de son droit au respect de la vie privée¹⁰⁵⁸. À ce titre, comme le souligne Yan Thomas, « une chose est que l'identité que le transsexuel revendique corresponde à son désir intime, voire à son fantasme, tout autre chose est le droit dont on l'autorise à se réclamer »¹⁰⁵⁹. Il faut néanmoins reconnaître qu'avec cet arrêt de 1992, la Cour européenne est « en passe de bouleverser ici les fondements identitaires qui sont le présupposé juridique [...] de l'institution classique du sujet »¹⁰⁶⁰. Elle permet aux personnes trans de passer outre leur assignation à un sexe par les autorités de manière hétéronome et d'obtenir de leur part, bien que dans des conditions strictes, une modification de leur sexe juridique à partir de leur sexe social librement choisi.

223. C'est donc bien une rupture d'envergure que fait apparaître le système européen de protection des droits humains. On assiste, pour le dire avec Stéphanie Hennette-Vauchez et Marc Pichard, à un moment de bascule qui marque les prémises de la « fondamentalisation de l'état civil », à savoir « l'irruption de la logique de l'autonomie personnelle au cœur du raisonnement juridique déployé par les juges et la loi »¹⁰⁶¹. Cette logique se déploie au début du XXI^{ème} siècle avec la consécration progressive d'une dimension cette fois-ci non pas

¹⁰⁵⁸ À l'inverse, le juge Van Dijk ne voit « aucune raison de considérer que la reconnaissance juridique des changements de sexe ne pourrait se faire que s'il y avait conversion (complète) sur le plan biologique également ; le droit peut donner un sens autonome à la notion de « sexe », comme il le fait par exemple pour les notions de « personne », « famille », « domicile », « biens », etc. », *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, préc., Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk, para. 8).

¹⁰⁵⁹ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 91.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

¹⁰⁶¹ S. Hennette-Vauchez et M. Pichard, « La fondamentalisation de l'état civil », art. cit, p. 282. On peut ainsi voir dans les arrêts analysés jusqu'à présent les prémises de ce qui sera consacré par la Cour européenne comme un véritable droit à l'autodétermination, évoqué par exemple par le juge Van Dijk au sein de son opinion dissidente à propos de l'arrêt *Sheffield et Horsham* : il estime alors, à l'encontre de la décision de la Cour, que « l'enjeu ici réside dans le droit fondamental à l'autodétermination : si une personne a le sentiment qu'elle appartient à un sexe autre que celui originellement enregistré et qu'elle a subi un traitement pour obtenir, dans la mesure médicalement possible, les caractéristiques de l'autre sexe, elle a droit à la reconnaissance juridique de son appartenance au sexe qui, d'après elle, correspond le mieux à son identité » (*Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, préc., Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk, para. 5).

seulement sociale mais aussi identitaire du sexe, que les individus ont désormais le droit de revendiquer.

Section 2 : L'irruption de l'identité de genre

224. La libre disposition du sexe, amorcée par le droit des droits humains au siècle dernier, prend un tournant majeur à partir des années 2000 avec le développement d'un véritable droit à l'autodétermination. Ce droit est fondé sur la protection de la dimension identitaire du sexe, à savoir sur la capacité pour les individus d'exprimer, indépendamment de leur sexe assigné à la naissance, ce qu'ils considèrent être leur identité de genre¹⁰⁶² et de la voir juridiquement reconnue. Ils ont ainsi le droit de revendiquer, au nom du principe d'autonomie individuelle, non seulement la modification de la mention de leur sexe à l'état civil, mais acquièrent aussi, plus largement, une forme de souveraineté dans l'affirmation de leur identité de genre.

225. Néanmoins, si les individus obtiennent le droit de voir reconnaître leur sexe juridique conformément à leur identité personnelle, le sexe n'en reste pas moins une catégorie mise en œuvre et contrôlée par l'État¹⁰⁶³. Ainsi, loin de « déposséder l'État de sa fonction d'institutionnalisation du sujet de droit »¹⁰⁶⁴, il s'agit davantage d'encadrer la manière dont celui-ci met en œuvre l'identification des individus¹⁰⁶⁵. Tout au long du développement du droit à l'autodétermination et de la liberté de disposer de son sexe, se donnent ainsi à voir les tensions entre l'appréhension du sexe juridique comme catégorie d'identification gérée par l'État, et celle du sexe juridique comme identité définie par les individus. Surtout, la mise en balance entre ces deux dimensions illustre la manière dont la catégorie de sexe en ressort profondément bouleversée : alors que le droit d'affirmer juridiquement son identité de genre à travers son sexe juridique est au départ intrinsèquement lié à la matérialité du sexe (§1), une rupture est progressivement admise entre le sexe juridique et les corps, introduisant ainsi formellement un rapport d'indépendance entre ces deux éléments (§2).

¹⁰⁶² Pour une définition de cette notion, v. *infra*.

¹⁰⁶³ Sur la construction du pouvoir de l'État à partir, en partie, de l'identification des personnes, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰⁶⁴ Hélène Hurpy, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité : les excès de la volonté individuelle en question », *Connexions*, 2018, vol. 110, n° 2, p. 44.

¹⁰⁶⁵ La Cour exige en effet que les États parties adoptent un cadre légal approprié afin de garantir l'accès à une telle procédure ; en ce sens, « le refus des autorités internes de reconnaître légalement la réassignation de sexe du requérant sans avancer pour cela de motivation suffisante et pertinente, et sans expliquer pourquoi dans d'autres affaires une telle réassignation pouvait être reconnue a porté une atteinte injustifiée au droit du requérant au respect de sa vie privée » (Cour EDH, 9 juillet 2020, *Y.T. c. Bulgarie*, n° 41701/16, para. 74). V. également l'arrêt *A.D. et autres c. Géorgie*, dans lequel la Cour conclut à la violation de l'article 8 car la législation géorgienne, bien que garantissant le droit de faire modifier la mention de son sexe à l'état civil en théorie, n'est pas suffisamment précise et compromet en pratique la possibilité pour les personnes trans de faire reconnaître juridiquement leur identité de genre (Cour EDH, 1^{er} décembre 2022, *A.D. et autres c. Géorgie*, n°s 57864/17, 79087/17 et 55353/19, para. 76).

§1. La souveraineté de l'individu à disposer de son sexe dans sa dimension identitaire

226. Le droit à l'autodétermination vise à protéger l'expression par les individus de leur identité, telle qu'ils la définissent. Le juge européen s'appuie ainsi sur la notion d'autonomie personnelle dont découle « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »¹⁰⁶⁶ afin de reconnaître aux personnes trans le droit de modifier la mention de leur sexe **(A)**, suivi par le droit international qui consacre la notion d'identité de genre, renforçant alors le paradigme autonomiste **(B)**.

A. Une consécration juridictionnelle du droit à l'autodétermination

227. À partir des années 2000, la Cour de Strasbourg ne se contente plus de protéger le droit des personnes trans à modifier la mention de leur sexe à l'état civil au regard de la conformité de leur apparence et de leur comportement social au sexe opposé. Elle considère désormais que les personnes trans ont le droit à la reconnaissance juridique de leur identité, qu'elles expriment de manière souveraine **(1)**. Néanmoins, comme le souligne Éric Millard, la Cour européenne consacre à l'individu « un droit à contrôler la manière dont l'État écrit officiellement qui il est, mais non le droit de *dire officiellement qui il est* »¹⁰⁶⁷. Autrement dit, l'État conserve sa fonction d'institutionnalisation des sujets ; si les individus ont le droit de faire modifier la mention de leur sexe, c'est seulement dans les conditions posées par le cadre législatif **(2)**.

1. Un droit à définir la substance de son identité

228. L'appréhension du sexe par le juge européen comme élément de l'*identité* des individus trouve sa source dans les deux affaires britanniques *Christine Goodwin*¹⁰⁶⁸ et *I c. Royaume-Uni*¹⁰⁶⁹ de 2002. Contrairement aux précédentes affaires, prononcées également à l'encontre du Royaume-Uni pour des faits similaires¹⁰⁷⁰, la Cour de Strasbourg condamne l'État pour son refus d'accorder aux personnes trans un droit à modifier la mention de leur sexe à l'état civil, et ainsi, avoir manqué à ses obligations en matière de droit au respect de la vie privée des

¹⁰⁶⁶ Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, para. 90.

¹⁰⁶⁷ É. Millard, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État », art. cit, p. 727 (souligné dans le texte).

¹⁰⁶⁸ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁰⁶⁹ Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n° 25680/94.

¹⁰⁷⁰ V. *supra* (affaires *Rees*, *Cossey*, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*).

requérants¹⁰⁷¹. Un changement d'envergure intervient dans son raisonnement : il ne s'agit plus de mettre en balance l'intérêt de l'État à identifier les individus à partir de leur sexe assigné à la naissance avec l'adoption par les personnes trans d'un sexe social opposé ; désormais, la Cour érige le sexe revendiqué par les personnes trans au rang d'élément à part entière de leur identité.

229. Comme dans les affaires précédentes, le Royaume-Uni s'efforce de minimiser les situations dans lesquelles les personnes trans sont amenées à révéler leur transition en leur octroyant des documents officiels (passeport, permis de conduire, etc.) mentionnant leur sexe revendiqué. Mais la Cour, réunie en grande chambre, ajoute néanmoins que l'autonomie personnelle, reconnue quelques mois auparavant comme découlant de l'article 8 de la Convention dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* relatif au suicide assisté¹⁰⁷², protège un « droit au développement personnel »¹⁰⁷³. Autrement dit, la mise en balance entre les intérêts individuels et les intérêts publics afin de constater un éventuel niveau d'ingérence de la part de l'État (par ailleurs inférieur en l'espèce à celui observé dans l'arrêt *B. c. France*¹⁰⁷⁴) inclut désormais, à la faveur des requérants, leur droit à définir leur identité, que la Cour formule en ces termes :

« Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris *le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »¹⁰⁷⁵.

230. Cela implique nécessairement une reconnaissance par l'État de cette identité sexuelle¹⁰⁷⁶, et donc, une modification de leur sexe juridique en conformité avec celle-ci, au risque de faire obstacle à l'exercice de ce droit. Le droit au respect de la vie privée n'implique donc pas seulement une dimension négative – à savoir ne pas s'introduire dans la sphère intime des

¹⁰⁷¹ Cela conduit également la Cour à condamner l'État pour violation du droit au mariage, protégé par l'article 12 (v. à ce sujet Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1).

¹⁰⁷² La notion d'autonomie personnelle est consacrée pour la première fois dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* comme partie intégrante de la sphère protégée par l'article 8 : la Cour reconnaît en effet 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, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, para. 61). Quelques mois auparavant, la Cour avait reconnu que la notion de vie privée de l'article 8 englobe « des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu », sans toutefois consacrer la notion d'autonomie personnelle (Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99).

¹⁰⁷³ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 90 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 70.

¹⁰⁷⁴ V. *supra*.

¹⁰⁷⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 90 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 70. Nous soulignons.

¹⁰⁷⁶ À noter que dans la version en langue anglaise des deux décisions, la Cour utilise à la fois les termes de « *sexual identity* » et de « *gender identity* » ; si ce dernier pourrait être traduit en français par « identité de genre », la version française se réfère néanmoins uniquement à l'« identité sexuelle ».

individus – mais aussi une dimension *positive*, ce qui suppose de la part de l'État une reconnaissance active et manifeste d'éléments constitutifs de cette sphère privée, comme l'identité sexuelle des individus¹⁰⁷⁷. Le juge considère en effet qu'il n'est plus acceptable de maintenir les personnes trans « entre deux mondes » – ces dernières n'étant pas entièrement reconnues de sexe féminin ni de sexe masculin par le droit, mais de l'un ou l'autre sexe selon le contexte – puisque cela porte atteinte à leur droit à développer l'identité de leur choix¹⁰⁷⁸. Selon la Cour en effet, la discordance qui existe entre le rôle d'une personne trans au sein de la société et son statut juridique n'est pas un simple inconvénient ; au contraire, ce « conflit entre la réalité sociale et le droit [...] place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »¹⁰⁷⁹.

231. Au regard de ces éléments, l'État ne saurait invoquer sa marge d'appréciation¹⁰⁸⁰, « sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention »¹⁰⁸¹, à savoir la reconnaissance juridique de l'identité des personnes trans¹⁰⁸². D'autant plus que, conformément à ce qui avait été annoncé dans ses précédentes décisions¹⁰⁸³, la Cour a adapté son raisonnement à la lumière des évolutions de la science et de la société. Elle prend ainsi acte de l'évolution des connaissances scientifiques à l'égard de la situation des personnes trans¹⁰⁸⁴ et constate l'existence d'une « tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels, mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁷⁷ Angus Campbell et Heather Lardy, « Transsexuals: the ECHR in transition? », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2003, vol. 54, n° 3, p. 209-253.

¹⁰⁷⁸ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 90 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 70.

¹⁰⁷⁹ *I. c. Royaume-Uni*, para. 57 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 77 : à titre d'exemple, la requérante relate avoir été victime d'harcèlement sexuel sur son lieu de travail, sans toutefois pouvoir engager une action devant le tribunal du travail au motif qu'elle était juridiquement considérée comme un homme (para. 15).

¹⁰⁸⁰ D'autant qu'en s'appuyant sur la publication du rapport produit par un groupe de travail interministériel sur les personnes trans adressé au Parlement britannique en juillet 2000, le juge européen considère que des réformes législatives pourraient raisonnablement être mises en œuvre sans pour autant porter atteinte à l'intérêt public (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 91 ; Home Office, *Report Of The Interdepartmental Working Group On Transsexual People*, avril 2000, 67 p).

¹⁰⁸¹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 93.

¹⁰⁸² La condamnation du Royaume-Uni par la Cour donnera lieu à l'adoption de la loi de 2004 sur la reconnaissance du sexe (*Gender Recognition Act*, 2004), qui accorde aux personnes trans le droit de demander un « certificat de reconnaissance de l'appartenance sexuelle ».

¹⁰⁸³ V. par ex. l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, dans lequel « la Cour estime que les requérantes n'ont pas démontré que depuis l'arrêt *Cossey*, en 1990, il y ait eu, dans le domaine de la science médicale, de quelconques découvertes propres à dissiper de manière concluante les doutes concernant les causes du transsexualisme » (para. 56), mais rappelle néanmoins « que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des États contractants » (para. 60).

¹⁰⁸⁴ La Cour relève ainsi « qu'il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées » (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 81).

¹⁰⁸⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 85 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 65.

232. Certes, la Cour répète qu'« une personne transsexuelle ne peut pas acquérir toutes les caractéristiques biologiques du nouveau sexe »¹⁰⁸⁶. Néanmoins, elle précise cette fois-ci qu'au vu des progrès en matière de maîtrise des opérations chirurgicales de changement de sexe, seul « l'élément chromosomique » demeure interchangeable¹⁰⁸⁷. Dès lors que l'identité revendiquée par les individus s'accorde avec la matérialité de leur corps, il convient de leur accorder un sexe juridique qui fasse écho à cette mise en conformité. Pour certains auteurs, cela revient à cautionner le « délire » des patients transsexuels¹⁰⁸⁸ ; d'autres au contraire adhèrent à la position de la Cour¹⁰⁸⁹ en considérant que le désir des personnes trans de changer de sexe ne saurait être vu comme un simple caprice au vu de l'engagement qui est le leur dans la procédure¹⁰⁹⁰, en référence aux traitements médicaux auxquelles elles ont recours, de plein gré ou non. La prise en compte de l'autonomie personnelle des personnes trans conduit en effet – dans un mouvement qui peut sembler paradoxal – à « exporter la question de l'identité sexuelle de la sphère intime à la sphère sociale »¹⁰⁹¹ ; c'est en effet à l'État qu'il incombe de reconnaître juridiquement le sexe revendiqué par l'individu dans les conditions qui sont les siennes, parmi lesquelles on retrouve une exigence impérative de modification chirurgicale du sexe.

2. Un droit soumis aux conditions posées par l'État

233. L'autonomie accordée aux individus dans la détermination de leur identité de genre (ou sexuelle) ne doit toutefois pas être confondue avec la consécration d'une souveraineté individuelle pleine et entière : les États conservent la main mise sur la manière et les conditions dans lesquelles cette identité peut être juridiquement (officiellement) reconnue. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour reconnaît à l'État la possibilité d'invoquer sa marge d'appréciation

¹⁰⁸⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 82 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 62. Cette position avait déjà été affirmée dans ces arrêts précédents, v. par ex. *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, para. 56 : « il demeure toujours établi qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé, nonobstant les progrès scientifiques en matière de procédures de conversion sexuelle ».

¹⁰⁸⁷ Élément qui n'est d'ailleurs, comme le rappelle la Cour, pas nécessairement déterminant afin de définir le sexe juridique des individus : elle cite en ce sens l'exemple des « anomalies chromosomiques » en cas d'intersexuation pour nuancer l'infailibilité de cet élément biologique dans la détermination du sexe des individus (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 82 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 62).

¹⁰⁸⁸ P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », art. cit.

¹⁰⁸⁹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 81 : « étant donné les nombreuses et pénibles interventions qu'entraîne une telle chirurgie et le degré de détermination et de conviction requis pour changer de rôle sexuel dans la société, on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'arbitraire ou d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une conversion sexuelle ».

¹⁰⁹⁰ Beate Rudolf, « European Court of Human Rights: Legal status of postoperative transsexuals », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 1, n° 4, p. 716-721.

¹⁰⁹¹ H. Hurpy, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité », art. cit, p. 40.

« pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention », en l'occurrence du droit à « obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle »¹⁰⁹². Selon les termes du politiste Alexandre Jaunait, les premiers jalons du droit à la modification de la mention du sexe « hybride[nt] ainsi le référentiel autonomiste du droit à la vie privée avec une forte contrainte de pathologisation rendant l'identité trans *extérieure* à son sujet »¹⁰⁹³. Les moyens mis en œuvre par les États consistent en effet à exiger des personnes trans de conformer leurs corps aux normes attendues du sexe revendiqué, et par là, de se soumettre à des traitements médicaux (hormonaux et chirurgicaux) entraînant une stérilisation. Cette exigence se justifie du fait de la pathologisation constante de la transidentité¹⁰⁹⁴, mais aussi au regard de l'exigence de stabilité du sexe juridique, construit sur le modèle d'une catégorie par principe intangible¹⁰⁹⁵. Sur le plan médical, les opérations stérilisatrices participent à démontrer la détermination des personnes trans à vouloir véritablement changer de sexe, et ainsi, diagnostiquer les véritables cas de transsexualisme. Sur le plan juridique, elles assurent que la modification du sexe est irréversible et définitive.

234. En approuvant cette condition de stérilisation – « opération chirurgicale ultime »¹⁰⁹⁶ – exigée par les États afin de faire droit à une demande de modification du sexe à l'état civil, la Cour crée, comme l'analyse le juriste Damian Gonzalez-Salzberg, une différence de traitement en fonction de l'apparence corporelle, puisque sa jurisprudence exclut les personnes trans non opérées de sa jurisprudence relative au droit de la modification de la mention du sexe¹⁰⁹⁷. En effet, le juge européen encadre, et donc légitimise, cette condition liée à la pratique d'opérations et de traitements médicaux. Il consacre en ce sens progressivement le droit pour les personnes trans d'avoir accès à une procédure de changement de sexe sur le plan médical, dans la mesure où ces traitements sont souvent indispensables afin d'accéder à une modification de la mention

¹⁰⁹² *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 93.

¹⁰⁹³ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit., p. 433.

¹⁰⁹⁴ Ainsi, la classification internationale des maladies (CIM) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) de 2007 place le « transsexualisme » parmi les « troubles de l'identité sexuelle », lesquels sont mentionnés dans un Chapitre V relatif aux « troubles mentaux et du comportement, troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte » (CIM-10).

¹⁰⁹⁵ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰⁹⁶ Cour EDH, 27 mai 2008, *X. c. France*, n°18367/06 (décision sur la recevabilité) : en l'espèce, la Cour avait déclaré la requête irrecevable, dans la mesure où « l'on ne peut déduire de sa jurisprudence en la matière [...] l'obligation pour les États parties de reconnaître juridiquement les personnes transsexuelles qui n'ont pas achevé le processus hormono-chirurgical de réassignation ». La requête était par ailleurs jugée prématurée car la requérante n'avait pas fait la démarche de modifier son prénom ou ses documents d'identité avec de nouvelles photos, et ne pouvait donc valablement se plaindre de la lenteur du traitement hormono-chirurgical de réassignation sexuelle visé.

¹⁰⁹⁷ Damian A Gonzalez-Salzberg, « The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights », *American University International Law Review*, 2014, vol. 29, n° 4, p. 797-829.

du sexe à l'état civil. Les États parties doivent alors garantir une procédure médicale fiable et effective de changement de sexe pour les personnes trans. Dans le cas contraire, cela place les individus dans une « situation intermédiaire »¹⁰⁹⁸ et « d'incertitude angoissante »¹⁰⁹⁹, et emporte la violation de l'article 8 de la Convention. Par ailleurs, le recours aux opérations de changement de sexe ne doit pas dépendre d'une charge de preuve excessive ou stéréotypée de la nécessité médicale. Il en va ainsi lorsqu'une juridiction nationale, afin de statuer sur le remboursement d'une partie des frais médicaux engagés lors d'un parcours de transition, estime que la requérante a « délibérément provoqué sa transsexualité »¹¹⁰⁰. La Cour, après avoir réitéré que « la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle [...] s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination »¹¹⁰¹, estime qu'il est « disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement », comme cela avait été le cas en l'espèce¹¹⁰². Ce droit effectif d'accès aux soins de transition doit également s'apprécier *in concreto*, au regard de la situation des individus. Ainsi, imposer un délai d'observation de deux ans avant de permettre le remboursement des frais d'une opération de conversion sexuelle peut entraîner la violation du droit au respect de la vie privée au vu notamment de l'âge avancé de la requérante¹¹⁰³.

235. C'est donc à la condition qu'elles démontrent avec suffisamment de conviction leur volonté de changer de sexe (grâce à une transformation de leur apparence physique et notamment de leurs organes génitaux en fonction des normes attendues du sexe revendiqué) que la Cour considère que les personnes trans doivent obtenir la reconnaissance juridique du sexe dans lequel elles s'identifient¹¹⁰⁴. Ce raisonnement du juge européen se démarque pourtant singulièrement du discours qui se développe au même moment tant au niveau international que régional, où les instruments et organes de protection des droits humains mettent l'accent sur la nécessité de protéger le droit à l'intégrité physique des personnes trans tout en reconnaissant leur droit d'accéder à une procédure de modification de la mention du sexe.

¹⁰⁹⁸ Cour EDH, 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, para. 57. En l'espèce, le requérant avait subi une opération de changement de sexe partielle, dans l'attente de l'adoption d'un décret d'application précisant les conditions de recours à une chirurgie de conversion sexuelle indispensable à la modification de la mention de son sexe sur les documents officiels.

¹⁰⁹⁹ *L. c. Lituanie*, para. 59.

¹¹⁰⁰ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, para. 62.

¹¹⁰¹ *Van Kück c. Allemagne*, para. 73.

¹¹⁰² *Van Kück c. Allemagne*, para. 82.

¹¹⁰³ Cour EDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, para. 115.

¹¹⁰⁴ Cette jurisprudence sera confirmée par la suite dans l'arrêt Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03 ; v. également Cour EDH, 6 septembre 2011, *P. c. Portugal*, n° 56027/09 (affaire rayée du rôle dans la mesure où la requérante avait finalement obtenu devant les juridictions portugaises la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle par la modification de la mention de son sexe à l'état civil).

B. Une consécration institutionnelle attentive au droit à l'intégrité physique

236. En parallèle du contentieux qui se développe devant la Cour européenne, les institutions internationales de protection des droits humains consacrent également la dimension identitaire du sexe. L'identité de genre est alors consacrée comme catégorie juridique au prisme de l'autonomie individuelle comme sentiment profond propre à chaque individu (1), ce qui entame une rupture entre la revendication de cette identité (interne) et sa nécessaire adéquation avec la matérialité du corps (2).

1. L'identité de genre comme expérience intime

237. À partir de la fin des années 2000, l'identité de genre fait son apparition sur la scène du droit international en tant que notion nettement distincte du sexe (ou encore de l'orientation sexuelle¹¹⁰⁵) avec l'adoption des Principes de Yogyakarta. Adoptés par un groupe *ad hoc* d'experts en 2006 et présentés l'année suivante au Conseil des droits de l'homme des Nations unies, ces principes (non contraignants) se fixent pour objectif de dégager une « compréhension cohérente de l'ensemble du régime de droit international en matière de droits humains et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'*identité de genre* »¹¹⁰⁶, et à indiquer aux États leurs obligations en la matière. L'identité de genre doit alors être

« comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »¹¹⁰⁷.

L'adoption de ces Principes est un pas décisif et représente une avancée majeure pour la protection des droits des personnes trans et la compréhension de l'identité de genre, dont la définition est très largement reprise au sein de divers instances internationales et régionales¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁵ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 435.

¹¹⁰⁶ Principes de Yogyakarta, novembre 2006, Introduction, p. 7. Nous soulignons.

¹¹⁰⁷ Cette définition sera reprise par l'Argentine dans le cadre de l'adoption d'une loi sur l'identité de genre en 2012 (Tom Dreyfus, « The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law: from Cedaw to the Yogyakarta Principles », *Australian Feminist Law Journal*, 3 juillet 2014, vol. 37, n° 1, p. 44).

¹¹⁰⁸ Par ex. par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, p. 3) ou encore

Suivant une logique universaliste et sur le modèle de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, ces principes soulignent par ailleurs que *chaque individu* – et non pas seulement les personnes trans¹¹⁰⁹ – a une identité de genre¹¹¹⁰.

238. Cette approche sera adoptée par l'ensemble des organes de protection des droits humains, dont l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans une résolution de 2010, où elle affirme que l'identité de genre « désigne l'expérience intime et personnelle de son genre telle que vécue par chacun »¹¹¹¹, ou encore les Nations-Unies, qui considèrent en 2016 que « l'identité de genre reflète un sentiment profondément ressenti et vécu de son propre genre » et que « chaque individu possède une identité de genre, qui fait partie intégrante de son identité globale »¹¹¹². De même, au sein du premier rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et l'identité de genre¹¹¹³ de 2017, rédigé sous le mandat de Vitit Muntarbhorn, il est admis que « l'identité de genre a une dimension interne » dans la mesure où « il s'agit de la manière dont une personne s'identifie elle-même en ce qui concerne son propre genre, qui peut être différent de celui qui lui a été assigné à la naissance »¹¹¹⁴.

239. Cette reconnaissance spécifique de l'identité de genre va de pair avec un processus de dépathologisation de la transidentité : la modification de la mention du sexe juridique n'est plus seulement autorisée afin de participer au traitement d'un syndrome, mais au nom du droit à la reconnaissance pour les individus de leur identité en tant que telle. Ainsi, en 2011, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) marquait sa préoccupation quant au fait que « les personnes transsexuelles et transgenres soient souvent assimilées à des personnes souffrant de maladie mentale »¹¹¹⁵, et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptait une résolution quelques années plus tard, en 2015, dans laquelle elle estimait que « le fait que la situation des personnes transgenres soit considérée comme une maladie par des

par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (Commission IDH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, para. 20).

¹¹⁰⁹ Ce qui aurait constitué une approche catégorielle, comme sur le modèle de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui s'adresse seulement aux femmes et non à l'ensemble des individus concernés par les discriminations fondées sur le sexe, v. *supra*.

¹¹¹⁰ T. Dreyfus, « The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law », art. cit, p. 44.

¹¹¹¹ APCE, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avril 2010, Résolution 1728 (2010), para. 1.

¹¹¹² ONU, *Living free & equal. What States are Doing to Tackle Violence and Discrimination Against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*, New York, 2016, p. 18.

¹¹¹³ Le mandat a été créé en 2016, v. Conseil des droits de l'Homme, 15 juillet 2016, Résolution A/HRC/RES/32/2.

¹¹¹⁴ Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 19 avril 2017, A/HRC/35/36, para. 2.

¹¹¹⁵ CODESC, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte*, 12 juillet 2011, E/C.12/DEU/CO/5.

manuels de diagnostic internationaux constitue une atteinte à leur dignité humaine et un obstacle supplémentaire à leur intégration sociale »¹¹¹⁶. La Commission interaméricaine¹¹¹⁷ ajoute, dans un rapport publié la même année, que « l'identité de genre n'est pas déterminée par des transformations corporelles, des interventions chirurgicales ou des traitements médicaux », bien qu'ils puissent « être considérés comme nécessaires à la construction de l'identité de genre par certaines personnes trans »¹¹¹⁸. À partir de cette logique, les individus seraient donc maîtres de la désignation de leur identité de genre, et donc de leur sexe juridique : ce n'est plus le « syndrome transsexuel » qui est la justification apportée au changement de sexe, mais simplement le droit à l'autoidentification. Cette compréhension de l'identité de genre comme expérience intime propre à chaque personne favorise en effet une distinction nette entre cette identité ressentie et le sexe matériel des individus, qui ne sont plus nécessairement corrélés.

2. Le sexe juridique en rupture avec le sexe matériel

240. La consécration de l'identité de genre sur la scène internationale emporte avec elle un changement de paradigme décisif quant à l'appréhension du sexe juridique : le respect des droits humains implique qu'il puisse être entièrement dissocié du sexe matériel des individus, communément désigné comme leur sexe biologique. Concrètement, cela signifie qu'une personne trans doit pouvoir obtenir la modification de son sexe à l'état civil sans avoir besoin de prouver un changement de sexe sur le plan anatomique. Son sexe juridique pourra alors être en contradiction avec son sexe physique, qui correspond au sexe qui lui a été assigné à la naissance. Les Principes de Yogyakarta énoncent ainsi clairement, en 2006, que « 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 »¹¹¹⁹. Cette recommandation est suivie par le Commissaire aux droits de

¹¹¹⁶ APCE, 22 avril 2015, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, Résolution 2048 (2015), para. 1.

¹¹¹⁷ La Commission interaméricaine des droits de l'Homme, créée en 1959 par l'Organisation des États Américains (OEA), est l'un des organes centraux (avec la Cour interaméricaine) du système de protection interaméricain des droits humains ; en plus d'être un organe consultatif, elle reçoit également les pétitions (des individus, ONG et États), se prononce sur leur recevabilité et décide de leur transmission à la Cour interaméricaine (Convention américaine relative aux droits de l'Homme, 22 novembre 1969, Chapitre VII). Sur les débuts de la Commission, v. Laurence Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context: la justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Éditions Pedone, 2020, p. 128.

¹¹¹⁸ Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, préc., para. 20.

¹¹¹⁹ Principes de Yogyakarta, 2006, Principe 3.

l'Homme du Conseil de l'Europe qui, en 2009, invite les États membres à « cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux »¹¹²⁰, dans la mesure où « ces conditions sont de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne »¹¹²¹. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe enjoint également les États membres à octroyer aux personnes trans des « documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »¹¹²².

241. Ainsi, les organes de protection des droits humains affinent progressivement leur position en matière de protection des droits des personnes trans, ce qui conduit, selon l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, à « l'émergence d'un droit à l'identité de genre »¹¹²³. Elle recommande en ce sens aux États membres d'« instaurer des procédures rapides, transparentes et accessibles, fondées sur l'autodétermination, qui permettent aux personnes transgenres de changer de nom et de sexe » sur les documents d'identité¹¹²⁴. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adopte la même ligne, et estime que les États membres « devraient prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible »¹¹²⁵.

242. Le droit à l'identité de genre tend donc vers un droit à la modification de la mention du sexe le moins contraignant possible, selon un principe d'autodétermination, ce qui implique que les personnes doivent être libres de recourir ou non à des traitements médicaux modifiant leur apparence corporelle. Dans le même sens, en 2017, l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et l'identité de genre estime qu'il est « nécessaire de progresser vers la reconnaissance juridique de l'identité de genre ressentie par chacun, sans recours à la contrainte », et notamment celles « de subir une opération de changement de sexe ou d'autres procédures médicales (évaluation psychologique,

¹¹²⁰ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, p. 44.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 9.

¹¹²² APCE, 29 avril 2010, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, Résolution 1728 (2010), para. 16. 11. 2.

¹¹²³ APCE, 22 avril 2015, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, Résolution 2048 (2015), para. 6.

¹¹²⁴ *Ibid.*, para. 6. 2. 1.

¹¹²⁵ Comité des ministres, 31 mars 2010, *Recommandation sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, CM/Rec(2010)5, para. 21.

thérapie de conversion ou stérilisation) »¹¹²⁶, auxquelles il ajoute entre autres en 2018 « les thérapies hormonales »¹¹²⁷. Il réitère cette position dans son rapport « Droit et inclusion » de 2021 en indiquant que « la reconnaissance juridique de l'identité de genre » est « indissociable de l'autonomie corporelle »¹¹²⁸. L'importante dissociation opérée entre l'identité de genre et le sexe physique des individus conduit dès lors à reconnaître pleinement aux individus un droit à l'intégrité physique, dont l'exercice ne saurait être conditionné à la reconnaissance de leur sexe juridique.

§2. La souveraineté de l'individu à disposer de son sexe dans sa dimension corporelle

243. Le développement du droit à l'autodétermination introduit une rupture entre le sexe juridique et le sexe matériel. En s'appuyant sur l'autonomie individuelle et les principes qui justifient les atteintes au droit à l'intégrité physique des individus en matière médicale – respect du consentement libre et éclairé et poursuite d'une nécessité médicale – le droit des droits humains instaure progressivement un cadre au sein duquel l'identification des individus à un sexe juridique par l'État ne peut être accompagné, en contrepartie, d'une obligation de modification corporelle. Il garantit en revanche que les individus puissent consentir à de telles interventions, et ainsi, avoir accès à des procédures qui leur permettent de réaliser leurs choix. Cette évolution a pu être analysée par Hélène Hurpy comme un paradoxe, dans la mesure où « la protection des droits subjectifs à l'égard du corps protège davantage l'intégrité du corps, tout en le rendant plus disponible »¹¹²⁹. Ces évolutions du raisonnement juridique vont par ailleurs produire des effets, au-delà de la question des personnes trans, sur les personnes intersexes. Au total, si l'assignation des personnes intersexes (*i.e.* dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes établies des sexes féminin et masculin¹¹³⁰) à un sexe juridique ne peut justifier la pratique d'actes médicaux visant à conformer leurs corps aux

¹¹²⁶ Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, préc., para. 57.

¹¹²⁷ AGNU, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, A/73/152, para. 81, b).

¹¹²⁸ Conseil des droits de l'Homme, *Droit et inclusion. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, 3 juin 2021, A/HRC/47/27, para. 82.

¹¹²⁹ H. Hurpy, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité », art. cit, p. 43.

¹¹³⁰ Ou, pour le dire avec le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « on qualifie d'intersexes les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins » (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 13).

normes du sexe féminin ou masculin **(A)**, la modification de cette mention du sexe ne peut être conditionnée à des opérations chirurgicales, et notamment stérilisatrices **(B)**.

A. L'assignation à un sexe juridique distinct du sexe matériel

244. Avant d'apparaître sur la scène internationale, la question de la violation du droit à l'intégrité physique des personnes intersexes émerge du milieu associatif à partir des années 1990, notamment aux États-Unis¹¹³¹. Créée en 1993, l'*Intersex Society of North America* (ISNA) se donne ainsi pour objectif de « créer un monde sans honte, secret ni chirurgies sexuelles non désirées »¹¹³² et confronte le corps médical aux traitements médicaux infligés aux personnes (et en particulier aux enfants) intersexes¹¹³³. La fondatrice de l'association, Bo Laurent, sera conviée à la conférence de Chicago de 2005, une réunion de médecins destinée à réviser les protocoles de prise en charge des enfants intersexes mis en œuvre dès les années 1950¹¹³⁴. Elle aboutit à l'adoption d'une « déclaration de consensus »¹¹³⁵, et notamment à l'adoption de la terminologie de « désordre du développement sexuel » (DSD) pour parler de l'intersexuation. Un cadre pathologisant est ainsi instauré, qui repose sur la systématisation du recours aux opérations de conformation sexuée dès la naissance, et donc sans le consentement des personnes intersexes. L'ampleur de la pratique de ces opérations – très largement répandues à travers le monde selon un protocole similaire¹¹³⁶ – et leur caractère systématique sont tels qu'un grand nombre d'instances de protection des droits humains vont s'en saisir.

245. La question qui se pose peut alors être résumée de la manière suivante : le constat par le corps médical de caractéristiques sexuées qui ne correspondent pas aux normes établies du sexe féminin ou masculin peut-il justifier, à lui seul, la pratique d'actes (interventions chirurgicales et/ou traitements hormonaux) visant à conformer le corps des personnes intersexes à ces normes

¹¹³¹ Pour un historique, v. Michal Raz, *Intersexes: du pouvoir médical à l'autodétermination*, Péronnas, Le Cavalier Bleu Edition, 2023, 200 p.

¹¹³² V. le site de l'association, créé par Cheryl Chase (Bo Laurent) [<https://perma.cc/E422-SBHU>].

¹¹³³ Audrey Aegerter, « Enjeux et controverses quant à la participation d'activistes intersexes au Consensus de Chicago (2005) », *Santé Publique*, 2023, vol. 34, n° HS2, p. 62. L'auteur détaille les stratégies développées par l'ISNA afin de sensibiliser le corps médical et faire entendre ses revendications. D'autres associations ont été créées, en rupture avec le positionnement de l'ISNA : l'Organisation internationale des intersexes, par Curtis Hinkle en 1993, ou encore *Intersex Initiative*, par Emi Koyama en 2003.

¹¹³⁴ Sur la pratique de ces opérations, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

¹¹³⁵ Qui n'en est pas réellement un, dans la mesure où nombre de militants intersexes s'opposent à cette terminologie qu'ils jugent pathologisante, comme l'Organisation internationale des intersexués (OII) (Vincent Guillot, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexués », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008, Vol. 27, n° 1, p. 144-150).

¹¹³⁶ Comme le montrent les condamnations des comités onusiens d'une très grande diversité de pays au regard de la pratique de ces opérations sur leurs territoires, v. *infra*.

afin de lui assigner un sexe juridique féminin ou masculin ? La logique du droit pénal protège en effet contre toute atteinte à l'intégrité physique, à l'exception notamment de celles menées par le corps médical. Mais deux conditions doivent alors en principe être réunies : d'une part, l'atteinte doit être commandée par une nécessité médicale, et d'autre part, l'individu doit consentir à l'intervention. Or en ce qui concerne les opérations de conformation sexuée, aucune de ces conditions n'est observée. En effet, comme le rappelle la Commission européenne, les opérations de conformation du sexe des enfants intersexes sont pratiquées « dans le but de garantir leur aspect génital et la conformité de leurs glandes sexuelles à ce que l'on attend généralement du genre qui leur est assigné »¹¹³⁷, ce qui ne répond en aucun cas à une nécessité médicale. Les actes pratiqués vont jusqu'à être qualifiés, par exemple par les institutions de l'Union européenne, de « mutilations génitales »¹¹³⁸ ce qui, à n'en pas douter, insiste sur l'absence de caractère médical de ces interventions et contribue à rendre d'autant plus difficile la justification de ces pratiques¹¹³⁹. De plus, elles sont dans la majorité des cas pratiquées à un stade précoce où les enfants ne sont pas aptes à consentir (ce qui constitue d'ailleurs, comme le souligne la Commission européenne, une différence fondamentale avec les opérations de changement de sexe pratiquées sur les personnes trans¹¹⁴⁰).

246. Dès lors, sans remettre en question l'assignation obligatoire des enfants intersexes à un sexe juridique féminin ou masculin à l'état civil dès leur naissance, qui contribue largement à justifier les opérations chirurgicales visant à conformer leurs corps (et notamment, l'aspect de

¹¹³⁷ Commission européenne, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, 2012, p. 16.

¹¹³⁸ Le Parlement européen, dans sa résolution dédiée aux droits des personnes intersexuées, affirme en effet que « la mutilation génitale des personnes intersexuées peut avoir des conséquences tout au long de leur vie, telles que des traumatismes psychologiques et des infirmités physiques » (Parlement européen, *Résolution du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées*, n° 2018/2878(RSP), para. D) ; de son côté, la Commission européenne a publié sa stratégie visant à promouvoir l'égalité des personnes LGBTIQ pour 2020-2025, dans laquelle elle fait directement référence au terme de « mutilation génitale intersexe » (*intersex genital mutilation*) afin de désigner les interventions médicales non nécessaires sur les enfants et adolescents intersexes en l'absence de leur consentement éclairé (Commission européenne, *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, Bruxelles, 2020, p. 15).

¹¹³⁹ Une analogie peut ici être faite avec la pratique des mutilations génitales féminines (MGF) : initialement nommées sous le terme de « circoncision féminine », le terme de « mutilation » s'est répandu à partir des années 1970, et a notamment été adopté lors de la troisième conférence du Comité interafricain sur les pratiques traditionnelles affectant la santé des femmes et des enfants (CIAF), à Addis-Ababa (Éthiopie), avant d'être recommandé par l'OMS en 1991 (UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, 2005, p. 9). Ce changement terminologique a été décisif afin de lutter contre cette pratique puisque, pour reprendre les mots de Wairimū Ngaruiya Njambi, « qui tenterait de défendre les mutilations, surtout lorsqu'elles sont définies dans le langage de la torture et de l'oppression ? » (W.N. Njambi, « 'ONE VAGINA TO GO' », art. cit, p. 173). L'utilisation du terme « mutilation » a donc permis un « changement de paradigme dans la perception de ces pratiques », et s'est répandu « parallèlement au développement, au niveau international, d'une mobilisation visant à les éradiquer » (Armelle Andro et Marie Lesclingand, « Les mutilations génitales féminines. État des lieux et des connaissances », *Population*, 23 septembre 2016, vol. 71, n° 2, p. 226).

¹¹⁴⁰ Commission européenne, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, 2012, p. 7.

leurs organes génitaux) aux normes de l'un ou l'autre sexe, les instances supranationales condamnent en revanche la pratique systématique de ces interventions à la découverte de l'intersexuation d'un nouveau-né. La prohibition de ces actes médicaux apparaît pour la première fois en 2006¹¹⁴¹ au niveau international¹¹⁴² : les Principes de Yogyakarta¹¹⁴³ affirment que les États devront prendre les dispositions 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 le consentement total », autrement dit pour empêcher la pratique des opérations de conformation sexuée¹¹⁴⁴. Les organes de protection des droits humains s'emparent de la question quelques années plus tard, avec de premières occurrences en 2009 au sein des institutions onusiennes, qui seront nombreuses à se prononcer sur la question¹¹⁴⁵. Le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible mentionne ainsi, dans son rapport, les « cas d'opérations génitales intersexuelles, qui sont des interventions douloureuses et à haut risque sans effet médical bénéfique prouvé »¹¹⁴⁶, tout comme le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de

¹¹⁴¹ Les instances sont néanmoins déjà informées de la pratique des opérations, en témoigne par exemple cette référence par le juge européen dans l'arrêt *Goodwin* de 2002 : « Or on sait que des anomalies chromosomiques peuvent survenir naturellement (par exemple dans les cas d'intersexualité, où les critères biologiques à la naissance ne concordent pas entre eux) et que certaines personnes qui en sont atteintes doivent subir une conversion à l'un ou à l'autre sexe, selon le cas » (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, para. 82).

¹¹⁴² Au niveau national, les instances de protection des droits humains s'en saisissent peu ou prou à la même période, v. ce document de la Commission des droits humains de San Francisco publié en 2005 : Marcus de María Arana, *A Human Rights Investigation into the Medical "Normalization" of Intersex People*, San Francisco Human Rights Commission, 28 avril 2005, 110 p. ; ainsi que ce rapport publié en 2008 par la Commission des droits humains de Nouvelle-Zélande : Human Rights Commission, *To Be Who I Am. Report of the Inquiry into Discrimination Experienced by Transgender People*, Auckland, 2008, p. 80 et s.

¹¹⁴³ V. *supra*.

¹¹⁴⁴ La recommandation formulée au Principe 18 est rédigée de la manière suivante : « les États devront [...] prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, 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 le consentement total, libre et averti de l'enfant, conformément à son âge et à sa maturité, et suivant le principe selon lequel, dans toutes les situations impliquant des enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (Principes de Yogyakarta, *préc.*, Principe 18, para B).

¹¹⁴⁵ V. par ex. ce rapport conjoint d'organisations internationales de 2014 : HCDH, ONU Femmes, ONUSIDA, PNUD, UNFPA, UNICEF et OMS, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization : an interagency statement*, 2014, 36 p. La recommandation suivante est formulée : « En l'absence de nécessité médicale, lorsque le bien-être physique d'une personne intersexuée est en danger, il faut, si possible, reporter le traitement entraînant une stérilisation jusqu'à ce que la personne soit suffisamment mature pour participer à une prise de décision éclairée et donner son consentement » (p. 14).

¹¹⁴⁶ Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, *Droit de toute personne au meilleur état de santé physique et mentale possible*, 10 août 2009, A/64/272, p. 16. Quelques mois auparavant, le Comité CEDEF encourage l'Allemagne à « nouer un dialogue avec des organisations non gouvernementales de transsexuels et intersexuels afin de mieux comprendre leurs revendications et de prendre des mesures efficaces pour protéger leurs droits humains » (Comité CEDEF, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, 21 avril 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, para. 62). Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se saisit quant à lui de la problématique intersexe via le prisme du droit de la non-discrimination, v. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, para. 32.

l'Homme, qui condamne que les enfants intersexes « subissent des opérations chirurgicales non nécessaires, pratiquées sans leur consentement éclairé ou celui de leurs parents, dans le but de rectifier leur sexe »¹¹⁴⁷. Une première observation du Comité contre la torture recommande, en 2011, une série de mesures afin de prévoir un cadre juridique respectueux du droit à l'intégrité physique des personnes intersexes¹¹⁴⁸. Cette observation marque le début d'une longue série de condamnations par différents comités onusiens (que ce soit le Comité contre la torture¹¹⁴⁹, le Comité des droits de l'enfant¹¹⁵⁰, le Comité des droits des personnes handicapées¹¹⁵¹, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹¹⁵² ou encore le Comité des droits

¹¹⁴⁷ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41, para. 57.

¹¹⁴⁸ Comité contre la torture, *Observations finales (Allemagne)*, 12 décembre 2011, CAT/C/DEU/CO/5. Le Comité recommande notamment à l'Allemagne « de veiller à ce que soient effectivement appliquées les normes juridiques et médicales en matière de consentement éclairé s'agissant du traitement médical et chirurgical des personnes intersexuées, en suivant les meilleures pratiques à cet égard, comprenant notamment la transmission, oralement et par écrit, d'informations complètes sur le traitement proposé, sa justification et les alternatives possibles » (para. 20, a).

¹¹⁴⁹ V. par ex. Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, 7 septembre 2015, CAT/C/CHE/CO/7, para. 20 ; Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Chine, 3 février 2016, CAT/C/CHN/CO/5, para. 56 ; Observations finales concernant le rapport du Danemark valant sixième et septième rapports périodiques, 4 février 2016, CAT/C/DNK/CO/6-7, para. 42 ; Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France, 10 juin 2016, CAT/C/FRA/CO/7, para. 34 ; Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Kenya, 30 mai 2022, CAT/C/KEN/CO/3, para. 43 ; Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Autriche, 12 juin 2024, CAT/C/AUT/CO/7, para. 42.

¹¹⁵⁰ V. par ex. Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, 26 février 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, para. 42 ; Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, para. 47 ; Observations finales concernant le rapport de l'Irlande, valant troisième et quatrième rapports périodiques, 1^{er} mars 2016, CRC/C/IRL/CO/3-4, para. 39 ; Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de l'Afrique du Sud, 27 octobre 2016, CRC/C/ZAF/CO/2, para. 39 ; Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande, 21 octobre 2016, CRC/C/NZL/CO/5, para. 25 ; Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Danemark, 26 octobre 2017, CRC/C/DNK/CO/5, para. 24 ; Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain, 5 mars 2018, CRC/C/ESP/CO/5-6, para. 24 ; Observations finales concernant le rapport de l'Islande valant cinquième et sixième rapports périodiques, 23 juin 2022, CRC/C/ISL/CO/5-6, para. 26 ; Observations finales concernant le rapport de la France valant sixième et septième rapports périodiques, 4 décembre 2023, CRC/C/FRA/CO/6-7, para. 30.

¹¹⁵¹ V. par ex. Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne, 13 mai 2015, CRPD/C/DEU/CO/1, para. 37. ; Observations finales concernant le rapport initial du Chili, 13 avril 2016, CRPD/C/CHL/CO/1, para. 42 ; Observations finales concernant le rapport initial de l'Uruguay, 30 septembre 2016, CRPD/C/URY/CO/1, para. 44 ; Observations finales concernant le rapport initial de la France, 4 octobre 2021, CRPD/C/FRA/CO/1, para. 36 ; Observations finales concernant le rapport de la Nouvelle-Zélande valant deuxième et troisième rapports périodiques, 26 septembre 2022, CRPD/C/NZL/CO/2-3, para. 35.

¹¹⁵² V. par ex. Observations finales concernant les cinquième et sixième rapports périodiques de la Slovaquie, 25 novembre 2015, para. 36. ; Observations finales concernant le rapport de la France valant septième et huitième rapports périodiques, 25 juillet 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, para. 18. ; Observations finales concernant le sixième rapport périodique des Pays-Bas, 24 novembre 2016, CEDAW/C/NLD/CO/6, para. 22 ; Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Italie, 24 juillet 2017, CEDAW/C/ITA/CO/7, para. 41 ; Observations finales concernant le septième rapport périodique du Chili, 14 mars 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7, para. 22.

de l'Homme¹¹⁵³) relatives au droit à l'intégrité physique des personnes intersexes lors de leurs observations formulées à un grand nombre d'États membres. Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants demande lui aussi aux États, en 2013, d'abroger « toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles », parmi lesquels « la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital imposé »¹¹⁵⁴.

247. Les mêmes recommandations se retrouvent au niveau régional. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se saisit par exemple de la question en 2013 et exprime ses préoccupations quant à la pratique d'« interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués », invitant en ce sens les États membres à « s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé » ainsi qu'à « garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'autodétermination aux personnes concernées »¹¹⁵⁵. Elle réitère clairement sa position en 2017, en recommandant plus clairement aux États d'« interdire les actes chirurgicaux de « normalisation sexuelle » sans nécessité médicale ainsi que les stérilisations et autres traitements pratiqués sur les enfants intersexes sans leur consentement éclairé »¹¹⁵⁶. Le Comité des Ministres, tout en partageant cette position¹¹⁵⁷, élabore dans sa recommandation de 2025 relative à l'égalité des droits des personnes intersexes des lignes directrices destinées à encadrer les cas où, exceptionnellement, des opérations de conformation sexuées sont pratiquées, à savoir : soit « lorsqu'il est nécessaire de prévenir une menace imminente pour la vie ou un dommage grave imminent pour la santé physique et que l'intervention est strictement limitée au

¹¹⁵³ V. par ex. Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, 22 août 2017, CCPR/C/CHE/CO/4, para. 24. ; Observations finales concernant le sixième rapport périodique de l'Australie, 1^{er} décembre 2017, CCPR/C/AUS/CO/6, para. 25.

¹¹⁵⁴ Juan E. Méndez, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Conseil des droits de l'Homme, 1^{er} février 2013, A/HRC/22/53, para. 88.

¹¹⁵⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, 2013, Résolution 1952 (2013), para. 7.5.3.

¹¹⁵⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 octobre 2017, Résolution n° 2191, para. 7.1.1. ; v. également la recommandation formulée par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe : « Les États membres devraient mettre fin aux traitements de « normalisation » des personnes intersexes médicalement non justifiés, y compris la chirurgie irréversible des organes génitaux et la stérilisation, lorsque ces traitements sont forcés ou pratiqués sans le consentement libre et pleinement éclairé de la personne concernée » (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 9). Il poursuit : « Les traitements de détermination du sexe devraient être accessibles aux personnes intersexes à un âge où elles sont en mesure de donner leur consentement libre et pleinement éclairé. Le droit des personnes intersexes à ne pas avoir recours à un traitement de détermination du sexe doit être respecté ».

¹¹⁵⁷ « Les États membres devraient adopter des lois interdisant explicitement et spécifiquement toute intervention médicale sur les caractéristiques sexuelles d'une personne, dont les procédures chirurgicales, hormonales et/ou mécaniques et autres traitements, sans son consentement préalable, libre, éclairé, explicite et documenté » (Comité des Ministres, *Recommandation aux États membres sur l'égalité des droits des personnes intersexes*, 7 octobre 2025, CM/Rec(2025)7, Annexe, para. 3).

minimum requis pour répondre au besoin médical immédiat »¹¹⁵⁸, soit « lorsqu'une personne mineure suffisamment mature demande explicitement une intervention médicale liée à ses caractéristiques sexuelles, à condition qu'un processus décisionnel clair soit mis en place pour évaluer de telles demandes »¹¹⁵⁹. La Commission interaméricaine recommande dans le même sens aux États parties, dans un rapport publié en 2015 sur les violences à l'encontre des personnes LGBTI, d'adopter des dispositions visant à interdire expressément la pratique des opérations médicales sur les personnes intersexes, dès lors qu'elles ne sont ni nécessaires ni pratiquées avec leur consentement « complet et éclairé »¹¹⁶⁰. Elle mobilise pour cela sur un cadre théorique spécifique, à savoir le sexe comme « construit social », et s'appuie sur des travaux comme ceux de la biologiste Anne Fausto-Sterling pour rappeler que « l'assignation à un sexe n'est pas un fait biologique inné » et qu'« au contraire, les personnes se voient socialement assigner un sexe à la naissance en fonction de la perception que les autres ont de leurs organes génitaux »¹¹⁶¹. On mesure dès lors l'ampleur du chemin parcouru : tandis qu'initialement, le sexe juridique s'est construit à partir de la conformité des organes génitaux aux normes du sexe féminin ou masculin comme indicateur de référence¹¹⁶², l'intervention du droit international des droits humains impose une rupture entre ces deux éléments. Le sexe juridique ne saurait dépendre uniquement de l'apparence des organes génitaux, tant lors de son assignation que de sa modification ultérieure.

B. La modification du sexe juridique dissociée du sexe matériel

248. Le contentieux relatif aux droits des personnes trans à modifier la mention de leur sexe apparaît relativement similaire devant les juges européen et interaméricain. En effet, les personnes trans se voient progressivement reconnaître un droit à la modification de leur sexe juridique sans avoir besoin de recourir à une opération de changement de sexe **(1)**. La rupture entre le sexe juridique et le sexe matériel n'est toutefois pas totale, dans la mesure où des

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, para. 4. a.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, para. 4. b.

¹¹⁶⁰ Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, recommandation n° 26 ; la Cour européenne à pour le moment seulement rendu une décision d'irrecevabilité (défaut d'épuisement des voies de recours internes) à propos d'une affaire relative à la pratique d'opérations sur une personne intersexe : Cour EDH, 26 avril 2022, *M. c. France*, n° 42821/18.

¹¹⁶¹ Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, *préc.*, p. 27.

¹¹⁶² V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

divergences subsistent quant à la nécessité d'inscrire la procédure dans un contexte de pathologisation de la transidentité (2).

1. Une protection unanime du droit à l'intégrité physique

249. Un pas supplémentaire est franchi vers le droit à l'autodétermination des personnes trans avec la consécration de leur droit à l'intégrité physique, tant par la Cour européenne que par son homologue interaméricaine. Autrement dit, la modification de leur sexe juridique ne doit plus être nécessairement conditionnée à une opération de changement de sexe, destinée à conformer la mention à leur sexe matériel, et notamment, à l'apparence des organes génitaux. Désormais, il ne s'agit donc plus seulement de protéger le droit des personnes trans à pouvoir avoir effectivement accès à une opération de changement de sexe, mais aussi leur choix de ne pas subir une telle intervention, sans que cela ne fasse obstacle à un changement de la mention de leur sexe à l'état civil. On assiste donc à une « double protection » des personnes trans, tant de leurs « choix corporels » (qui inclut celui de vouloir bénéficier d'une opération de changement de sexe) que de leur « intégrité physique »¹¹⁶³.

250. Un premier arrêt de la Cour de Strasbourg, rendu en 2015, participe à opérer ce point de bascule. Dans l'affaire *Y.Y. c. Turquie*¹¹⁶⁴, n'était pas en cause la situation des personnes trans déjà opérées (contrairement aux requêtes examinées jusqu'ici par la Cour), mais celle des personnes qui demandaient à accéder à des traitements chirurgicaux. Il était alors question des conditions *préalables* à l'accès au processus médical de conversion sexuelle¹¹⁶⁵. Les autorités turques refusaient en effet à un homme trans l'autorisation de procéder à une opération de changement de sexe, au motif qu'il n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer¹¹⁶⁶, ce qui, de toute évidence, le conduisait également à ne pas pouvoir prétendre à une modification de la mention de son sexe à l'état civil. Or même à supposer que l'exigence de stérilisation afin d'accéder à une procédure médicale de changement de sexe soit pertinente (c'est-à-dire

¹¹⁶³ H. Hurpy, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité », art. cit, p. 42.

¹¹⁶⁴ Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08.

¹¹⁶⁵ *Y.Y. c. Turquie*, para. 62.

¹¹⁶⁶ Cette situation, si elle peut paraître paradoxale, s'explique par le fait que la stérilisation était une condition préalable à l'autorisation, octroyée par une décision judiciaire, de débiter un processus médical de changement de sexe. L'article 40 du Code civil turc prévoit ainsi que l'autorisation de changement de sexe est notamment conditionnée au fait que le requérant « ait une prédisposition transsexuelle et que celle-ci soit attestée par un rapport établi par un établissement de santé et de recherches, que le changement de sexe soit nécessaire pour la santé psychologique du requérant, et que l'intéressé soit de manière définitive incapable de procréer ».

légitime)¹¹⁶⁷, la Cour conclut à la violation de l'article 8 dans la mesure où, quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas d'un motif suffisant (c'est-à-dire nécessaire)¹¹⁶⁸, puisqu'il porte atteinte à « son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel »¹¹⁶⁹. Dans cette affaire, ce n'est donc pas la condition de stérilisation pour accéder à une demande de modification de la mention du sexe à l'état civil qui est visée, mais le fait qu'elle soit exigée avant même de pouvoir accéder au processus médical de changement de sexe. Un pas complémentaire est franchi deux ans plus tard avec l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*¹¹⁷⁰, qui affirme que la condition de chirurgie irréversible imposée afin d'obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil constitue une violation des droits fondamentaux¹¹⁷¹.

251. En l'espèce, les requérantes¹¹⁷² reprochaient aux autorités françaises d'exiger une preuve de la réalité du « syndrome transsexuel », ainsi que le « caractère irréversible » de la transformation de leur apparence – à savoir leur stérilisation – afin de faire droit à leur demande de modification de la mention du sexe à l'état civil¹¹⁷³. Cette dernière condition fut sanctionnée par le juge européen¹¹⁷⁴, sur le fondement de l'article 8 et non de l'article 3, qui protège contre

¹¹⁶⁷ La Cour refuse en effet de conclure à la légitimité ou non de cette exigence ; selon Benjamin Moron-Puech, on peut entre autres voir ici une volonté de la Cour de « renforcer sa démonstration » en se concentrant sur l'aspect non-nécessaire de la législation turque plutôt que sur l'illégitimité du but, qui serait moins convaincant et plus facilement contestable par le Gouvernement (Benjamin Moron-Puech, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'Homme*, 23 mars 2015, para. 37).

¹¹⁶⁸ *Y.Y. c. Turquie*, para. 121 : « La Cour estime en effet que cette exigence [l'incapacité définitive de procréer] n'apparaît aucunement nécessaire au regard des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'encadrement des opérations de changement de sexe ».

¹¹⁶⁹ *Y.Y. c. Turquie*, para. 66.

¹¹⁷⁰ Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13. La même année, deux autres décisions d'irrecevabilité ont été rendues par la Cour pour non-épuisement des voies de recours internes à propos d'affaires portant sur des faits similaires (Cour EDH, 7 février 2017, *D. Ç c. Turquie*, n^o 10684/13 et Cour EDH, 4 avril 2017, *X. c. Turquie*, n^o 24727/12).

¹¹⁷¹ Certains États avaient déjà acté la suppression des exigences de stérilisation définitive et d'opération de transformation physique afin d'avoir accès à une procédure de changement de sexe à l'état civil quelques années auparavant. C'est le cas par exemple de la Suède, depuis 2013, ou encore des Pays-Bas, depuis 2014. Le Gouvernement néerlandais a d'ailleurs présenté des excuses aux personnes ayant subi de telles interventions avant l'entrée en vigueur de la loi, et annoncé la mise en place d'un système facultatif de compensation financière. À l'inverse, d'autres pays européens continuent de compter la stérilisation parmi les conditions nécessaires afin de demander une modification de leur sexe juridique (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

¹¹⁷² À noter que bien que les requérantes s'identifient comme femmes, la Cour utilise le masculin dans son arrêt puisqu'elles étaient civilement reconnues de sexe masculin à la date d'introduction de la requête, « sans que cette désignation ne puisse s'entendre comme les excluant de la catégorie sexuelle à laquelle ils s'identifient » (*ibid.*, para. 6).

¹¹⁷³ La Cour de cassation française exigeait en effet dans sa jurisprudence que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence » (v. par ex. Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n^o 10-26.947 et Cass., 1^{ère} civ., 13 février 2013, n^o 11-14.515).

¹¹⁷⁴ À noter que le législateur français a modifié les dispositions du Code civil avant la condamnation de la Cour. La loi de modernisation de la justice adoptée le 18 novembre 2016 a modifié le Code civil pour y intégrer l'article 61-6, qui dispose en son troisième alinéa que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention

la torture¹¹⁷⁵, invoqué par les requérantes¹¹⁷⁶. Son utilisation aurait permis, selon certains auteurs, de traiter la question de la stérilisation obligatoire des personnes trans non pas sous l'angle de l'identification des individus à un sexe par l'État (et donc, de la marge d'appréciation qui doit lui être accordée au regard de l'article 8), mais plutôt comme une pratique *en tant que telle* qui n'est pas propre aux personnes trans¹¹⁷⁷. La Cour avait en effet conclu, en 2011, à la violation de l'article 3 de la Convention au regard de la pratique de stérilisations forcées de femmes roms, relevant que « cette intervention concerne l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains », et qu'« elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale »¹¹⁷⁸ ; mais elle ne franchit pas ce pas au sujet des personnes trans.

252. La Cour conclut tout de même à la violation du droit au respect de la vie privée des requérantes au regard de cette exigence de stérilisation : « l'identité sexuelle » est protégée par l'article 8, et « cela vaut pour tous les individus »¹¹⁷⁹, même les personnes trans non-opérées. En d'autres termes, si la France a respecté son obligation positive de garantir aux personnes trans une procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil, la condition imposée de stérilisation faillit à ménager un juste équilibre entre l'intérêt général – à savoir la

du sexe à l'état civil (Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle). Cette préoccupation n'est en effet pas nouvelle : par exemple, en 2010, une circulaire de la Direction des affaires civiles et du sceau invitait déjà les juges à « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux » (Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, NOR : JUSC1012994C).

¹¹⁷⁵ En effet, parmi les outils à disposition de la Cour, ce sont les articles 3 et 8 de la Convention qui sont privilégiés afin de protéger les atteintes au corps et ainsi le droit à l'intégrité physique, en fonction notamment du degré de gravité de l'atteinte (v. par ex. H. Hurpy, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité », art. cit, p. 41).

¹¹⁷⁶ La première requérante avait en effet mobilisé l'article 3, combiné à l'article 8, dans sa requête ; toutefois, la Cour, « maîtresse de la qualification juridique des faits », avec jugé approprié « d'examiner les allégations du premier requérant sous l'angle du seul article 8 » (*A.P., Garçon et Nicot c. France*, para. 149). Elle avait néanmoins souligné que « conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention » (para. 131). Selon Benjamin Moron-Puech, l'utilisation de l'article 8 au détriment de l'article 3 a été privilégiée par la Cour afin de ne pas avoir à se positionner sur le terrain des obligations négatives de l'État (donc son obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique des individus), ce qui l'aurait conduite à exercer un contrôle plus approfondi (Benjamin Moron-Puech, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme*, 3 mai 2017).

¹¹⁷⁷ Matteo E. Bassetti, « Human rights bodies' adjudication of trans people's rights : shifting the narrative from the right to private life to cruel and inhuman or degrading treatment », *European journal of legal studies*, 2020, vol. 12, n° 2, p. 291-325.

¹¹⁷⁸ Cour EDH, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07, para. 106.

¹¹⁷⁹ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, para. 95.

préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ou encore la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil¹¹⁸⁰ – et les intérêts des requérantes. Les personnes trans ne sauraient en effet être placées dans une position où la reconnaissance légale de leur sexe est soumise à la réalisation d'une opération chirurgicale (stérilisatrice), à laquelle elles ne peuvent véritablement consentir. Cela revient en effet à leur imposer de choisir entre leur droit au respect de leur vie privée d'une part et leur droit à l'intégrité physique d'autre part, ce qui relève d'un véritable « dilemme insoluble » selon le juge européen¹¹⁸¹. Pour la première fois, la Cour reconnaît donc la protection du droit à la reconnaissance juridique de l'identité des personnes trans pré-opérées ou qui ne souhaitent pas subir d'opération¹¹⁸², ces dernières étant libres d'avoir recours ou non à des interventions de changement de sexe¹¹⁸³. La même année, en 2017, la Cour interaméricaine adopte une position similaire dans un avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe demandé par le Costa Rica. Elle reconnaît, à l'instar de la Cour de Strasbourg, qu'une telle exigence de stérilisation revient à faire dépendre l'exercice de droits fondamentaux (droit au respect de la vie privée par exemple) au renoncement préalable de son droit à l'intégrité physique¹¹⁸⁴. Elle élargit néanmoins le cadre des actes médicaux concernés puisqu'elle affirme que l'accès à une procédure de modification de la mention du sexe « ne peut exiger la présentation de preuves d'une chirurgie totale ou partielle, d'un traitement hormonal, d'une stérilisation ou de transformations corporelles »¹¹⁸⁵. Dès lors, les juges européen et interaméricain se détachent

¹¹⁸⁰ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, para. 132.

¹¹⁸¹ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, para. 132.

¹¹⁸² Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par l'arrêt *X et Y c. Roumanie* : les requérants ne souhaitent pas recourir à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, condition pourtant préalable à la reconnaissance juridique de l'identité de genre selon la législation roumaine. La Cour souligne ainsi, à l'instar de l'affaire *A.P., Garçon et Nicot c. France*, que cela revient à créer une rupture du juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes concernées (Cour EDH, 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie*, n°s 2145/16 et 20607/16, para. 165). Pour une analyse de cet arrêt, v. Sarah Schoentjes et Pieter Cannoot, « X and Y v. Romania : the 'impossible dilemma' reasoning applied to gender affirming surgery as a requirement for gender recognition », *Strasbourg Observers*, 25 février 2021.

¹¹⁸³ La Cour le rappelle également dans une affaire relative au refus des autorités italiennes d'autoriser la modification du prénom de la requérante tant qu'elle n'avait pas réalisé une opération de conversion sexuelle, processus pourtant entamé (volontairement) depuis plusieurs années. La Cour pointait du doigt la rigidité du processus judiciaire, qui avait eu pour conséquences de placer la requérante « pendant une période déraisonnable dans une situation anormale » (para. 72) et estimait que « l'impossibilité pour la requérante d'obtenir la modification de son prénom pendant une période de deux ans et demi au motif que son parcours de transition ne s'était pas conclu par une opération de conversion sexuelle s'analyse, dans les circonstances de l'espèce, en un manquement de l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de l'intéressée au respect de sa vie privée » (Cour EDH, 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, n° 55216/08, para. 75).

¹¹⁸⁴ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24/17, para. 146.

¹¹⁸⁵ *Ibid.* ; à noter que la Cour interaméricaine sera amenée à se prononcer sur le droit des personnes trans d'avoir effectivement accès à des interventions chirurgicales de changement de sexe dans l'affaire *Luiza Melinho c. Brésil* ; le cas a été examiné par la Commission interaméricaine, qui considère que les obstacles rencontrés par la requérante trans afin d'avoir accès à des traitements médicaux de changement de sexe peuvent constituer, entre

assurément d'une approche « génitocentrée »¹¹⁸⁶ en admettant que le sexe juridique des individus puisse ne pas correspondre à l'apparence de leurs organes génitaux, ouvrant la voie à un droit à l'autodétermination qui se fonde uniquement sur l'identité de genre de la personne.

2. Une position divisée quant à la pathologisation de la transidentité

253. La condamnation des opérations de stérilisation comme condition préalable à une modification de la mention du sexe est donc désormais unanime dans la jurisprudence des cours internationales régionales de protection des droits humains. La rupture opérée entre le sexe juridique et le sexe matériel n'est toutefois pas totale, puisque la position de ces juridictions diverge quant aux conditions, notamment médicales, requises afin d'accéder à une procédure de modification du sexe juridique. À l'inverse de la Cour interaméricaine, la Cour européenne refuse en effet de condamner les procédures qui reposent sur une pathologisation de la transidentité.

254. Dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* de 2017, le juge n'a en effet pas sanctionné la nécessité de prouver la réalité du « syndrome transsexuel » ni l'obligation de subir un examen médical (impliquant notamment un examen des parties génitales). À partir du moment où un cadre clair précisant les modalités de modification de la mention du sexe est défini¹¹⁸⁷, il estime que les États disposent d'une large marge d'appréciation quant aux conditions à mettre en œuvre en la matière¹¹⁸⁸. Le maintien – voire, selon l'hypothèse du juriste Pieter Cannoot, l'encouragement¹¹⁸⁹ – de cette pathologisation de la transidentité implique de rendre pathologique elle-même la divergence entre le sexe assigné à la naissance (le corps) et le sexe revendiqué (l'identité de genre). Autrement dit, la Cour continue de faire dépendre le sexe juridique du sexe matériel, puisque sa modification peut légitimement être conditionnée au

autres, une violation de son droit à l'intégrité physique, protégé par l'article 5 de la Convention interaméricaine ; la Commission constate également une possible violation du droit à la protection de l'honneur et de la dignité de la personne (art. 11 de la Convention) ou encore du droit à l'égalité devant la loi (art. 24) ; elle a ainsi décidé de porter l'affaire devant la Cour interaméricaine le 7 juin 2023 (v. Com IDH, 14 avril 2016, *Luiza Melinho c. Brésil*, n° 362-09, rapport n°11/16).

¹¹⁸⁶ A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence*, op. cit.

¹¹⁸⁷ V. Cour EDH, 17 janvier 2019, *X c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 29683/16 (violation de l'article 8 pour absence d'un cadre réglementaire permettant une reconnaissance juridique du changement de sexe des personnes trans) ; Cour EDH, 22 juin 2023, *RK c. Hongrie*, n° 54006/20 (violation de l'article 8 au vu de lacunes législatives et de graves manquements de la part des autorités hongroises dans la mise en œuvre d'une procédure de changement de sexe rapide, transparente et accessible).

¹¹⁸⁸ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, para. 140 ; confirmé par Cour EDH, 12 juin 2025, *T.H. c. République Tchèque*, n° 12/06/2025, para. 50 et s.

¹¹⁸⁹ Pieter Cannoot, « The pathologisation of trans* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, mars 2019, vol. 37, n° 1, p. 23.

diagnostic médical du syndrome de la transidentité, donc d'une opposition jugée pathologique entre l'identité de genre et le corps des individus. Selon la Cour, ces conditions médicales maintiennent un juste équilibre entre les intérêts en présence. D'une part, ceux des autorités françaises de préserver le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, et ainsi la fiabilité, la cohérence, et la stabilité des modifications du sexe à l'état civil¹¹⁹⁰ ; d'autre part, ceux des personnes trans, puisque ces conditions tendent « à faire en sorte qu'elles ne s'engagent pas erronément dans un processus de changement légal de leur identité »¹¹⁹¹. Le contraste avec la jurisprudence de la Cour interaméricaine est sur ce point frappant.

255. Contrairement à son homologue européen, elle affirme en effet, depuis 2017, que toute procédure de modification de la mention du sexe « doit reposer uniquement sur le consentement libre et éclairé du demandeur, sans exigences telles que des certifications médicales et/ou psychologiques ou autres, qui pourraient s'avérer déraisonnables ou pathologisantes »¹¹⁹². Elle prend notamment appui sur les travaux de la Commission interaméricaine, qui recommandait aux États en 2015 non seulement de ne pas conditionner la modification de la mention du sexe à une quelconque intervention chirurgicale, mais aussi

« [d]'adopter des lois sur l'identité de genre qui reconnaissent aux personnes trans le droit de modifier le nom et la mention de genre figurant sur les actes de naissance et les documents d'identité, sans qu'il soit nécessaire de présenter des évaluations ou certificats médicaux, psychologiques ou psychiatriques »¹¹⁹³.

Aussi, selon le juge interaméricain, l'exigence de certificats médicaux ou psychologiques repose « sur l'hypothèse selon laquelle le fait d'avoir une identité différente du sexe assigné à la naissance constituerait une pathologie », ce qui « contribue à perpétuer les préjugés liés à la construction binaire des genres masculin et féminin »¹¹⁹⁴. Ce faisant, la Cour interaméricaine s'appuie en effet sur un cadre qui diffère nettement de celui de la pathologisation, auquel elle préfère une perspective constructiviste, qui appréhende le sexe comme un construit social. Le juge estime par exemple que

« la reconnaissance de l'identité de genre est nécessairement liée à l'idée selon laquelle le sexe et le genre doivent être perçus comme faisant partie d'une identité construite, résultant de la

¹¹⁹⁰ A.P., *Garçon et Nicot c. France*, para. 142.

¹¹⁹¹ A.P., *Garçon et Nicot c. France*, para. 141.

¹¹⁹² Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, préc., p. 55.

¹¹⁹³ Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, para. 26.

¹¹⁹⁴ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, préc., para. 130.

décision libre et autonome de chaque personne, sans que cela ait à dépendre de ses organes génitaux »¹¹⁹⁵.

Dès lors, dans la continuité de ce raisonnement, c'est en toute logique que « le sexe psychosocial doit primer sur le sexe morphologique afin de respecter pleinement le droit à l'identité sexuelle et de genre, car ces éléments définissent, dans une large mesure, à la fois la manière dont les individus se perçoivent eux-mêmes et la façon dont ils se projettent dans la société »¹¹⁹⁶. Le sexe juridique modifié est donc le simple reflet de l'identité de genre des individus, et non celui d'un syndrome.

256. Enfin, la Cour mobilise – et c'est là aussi une différence notable avec le raisonnement du juge européen¹¹⁹⁷ – les principes d'égalité et de non-discrimination afin de justifier sa position. Elle constate en effet une différence de traitement injustifiée entre les personnes trans et les personnes cisgenres, lesquelles ne se heurtent pas « à des obstacles pour faire reconnaître et respecter leur identité de genre »¹¹⁹⁸. Cela justifie, là aussi, de lever les contraintes à la modification de la mention du sexe, le droit de l'égalité et de la non-discrimination étant, comme les développements qui suivent vont s'appliquer à le démontrer, un levier afin de garantir un véritable droit à l'autodétermination.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 94.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, para. 95.

¹¹⁹⁷ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, para. 131.

Conclusion du Chapitre 1

257. Le droit des droits humains s'est emparé du sexe juridique afin de protéger l'autonomie individuelle. Le sexe assigné à la naissance de manière hétéronome par l'État ne peut à lui seul être un obstacle tant à l'égalité entre les femmes et les hommes qu'au droit au respect de la vie privée. On a ainsi démontré que la libre disposition du sexe introduite par le système onusien et les systèmes régionaux de protection des droits humains se traduit par un refus de sa fatalité : l'assignation à un sexe dès la naissance ne peut ni contraindre les individus à adopter un certain rôle social (ils sont libres de s'affranchir des stéréotypes de genre), ni leur imposer des normes de genre directement dans leur corps (la mention du sexe juridique n'exige pas une conformation chirurgicale aux normes du féminin ou du masculin). Les individus acquièrent ainsi, dans les limites du cadre posé par l'État et contrôlé par les organes de protection des droits humains, un droit à se voir reconnaître juridiquement l'identité qu'ils ont souverainement revendiquée.

258. Ce droit à l'autodétermination et à la libre disposition du sexe se consolide parallèlement à l'évolution du droit de la non-discrimination, qui en accompagne la reconnaissance. Se développent des outils destinés à interdire les discriminations fondées sur le sexe, critère qui n'est pas interprété au seul sens du sexe à l'état civil ; au contraire, les acteurs du droit de la non-discrimination adoptent une interprétation ambitieuse du sexe, conduisant non seulement à interdire les différences de traitement jugées illégitimes entre les femmes et les hommes, mais aussi à protéger les individus quant aux choix qu'ils opèrent relatifs à leur sexe juridique.

Chapitre 2 : Le sexe dans le droit de la non-discrimination, un critère au soutien de l'autonomie individuelle

259. Le développement du droit à l'autodétermination par le droit des droits humains a opéré une reconfiguration considérable du sexe juridique. Comme le chapitre précédent l'a démontré, le sexe n'est plus seulement assigné de manière hétéronome par l'État : les individus ont conquis le droit de modifier la mention de leur sexe, et ainsi, de voir reconnaître juridiquement leur identité de genre. Le sexe n'est donc plus le simple reflet de caractéristiques sexuées (matérialité du corps) mais s'enrichit d'une dimension identitaire. Les développements qui suivent visent à démontrer que, grâce à la mise en œuvre d'un cadre herméneutique qui traduit une compréhension riche et complexe du sexe, le droit de la non-discrimination accompagne cette liberté accordée aux individus de disposer de leur sexe juridique. Il convient toutefois, à titre liminaire, d'explicitier le rôle du droit de la non-discrimination quant à la protection de l'autonomie individuelle, en clarifiant en amont sa spécificité vis-à-vis du principe d'égalité.

260. Une relation théorique complexe lie les principes d'égalité et de non-discrimination¹¹⁹⁹. Les deux sont souvent qualifiés de « consubstantiels »¹²⁰⁰ et appréhendés comme « les deux facettes d'un même principe »¹²⁰¹, dans la mesure où le principe de non-discrimination – en interdisant certaines différences de traitement *illégitimes*¹²⁰² – participe à « la réalisation de l'égalité »¹²⁰³. Jérôme Porta rappelle néanmoins que le droit de la non-discrimination doit être distingué du « droit de l'égalisation »¹²⁰⁴ : celui-ci suggère la mise en œuvre de politiques destinées à atteindre l'égalité (telles que des mécanismes de redistribution)¹²⁰⁵, tandis que le

¹¹⁹⁹ V. à ce sujet Robin Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, p. 233 et s.

¹²⁰⁰ Xavier Bioy, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination » dans *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 57.

¹²⁰¹ Hélène Surrel, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, 2020, vol. 4, n° 1, p. 53.

¹²⁰² Danièle Lochak, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, n° 11, p. 778. L'autrice souligne en effet que « pour qu'une différence de traitement puisse être qualifiée de discrimination au regard du droit, pour qu'elle soit par conséquent juridiquement prohibée, il ne suffit pas qu'elle apparaisse comme discriminatoire pour le sens commun. Discriminer, ce n'est pas traiter moins bien, c'est établir des distinctions qui tombent sous le coup d'une disposition du droit positif ».

¹²⁰³ *Ibid.* ; v. également D. Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit », art. cit., p. 57 ; E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 184 ; R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, op. cit., p. 11.

¹²⁰⁴ Jérôme Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1ère partie », *Revue de droit du travail*, 2011, n° 5, p. 290 ; v. également la seconde partie Jérôme Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation. 2ème partie », *Revue de droit du travail*, 2011, n° 6, p. 354.

¹²⁰⁵ J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation. 2ème partie », art. cit.

droit de la non-discrimination érige « les atteintes à l'égalité [...] en principe régulateur de l'exercice du pouvoir » et à cet effet, « soumet le pouvoir de distinguer au contrôle du juge »¹²⁰⁶. Il apparaît alors comme un « complément juridique technique de l'égalité » en tant que « voie de contrôle *prioritaire* de certaines inégalités apparentes de traitement »¹²⁰⁷. Dès lors, leurs modes d'action respectifs diffèrent. Tandis que le principe d'égalité reconnaît formellement l'égalité de chacun devant la loi, le principe de non-discrimination, lui, fixe « un résultat à atteindre »¹²⁰⁸ : il vise à sanctionner, concrètement, les situations où une *distinction* est injustifiée et opérée à partir de motifs protégés. En effet, Robin Medard Inghilterra souligne que le droit de la non-discrimination s'intéresse aux traitements défavorables à la lumière « de certains motifs de discrimination dont la prise en compte est, en soi, considérée comme suspecte »¹²⁰⁹, dont le sexe fait partie. Pour le dire avec Elsa Fondimare, le principe de non-discrimination génère « une interdiction de distinguer par principe selon le sexe afin de garantir une identité de traitement »¹²¹⁰. L'autrice souligne alors que si le principe d'égalité permet la différenciation entre les sexes, le principe de non-discrimination, au contraire, interdit les différences de traitement illégitimes fondées sur le motif de sexe¹²¹¹.

261. Or cette interdiction des différenciations fondées sur le sexe participe largement à la protection de l'autonomie individuelle, dans la mesure où elle vise à assurer une égalité de traitement, mais aussi à garantir aux individus la capacité de se définir et de vivre selon leurs propres choix, même lorsqu'ils s'écartent de la norme¹²¹². Pour le dire avec Stéphanie Hennette-Vachez, si l'autonomie « fait largement figure de principe sous-jacent à l'interprétation du droit des droits humains », le principe de non-discrimination peut être compris comme visant à « protéger l'intégrité de ce qui fait l'identité même des un.es et des autres contre diverses formes de dégradation et de violences »¹²¹³. C'est donc en ce sens qu'on s'intéresse au fait de savoir si

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 242 (souligné dans le texte).

¹²⁰⁸ J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1^{ère} partie », *art. cit.*

¹²⁰⁹ R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.*, p. 243.

¹²¹⁰ E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 221.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 184. V. également S. Hennette-Vachez et D. Roman, *Droit des libertés fondamentales et droits humains*, *op. cit.*, p. 683.

¹²¹² Heath Fogg Davis, « Sex-Classification Policies as Transgender Discrimination: An Intersectional Critique », *Perspectives on Politics*, avril 2014, vol. 12, n° 1, p. 49. Le droit de la non-discrimination vise ainsi selon l'auteur à « protéger les personnes qui prennent des décisions impopulaires concernant leur propre vie contre les jugements tyranniques et la coercition de la majorité, laquelle peut ne pas se reconnaître dans, ne pas comprendre ou ne pas approuver ces décisions ».

¹²¹³ S. Hennette-Vachez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », *art. cit.*, p. 160.

et dans quelle mesure le développement de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe contribue à renforcer le paradigme autonomiste développé par le droit des droits humains.

262. Afin d'éprouver l'hypothèse selon laquelle le sexe du droit de la non-discrimination s'est développé dans une perspective visant à protéger les individus quant aux choix opérés par rapport à leur sexe, l'analyse s'appuiera sur les outils développés au niveau international¹²¹⁴. On s'intéressera aussi plus particulièrement à deux législations antidiscriminatoires¹²¹⁵, à savoir celle des États-Unis d'une part, et celle de l'Union européenne d'autre part, dans le but d'illustrer que le paradigme antidiscriminatoire accompagne avec force le mouvement autonomiste développé par le droit des droits humains : alors même que le raisonnement élaboré tant par rapport à l'introduction du motif de sexe qu'à sa logique herméneutique se déploie à partir de considérations de nature tout à fait diverses au sein de ces deux ordres juridiques, il aboutit à un même résultat, à savoir la protection des individus contre les discriminations fondées sur ce qui relève de leur autonomie individuelle (leur identité de genre).

263. Initialement, le motif du sexe est mobilisé en droit de la non-discrimination comme outil destiné à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Or en droit positif, la protection de la libre disposition des individus de leur sexe juridique passe d'abord par une compréhension du motif de sexe au prisme des stéréotypes de genre (les individus ne sauraient être contraints par les rôles genrés qui leur sont assignés en fonction de leur sexe) ; elle vise à les protéger au regard de leur *changement* de sexe (les individus ne sauraient être traités différemment du fait de leur transition) (**Section 1**). Le paradigme antidiscriminatoire a également été enrichi d'outils visant à garantir la protection d'un droit à l'autodétermination, à savoir de la faculté accordée aux individus de construire leur propre identité : que ce soit au regard de leur sentiment d'appartenance à un sexe (identité de genre), de leur manière de l'extérioriser (expression de

¹²¹⁴ Développement qui n'a pas été sans obstacles, dans la mesure où certaines instances ont été jusqu'à remettre en question l'existence même de discriminations en raison du sexe : ainsi, l'article 3 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 prévoit que « les États contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine » ; lorsque la délégation yougoslave suggère l'introduction du « sexe » parmi les motifs de non-discrimination, le Haut-Commissaire aux Réfugiés manifeste alors une certaine réticence et exprime ses doutes quant au fait qu'il existe « des cas de persécutions commises en raison du sexe » (Assemblée générale des Nations Unies, Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides: Compte rendu analytique de la troisième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève le mercredi 4 juillet 1951, 19 novembre 1951, A/CONF.2/SR.5).

¹²¹⁵ De nombreux exemples auraient pu être mobilisés, dans la mesure où les outils du droit de la non-discrimination ont été très largement intégrés au sein des ordres juridiques nationaux à travers le monde ; ce processus d'intégration s'est néanmoins développé à des périodes distinctes selon les États : si en France, l'interdiction des discriminations est formulée pour la première fois en 1972 (loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, n° 72-546, JORF n° 0154 du 2 juillet 1972), il faut attendre les années 2000 pour que les pays d'Europe centrale et orientale se dotent de lois antidiscriminatoires (v. par ex. Elena Brodeală, « Gender Discrimination in Romania through the Case Law of the ECtHR » dans Barbara Havelkova et Mathias Möschel (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 214-232).

genre), ou encore des choix relatifs à leur corps (caractéristiques sexuées), le droit de la non-discrimination renforce cette faculté de disposer librement de son sexe juridique (**Section 2**).

Section 1 : L'interprétation du motif de sexe en soutien à l'autonomie individuelle

264. Dans la logique du droit de la non-discrimination, la poursuite de l'égalité entre les femmes et les hommes implique la prohibition des discriminations fondées sur le sexe. Ce motif est mobilisé afin de garantir aux individus (et plus particulièrement aux femmes) que leur sexe ne soit pas le fondement d'inégalités de traitement injustifiées et donc, de discriminations. Or afin de poursuivre cet objectif, le droit de la non-discrimination fait émerger une notion qui n'est plus celle de l'état civil ; le sexe vise également à protéger les individus contre les représentations stéréotypées des rôles féminins et masculins, autrement dit les stéréotypes de genre. L'analyse de l'herméneutique du sexe du droit de la non-discrimination traduit ainsi une compréhension riche, loin de se limiter à la simple prise en compte du sexe juridique assigné à la naissance ; au contraire, l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes qu'il poursuit justifie d'interpréter le sexe au prisme de sa dimension sociale, à savoir des rôles de genre qui découlent de cette assignation (§1). Cette interprétation sert notamment de socle à la protection des personnes trans, dont le changement de sexe juridique (et donc, de rôle de genre qui lui est associé) intègre pleinement le cadre du motif de sexe (§2).

§1. Le motif de sexe comme outil contre l'assignation à un rôle de genre

265. Le sexe fait désormais partie intégrante des caractéristiques protégées de discrimination, aux côtés de la race, de la religion ou encore des opinions politiques¹²¹⁶. Si les ordres juridiques – en l'occurrence les États-Unis et l'Union européenne – ont emprunté des voies distinctes dans l'intégration du sexe au sein de leur législation antidiscriminatoire (A), ces trajectoires opposées tendent néanmoins vers un même horizon : celui d'un droit de la non-discrimination conçu comme vecteur d'autonomie individuelle. Chaque système adopte en effet une interprétation riche et dynamique du sexe qui emporte une interdiction des discriminations fondées sur les stéréotypes de genre, autrement dit sur les choix individuels qui peuvent se départir des normes de genre associées au sexe assigné à la naissance (B).

¹²¹⁶ Certains États intègrent ce principe de non-discrimination fondé sur le sexe directement au sein de leurs constitutions : l'Afrique du Sud est ainsi le premier pays au monde à reconnaître, en 1993, une protection constitutionnelle contre les discriminations fondées sur le sexe, mais aussi l'orientation sexuelle et le genre (Constitution provisoire de la République sud-africaine, Act 200, 1993, Chapitre 3 - Droits fondamentaux, section 8, (2), réaffirmé dans la Constitution de 1996 ; v. également Constitution de la République fédérale du Brésil, 5 octobre 1988, Titre I, art. 3, IV ; Constitution indienne, 26 janvier 1950, art. 15 ; Constitution du Japon, 3 novembre 1946, art. 14. En France en revanche, l'article 1^{er} de la Constitution assure « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », sans mentionner le sexe.

A. Le sexe comme caractéristique protégée de discrimination : entre résistance et évidence

266. L'intégration du sexe parmi les caractéristiques protégées de discrimination est le résultat d'un processus dont la trajectoire varie selon les ordres juridiques. Aux États-Unis, l'interprétation du sexe au prisme d'une différence naturelle entre les femmes et les hommes s'érige en obstacle majeur, quoique surmontable, à l'interdiction des discriminations fondées sur ce motif **(1)**. À l'inverse, le droit de l'Union européenne intègre dès l'origine le principe d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, dans la mesure où il apparaît essentiel aux objectifs (d'abord économiques) qui lui sont propres **(2)**.

1. L'insertion controversée du sexe comme motif de non-discrimination aux États-Unis

267. La lutte contre les discriminations fondées sur le sexe n'a initialement pas été au cœur du développement du droit de la non-discrimination aux États-Unis, avant tout ancré dans la lutte contre la ségrégation raciale. La promotion de l'égalité raciale entre les individus à travers l'interdiction des discriminations fondées sur la race a néanmoins permis de créer des outils juridiques qui furent par la suite mobilisés en matière d'égalité entre les sexes. Il convient dès lors d'analyser en parallèle ces deux terrains de lutte juridique, en distinguant deux niveaux qui fondent la pierre angulaire du principe d'égalité et de non-discrimination aux États-Unis : d'une part, le niveau constitutionnel, et d'autre part, le niveau de la législation fédérale. Tandis que le premier a écarté le sexe – et ainsi les femmes – de son champ d'application, le second a introduit le sexe comme motif prohibé de discrimination au sein de domaines strictement délimités.

268. Sur le plan constitutionnel, la première section du XIV^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis a rapidement constitué un instrument central des revendications en matière d'égalité entre les femmes et les hommes¹²¹⁷. Ratifié en 1868 dans un contexte d'abolition de l'esclavage¹²¹⁸, il s'intègre initialement dans une perspective de protection des individus contre les différences de traitements fondées sur la race. Si cette disposition est rapidement vidée de sa substance en ce qui concerne la lutte pour l'égalité raciale¹²¹⁹, elle n'a pas non plus trouvé

¹²¹⁷ XIV^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis, ratifié le 9 juillet 1868, art. 1^{er} : « [...] Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relevant de sa juridiction, l'égal protection des lois ».

¹²¹⁸ Abolition réalisée par le XIII^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis, adopté le 6 décembre 1865, art. 1^{er} : « Ni esclavage ni servitude involontaire, si ce n'est en punition d'un crime dont le coupable aura été dûment condamné, n'existeront aux États-Unis ni dans aucun des lieux soumis à leur juridiction ».

¹²¹⁹ En pratique en effet, une ségrégation raciale est très largement maintenue ; les lois dites « Jim Crow » sont instaurées dès 1877 et visent à conserver la séparation entre les personnes blanches et les personnes noires au sein

d'écho en matière d'égalité entre les sexes¹²²⁰. La rédaction du texte était pourtant suffisamment large pour en déduire l'existence d'une « clause d'égle protection » générale (*Equal Protection Clause*) au-delà de la seule interdiction des différences de traitement fondées sur la race¹²²¹ ; cette ouverture fut néanmoins neutralisée par une lecture naturaliste des différences de traitement entre les femmes et les hommes. Dans la décision de 1873 *Bradwell v. Illinois*¹²²², la Cour suprême des États-Unis refuse en effet d'appliquer le XIV^{ème} amendement à un cas de différence de traitement entre les femmes et les hommes, à savoir : l'interdiction faite aux premières d'exercer la profession d'avocat. À l'appui de son raisonnement, le juge Bradley souligne notamment que « le droit civil, tout comme la nature elle-même, a toujours reconnu une profonde différence dans les sphères respectives et les destinées de l'homme et de la femme »¹²²³. Le refus d'autoriser les femmes à exercer la profession d'avocate ne constitue donc pas une discrimination¹²²⁴, tout comme l'imposition d'une limite d'heures de travail inférieure à celle des hommes¹²²⁵ ou encore l'absence d'inscription automatique des femmes à la fonction de juré au sein des procédures judiciaires¹²²⁶, puisque leur situation ou leur rôle est naturellement distinct de celui des hommes.

de la société, mise en œuvre par l'adoption de « *Black Codes* ». Cette doctrine du « séparés mais égaux » (*separate but equal*) a été confirmée en 1878 avec l'arrêt *Hall v. DeCuir* de la Cour suprême, puis en 1896 avec l'arrêt *Plessy v. Ferguson* (SCOTUS, 14 janvier 1878, *Hall v. DeCuir*, 95 U.S. 485 et 18 mai 1896, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537).

¹²²⁰ Sur l'analogie entre les motifs de race et de sexe aux États-Unis, v. Serena Mayeri, *Reasoning from Race: Feminism, Law, and the Civil Rights Revolution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2014, 382 p.

¹²²¹ Cette disposition n'a à vrai dire pas été mobilisée pour tout un ensemble de catégories de la population ; ainsi, dans l'arrêt *Buck v. Bell* de 1927, la Cour suprême des États-Unis valide une loi de l'État de Virginie qui autorise la stérilisation forcée notamment pour les personnes atteintes d'un retard mental, la disposition n'étant pas contraire au XIV^{ème} amendement (SCOTUS, 2 mai 1927, *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200).

¹²²² SCOTUS, 15 avril 1873, *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130.

¹²²³ Cité par David B. Oppenheimer et al., *Comparative Equality and Anti-Discrimination Law*, Third edition., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 28. Le reste de l'opinion continue en ce sens : « L'homme est, ou devrait être, le protecteur et le défenseur de la femme. La timidité et la délicatesse naturelles et propres au sexe féminin le rendent manifestement inapte à de nombreuses occupations de la vie civile [...] ».

¹²²⁴ La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis est loin d'être isolée : v. par ex. une décision de la Cour suprême d'Argentine de 1929 qui estime conforme à la Constitution l'exclusion des femmes du droit de vote en raison de la différence naturelle entre les sexes féminin et masculin (Cour Suprême d'Argentine, 15 mai 1929, *Lanteri de Renshaw*, Fallos 154:289, cité par Fernando Arlettaz, « Argentine », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, vol. 34, n° 2018, p. 105-147).

¹²²⁵ SCOTUS, 24 février 1908, *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 : la restriction des horaires de travail des femmes est ainsi justifiée par la nécessité de protéger leur santé, puisque selon les juges, dans la mesure où « des mères en bonne santé sont essentielles à une descendance vigoureuse, le bien-être physique de la femme devient un objet d'intérêt public et de protection, afin de préserver la force et la vitalité de la race » (p. 421).

¹²²⁶ SCOTUS, 20 novembre 1961, *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 : en l'espèce, la requérante attaquait une loi de la Floride qui prévoyait que les femmes pouvaient être membre d'un juré uniquement si elles se portaient volontaires ; cette disposition avait conduit, selon elle, à une discrimination au titre du XIV^{ème} amendement, puisque dans le cadre de son propre procès pour le meurtre de son mari, le jury était composé seulement d'hommes. Sa requête avait été rejetée notamment au motif que « la femme est encore considérée comme le centre du foyer et de la vie familiale ». Cette exclusion automatique des femmes a été jugée par la suite inconstitutionnelle par la Cour suprême (SCOTUS, 21 janvier 1975, *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522).

269. La Cour suprême mobilise finalement le XIV^{ème} amendement afin de mettre un terme à la doctrine « *separate but equal* », qui légitimait la séparation au sein de différents espaces entre les personnes blanches et les personnes noires, par une série de décisions qui commença par l'arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954¹²²⁷. Elle refuse toutefois d'en tirer les conséquences en matière de discriminations fondées sur le sexe : au contraire, le sexe demeure selon la Cour un critère admissible pour fonder certaines différences de traitement entre les femmes et les hommes¹²²⁸. Pourtant, cette revendication est ancienne. Une proposition d'amendement de la Constitution destinée à garantir l'égalité entre les sexes, l'*Equal Rights Amendment* (ERA), avait ainsi été portée dès 1923. Le texte prévoyait que « l'égalité des droits en vertu de la loi ne peut être déniée ou restreinte, ni par les États-Unis, ni par aucun État, en raison du sexe »¹²²⁹, empêchant ainsi la remise en cause du principe tant au niveau fédéral que fédéré. Soumis pour la première fois à la ratification des États en 1972, le processus n'a toutefois pas abouti, faute de ratification par un nombre minimum d'États¹²³⁰. En l'absence d'une interdiction générale des discriminations fondées sur le sexe par la Constitution, c'est au niveau de la législation fédérale que cette interdiction a trouvé un écho dans des domaines limités.

270. À commencer par l'adoption de l'*Equal Pay Act* en 1963, qui vise à garantir une égalité salariale entre les femmes et les hommes, puis du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, relatif à l'interdiction des discriminations en matière d'emploi. Originellement, l'adoption de ce texte s'inscrit dans le long processus d'abolition de la ségrégation raciale, et vise ainsi à assurer l'égalité des droits civiques entre les personnes blanches et noires. Alors que l'intégration du sexe au sein du texte suscite de vives controverses¹²³¹, le représentant démocrate Howard W. Smith, farouchement opposé à la loi dans son ensemble, tenta de faire échouer le vote en introduisant juste avant la fin des débats un amendement incluant le sexe dans la liste des motifs

¹²²⁷ SCOTUS, 17 mai 1954, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483. L'affaire était en l'espèce relative à la ségrégation des enfants au sein des établissements scolaires sur la base de la race. La Cour suprême conclut à une violation du principe de l'égle protection des lois garanti par le quatorzième amendement, dans la mesure où cette ségrégation entraîne pour les enfants noirs « un sentiment d'infériorité quant à leur statut dans la communauté qui peut affecter leurs cœurs et leurs esprits d'une manière durable », et conduit « à les priver de certains des avantages qu'ils recevraient dans un système scolaire racial intégré ». L'application de cette décision rencontrera une forte opposition dans certains États, comme en témoigne les émeutes provoquées en 1957 par l'arrivée de neufs enfants noirs dans une école de Little Rock (Arkansas), lesquels seront placés sous la protection de gardes du corps. Elle marque néanmoins un pas décisif dans le mouvement vers une égalité des droits civiques.

¹²²⁸ Marie Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis : une notion juridique sous tensions », *Travail, genre et sociétés*, 2012, n° 28, para. 13.

¹²²⁹ *Equal Rights Amendment*, Section 1.

¹²³⁰ La résolution qui soumet l'ERA à la ratification des États fixait un délai de 7 ans, durant lequel le nombre minimum requis de signatures n'a pas été atteint (v. art. V de la Constitution des États-Unis). À noter que l'adoption de l'ERA fait encore aujourd'hui l'objet de débats récurrents.

¹²³¹ Lesquelles sont détaillées par Cary Franklin, « Inventing the “Traditional Concept” of Sex Discrimination », *Harvard Law Review*, 2012, vol. 125, n° 6, p. 1320 et s.

prohibés de discrimination, pensant ainsi décrédibiliser le texte¹²³². Cela n'empêcha toutefois pas son adoption, et le sexe fut donc introduit *in extremis* lors de la rédaction finale du Titre VII¹²³³. Ce résultat est en partie le fruit d'un travail de plaidoyer mené en parallèle par certaines féministes afro-américaines sur l'analogie entre les discriminations fondées sur la race et sur le sexe¹²³⁴ et la nécessité d'inclure ce dernier dans les dispositions législatives anti-discriminatoires¹²³⁵. Par la suite, en 1972, le Titre IX du Civil Rights Act vint interdire les discriminations fondées sur le sexe dans le domaine de l'éducation. Son adoption a entraîné des répercussions particulièrement significatives en matière de lutte contre les violences sexistes et sexuelles¹²³⁶, et de développement des compétitions sportives féminines au sein des universités¹²³⁷, malgré l'opposition de certains établissements et associations sportives. C'est donc de manière sectorielle et prudente que le sexe a fait son entrée dans le droit antidiscriminatoire aux États-Unis ; par contraste, au sein de l'Union européenne, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe a été érigée en principe fondateur de l'ordre juridique.

2. L'évidente prise en compte du sexe comme motif de non-discrimination au sein du droit de l'Union européenne

271. En 1957, six États européens posent les bases de ce qui deviendra l'Union européenne¹²³⁸ en créant la Communauté économique européenne (CEE), organisation supranationale destinée à favoriser une intégration économique entre ses membres¹²³⁹. Si l'interdiction des

¹²³² Katherine M Franke, « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 144, p. 14.

¹²³³ Laura Carlson, *Comparative Discrimination Law: Historical and Theoretical Frameworks*, Leiden Boston, Brill, 2017, p. 46 ; K.M. Franke, « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », art. cit, p. 24. À noter toutefois que certaines politiciennes s'opposaient au contraire à introduire le sexe dans le Titre VII, par peur que cela puisse fragiliser les protections spécifiques accordées aux femmes en matière d'emploi, et en particulier aux femmes noires, v. Élisabeth Boulot, « La Cour suprême, les droits des femmes et l'égalité des sexes », *Revue française d'études américaines*, 2001, vol. 87, n° 1, p. 89.

¹²³⁴ V. par ex. les écrits de l'activiste et avocate Pauli Murray, et not. Pauli Murray et Mary Eastwood, « Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII », *George Washington Law Review*, n°2, vol. 34, 1965, p. 232-256.

¹²³⁵ Marie Mercat-Bruns relève que cette analogie remonte au milieu du XIX^{ème} siècle, v. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis : une notion juridique sous tensions », art. cit, p. 16.

¹²³⁶ V. en ce sens l'affaire *Alexander v. Yale* de 1980 : le tribunal se fonde pour la première fois sur le Titre IX pour qualifier le harcèlement sexuel de discrimination fondée sur le sexe (Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 22 septembre 1980, *Alexander v. Yale*, 631 F.2d 178).

¹²³⁷ Il faut en effet rappeler qu'à cette époque, en raison notamment de préjugés sexistes sur leur faiblesse naturelle, l'accès des femmes aux compétitions sportives est encore très restreint ; c'est par exemple seulement en 1967 que Kathrine Switzer devient (non sans opposition) la première athlète à participer au marathon de Boston, et en 1984 qu'est organisé le premier marathon féminin comme épreuve olympique aux Jeux Olympiques de Los Angeles.

¹²³⁸ L'Union européenne est créée le 7 février 1992 avec l'adoption du Traité de Maastricht (traité sur l'Union européenne).

¹²³⁹ Les États fondateurs sont l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

discriminations fondées sur le sexe paraît *a priori* éloignée des considérations économiques propres à la Communauté, le Traité de Rome – qui en est à l’origine – énonce néanmoins dans son article 119 le principe de l’égalité des rémunérations « sans discrimination fondée sur le sexe »¹²⁴⁰. Conformément à l’objectif premier d’instauration d’un marché unique¹²⁴¹, c’est dans une visée clairement économique que cette disposition relative à l’interdiction des discriminations fondées sur le sexe a été proclamée¹²⁴². Les précisions apportées en 1971 par l’avocat général Alain Dutheillet de Lamothe dans l’arrêt *Defrenne I* quant à l’adoption de cet article sont éclairantes : il rappelle qu’au moment du traité de Rome, la France craignait une concurrence déloyale (on parlerait aujourd’hui de *dumping* social) de la part des autres États membres dans lesquels l’égalité salariale entre femmes et hommes n’était pas garantie¹²⁴³. Le droit communautaire a ainsi consacré dès ses débuts, aux côtés d’une interdiction générale des discriminations fondées sur la nationalité¹²⁴⁴, l’interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière de rémunération, protégé par la Cour de justice¹²⁴⁵. Sur ces bases, un ensemble de directives ont ensuite été adoptées dès les années 1970, que ce soit pour renforcer ce principe d’égalité de rémunération¹²⁴⁶, développer l’interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d’accès à l’emploi¹²⁴⁷ ou encore de sécurité sociale¹²⁴⁸ ; progressivement,

¹²⁴⁰ Traité de Rome ou Traité instituant la Communauté européenne (TCE), 25 mars 1957, art. 119. L’article 119 est ensuite devenu l’article 141, avant de devenir, aujourd’hui, l’article 157 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE).

¹²⁴¹ Comme le rappelait la Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l’acier (ex-CJUE) en 1954 : CJCECA, 21 décembre 1954, *République française c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l’acier*, aff. 1-54.

¹²⁴² Sophie Jacquot, *Transformations in EU Gender Equality*, London, Palgrave Macmillan, 2015, p. 19.

¹²⁴³ CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne I*, aff. 80-70, conclusions de l’avocat général Dutheillet de Lamothe présentées le 29 avril 1971, p. 454.

¹²⁴⁴ Art. 6 du Traité de Rome, al. 1^{er} : « Dans le domaine d’application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu’il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

¹²⁴⁵ V. par ex. CJCE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate*, aff. 96/80 (sur la nécessité de respecter une égalité de rémunération entre travailleurs à temps plein et à temps partiel, au risque de conduire à une discrimination indirecte, dans la mesure où la plupart des emplois à temps partiel sont occupés par des femmes).

¹²⁴⁶ Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l’application du principe de l’égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins.

¹²⁴⁷ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l’application du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité.

¹²⁴⁸ Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale ; Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

l'interdiction législative des discriminations fondées sur sexe en vinrent ainsi à couvrir de manière quasiment exhaustive tous les aspects liés au marché du travail ¹²⁴⁹.

272. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne se mit à interpréter l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe de manière dynamique, étendant sa portée bien au-delà du seul marché du travail et en faisant un véritable droit fondamental¹²⁵⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Defrenne II* de 1976, la Cour reconnaît l'effet direct de l'article 119 (à savoir le fait qu'il peut être directement invoqué par les justiciables devant les juridictions nationales), et juge que lorsque, à fonctions identiques, une employée est moins bien payée que ses homologues masculins, il en résulte une discrimination fondée sur le sexe¹²⁵¹. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Defrenne III*, la Cour donne encore davantage d'envergure à ce principe en affirmant que « l'élimination des discriminations fondées sur le sexe » fait partie « des droits fondamentaux de la personne humaine » dont elle est chargée d'assurer le respect¹²⁵². Cette évolution jurisprudentielle traduit la volonté de la Cour de transformer le principe d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe depuis un objectif de politique économique en un véritable principe général appelé à irriguer l'ensemble du système normatif européen. Ce mouvement a ensuite été suivi par le droit primaire de l'Union avec l'adoption du Traité d'Amsterdam en 1997, qui consacre un principe général de non-discrimination fondé sur le sexe, aux côtés de la race ou de l'origine ethnique, de la religion ou des croyances, du handicap, de l'âge ou encore de l'orientation sexuelle et charge le législateur européen de prendre les mesures nécessaires à sa concrétisation¹²⁵³. En droit de l'Union européenne, le sexe est donc intégré très tôt et sans difficultés au sein de la législation antidiscriminatoire, à la poursuite d'un objectif d'égalité entre les sexes. Les développements qui suivent s'appliquent à montrer que malgré deux évolutions antinomiques de chaque côté de l'Atlantique, la finalité est la même : le motif de sexe en droit de la non-discrimination est mobilisé de manière à garantir aux individus une

¹²⁴⁹ Sophia Ayada, *From Contesting Gender Stereotypes to Questioning Anti-stereotyping. A Critical Analysis of the CJEU Jurisprudence*, Thèse sous la direction de Urska Sadl. European University Institute, Florence, 2022, p. 79.

¹²⁵⁰ Gillian More, « The Principle of Equal Treatment : From Market Unifier to Fundamental Right ? » dans *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 517-553. Pour rappel, le principe selon lequel « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » est affirmé de manière prétorienne par la Cour de justice des Communautés européennes à partir des arrêts *Stauder* du 12 novembre 1969 (aff. 29-69) et *Internationale Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 (aff. 11-70).

¹²⁵¹ CJCE, 8 juillet 1976, *Defrenne II*, C-43/75.

¹²⁵² CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, C-149/77.

¹²⁵³ TFUE, art. 19, al. 1^{er} (ancien article 13 du Traité d'Amsterdam ; v. à ce sujet Edouard Dubout, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2006, 845 p.

protection des choix qu'ils exercent ou des comportements qu'ils adoptent, indépendamment de leur sexe juridique.

B. Le sexe comme fondement de l'interdiction des discriminations fondées sur les stéréotypes de genre

273. On l'a vu, la notion de stéréotype de genre a bénéficié d'une consécration conventionnelle par le droit international des droits humains¹²⁵⁴, qui reconnaît que les inégalités entre les femmes et les hommes découlent largement de représentations sociales néfastes à la pleine réalisation de leur autonomie individuelle. Le droit de la non-discrimination s'en empare afin d'adopter une interprétation dynamique du motif de sexe : il fait émerger une notion de sexe qui n'est plus celle à l'état civil, qui suppose une protection des individus face aux stéréotypes de genre. En d'autres termes, « il s'agit de considérer comme discriminatoires des différences autrefois considérées comme évidentes et naturelles, en luttant contre les croyances sociales qui sont au fondement de ces discriminations »¹²⁵⁵.

274. Comme l'expliquent Rebecca J. Cook et Simone Cusack, la lutte contre les stéréotypes de genre est décisive dans la poursuite de l'égalité entre les femmes et les hommes, puisqu'elle s'intéresse, au-delà d'une stricte égalité formelle¹²⁵⁶, non seulement aux conditions auxquelles sont confrontées les femmes *de facto* (égalité substantielle¹²⁵⁷), mais aussi aux schémas structurels qui font obstacle à la pleine réalisation de leur émancipation (égalité transformative)¹²⁵⁸. À titre d'illustration, les différentes stratégies mobilisées par les juges états-unien et européen dans la mise en œuvre de la lutte contre les stéréotypes de genre révèlent un objectif commun de protection de l'autonomie des individus, qui ne saurait être limitée par leur sexe juridique **(1)**. Les outils développés au niveau international renforcent cette logique en créant un cadre destiné à remettre en cause les fondements structurels perpétuant les stéréotypes de genre **(2)**.

¹²⁵⁴ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹²⁵⁵ E. Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit, p. 21.

¹²⁵⁶ Selon une conception large, l'égalité formelle désigne une égalité de traitement sans distinction : les femmes et les hommes doivent être traités de manière égale devant la loi (v. par ex. Sandra Fredman, *Discrimination law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2022, 576 p ; Titia Loenen, *The Conceptualization of Equality and Non-discrimination as Legal Standards*, Leiden, Brill, 2024, p. 38).

¹²⁵⁷ Sandra Fredman élabore une approche quadridimensionnelle de l'égalité substantielle : elle vise à redresser les désavantages, à lutter contre la stigmatisation, les stéréotypes et la violence, à faciliter l'inclusion sociale et à intégrer les différences et les changements structurels, v. Sandra Fredman, « Challenging the Frontiers of Gender Equality » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, 1st édition., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2023, p. 40.

¹²⁵⁸ R. Cook et S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, op. cit., p. 6.

1. Un outil au soutien de l'égalité substantielle

275. Aux États-Unis, le contentieux de l'égalité entre les femmes et les hommes prend un nouveau tournant avec l'interdiction de dispositions qui tendent à assigner les individus à un rôle spécifique comme discriminations fondées sur le sexe. Le travail de Ruth Bader Ginsburg a été déterminant en la matière. Forte d'une expérience en Suède en tant qu'enseignante-chercheuse¹²⁵⁹, elle utilise le concept de stéréotype de genre dans les mémoires qu'elle rédige en tant qu'avocate et présidente de l'ACLU (*American Civil Liberties Union* – Union américaine pour les libertés civiles) afin de mettre en avant les préjugés sexistes sur lesquels reposent certaines normes juridiques. Sa stratégie consiste notamment à introduire en justice des cas de discriminations dont sont victimes des hommes du fait de leur assignation à certains rôles de genre¹²⁶⁰, convaincue que l'égalité entre les sexes nécessite de lutter contre *l'ensemble* des stéréotypes de genre¹²⁶¹.

276. L'affaire *Reed v. Reed* est à ce titre portée devant la Cour suprême en 1971¹²⁶². Alors que la clause d'égalité de protection du XIV^{ème} amendement de la Constitution a déjà été mobilisée en matière de lutte contre les discriminations raciales¹²⁶³, Ruth Bader Ginsburg s'applique à construire une analogie entre stéréotypes fondés sur la race et le sexe pour défendre que « les prescriptions légales et sociales fondées sur la race et le sexe ont souvent été identiques, et ont généralement impliqué l'infériorité inhérente de la classe visée par rapport au groupe dominant »¹²⁶⁴. Cette subordination est justement maintenue par la perpétuation de stéréotypes qui forment un obstacle à l'égalité des chances, comme en l'espèce, où la législation de l'Idaho prévoit que les hommes sont automatiquement préférés aux femmes en tant qu'administrateurs successoraux. Sans consacrer la notion de stéréotype, les juges déclarent néanmoins la loi inconstitutionnelle, acceptant de considérer que la disposition contestée « consiste précisément

¹²⁵⁹ La Suède est en effet un véritable pionnier en la matière, puisque dès la fin des années 1960, l'État s'attache à adopter des lois visant à combattre les stéréotypes de genre, v. Cary Franklin, « The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law », *New York University Law Review*, 2010, vol. 85, n° 1, p. 101 et s.

¹²⁶⁰ V. par ex. Cour d'appel pour le 10^{ème} circuit, 22 novembre 1972, *Moritz v. Commissioner of Internal Revenue*, 469 F.2d 466 (sur le refus d'accorder à un homme célibataire une déduction fiscale pour le salaire d'une aide-soignante engagée pour s'occuper de sa mère).

¹²⁶¹ Mary Anne C. Case, « Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence », *The Yale Law Journal*, octobre 1995, vol. 105, n° 1, p. 1 ; C. Franklin, « The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law », art. cit.

¹²⁶² SCOTUS, 22 novembre 1971, *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71.

¹²⁶³ V. *supra*.

¹²⁶⁴ *Reed v. Reed*, préc.

à faire le type de choix législatif arbitraire interdit par la clause d'égle protection » du XIV^{ème} amendement, et constitue par conséquent une discrimination fondée sur le sexe¹²⁶⁵.

277. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Frontiero v. Richardson* de 1973¹²⁶⁶, la Cour se rallie à l'idée que les stéréotypes fondés sur les rôles de sexe, et la subordination qui en résulte, caractérisent une violation de la clause constitutionnelle d'égalité¹²⁶⁷. Consciente que « les distinctions légales entre les sexes ont souvent pour effet de reléguer de manière discriminatoire l'ensemble des femmes à un statut juridique inférieur, sans tenir compte des capacités réelles de chacune de ses membres », elle déclare inconstitutionnelle une disposition qui prévoit que seules les conjointes de militaires masculins peuvent être considérées comme des personnes à charge pour l'obtention de diverses prestations sociales, obligeant les militaires de sexe féminin à prouver que leur mari est financièrement dépendant¹²⁶⁸. Elle juge donc le XIV^{ème} amendement de la Constitution interdit aux États de justifier toute classification par sexe sur « des généralisations trop larges relatives aux talents, capacités ou préférences des hommes et des femmes »¹²⁶⁹. En plus d'être un outil destiné à garantir l'égalité des chances protégée par la Constitution, la lutte contre les stéréotypes est par la suite mobilisée en matière d'emploi via la législation fédérale. À ce titre, dans la décision *Phillips v. Martin Marietta Corp.* de 1971, les juges de la Cour suprême estiment que le refus d'une entreprise d'employer des femmes ayant des enfants en bas âge, alors même que la même politique n'est pas déployée vis-à-vis des hommes pères d'enfants en bas âge, constitue une discrimination fondée sur le sexe au regard du Titre VII du *Civil Right Act* de 1964¹²⁷⁰. Une telle législation repose sur un stéréotype qui

¹²⁶⁵ *Reed v. Reed*, para. 638. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fait de savoir si une discrimination fondée sur le sexe devait être soumise au contrôle de proportionnalité le plus strict (*strict scrutiny*), comme c'est le cas pour les discriminations raciales ; cette voie était défendue par la requérante, au motif que le sexe, tout comme la race, est une caractéristique innée sur laquelle les individus n'ont pas d'emprise. Les juges de la Cour suprême précisèrent quelques années plus tard dans l'arrêt *Craig v. Boren* de 1976 qu'un contrôle intermédiaire (*intermediate* ou *heightened scrutiny*) et non strict devait être appliqué lorsqu'il était question d'appréhender une classification basée sur le sexe à la lumière du XIV^{ème} amendement (SCOTUS, 20 décembre 1976, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190).

¹²⁶⁶ V. par ex. SCOTUS, 14 mai 1973, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 686 (1973).

¹²⁶⁷ Mary Anne Case, « Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination Law As a Quest for Perfect Proxies », *Cornell Law Review*, 2000, vol. 85, p. 1457.

¹²⁶⁸ *Frontiero v. Richardson*, p. 410.

¹²⁶⁹ SCOTUS, 26 juin 1996, *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, p. 533. En l'espèce, la Cour avait condamné la pratique du *Virginia Military Institute* (VMI), établissement d'enseignement supérieur public, qui consistait à recruter uniquement des candidats de sexe masculin, et ce malgré sa proposition de créer en parallèle un *Virginia Women's Institute for Leadership* (VWIL) réservé aux femmes ; elle souligne dans cet arrêt que « la question essentielle dans le droit à l'égalité de protection n'est pas de savoir si les hommes et les femmes sont biologiquement différents, mais si l'État agit de manière à traduire ces différences en inégalités sociales et en rôles sexuels et familiaux différenciés selon le sexe ».

¹²⁷⁰ SCOTUS, 25 janvier 1971, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 US 542. Dans son opinion concurrente, le juge Marshall introduit la première référence aux stéréotypes de sexe par la Cour suprême, en soulignant que l'un des objectifs visés par le Congrès en ajoutant le motif du sexe au Titre VII lors de son adoption était aussi d'empêcher les employeurs « d'embaucher un individu en fonction de caractérisations stéréotypées des sexes ».

cantonne les femmes à la sphère familiale, et fait obstacle à leur choix de vouloir travailler tout en étant mère. La Cour suprême le rappelle également dans l'arrêt *Manhart* de 1978 : « en interdisant aux employeurs de discriminer les individus en raison de leur sexe, le Congrès entendait s'attaquer à l'ensemble du spectre des traitements différenciés entre hommes et femmes résultant des stéréotypes de sexe »¹²⁷¹.

278. Comme le montre l'analyse de la juriste Sophia Ayada, à la même période, la Cour de justice de l'Union européenne mobilise quant à elle la notion de discrimination indirecte (et donc l'idée qu'une disposition apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier et injustifié pour un groupe particulier). Elle fait donc l'économie du recours au concept de stéréotype de genre¹²⁷², qui est pourtant mobilisé à la même époque au niveau institutionnel¹²⁷³. En témoigne notamment sa jurisprudence en matière d'égalité de rémunération des travailleurs à temps partiel, que le concept de discrimination indirecte lui permet d'identifier comme étant en réalité majoritairement des *travailleuses*, compte tenu de l'idée selon laquelle les femmes ont besoin de concilier le travail du *care* (éducation des enfants, tâches domestiques, etc.) avec leur travail salarié. La Cour se fonde sur le principe d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes énoncé à l'article 119 du Traité de Rome pour affirmer que :

« s'il s'avère qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectue le nombre minimal d'heures de travail par semaine qui est requis pour pouvoir prétendre au salaire horaire à taux plein, l'inégalité de rémunération est contraire à l'article 119 du Traité lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour être en mesure d'effectuer ce nombre minimal d'heures par semaine, la pratique salariale de l'entreprise en question ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe »¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ SCOTUS, 25 avril 1978, *City of Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, para. 8 : « Il est désormais bien reconnu que les décisions d'embauche ne peuvent se fonder sur de simples stéréotypes concernant les caractéristiques des hommes ou des femmes. Les mythes et les idées reçues sur l'incapacité des femmes à effectuer certains types de travail ne constituent plus des motifs acceptables pour refuser d'embaucher des personnes qualifiées ou pour moins les rémunérer » (en l'espèce, la requérante contestait le fait que les employées de sexe féminin payaient des cotisations plus importantes que leurs homologues masculins pour le régime des retraites, au motif que ces dernières avaient une espérance de vie supérieure).

¹²⁷² S. Ayada, *From Contesting Gender Stereotypes to Questioning Anti-stereotyping. A Critical Analysis of the CJEU Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁷³ V. par ex. Commission européenne, *Programme d'action en matière d'éducation au niveau communautaire. Égalité des chances en matière d'éducation et de formation pour les jeunes filles*, 3 octobre 1978, Bruxelles, COM(78) 499. Selon la Commission, « le sexisme largement répandu et les stéréotypes quant au rôle joué par les deux sexes transmis par les différents types d'éducation et les manuels scolaires constituent peut-être l'obstacle le plus évident à une égalité des chances sur le plan de l'éducation et exercent en outre une influence sociale néfaste entravant la motivation et les aspirations des jeunes filles ».

¹²⁷⁴ CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/80, para. 13. V. dans le même sens CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, C-170/84 : la Cour estime que

279. Diane Roman et Julie Suk mettent chacune en lumière que la Cour de justice suit donc un tout autre raisonnement que celle de la Cour suprême des États-Unis. Pour cette dernière, conclure à une discrimination indirecte dans un tel cas d'espèce reviendrait à légitimer les stéréotypes de genre que le droit de la non-discrimination est justement censé traquer¹²⁷⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Phillips v. Martin Marietta Corp.* de 1971 précité¹²⁷⁶, les juges soulignent bien, dès lors que le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 interdit aux employeurs de s'appuyer sur de « vieilles lunes sur le rôle propre des femmes » (c'est-à-dire sur des présomptions relatives aux fonctions attribuées spécifiquement aux femmes, notamment dans la sphère domestique¹²⁷⁷), le juge ne saurait davantage intégrer de telles présomptions ou « schémas genrés »¹²⁷⁸ dans son raisonnement. S'il recourait à la notion de stéréotypes afin de conclure à une discrimination, il risquerait de les renforcer ou de les légitimer¹²⁷⁹. Assurément, cet aspect de la jurisprudence états-unienne est discuté. Ainsi, pour Diane Roman, « le refus de donner prise aux stéréotypes de genre peut conduire à renforcer les discriminations dont sont victimes *de facto* les femmes », puisque cela « aboutit à ignorer les rapports sociaux qui font peser certaines responsabilités » sur leurs épaules¹²⁸⁰. Ces deux approches révèlent, en dernier ressort, deux conceptions antagonistes de l'autonomie individuelle. Pour le juge états-unien, sa réalisation passe nécessairement par la protection des choix individuels, lesquels supposent de faire l'économie de toute référence à des stéréotypes – au risque de recréer une logique d'égalité formelle au détriment des femmes. Le juge de l'Union européenne s'avère quant à lui plus attentif à la nécessité de protéger les individus face à ces réalités sociales, au risque cette fois-ci de basculer dans une logique protectionniste reproduisant les stéréotypes qu'il cherche à démanteler¹²⁸¹. Reste que, dans un cas comme dans l'autre, le recours au concept de stéréotypes de genre est

« l'article 119 du traité CEE est violé par une société de grands magasins qui exclut les employés à temps partiel du régime de pensions d'entreprise lorsque cette mesure frappe un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que l'entreprise n'établisse que ladite mesure s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » (para. 31).

¹²⁷⁵ D. Roman, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », art. cit, p. 110 ; Julie C. Suk, « Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? » dans *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 216.

¹²⁷⁶ V. *supra*.

¹²⁷⁷ Les propos sont tenus par le juge Marshall dans son opinion concurrente dans l'affaire *Phillips v. Martin Marietta Corp.* du 25 janvier 1971 (400 U.S. 542) ; il poursuit : « même les caractérisations du rôle domestique spécifique des sexes ne devraient pas servir en tant que fondement pour restreindre les opportunités de travail » (cité par J.C. Suk, « Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? », art. cit, p. 217).

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 218.

¹²⁷⁹ L'autrice cite par exemple une décision de la Cour d'appel des États-Unis pour le 7^{ème} circuit qui refuse de constater une discrimination indirecte, au motif que l'argument selon lesquels les employés à temps partiels sont principalement des femmes du fait de leur tendance à s'occuper majoritairement des enfants est discutable (26 juin 1997, *Ilhardt v. Sara Lee Corp.*, 118 F.3d 1151, cité par *Ibid.*, p. 216).

¹²⁸⁰ D. Roman, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », art. cit, p. 109.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 108.

décisif pour tendre vers la protection de l'autonomie des individus, d'autant plus qu'il peut être mobilisé pour remettre en cause des schémas à un niveau structurel.

2. Un outil au service de l'égalité transformative

280. Tout comme « le droit international des droits de l'homme se caractérise [...] par de multiples affirmations conventionnelles de la nécessité de combattre les préjugés et stéréotypes sexistes »¹²⁸², le paradigme antidiscriminatoire s'en est largement saisi dans le but de lutter contre les stéréotypes de genre¹²⁸³. Surtout, sans se cantonner à la recherche d'une égalité substantielle entre les femmes et les hommes, il s'est engagé dans la recherche d'une égalité transformative, c'est-à-dire qui vise la remise en cause des structures sociales, culturelles ou encore institutionnelles qui sont source de perpétuation des stéréotypes néfastes à l'égalité entre les sexes¹²⁸⁴.

281. On l'a vu, la CEDEF fait partie des premiers instruments internationaux à affirmer, dès 1979, la nécessité pour les États de « modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »¹²⁸⁵. Cette disposition a été mobilisée par le Comité CEDEF, chargé de contrôler la mise en œuvre de la Convention et de formuler des recommandations quant à sa bonne application, « qui en a fait une clé essentielle de l'interprétation de la Convention »¹²⁸⁶. Dans sa recommandation générale n° 25 de 2004, le Comité souligne ainsi que les États parties ne doivent pas se contenter de lutter contre les discriminations directes et indirectes (égalité formelle ou *de jure*) ni prendre seulement en compte les situations réelles auxquelles sont confrontées les femmes (égalité réelle ou *de facto*), mais ont aussi, dans un objectif d'égalité transformative¹²⁸⁷, l'obligation de lutter « contre la persistance des stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes et dont les effets se manifestent non seulement au niveau des comportements

¹²⁸² S. Hennette-Vauchez et D. Roman, « Du sexe au genre », art. cit., p. 298.

¹²⁸³ R. Cook et S. Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, op. cit., p. 104 et s.

¹²⁸⁴ Sandra Fredman, Jaakko Kuosmanen et Meghan Campbell, « Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women », *Ethics & International Affairs*, 2016, vol. 30, n° 2, p. 177-187.

¹²⁸⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, art. 5, para. a).

¹²⁸⁶ D. Roman, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », art. cit., p. 115.

¹²⁸⁷ Simone Cusack et Lisa Pusey, « CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality », *Melbourne Journal of International Law*, 2013, vol. 14, p. 10.

individuels, mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions »¹²⁸⁸. En ce sens, le Comité adopte une interprétation extensive de la notion de discrimination¹²⁸⁹, et reconnaît explicitement que l'autonomie des femmes implique nécessairement de dépasser la simple prise en compte des rapports individuels.

282. Au niveau régional, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme illustre avec une particulière netteté la manière dont les stéréotypes peuvent être mobilisés afin de lutter contre les « schémas *structurels* de discrimination »¹²⁹⁰. Dans l'affaire des « champs de coton » de 2009¹²⁹¹, la Cour constate ainsi la négligence de l'État face à une série de féminicides et la violation, entre autres, de l'article 1^{er} de la Convention interaméricaine relatif à l'interdiction des discriminations et de l'article 7 (c) de la Convention de Belém do Pará qui enjoint aux États parties d'« incorporer dans leur législation nationale des normes pénales, civiles et administratives ainsi que toute autre norme qui s'avère nécessaire pour prévenir, sanctionner, éliminer la violence contre les femmes, et [d']arrêter les mesures administratives pertinentes »¹²⁹². Or « compte tenu du contexte de discrimination structurelle dans lequel les faits de la présente affaire se sont produits »¹²⁹³, la Cour impose à l'État des réparations de nature à transformer la manière dont les procédures pénales sont menées, en exigeant par exemple que les enquêtes soient menées selon « une perspective de genre [...] par des agents hautement qualifiés dans des affaires similaires et dans la prise en charge des victimes de discrimination et de violences fondées sur le genre »¹²⁹⁴. De même, dans son arrêt de 2012 *Atala Riffo c. Chili*, la Cour interaméricaine estime que le fait de retirer des enfants de la garde de leur mère en raison de son orientation sexuelle est une décision basée sur des stéréotypes de genre, et viole le principe de non-discrimination de la Convention¹²⁹⁵. Dès lors, c'est précisément cette représentation sociale qui suppose que les personnes homosexuelles ne sont pas en mesure de s'occuper correctement de leurs enfants et/ou que le développement des enfants quant à la définition de leur propre identité en ressort perturbé qui doit être éradiquée.

¹²⁸⁸ Comité CEDEF, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 18 mars 2004, A/59/38 (Part I, Annexe I), para. 7.

¹²⁸⁹ S. Cusack et L. Pusey, « CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality », art. cit, p. 3.

¹²⁹⁰ Verónica Undurraga, « Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights » dans Eva Brems et Alexandra Timmer (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 67-96.

¹²⁹¹ Cour IDH, 16 novembre 2009, *González et al. c. Mexique*, n° 205.

¹²⁹² Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, 9 juin 1994, AG/RES1257 (XXIV-0/94), art. 7 (c).

¹²⁹³ *González et al. c. Mexique*, para. 450.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, para. 455.

¹²⁹⁵ Cour IDH, 24 février 2012, *Atala Riffo et filles c. Chili*, n° 239, para. 146.

Pour cela, la Cour estime que « les décisions judiciaires sur de telles questions devraient définir de manière précise et concrète les liens et la causalité entre le comportement et l'impact allégué sur le développement de l'enfant » au risque « que la décision se fonde sur des stéréotypes »¹²⁹⁶. La Cour se place bien à un niveau structurel, puisque c'est le raisonnement des juges qui doit faire l'objet d'une refonte.

283. Cette visée transformative de la lutte contre les stéréotypes de genre s'observe également au niveau européen. Tandis que les institutions du Conseil de l'Europe se saisissent de la notion bien en amont¹²⁹⁷, la Cour l'intègre à sa jurisprudence en 2012, soit l'année suivant l'adoption de la Convention d'Istanbul qui consacre elle aussi la notion de stéréotype de genre¹²⁹⁸. Dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie*¹²⁹⁹, le juge retient que la différence de traitement entre les militaires de sexe féminin et de sexe masculin relative au droit au congé parental « a pour effet de perpétuer les stéréotypes liés au sexe et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes »¹³⁰⁰, et condamne ainsi une certaine représentation des rôles généralement admis en société. Il faut dès lors y voir, selon Diane Roman, une volonté non pas seulement « de reconnaître aux femmes les mêmes droits que les hommes » mais aussi « de mettre en place un nouveau cadre socio-culturel, dans lequel hommes et femmes auraient des droits identiques »¹³⁰¹. La lutte contre les discriminations fondées sur le sexe via la prise en compte des stéréotypes qui gouvernent les relations entre femmes et hommes se déploie donc à différentes échelles – individuelle et structurelle. En outre, son expansion ne s'arrête pas là, car en plus de « remettre en cause la répartition traditionnelle des rôles de genre »¹³⁰², le motif de sexe protège encore les personnes dans leur choix de se départir de cette appartenance à un rôle de genre.

¹²⁹⁶ *Atala Riffo et filles c. Chili*, para. 125.

¹²⁹⁷ Le Comité des Ministres prend en effet plusieurs recommandations visant à éliminer les stéréotypes de genre, v. par ex. recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique, 12 mars 2003 (Rec(2003)3) ; recommandation du Comité des Ministres aux États membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'éducation, 10 octobre 2007, recommandation CM/Rec(2007)13 ; recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur l'égalité entre les femmes et les hommes et les médias, 10 juillet 2013, recommandation CM/Rec(2013)1. ; v. également les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et not. APCE, 25 juin 2010, Combattre les stéréotypes sexistes dans les médias, résolution 1751 (2010).

¹²⁹⁸ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 2011, art. 3, c).

¹²⁹⁹ Cour EDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06.

¹³⁰⁰ *Konstantin Markin c. Russie*, para. 141. La Russie avait en effet refusé l'octroi d'un congé parental de trois ans à un militaire de sexe masculin, au motif que seules les femmes militaires pouvaient en bénéficier.

¹³⁰¹ D. Roman, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », art. cit., p. 119.

¹³⁰² E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, op. cit., p. 733.

§2. Le motif de sexe comme outil de protection des personnes trans

284. L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe se déploie au-delà de la seule protection des personnes au regard du sexe qui leur a été assigné à la naissance. On l'a vu, l'interprétation du motif de sexe conduit, dans une optique d'égalité entre les femmes et les hommes, à prendre nécessairement en compte le sexe tel que déterminé par les individus : une femme ne saurait par exemple être traitée différemment parce qu'elle estime que son sexe ne lui impose pas de privilégier le travail de *care* à sa carrière professionnelle. Ce cadre herméneutique s'illustre d'autant plus avec la protection, à partir du motif de sexe, des personnes trans contre les discriminations fondées sur leur transition.

285. Sur ce terrain, une rupture encore plus nette opère à mesure que le motif de sexe se distingue frontalement du sexe juridique assigné à la naissance, dans des raisonnements juridiques visant à protéger les personnes contre les discriminations fondées sur le sexe qu'elles choisissent de revendiquer. Le paradigme antidiscriminatoire en vient donc à conforter le mouvement autonomiste développé par le droit des droits humains : la libre disposition du sexe par les individus (leur droit de s'affranchir du sexe qui leur a été assigné à la naissance) est protégée par le droit de la non-discrimination. Là encore, il est frappant d'observer que deux raisonnements antinomiques quant à l'interprétation du motif de sexe aboutissent à une même finalité, à savoir la protection du droit des personnes trans à modifier leur sexe juridique : tandis que le juge des États-Unis s'appuie sur la non-conformité des personnes trans aux normes de genre du sexe qui leur a été assigné à la naissance afin de prohiber les discriminations à leur encontre **(A)**, le juge de l'Union européenne considère quant à lui, via une interprétation extensive du motif de sexe, que ce critère protège contre les discriminations fondées sur le changement de sexe **(B)**.

A. Une protection à partir du sexe assigné à la naissance

286. Le motif de sexe a difficilement été mobilisé par les juridictions états-uniennes dans une optique de protection des personnes trans. Initialement, l'interprétation jurisprudentielle qui prévalait s'obstinait à limiter sa portée aux seules discriminations fondées sur le sexe à l'aune du principe de différence naturelle entre les femmes et les hommes **(1)**. Un changement majeur intervint toutefois au début des années 2000 : les juges se mirent à appliquer l'interdiction des discriminations fondées sur la non-conformité au sexe assigné à la naissance aux personnes trans **(2)**.

1. Un refus initial justifié à la lumière du concept traditionnel de sexe

287. Historiquement, les juges états-uniens ont donc refusé de faire droit aux requêtes portées par les personnes trans victimes d'une différence de traitement en raison de leur transition. Dans une affaire de 1975 relative au licenciement d'une professeure de musique suite à son opération de changement de sexe, le Tribunal du New Jersey avait estimé que la discrimination fondée sur le sexe ne peut être caractérisée, puisque la décision intervient « non pas en raison de son statut de femme, mais plutôt en raison de son *changement* de sexe, du genre masculin au genre féminin »¹³⁰³ ; or précisément, le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 se limite à la protection des discriminations fondées sur le sexe juridique tel qu'assigné aux individus¹³⁰⁴. La Cour d'appel des États-Unis pour le 9^{ème} circuit confirmait cette interprétation du motif de sexe dans l'affaire *Holloway v. Arthur Andersen Co.* de 1977¹³⁰⁵, qui impliquait là aussi le licenciement d'une employée trans à la suite de son changement de sexe. Les juges justifiaient leur décision à la lumière du « concept traditionnel de sexe » (« *traditional concept of sex* »¹³⁰⁶), mobilisé à plusieurs reprises dans des décisions similaires : seule cette interprétation doit être retenue dans la mesure où elle est conforme à l'intention du législateur de 1964¹³⁰⁷. Le sexe vise seulement les catégories « femme » et « homme » – délimitées selon leur « classification anatomique » (« *anatomical classification* ») –, et non celle de « transsexuel »¹³⁰⁸. Les juges précisait même que seul le législateur pourrait prescrire une autre interprétation du motif de sexe : s'il doit désigner « autre chose que l'homme et la femme sur le plan biologique, alors cette nouvelle définition doit émaner du Congrès »¹³⁰⁹. Autrement dit, le motif de sexe doit être envisagé de manière étroite, au sens ordinaire ou littéral du terme (*plain meaning*), et par conséquent, « l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe d'un individu n'est pas synonyme d'une

¹³⁰³ Tribunal de district du New Jersey, 10 septembre 1975, *Grossman v. Bernards Township Board of Education*, n° 74-1904, 1975 WL 302. Nous soulignons.

¹³⁰⁴ *Ibid.*

¹³⁰⁵ Cour d'appel des États-Unis pour le 9^{ème} circuit, 23 décembre 1977, *Holloway v. Arthur Andersen Co.*, 566 F.2d 659.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, para. 662.

¹³⁰⁷ *Holloway v. Arthur Andersen Co.* : « Le Congrès n'a manifesté aucune intention autre que de restreindre le terme « sexe » à son sens traditionnel. Par conséquent, la Cour n'étendra pas l'application du Titre VII en l'absence de mandat du Congrès. L'objectif manifeste de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe dans l'emploi prévue par le Titre VII est de garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, en l'absence de lien réel entre les qualifications requises pour le poste et le sexe de la personne » ; v. également Cour d'appel des États-Unis pour le 7^{ème} circuit, 29 août 1984, *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 : selon le juge, le législateur « n'a jamais envisagé ni eu l'intention que cette législation de 1964 s'applique à autre chose qu'au concept traditionnel du sexe ».

¹³⁰⁸ Cour d'appel des États-Unis pour le 8^{ème} circuit, 8 janvier 1982, *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 74.

¹³⁰⁹ *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, préc.

interdiction de la discrimination fondée sur le trouble de l'identité sexuelle d'un individu ou sur son mécontentement à l'égard du sexe dans lequel il est né »¹³¹⁰. Une personne trans peut donc se plaindre d'une discrimination de la part de son employeur basée sur le fait qu'elle est une femme ou un homme, mais non au motif de sa transidentité ou de son changement de sexe¹³¹¹. 288. Une telle interprétation du motif de sexe comme renvoyant uniquement au sexe juridique assigné à la naissance emporte également une exclusion des personnes intersexes de la protection contre les discriminations. En témoigne l'affaire *Wood v. CG Studios, Inc.* de 1987 présentée devant les juridictions de Pennsylvanie, dans laquelle une personne intersexe estimait avoir été licenciée après que son employeur eut appris qu'elle avait subi une opération de conformation sexuée destinée à corriger son intersexuation. Dans le sillage du raisonnement déployé au sujet des personnes trans, le juge estime que la requérante intersexe ne peut bénéficier de la protection contre les discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi, et notamment de l'article 5 de la loi sur les relations humaines en Pennsylvanie (*Pennsylvania Human Relations Act*), au motif que « rien n'indique que la loi ait eu pour objet de remédier à une discrimination à l'encontre de personnes ayant subi une chirurgie de correction du genre »¹³¹². Le juge appuie son raisonnement en partie sur la jurisprudence relative au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. Si elle exclut les personnes trans ayant eu recours à une opération de changement de sexe de la protection contre les discriminations fondées sur le sexe, elle doit alors être étendue aux personnes intersexes qui ont subi une opération de conformation sexuée¹³¹³.

289. La juriste Cary Franklin montre que ce « concept traditionnel de sexe » est largement mobilisé puisqu'il écarte également les discriminations fondées sur la grossesse¹³¹⁴, le harcèlement sexuel ou encore l'orientation sexuelle, que les juges états-uniens refusent semblablement de considérer comme fondées sur le motif de sexe. Pourtant, alors même que l'expression laisse entendre une interprétation jurisprudentielle du sexe solidement ancrée, l'analyse de l'autrice révèle non seulement qu'elle n'a émergé que tardivement, mais aussi l'absence de consensus relatif à l'interprétation du motif de sexe tant lors du processus

¹³¹⁰ *Ibid.* ; en l'espèce, les juges refusent de faire droit à la demande de la requérante trans au motif que la discrimination créée par son employeur était motivée par sa transsexualité, et non par son appartenance à l'un ou l'autre sexe, motif qui n'est pas protégé par le Titre VII (p. 1087).

¹³¹¹ Cour de district des États-Unis pour le district Est de Pennsylvanie, 24 avril 1987, *Wood v. CG Studios, Inc.*, 660 F. Supp. 176 (E.D. Pa. 1987)). À ce sujet, v. Mark E. Berghausen, « Intersex Employment Discrimination: Title VII and Anatomical Sex Nonconformity Notes and Comments », *Northwestern University Law Review*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 1295.

¹³¹² *Wood v. CG Studios, Inc.*, p. 177.

¹³¹³ *Ibid.*, p. 178.

¹³¹⁴ SCOTUS, 7 décembre 1976, *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125.

d'adoption du Titre VII de 1964 que dans les années qui ont suivi son entrée en vigueur¹³¹⁵. Le « concept traditionnel de sexe » s'avère en réalité plus malléable qu'il n'y paraît¹³¹⁶, puisque les juridictions vont progressivement intégrer au motif du sexe une dimension sociale, protégeant ainsi les individus des discriminations fondées sur leur genre.

2. Un revirement opéré par le recours à la non-conformité de genre

290. L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe est enrichie par une jurisprudence qui protège les individus contre les discriminations fondées sur des stéréotypes de genre ; les juridictions intègrent, parmi ces stéréotypes, les attentes sociales relatives aux comportements et à l'apparence associés au sexe assigné à la naissance. Si cette « doctrine sur la non-conformité de genre » (*gender nonconformity doctrine*)¹³¹⁷ s'adresse initialement aux personnes cisgenres, elle servira ensuite de fondement à la protection des personnes trans contre les discriminations.

291. La décision *Price Waterhouse v. Hopkins* de 1989 concerne effectivement le refus d'un employeur de promouvoir l'une de ses salariées au statut d'associé au motif que son comportement et son apparence n'étaient pas conformes à ce qui est attendu d'une femme¹³¹⁸. Ann Hopkins avait été décrite par ses partenaires comme « agressive », « macho », et certains lui suggérèrent de suivre « un cours à l'école de charme »¹³¹⁹. Si ces propos étaient à n'en pas douter basés sur des stéréotypes de genre, la question qui était posée à la Cour était de savoir s'ils pouvaient être sanctionnés au titre du Titre VII en tant que discriminations fondées sur le sexe de l'employée. Les juges répondirent par l'affirmative, considérant que le texte poursuit précisément l'objectif de « s'attaquer à l'ensemble du spectre des discriminations résultant de stéréotypes de genre »¹³²⁰. Certes, la requérante n'avait pas été évincée parce qu'elle était une femme, mais parce qu'elle ne se comportait pas de manière féminine alors qu'elle *aurait dû* le faire. Or selon Cour suprême, le motif du sexe peut être mobilisé dans la mesure où les stéréotypes de genre dépendent inévitablement du sexe des individus¹³²¹. La question de

¹³¹⁵ C. Franklin, « Inventing the “Traditional Concept” of Sex Discrimination », art. cit, p. 1313.

¹³¹⁶ *Ibid.*, p. 1373.

¹³¹⁷ Naomi Schoenbaum, « The New Law of Gender Nonconformity », *Minnesota Law Review*, 2020, vol. 105, n° 2, p. 832.

¹³¹⁸ SCOTUS, 1^{er} mai 1989, *Price Waterhouse c. Hopkins*, n° 87-1167, 490 U.S. 228.

¹³¹⁹ *Price Waterhouse c. Hopkins*, p. 235 et s. : il a également été recommandé à l'employée de « marcher de manière plus féminine, parler de manière plus féminine, s'habiller de manière plus féminine, se maquiller, se faire coiffer et porter des bijoux ».

¹³²⁰ *Price Waterhouse c. Hopkins*, p. 251.

¹³²¹ Ainsi, il n'y a pas besoin selon les juges d'une « expertise en psychologie pour savoir que, si les « compétences interpersonnelles » défectueuses d'une employée peuvent être corrigées par un costume aux teintes douces ou une

l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe s'enrichit alors d'une nouvelle perspective : l'objectif n'est pas tant de déterminer quelles différences entre les femmes et les hommes peuvent justifier ou non une inégalité de traitement, mais plutôt, d'identifier les cas où ces différences entre les sexes servent de fondement à la légitimation de rôles sociaux et de stéréotypes de genre qui conduisent à des discriminations. Dès lors, cette doctrine suppose, comme le remarque Julie Suk, qu'« un individu ne devrait pas être assujéti à des généralisations fondées uniquement sur le genre »¹³²², confortant l'idée que le sexe assigné aux individus ne saurait justifier à lui seul une forme de fatalisme dans les rôles attribués aux femmes et aux hommes. À tel point que les juridictions admettent que les personnes qui décident de s'affranchir de ce rôle en adoptant celui du sexe opposé bénéficient également de la protection du Titre VII contre les discriminations fondées sur le sexe¹³²³.

292. Ainsi, dans la décision *Smith v. City of Salem* de 2004, à propos d'une femme trans employée comme pompier au sein de la caserne de la ville et mise à pied à cause de sa transition, les juges d'appel s'appuient sur la jurisprudence *Price Waterhouse v. Hopkins* pour conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe¹³²⁴. Une différence de traitement à l'encontre d'une personne trans revient en effet à la discriminer car celle-ci ne se conforme pas aux normes attendues de son sexe assigné à la naissance :

« L'employeur qui opère une distinction à l'encontre des femmes au motif, par exemple, qu'elles ne portent pas de robes ou de maquillage, se rend coupable d'une discrimination fondée sur le sexe, dès lors qu'une telle distinction n'existerait pas indépendamment du sexe de la personne concernée. Il en résulte que les employeurs qui opèrent une distinction à l'encontre des hommes au motif qu'ils portent des robes et du maquillage, ou qu'ils adoptent d'autres comportements perçus comme féminins, se rendent également coupables d'une discrimination fondée sur le sexe, dès lors que cette distinction n'existerait pas indépendamment du sexe de la personne concernée »¹³²⁵.

Selon les juges, une différence de traitement fondée sur la non-conformité de l'apparence ou du comportement aux normes attendues du sexe assigné à la naissance constitue donc une discrimination en raison du sexe, y compris lorsque la personne est trans. Dans la situation d'un

nouvelle nuance de rouge à lèvres, c'est peut-être le sexe de l'employée, et non ses compétences interpersonnelles, qui a suscité les critiques » (*Price Waterhouse c. Hopkins*, préc.).

¹³²² J.C. Suk, « Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? », art. cit, p. 207.

¹³²³ Ce raisonnement n'est pas propre à l'interprétation du motif de sexe du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 : v. par ex. la décision de la Cour d'appel pour le neuvième circuit qui s'appuie sur l'arrêt *Price Waterhouse v. Hopkins* pour reconnaître une discrimination fondée sur le sexe à l'encontre d'une femme trans qui accusait un gardien de prison de tentative de viol à son encontre (v. *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000), para. 1202).

¹³²⁴ Cour d'appel des États-Unis pour le 6ème circuit, 5 août 2004, *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566.

¹³²⁵ *Smith v. City of Salem*, préc.

homme trans, cette différence de traitement n'aurait effectivement pas eu lieu s'il avait été assigné de sexe masculin à la naissance : son apparence et/ou son comportement aurait été conforme aux normes attendues de son sexe juridique¹³²⁶.

293. On remarque alors que, contrairement à d'autres juridictions, la Cour suprême des États-Unis applique indifféremment une même disposition aux personnes cis et aux personnes trans. Ce n'est pas le cas de la Cour européenne par exemple, qui considère au contraire que la situation des personnes trans et cisgenres « ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre »¹³²⁷ ; cela empêche l'application de l'article 14 de la Convention relatif à l'interdiction des discriminations, puisqu'il s'applique seulement « lorsqu'il existe une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables »¹³²⁸. L'absence de distinction opérée par le juge états-unien entre les personnes trans et cisgenres s'explique par le fait qu'il appréhende la situation des personnes trans au regard du sexe qui leur a été assigné à la naissance, quand bien même il ne s'agirait plus de leur sexe juridique : sans s'appuyer sur leur changement de sexe, il les place dans la même position que les personnes cisgenres¹³²⁹.

294. En ce sens, la logique de protection des personnes trans contre les discriminations diffère du raisonnement appliqué aux discriminations à raison d'autres aspects de l'identité individuelle. Par exemple, tandis que les discriminations sexistes ou raciales sont caractérisées parce qu'une personne est traitée différemment *justement* car elle est femme ou noire, les personnes trans sont au contraire discriminées selon les juges précisément parce qu'elles n'appartiennent pas à la catégorie de sexe à laquelle elles auraient dû appartenir¹³³⁰. C'est à ce titre que la juriste Naomi Schoenbaum qualifie l'application de la jurisprudence relative à la non-conformité de genre aux personnes trans de « victoire à la Pyrrhus »¹³³¹ : certes, elle protège les personnes trans contre les discriminations fondées sur l'apparence qu'elles ont choisi d'adopter ; néanmoins, le raisonnement suggère que le sexe assigné à la naissance est immuable, puisqu'une femme trans sera toujours considérée comme un homme d'un point de vue juridique, ce qui peut affaiblir sa protection dans d'autres domaines où il s'agit bien du sexe

¹³²⁶ N. Schoenbaum, « The New Law of Gender Nonconformity », art. cit, p. 851.

¹³²⁷ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, para. 112.

¹³²⁸ *Ibid.*, para. 108 ; cette décision est davantage développée au sein de la Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹³²⁹ N. Schoenbaum, « The New Law of Gender Nonconformity », art. cit, p. 836. L'autrice souligne en ce sens qu'aux yeux des juridictions, une personne trans assignée de sexe masculin à la naissance est un « homme efféminé » en application de la jurisprudence sur la non-conformité de genre, et non une femme, et inversement.

¹³³⁰ H. Fogg Davis, « Sex-Classification Policies as Transgender Discrimination », art. cit, p. 49.

¹³³¹ N. Schoenbaum, « The New Law of Gender Nonconformity », art. cit, p. 862.

juridique qui est en cause (droit d'accéder à des espaces réservés aux femmes par exemple)¹³³². Le contraste avec la jurisprudence du juge de l'Union européenne est saisissant, dans la mesure où la protection des personnes trans contre les discriminations y est fondée non pas sur leur sexe assigné à la naissance, mais bien sur leur *changement* de sexe.

B. Une protection à partir du changement de sexe

295. La problématique des discriminations subies par les personnes trans est identifiée par les instances de l'Union européenne dès la fin des années 1980¹³³³. C'est toutefois seulement en 1996, dans un contexte où les personnes trans obtiennent de la Cour européenne des droits de l'Homme un droit à modifier la mention de leur sexe à l'état civil¹³³⁴, que les discriminations fondées sur le changement de sexe sont prohibées par la Cour de justice via une interprétation *extensive* du motif du sexe¹³³⁵. Dans la décision *P. c. S. et Cornwall Country Council*¹³³⁶, le juge de l'Union européenne applique les dispositions relatives aux discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi à la situation des personnes trans discriminées en raison de leur transition. L'affaire est relative au licenciement d'une femme trans au Royaume-Uni, après qu'elle a annoncé à son employeur sa volonté de recourir à une opération de changement de sexe. Les juridictions britanniques (*Industrial Tribunal*) refusèrent de reconnaître l'existence d'une discrimination au titre du *Sex Discrimination Act* de 1975, au motif que la différence de traitement n'était pas fondée sur son appartenance à l'un ou l'autre sexe : selon les juges, la requérante aurait été licenciée par son employeur quel que soit son sexe assigné à la naissance ; c'était bien sa volonté d'avoir recours à une opération de changement de sexe qui était la source de discrimination, or ce motif n'était pas protégé par la législation britannique¹³³⁷. Le juge

¹³³² *Ibid.*, p. 866. ; sur la question de l'accès aux espaces façonnés à partir d'une ségrégation entre les sexes, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹³³³ V. en ce sens l'adoption d'une résolution par le Parlement européen précisément sur les discriminations dont sont victimes les personnes trans (Parlement européen, *Résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels*, 12 septembre 1989, para. D).

¹³³⁴ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87. La Cour de Strasbourg choisit d'ailleurs d'analyser les affaires relatives à la protection des droits des personnes trans uniquement sous l'angle du droit au respect à la vie privée de l'article 8 de la CEsDH, et non du droit à la non-discrimination de l'article 14 du même texte (v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1).

¹³³⁵ Pieter Cannoot et Sarah Ganty, « Protecting trans, non-binary and intersex persons against discrimination in EU law », *European Equality Law Review*, 2022, vol. 1, p. 42.

¹³³⁶ CJUE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall Country Council*, C-13/94.

¹³³⁷ En effet, avant l'intervention du juge européen, le raisonnement appliqué par le Royaume-Uni était celui de l'exclusion des personnes trans comme bénéficiaires des outils de protection contre les discriminations fondées sur le sexe (v. par ex. *Industrial Tribunals*, 1^{er} février 1977, *White v. British Sugar Corporation*, n° 37485/76 [1977] I.R.L.R. 121 : les juges refusent d'appliquer les dispositions du *Sex Discrimination Act* de 1975 à un employé trans licencié après la découverte par son employeur de son sexe assigné à la naissance, au motif qu'elles visent

national décida néanmoins d'adresser une question préjudicielle¹³³⁸ à la Cour de Luxembourg afin de l'interroger sur le champ d'application de la directive européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi¹³³⁹, et notamment sur articles 1 (principe d'égalité)¹³⁴⁰ et 3 (principe de non-discrimination)¹³⁴¹.

296. La Cour de justice interprète alors le texte comme englobant les différences de traitement fondées sur le changement de sexe des individus. Pour ce faire, elle compare la situation de la requérante à celle de ses homologues masculins :

« de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération »¹³⁴².

297. En ce sens, grâce à une approche conceptuelle qui peut être qualifiée d'« ambitieuse »¹³⁴³, la Cour de justice considère que le champ d'application de la directive « ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe »¹³⁴⁴. Au contraire, le texte « a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée »¹³⁴⁵. Le sexe assigné à la naissance est donc pris en compte non pas, à la différence du juge des États-Unis, parce qu'il est le véritable sexe de la personne, mais parce qu'il sert à établir l'élément de comparaison (la situation de la requérante étant comparée à celle des personnes également assignées au sexe masculin mais qui n'ont pas modifié leur sexe)¹³⁴⁶. Le champ d'application du principe de non-

seulement l'interdiction des discriminations entre les individus de sexe féminin ou masculin, et non celles fondées sur la transsexualité).

¹³³⁸ La procédure de renvoi préjudiciel est prévue à l'article 267 du TFUE, lequel précise que « la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union [...] ».

¹³³⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil, 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

¹³⁴⁰ *Ibid.*, art. 1^{er}, al. 1^{er} : « La présente directive vise la mise en œuvre, dans les États membres, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail et, dans les conditions prévues au paragraphe 2, la sécurité sociale ».

¹³⁴¹ *Ibid.*, art. 3, al. 1^{er} : « L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle ».

¹³⁴² *P. c. S. et Cornwall Country Council*, para. 21.

¹³⁴³ Silvan Agius et Christa Tobler, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, Commission européenne, 2012, p. 37.

¹³⁴⁴ *P. c. S. et Cornwall Country Council*, para. 20.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ S. Agius et C. Tobler, *Les personnes trans et intersexuées*, op. cit., p. 40. Dans leur rapport, Silvan Agius et Christa Tobler soulignent que la question de la comparaison établie par le juge a fait l'objet de nombreuses

discrimination fondé sur le sexe est donc élargi pour inclure les discriminations fondées sur la conversion sexuelle des individus¹³⁴⁷. La jurisprudence de la CJUE a par ailleurs une portée décisive dans la mesure où l'ensemble des États membres de l'UE doivent appliquer cette interprétation de la directive¹³⁴⁸. Elle fut en outre par la suite étendue et appliquée par exemple en matière de pension de réversion ; la Cour considère que le refus octroyé à un homme trans de bénéficier de la pension de réversion de sa conjointe est contraire au principe d'égalité, et plus précisément d'égale rémunération entre les femmes et les hommes¹³⁴⁹. Il faut néanmoins souligner que cette interprétation n'est valable qu'à la condition que la personne trans victime de la discrimination se soit engagée (ou souhaite s'engager à terme) dans un processus de modification corporelle. En effet, cette même jurisprudence ne trouverait pas à s'appliquer aux personnes trans qui, elles, n'ont pas et ne souhaitent pas pratiquer d'opération de changement de sexe¹³⁵⁰. Elle s'applique en revanche à celles dont le changement de sexe n'a pas encore été juridiquement reconnu.

298. La Cour juge en effet en 2018 que « des personnes ayant vécu pendant une période significative en tant que personnes d'un autre sexe que celui de leur naissance et ayant subi une opération de conversion sexuelle doivent être considérées comme ayant changé de sexe »¹³⁵¹.

controverses entre les juristes : tandis que certains auteurs considèrent que la Cour a comparé la situation de la requérante avec sa propre situation avant son opération (« comparaison intrapersonnelle »), d'autres estiment que ce sont bien les situations de deux personnes différentes qui ont été comparées (« comparaison interpersonnelle »).

¹³⁴⁷ Dix ans plus tard, l'interprétation dégagée dans la jurisprudence *P. c. S. et Cornwall Country Council* a été codifiée dans la directive du 5 juillet 2006, dont le troisième considérant indique que le « principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes [...] s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne » (Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, (3)) ; cette « directive refonte » consolide les dispositions prévues dans différentes directives relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes afin de fournir un cadre juridique unique en la matière (sur l'application de cette directive aux personnes trans, v. Stefano Fabeni et Silvan Agius, *Transgender People and the Gender Recast Directive*, Belgique, ILGA Europe, 2009).

¹³⁴⁸ La procédure de renvoi préjudicielle a en effet un caractère contraignant pour la juridiction de renvoi, mais aussi pour l'ensemble des juridictions des États membres de l'UE. Certains États, comme le Royaume-Uni, modifièrent directement leur législation : ainsi, en 1999, les *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* complètent le *Sex Discrimination Act* de 1975 et posent le principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le changement de sexe des individus.

¹³⁴⁹ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01 ; pour d'autres applications ultérieures de la jurisprudence *P. c. S. et Cornwall Country Council*, v. par ex. CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04 (à propos du refus par les juridictions britanniques d'accorder à une femme trans ayant subi une opération de changement de sexe l'octroi d'une pension de retraite identique à celle accordée aux femmes cisgenre).

¹³⁵⁰ Ce que regrettera d'ailleurs l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), qui ne voit aucune raison « de ne pas étendre la protection contre la discrimination à d'autres personnes que celles ayant subi une conversion sexuelle afin de protéger les travestis, les personnes qui vivent en permanence selon les modalités du genre opposé à celui sur leur acte de naissance sans aucune intervention médicale et toutes les personnes qui souhaitent simplement se présenter sous un jour différent du point de vue du genre » (FRA, *Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I Legal Analysis*, 2009, p. 131).

¹³⁵¹ CJUE, 26 juin 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, para. 35.

En l'espèce, la requérante trans n'avait pas obtenu de certificat de reconnaissance définitif de son changement de sexe au motif qu'elle n'avait pas annulé son mariage (l'union entre deux personnes de même sexe n'étant pas autorisée au Royaume-Uni à cette période). Elle ne pouvait donc pas prétendre à la pension de retraite prévue pour les personnes de sexe féminin. La Cour reconnut néanmoins l'existence d'une discrimination directe fondée sur le sexe, au motif que la requérante était victime d'un traitement moins favorable qu'une personne mariée ayant conservé son sexe assigné à la naissance.

299. En revanche, si la notion de discrimination fondée sur le sexe s'étend à la conversion sexuelle des personnes trans, elle ne saurait intégrer l'orientation sexuelle. Dans l'arrêt *Lisa Grant* de 1998¹³⁵², la Cour estime que le refus opposé à une salariée lesbienne de bénéficier, pour sa partenaire de même sexe, des mêmes avantages de voyage que ceux accordés aux conjoints hétérosexuels des employés, ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe¹³⁵³. Le raisonnement peut paraître surprenant, dans la mesure où c'est pourtant bien l'appartenance de la requérante au sexe féminin qui fonde la discrimination : si elle avait été de sexe masculin, sa compagne aurait pu bénéficier de ces avantages au même titre que les partenaires des autres employés. Dès lors, alors que la Cour considère que les discriminations « qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle du travailleur » sont « en réalité, fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de la personne concernée », ce raisonnement « est limité au cas de la conversion sexuelle d'un travailleur et ne s'applique donc pas aux différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle d'une personne »¹³⁵⁴. Il s'ensuit que l'interprétation extensive du motif de sexe par le juge de l'Union européenne se limite, dans la grammaire qui est la sienne, à interdire les « discriminations fondées sur l'appartenance d'une personne à un sexe déterminé »¹³⁵⁵, qu'elle soit cisgenre ou transgenre. Il est donc question de protéger l'autonomie des individus dans le seul cadre de leur (changement de) sexe juridique (et c'est donc pour cela que l'orientation sexuelle n'intègre pas le motif du sexe, puisqu'elle est vue comme une dimension extérieure ou à part entière). Cette logique autonomiste, initiée à partir d'une interprétation du sexe qui se distingue du seul sexe tel qu'assigné à la naissance, est encore davantage renforcée lorsque le droit de la non-discrimination s'applique à protéger les individus contre les discriminations fondées cette fois-ci sur leur identité revendiquée.

¹³⁵² CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd.*, C-249/96.

¹³⁵³ C'est seulement avec l'adoption de la directive 2000/78/CE que l'orientation sexuelle intègre les motifs prohibés de discrimination (Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail).

¹³⁵⁴ *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd.*, para. 42.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

Section 2 : Le développement du motif de sexe en soutien au droit à l'autodétermination

300. On l'a vu, le droit des droits humains a développé un véritable droit à l'autodétermination qui n'a cessé de monter en puissance depuis les années 2000 : les individus ont désormais le droit de faire reconnaître juridiquement leur identité, indépendamment de leur caractéristiques sexuées (autrement dit, de leur corporéité)¹³⁵⁶. Le sexe du droit de la non-discrimination arrive en soutien à cette logique autonomiste, puisqu'à la même période, l'identité de genre revendiquée par les individus apparaît comme une notion fondamentale de la protection contre les discriminations. Cette évolution n'est d'ailleurs pas contraire à la logique initiale du droit de la non-discrimination qui, dès ses origines, s'est attaché à protéger les individus contre des discriminations à raison de caractéristiques qui relevaient souvent de leur choix – à l'instar par exemple des opinions politiques ou encore de la religion¹³⁵⁷. En effet, ce n'est pas tant le caractère immuable ou inné d'un motif qui importe dans la logique protectrice du droit de la non-discrimination, mais davantage son appréhension comme une caractéristique constitutive à part entière de l'identité individuelle, qu'on ne pourrait lui demander de modifier¹³⁵⁸.

301. En s'engageant à protéger les personnes trans contre les discriminations fondées sur leur identité de genre, le droit de la non-discrimination accompagne le mouvement de reconfiguration du sexe juridique entamé par le droit des droits humains : il s'agit bien d'appréhender le sexe non pas à partir de la seule matérialité des corps, mais au prisme de l'identité revendiquée par les individus (§1). Cette protection d'une dimension du sexe qu'on peut qualifier d'identitaire n'éclipse pas pour autant sa dimension matérielle : le droit antidiscriminatoire intègre au contraire des outils propres à garantir l'autonomie individuelle quant à la traduction corporelle de cette identité (§2).

§1. L'interdiction des discriminations fondées sur la dimension identitaire du sexe

302. Différents raisonnements sont développés par le droit antidiscriminatoire pour aboutir à la protection du droit à l'autodétermination des personnes trans, à savoir leur choix de modifier le sexe qui leur a été assigné à la naissance et de vivre en conformité avec l'identité de genre

¹³⁵⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹³⁵⁷ Iyiola Solanke, « Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality », *Modern Law Review*, 2009, vol. 72, n° 5, p. 737. D'autres, comme la race, sont considérés comme immuables et « indisponibles au sujet » (X. Bioy, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », art. cit, p. 72).

¹³⁵⁸ Jessica A. Clarke, « Against Immutability », *The Yale Law Journal*, octobre 2015, vol. 125, n° 1, p. 4.

qu'elles revendiquent. Si les organes de protection des droits humains encouragent vivement l'introduction au sein des législations nationales de l'identité de genre comme motif de non-discrimination **(A)**, ces recommandations ne furent pas unanimement suivies par les législateurs nationaux, et la protection du droit à l'autodétermination des personnes trans résulte parfois d'autres mécanismes **(B)**.

A. Une protection internationale unanime

303. À partir du début des années 2000, les organes de protection des droits humains se positionnent en faveur de l'intégration – y compris au sein des législations nationales – de l'identité de genre comme motif de discrimination. La situation des personnes trans ne doit plus seulement être cantonnée, comme elle l'a été jusqu'ici, à une question de droit civil. L'objectif est clair : assurer la prise en compte des discriminations spécifiques à la situation des personnes trans¹³⁵⁹, au risque, dans le cas contraire, de créer « une incertitude juridique » quant à leur protection contre les discriminations « mais aussi un niveau de protection de ces personnes bien inférieur aux autres »¹³⁶⁰. Les institutions de protection des droits humains encouragent ainsi la prise en compte de l'identité de genre au sein du paradigme antidiscriminatoire **(1)**, suivies par les juridictions régionales européenne et interaméricaine qui s'appliquent l'une et l'autre à consacrer l'interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre **(2)**.

1. Une impulsion institutionnelle

304. L'adoption des Principes de Yogyakarta en 2006 illustre un tournant majeur du paradigme antidiscriminatoire au niveau international : il est affirmé pour la première fois que les individus doivent bénéficier d'une protection non seulement contre les discriminations fondées sur le sexe tel qu'il leur a été assigné à la naissance, mais aussi contre celles fondées sur leur identité telle qu'ils la revendiquent. Les Principes énoncent en effet que « chacun peut se prévaloir de tous les droits humains, sans discrimination fondée sur [...] l'identité de genre », et qu'en ce sens, les États doivent « inscrire dans leur constitution nationale ou dans toute autre disposition

¹³⁵⁹ Les organes de protection des droits humains relèvent en effet que les personnes trans font face à de nombreuses discriminations du fait de leur transidentité, notamment en matière d'accès à l'emploi : le Commissaire aux droits de l'Homme s'appuie ainsi sur une étude menée au Royaume-Uni indiquant que 36% des hommes transgenre interrogés ont un emploi contrairement à 72% des hommes cisgenre, ou encore que 79% des personnes transgenre interrogées ont été insultées, menacées et abusées physiquement ou sexuellement en public (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p. 14).

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 7.

législative appropriée les principes d'égalité et de non-discrimination fondées [...] sur l'identité de genre »¹³⁶¹. Ce principe est unanimement encouragé par les instances internationales, bien que deux stratégies puissent être identifiées.

305. Certains organes encouragent la protection des individus contre les discriminations fondées sur l'identité de genre, sans pour autant promouvoir son insertion explicite parmi la liste des motifs protégés. Par exemple, en 2008, une déclaration de l'Assemblée générale des Nations-Unies, soutenue par soixante-six pays, affirme que le principe de non-discrimination « exige que les droits de l'homme s'appliquent de la même manière à chaque être humain, indépendamment [...] de l'identité de genre »¹³⁶². Il est donc question d'intégrer *a minima* la situation des personnes trans au sein du droit antidiscriminatoire. Certaines institutions suggèrent pour cela de mobiliser les outils déjà existants. Par exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels publie une observation générale en 2009 dans laquelle il reconnaît que depuis l'adoption du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en 1966, le motif de sexe comme motif de discrimination a évolué « pour ne plus recouvrir seulement les caractéristiques physiologiques mais aussi la construction sociale de stéréotypes, de préjugés et de rôles préétablis concernant les hommes et les femmes »¹³⁶³. Il ajoute que l'expression « toute autre situation » mentionnée à l'article 2 du Pacte¹³⁶⁴ recouvre l'identité sexuelle, et prend pour exemple « les personnes transgenres, transsexuelles ou intersexes » qui « sont souvent exposées à de graves atteintes à leurs droits fondamentaux, notamment à du harcèlement dans les établissements d'enseignement ou sur le lieu de travail »¹³⁶⁵. Le Comité précisera ensuite les termes utilisés au cours d'observations ultérieures pour remplacer la notion d'identité sexuelle par celles d'identité de genre et d'intersexualité, afin de distinguer clairement « les transgenres et les intersexués »¹³⁶⁶. Au sein du système

¹³⁶¹ Principes de Yogyakarta, 2007, Principe 2, pp. 10 et 11.

¹³⁶² AGNU, 22 décembre 2008, Lettre datée du 18 décembre 2008, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Représentants permanents de l'Argentine, du Brésil, de la Croatie, de la France, du Gabon, du Japon, de la Norvège et des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies, A/63/635.

¹³⁶³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 20 : La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, para. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, para. 20.

¹³⁶⁴ PIDESC, art. 2, para. 2 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹³⁶⁵ *Ibid.*, para. 32. Cette préoccupation est partagée par le Conseil des droits de l'Homme des Nations-Unies dans une résolution adoptée le 17 juin 2011, lequel se dit « gravement préoccupé par les actes de violence et de discrimination, dans toutes les régions du monde, commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre » (CDH, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, 17 juin 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1).

¹³⁶⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 2 mai 2016,

interaméricain, les États parties à l'Organisation des États Américains (OEA) réunis en Assemblée générale adoptent une résolution en 2010 dans laquelle les États sont encouragés à « envisager des moyens » de lutter contre les discriminations fondées sur l'identité de genre¹³⁶⁷, avant, de manière plus précise, d'encourager « l'adoption de politiques publiques » contre les discriminations fondées sur l'identité de genre au sein de législations nationales¹³⁶⁸, recommandation qui sera réitérée au sein de résolutions ultérieures¹³⁶⁹. Le système africain des droits humains doit également être mentionné : bien que ses travaux se concentrent majoritairement sur les discriminations du fait de l'orientation sexuelle des individus¹³⁷⁰, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples adopte une résolution en 2014 dans laquelle elle rappelle le principe de non-discrimination de l'article 2 de la Charte africaine, et exhorte à cet égard les États parties à adopter des lois destinées à condamner toutes formes de violence visant les personnes sur la base de leur identité sexuelle¹³⁷¹. Sans insister sur la nécessité de créer un motif à part entière, c'est surtout l'intégration de la transidentité au sein des mécanismes déjà existants qui est privilégiée.

306. D'autres instances vont aller plus loin dans leurs recommandations en se prononçant cette fois-ci en faveur de l'introduction d'un motif spécifique de discrimination. Au niveau européen, le Commissaire aux droits de l'Homme joue un rôle de précurseur ; il publie en effet un rapport dès 2009 dans lequel il recommande aux États du Conseil de l'Europe d'« interdire expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale

E/C.12/GC/22, para. 30 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 23 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 27 avril 2016, E/C.12/GC/23, para. 65. a) ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 25 sur la science et les droits économiques, sociaux et culturels (para. 1 b), 2, 3 et 4 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 30 avril 2020, E/C.12/GC/25 (à noter que dans cette observation, le Comité fait bien référence aux personnes « transgenres et intersexués », mais mentionne seulement l'identité de genre parmi les motifs prohibés de discrimination, v. para. 25).

¹³⁶⁷ Assemblée générale de l'OEA, 8 juin 2010, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, AG/RES. 2600 (XL-O/10), para. 3.

¹³⁶⁸ Assemblée générale de l'OEA, 5 juin 2014, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), para. 2.

¹³⁶⁹ Assemblée générale de l'OEA, résolutions du 14 juin 2016 et 21 juin 2017, *Promotion and Protection of Human Rights*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) et AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), para. 1.

¹³⁷⁰ V. par ex. Commission ADHP, Observations Générales sur l'article 14(1)(d) et (e) du Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits des Femmes en Afrique, 6 novembre 2012, para. (4).

¹³⁷¹ Commission ADHP, Résolution sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée, Adoptée lors de la 55ème Session ordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples tenue du 28 avril au 12 mai 2014, à Luanda, Angola, CADHP/Res.275(LV)2014 : la version anglaise du texte mentionne les violences contre les individus « *on the basis of their imputed or real sexual orientation or gender identities* », traduit dans la version française par l'expression « sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée », et non par l'identité de genre.

antidiscrimination »¹³⁷². L'Assemblée parlementaire suit le même chemin en appelant les États membres « à adopter et à appliquer une législation antidiscrimination incluant [...] l'identité de genre dans les motifs de discrimination prohibés »¹³⁷³. À l'échelle internationale, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU publie différentes observations encourageant les États à prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que leur cadre juridique « comporte une liste exhaustive des motifs de discrimination comprenant [...] l'identité de genre »¹³⁷⁴. Dans le même sens, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme estime dans un rapport de 2015 que les États « devraient adopter une législation antidiscrimination complète incluant [...] l'identité de genre à la liste des motifs prohibés »¹³⁷⁵. La prise en compte de l'identité de genre comme motif de discrimination apparaît donc sur la scène internationale comme une évolution indispensable des outils du droit de la non-discrimination, suivie par les instances au niveau régional.

2. Une consécration juridictionnelle

307. Bien que les traités régionaux fondateurs ne mentionnent pas l'identité de genre parmi les motifs prohibés de discrimination, les juges en charge de veiller à la bonne application des Conventions vont interpréter les dispositions antidiscriminatoires comme intégrant pleinement le critère de l'identité de genre¹³⁷⁶. La Cour de Strasbourg estime à ce titre en 2010, dans une

¹³⁷² Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, op. cit., p. 20.

¹³⁷³ APCE, 29 avril 2010, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, Résolution 1728 (2010), para. 16.5 ; v. également la recommandation, publiée le même jour : APCE, 29 avril 2010, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, Recommandation 1915 (2010). De même, le Comité des Ministres recommande aux États membres de « veiller à ce que des mesures législatives et autres visant à combattre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à garantir le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres, et à promouvoir la tolérance à leur égard soient adoptées et appliquées de manière efficace » (Comité des Ministres, 31 mars 2010, Recommandation sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, CM/Rec(2010)5).

¹³⁷⁴ Comité des droits de l'Homme, Observations finales concernant le rapport initial du Pakistan, 23 août 2017, CCPR/C/PAK/CO/1, para. 12 ; v. dans le même sens Comité des droits de l'Homme, Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Japon, 20 août 2014, CCPR/C/JPN/CO/6, para. 11, ou encore Comité des droits de l'Homme, Observations finales concernant le rapport initial du Libéria, 27 août 2018, CCPR/C/LBR/CO/1, para. 17, a).

¹³⁷⁵ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, rapport annuel, 4 mai 2015, A/HRC/29/23, para. 16.

¹³⁷⁶ L'Union européenne fait figure d'exception : la législation européenne ne prévoit pas d'interdiction explicite des discriminations fondées sur la transidentité ou en raison de l'identité de genre, mais seulement sur le « changement de sexe » des individus ; v. *supra* l'arrêt *P. c. S. et Cornwall Country Council* précité, ainsi que la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ; de même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne intègre seulement les motifs du sexe et de l'orientation sexuelle au sein de la liste des motifs prohibés (art. 21).

affaire relative à la restriction par les autorités espagnoles des droits de visite d'une mère trans à son fils, que « la transsexualité est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention »¹³⁷⁷. Elle s'appuie pour cela sur le fait que l'article en question mentionne une liste dite ouverte de motifs prohibés, puisqu'il précise que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, [...] ou toute autre situation »¹³⁷⁸.

308. Prenant part à un véritable dialogue des juges, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme mobilise le même raisonnement : dans sa décision *Atala Riffo and daughters c. Chili* de 2012, relative à un cas de discrimination fondée non pas sur l'identité de genre mais sur l'orientation sexuelle de la requérante¹³⁷⁹, la Cour profite de cette affaire pour affirmer que l'identité de genre est également un motif protégé en vertu de l'article 1^{er} de la Convention américaine¹³⁸⁰. Elle rappelle notamment, à l'instar de son homologue européen, que la Convention interaméricaine des droits de l'Homme doit être envisagée comme un instrument vivant, dont l'interprétation doit être ajustée en fonction de l'évolution de la société¹³⁸¹. De même, l'expression « toute autre condition sociale » de l'article 1^{er} de la Convention¹³⁸² permet d'inclure, elle aussi, une protection des individus contre les discriminations fondées sur l'identité de genre¹³⁸³. Si cette jurisprudence a été réaffirmée dans d'autres affaires¹³⁸⁴, la

¹³⁷⁷ Cour EDH, 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09 : le juge concluait en l'espèce à la non-violation de l'article 8 combiné à l'article 14 car « la transsexualité de la requérante n'a pas été le motif déterminant dans la décision de modifier le régime de visites initial » (para. 36). Pour une analyse récente de l'application de l'article 14 par le juge européen, v. H. Surrel, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », art. cit.

¹³⁷⁸ Convention EDH, art. 14. Nous soulignons.

¹³⁷⁹ En l'espèce, la Cour suprême du Chili avait fait droit à la demande d'un ex-mari de retirer la garde de ses filles initialement attribuée à son ex-femme après leur divorce, celle-ci lui ayant annoncé qu'elle était lesbienne.

¹³⁸⁰ Cour IDH, 24 février 2012, *Atala Riffo and daughters c. Chili*, n° 239, para. 91.

¹³⁸¹ *Ibid.*, para. 83. Il est toutefois intéressant de souligner, qu'à l'inverse de son homologue européen, la Cour interaméricaine accorde beaucoup moins de poids à la question de la marge d'appréciation des États : dans l'affaire en question, le Chili mettait en avant le manque de consensus au sein des États américains concernant l'inclusion de l'orientation sexuelle comme une catégorie protégée. Or précisément selon la Cour, « l'absence alléguée de consensus dans certains pays concernant le plein respect des droits des minorités sexuelles ne peut être considérée comme un argument valable pour nier ou restreindre leurs droits fondamentaux ou pour perpétuer et reproduire la discrimination historique et structurelle dont ces minorités ont souffert » (Cour IDH, 24 février 2012, *Atala Riffo and daughters c. Chili*, n°239, para. 92). Sur ce point, v. Jorge Contesse, « Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law », *North Carolina Journal of International Law*, 2019, vol. 44, n° 2, p. 373.

¹³⁸² Convention ADH, art. 1^{er} : « Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ».

¹³⁸³ *Atala Riffo and daughters c. Chili*, para. 84 et s. ; à noter que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, dans un arrêt de 2017, adopte également une interprétation dynamique de l'article 2 de la Charte relatif à l'interdiction des discriminations : l'expression « tout autre statut » englobe les situations de discrimination « qui n'aurait pas pu être prévues lors de l'adoption de la Charte » (Cour ADHP, 26 mai 2017, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, n° 006/2012, para. 138). Elle ne s'est toutefois pas encore prononcée sur le fait de savoir si l'identité de genre est incluse dans ces situations.

¹³⁸⁴ V. en ce sens Cour IDH, 26 février 2016, *Duque c. Colombie*, n° 310.

nécessité d'intégrer le motif de l'identité de genre au sein des outils de non-discrimination est particulièrement développée au sein de l'avis consultatif de 2017 de la Cour¹³⁸⁵, produit à la demande du Costa Rica. Le juge interaméricain y précise que la liste des motifs prohibés de discrimination mentionnée à l'article 1^{er} de la Convention n'est ni exhaustive, ni restrictive, mais bien *indicative*¹³⁸⁶. Dès lors, si l'identité de genre n'est pas explicitement mentionnée, la liste est néanmoins « ouverte » : la Cour utilise en effet l'expression « toute autre condition sociale », mentionnée à la fin de la liste des motifs, afin de déduire une protection de ce critère¹³⁸⁷. Entre temps, l'Organisation des États Américains avait d'ailleurs adopté en 2013 la Convention interaméricaine contre toutes les formes de discrimination et d'intolérance, dont l'article 1^{er} précise explicitement qu'au sein de cette Convention, l'identité de genre fait partie des motifs prohibés de discrimination¹³⁸⁸. L'interprétation juridictionnelle des instruments de protection des droits humains conduit ainsi à protéger les individus contre les discriminations fondées sur leur identité revendiquée. Au niveau national, si la reconnaissance de l'identité de genre parmi les motifs prohibés n'est pas aussi unanime, les mécanismes mis en œuvre conduisent néanmoins *in fine* à la protection des personnes trans.

B. Une protection nationale plurielle

309. La protection de l'autonomie des individus quant à leur choix de s'affranchir du sexe qui leur a été assigné à la naissance est telle que l'interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre, lorsqu'elle n'est pas explicitement mentionnée dans le cadre législatif **(1)**, résulte d'une interprétation jurisprudentielle du motif de sexe **(2)**.

¹³⁸⁵ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24 /17.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, para. 67. L'article 1^{er} de la Convention énonce : « Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale » (Convention américaine relative aux droits de l'Homme, 22 novembre 1969, art. 1^{er}, al. 1^{er}).

¹³⁸⁷ *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, préc., para. 67 et s.

¹³⁸⁸ Convention interaméricaine contre toutes les formes de discrimination et d'intolérance, 6 juin 2013, AG/RES. 2804 (XLIII-O/13), art. 1^{er}, al. 1^{er}.

1. Une protection législative via l'introduction du motif de l'identité de genre

310. Un très grand nombre d'États mobilise la voie législative afin de protéger explicitement les individus contre les discriminations fondées sur l'identité qu'ils ont choisi de revendiquer. Une large majorité d'États ont, à partir des années 2010, adopté des lois visant à introduire l'identité de genre comme motif prohibé de discrimination¹³⁸⁹. Ainsi, avant cette date, sur l'ensemble des États de l'ONU, seuls 8 d'entre eux intègrent l'identité de genre parmi les motifs prohibés de discrimination¹³⁹⁰ ; en revanche, entre 2010 et 2015, ils sont 24 à intégrer ce motif au sein de leur législation, puis 18 entre 2016 et 2023. Au total, ce sont donc 50 États qui interdisent les discriminations fondées sur l'identité de genre au sein de leur législation.

311. En dépit de cette large consécration législative, l'introduction de l'identité de genre comme motif protégé de discrimination rencontre toutefois des obstacles, comme en témoignent les réticences du législateur français. Comme dans de nombreux États, la législation française s'est dans un premier temps dotée d'un motif prohibé de discrimination fondé sur l'*identité sexuelle* des individus¹³⁹¹, avant de consacrer celui de l'identité de genre. En effet, la première tentative d'introduction du motif de l'identité de genre, lors des débats liés à l'adoption de la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel¹³⁹², fut tenue en échec au profit du motif de l'identité sexuelle qui seul avait été érigé en motif de discrimination au sein de nombreux textes (Code pénal¹³⁹³, Code du travail¹³⁹⁴ ou encore Code du sport¹³⁹⁵). Le motif d'identité de genre avait en effet rencontré une certaine méfiance, voire une opposition virulente, de certains parlementaires qui craignaient que cette terminologie marque

¹³⁸⁹ C'est par exemple le cas de l'Albanie (2010), de la Belgique (2014), de la Bolivie (2010), du Chili (2012), de la Croatie (2009), de Malte (2012), du Monténégro (2010), de la Suède (2009) ou encore du Venezuela (2011) (v. Annexe) ; certains États intègrent l'interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre directement au sein de leurs constitutions : c'est le cas de la Bolivie (Article 14), de Cuba (Article 42), de l'Équateur (Article 11), des Fidji (Article 26), ou encore de Malte (Article 45). V. Amy Raub et al., « Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions », *Yale Journal of Law & Feminism*, 2016, vol. 28, n° 1, p. 149-169. Lorsque le motif n'est pas intégré textuellement dans la liste des motifs prohibés, une protection des discriminations fondées sur l'identité de genre peut découler d'une interprétation jurisprudentielle (v. par ex. au Pérou avec la décision de la Cour constitutionnelle du 21 octobre 2016, *Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga) c. RENIEC*, n° 06040-2015-PA/TC et *infra*).

¹³⁹⁰ Ces pays sont le Royaume-Uni (1999), la Hongrie, la Tchéquie et l'Uruguay (2004), l'Allemagne (2006), la Slovaquie (2008), et enfin la Croatie et la Suède (2009).

¹³⁹¹ Ce motif englobait alors tout à la fois la protection des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et la transidentité dans certains États, v. Cristina Castagnoli, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, 2010, p. 5.

¹³⁹² Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, art. 4 et 6.

¹³⁹³ Art. 225-1 du Code pénal, al. 1^{er}.

¹³⁹⁴ Art. L. 1132-1 du Code du travail.

¹³⁹⁵ Art. L. 332-18 du Code du sport, al. 1^{er}.

« l'avènement d'une idéologie qui conduirait à remettre en cause la différence des sexes au fondement de l'ordre social et de l'identité individuelle »¹³⁹⁶. Par contraste, le recours à l'identité *sexuelle* était apparu comme un moyen de garantir l'ancrage des questions relatives aux discriminations vécues par les personnes trans dans une conception du sexe entendu au sens biologique du terme, limitant ainsi drastiquement la portée autonomiste de la législation antidiscriminatoire. C'est d'ailleurs ce qu'avait à l'époque souligné la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) dans un avis de 2013. Selon elle :

« la présence de la mention de "sexe" dans les termes "identité sexuelle" de la législation actuelle paraît ramener la question du transsexualisme à une question morphologique, le terme "sexe" et son dérivé "sexuel" faisant d'abord référence aux caractères sexuels primaires et secondaires de la personne »¹³⁹⁷.

La formulation retenue faisait en outre courir le risque d'amalgame entre l'homosexualité et la transidentité, dans la mesure où les termes d'identité sexuelle étaient associés à ceux d'orientation sexuelle (« orientation ou identité sexuelle »)¹³⁹⁸. La CNCDH se prononçait ainsi en faveur de l'introduction de la notion d'identité de genre dans un objectif de « mise en conformité du droit national avec le droit européen » et d'« amélioration de la lutte contre les discriminations »¹³⁹⁹. Elle était rejointe par le Défenseur des droits, à l'époque Jacques Toubon qui, selon l'analyse du sociologue Alexandre Jaunait, mobilisait à cette occasion une « stratégie de l'évidence » : tout en discréditant la notion d'identité sexuelle, il faisait apparaître dans le débat l'objectif de clarification sémantique à laquelle participe le terme d'identité de genre¹⁴⁰⁰. En effet, dans un avis publié en 2016, le DDD rappelait non seulement que l'expression « identité sexuelle » est « inappropriée pour désigner les personnes trans », mais

¹³⁹⁶ V. E. Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit. ; la CNCDH rappelle que le contexte autour de l'adoption de la loi n'avait pas permis d'approfondir les débats sur la distinction entre identité sexuelle et identité de genre : cela aurait pu retarder voire mettre en péril l'adoption de la loi, alors même qu'elle visait à combler le vide juridique laissé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 qui rendait inconstitutionnel l'article 222-33 du Code pénal relatif au harcèlement sexuel (Décision n° 2012-240 QPC, v. *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, Paris, CNCDH, 2013, p. 2).

¹³⁹⁷ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, préc., para. 13.

¹³⁹⁸ Et ce alors même que la circulaire d'application du texte précise que l'ajout de l'identité sexuelle visait justement à « mettre clairement en évidence que ces dispositions s'appliquaient non seulement aux personnes homosexuelles, mais également aux personnes transsexuelles ou transgenre » (Circulaire du 7 août 2012, Présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, CRIM 2012 -15 / E8, p. 13).

¹³⁹⁹ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, préc., para. 12 et 15. Pour un commentaire de cet avis, v. Marie-Xavière Catto, « Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) : Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil », *La Revue des Droits de l'Homme*, 11 juillet 2013.

¹⁴⁰⁰ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit., p. 441.

aussi que l'expression « identité de genre » permettrait quant à elle « d'intégrer les aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique »¹⁴⁰¹. En d'autres termes, le recours à l'identité de genre serait un moyen d'exprimer clairement que la loi désigne l'interdiction des discriminations fondées sur une identité qui « relève de l'expérience personnelle de genre qui peut être distinct du sexe assigné à la naissance »¹⁴⁰².

312. C'est en partie cette stratégie mobilisée par le Défenseur des droits qui mènera à un véritable « coup de force »¹⁴⁰³, à savoir l'avènement de l'identité de genre comme motif prohibé de discrimination dans la loi de modernisation de la justice en 2016¹⁴⁰⁴. Le texte modifie l'article 225-1 du Code pénal¹⁴⁰⁵, qui prévoit désormais que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, [...] de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre »¹⁴⁰⁶. L'identité de genre a donc rejoint la liste des motifs de discrimination par la voie législative¹⁴⁰⁷, et a depuis été approuvée par le Conseil constitutionnel, lequel estime que « les termes d'« identité de genre » utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité »¹⁴⁰⁸. Toutefois, même au sein des ordres juridiques où l'identité de genre n'apparaît pas explicitement comme motif prohibé de discrimination, l'évolution de l'herméneutique jurisprudentielle du motif de sexe a conduit à la protection des personnes trans en la matière.

2. Une protection jurisprudentielle via le motif de sexe

313. Le sexe comme motif prohibé de discrimination peut servir de fondement à l'interdiction des discriminations formulées à l'encontre des personnes trans. Le motif de sexe fait alors office

¹⁴⁰¹ Défenseur des droits, 1^{er} juin 2016, avis n° 16-15, p. 19.

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit., p. 443.

¹⁴⁰⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; c'est également cette loi qui assouplit les conditions requises pour une demande de modification de la mention du sexe à l'état civil (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

¹⁴⁰⁵ Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 86.

¹⁴⁰⁶ Code pénal, art. 225-1.

¹⁴⁰⁷ Bien que le motif de l'identité de genre soit désormais intégré dans la loi, il est toujours associé par certains parlementaires à la « théorie du genre », qui ne manquent pas d'exprimer leur défiance : ainsi, dans le cadre des débats relatifs à l'adoption de la loi de bioéthique du 2 août 2021 (Loi n° 2021-1017), le député Xavier Breton exprimait son opposition à une série d'amendements visant à introduire l'interdiction des opérations de conformation sexuée dans le droit positif de cette façon : « au vu des tentations d'interpréter les cas d'intersexualité en fonction de la notion de genre dont je combats l'introduction dans notre droit, j'y suis personnellement défavorable » (Assemblée nationale, JORF, 2^{ème} séance du 8 octobre 2019, p. 8726). Pour plus de développements sur les oppositions à la notion de genre en droit, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁴⁰⁸ Le Conseil constitutionnel avait été saisi par soixante députés et sénateur dans le cadre de l'adoption de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté (Cons. constit., décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, cons. 89).

d'intermédiaire ou de « proxy » afin d'atteindre une protection de l'identité de genre des individus, comme en témoigne notamment la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis¹⁴⁰⁹. En effet, alors que les tentatives d'introduction du motif de l'identité de genre au sein de la législation fédérale n'ont jamais abouti¹⁴¹⁰, l'interprétation du motif de sexe par la Cour suprême a été à l'origine de la protection des personnes trans contre les traitements discriminatoires fondés sur l'identité de genre¹⁴¹¹. En effet, dans la décision du 15 juin 2020 *Bostock v. Clayton County*, le juge de la Cour suprême reconnaît pour la première fois que le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 prohibe les discriminations contre les personnes trans en matière d'emploi, en tant que discriminations *fondées sur le sexe*¹⁴¹². En première instance, les juges n'avaient pas sanctionné le licenciement d'une femme trans par son employeur, au motif que le Titre VII ne protège ni l'identité de genre, ni les personnes trans contre les discriminations

¹⁴⁰⁹ En dehors de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour suprême des États-Unis, celle du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne aurait également pu être mobilisée : dans un arrêt de 2017, il reconnaît que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe englobe celles fondées sur l'identité de genre (Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 10 octobre 2017, BvR 2019/16, cité par Sarah Ganty et Juan Carlos Benito Sanchez, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Belgique, Equinet, European Network of Equality Bodies, 2021, p. 15).

¹⁴¹⁰ Ainsi, le *Employment Non-Discrimination Act* (ENDA) a été présenté plusieurs fois au Congrès depuis 1994 sans n'avoir été jusqu'ici adopté : le texte vise notamment à interdire la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'orientation sexuelle, et depuis la version de 2007, l'identité de genre ; v. également l'*Equality Act*, dont l'adoption conduirait à réviser le *Civil Rights Act* de 1964 afin d'interdire les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (via le motif du sexe) en matière d'emploi, mais aussi d'éducation ou encore d'accès au logement ; le motif de l'identité de genre a en revanche été intégré au sein de certaines législations des États fédérés, et notamment celles de la Californie (Code civil, Sec. 51), du Colorado (*Colorado Revised Statutes*, ec. 23-34-402), du Nevada (*An act relating to discrimination*, 2017, Senate Bill n° 188) ou encore du Minnesota (*Minnesota Human Rights Act*, 1993).

¹⁴¹¹ Cette approche avait déjà été adoptée par la Commission pour l'égalité des chances en matière d'emploi (EEOC) dans la décision *Macy v. Dep't of Justice* (EEOC, 20 avril 2012, *Macy v. Dep't of Justice*, n° 012012821, 2012 WL 1435995), mais aussi par certaines cours fédérales de première instance ou d'appel : ainsi, dans la décision *Schroer v. Billington*, les juges avaient conclu que le refus d'accorder un emploi à une femme trans au motif qu'elle souhaitait entamer sa transition constitue une discrimination fondée sur le sexe en tant que telle. La Cour fait notamment une analogie avec la motif de la religion : dans le cas où une personne est traitée différemment en raison de sa conversion du christianisme au judaïsme, il s'agit à n'en pas douter d'une discrimination en raison de la religion ; il en va de même pour les personnes trans, traitées différemment en raison de leur conversion à l'un ou l'autre sexe, ce qui constitue bien une discrimination en raison du sexe (Cour de district pour le district de Columbia, 19 septembre 2008, *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293). Pour une analyse de cet arrêt, v. Navah C. Spero, « Transgendered Plaintiffs in Title VII Suits: Why the Schroer v. Billington Approach Makes Sense », *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2010, vol. 9, n° 2, p. 387-411.

¹⁴¹² Cour suprême des États-Unis, 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County*, n° 17-1618. La Cour statue également sur deux autres affaires dans cette décision : *Altitude Express, Inc., et al. v. Zarda et al.* (n° 17-1623) et *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission et al.* (n° 18-107).

à l'emploi¹⁴¹³, décision qui fut infirmée en appel¹⁴¹⁴. La Cour suprême a confirmé le raisonnement adopté par la Cour d'appel, en s'appuyant notamment sur une approche dite textuelle de la loi (*textualist approach* ou originalisme¹⁴¹⁵) qui se veut refléter le plus fidèlement possible la signification de la lettre du texte au moment de son adoption par le législateur¹⁴¹⁶, lequel énonce :

« Constitue une pratique d'emploi illicite le fait, pour un employeur, de refuser d'embaucher ou de licencier une personne, ou de lui appliquer toute autre mesure discriminatoire en ce qui concerne sa rémunération, les conditions, modalités ou avantages de son emploi, en raison de la race, de la couleur, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale de cette personne »¹⁴¹⁷.

En l'occurrence, les juges estiment qu'en 1964, le terme « sexe » renvoie à la distinction biologique entre le sexe féminin et le sexe masculin¹⁴¹⁸ au « sens ordinaire » (*plain* ou *ordinary public meaning*) de la loi¹⁴¹⁹. S'ils retiennent donc une conception particulièrement étroite du sexe¹⁴²⁰, le lien de causalité entre la différence de traitement et le motif protégé (nécessaire afin de conclure à une discrimination) est quant à lui interprété de manière extensive¹⁴²¹.

314. Ainsi, l'expression « *because of* » mentionnée dans le texte doit s'analyser comme un lien simple de causalité signifiant « en raison de » (*on account of* ou *by reason of*)¹⁴²². Le résultat (le traitement discriminatoire) n'aurait pas eu lieu en partie sans la cause présumée (le sexe)¹⁴²³.

¹⁴¹³ Cour de district des États-Unis pour le district Est du Michigan, 18 août 2016, *Equal Employment Opportunity Comm'n v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc.*, n° 14-13710. Cette position a pu être défendue également par l'exécutif : v. par ex. la directive formulée en 2017 par le procureur général des États-Unis, Jeff Sessions, dans laquelle il indiquait que « le Titre VII ne prohibe pas les discriminations fondées sur l'identité de genre *per se* » et ajoute que « le sexe est généralement défini comme signifiant biologiquement masculin ou féminin » (Office of the Attorney General, Memorandum, Revised Treatment of Transgender Employment Discrimination Claims Under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 4 octobre 2017 [<https://perma.cc/Z9GH-3GZX>]).

¹⁴¹⁴ Cour d'appel pour le 6^{ème} circuit, 7 mars 2018, *Equal Employment Opportunity Comm'n v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc.*, n° 16-2424.

¹⁴¹⁵ Pour un autre usage de cette approche par la Cour suprême, v. par ex. l'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, dans lequel elle affirme que la Constitution ne garantit pas de droit à l'avortement (SCOTUS, 24 juin 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, n° 19-1392).

¹⁴¹⁶ Gwénaële Calvès, « Le sens ordinaire du texte de la loi. L'arrêt *Bostock v. Clayton County* (Cour suprême des États-Unis, 15 juin 2020) », *Jus Politicum*, 4 juillet 2020 [<https://perma.cc/KU3Y-M9TD>] ; sur la notion d'approche textualiste, v. également Cary Franklin, « Living Textualism », *The Supreme Court Review*, 2021, vol. 2020, p. 119-202.

¹⁴¹⁷ *Civil Rights Act* 1964, Titre VII, para. 2000e-2 (a)(1).

¹⁴¹⁸ *Bostock v. Clayton County* (Opinion of the Court, para. II. A).

¹⁴¹⁹ Les juges se sont régulièrement référés au « sens ordinaire » du terme « sexe » dans la jurisprudence liée à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, conduisant justement à *écarter* les personnes trans de la protection contre les discriminations basées sur ce motif (v. *supra*, Section 1).

¹⁴²⁰ Sam Parry, « Sex Trait Discrimination: Intersex People and Title VII After *Bostock v. Clayton County* », *Washington Law Review*, 2022, vol. 97, n° 4, p. 1165.

¹⁴²¹ Marie Mercat-Bruns, « La reconnaissance fédérale de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre dans l'emploi aux États-Unis : la force de la loi ou du sexe ? », *Revue de droit du travail*, 2020, n° 9, p. 568-575.

¹⁴²² *Ibid.*

¹⁴²³ Pour une analyse de ce lien de causalité dans la jurisprudence de la Cour, v. not. Christine Forster et Vedna Jivan, *Sex as a Protected Ground in International and Domestic Law*, Leiden Boston, Brill, 2021, p. 50. La Cour

Les juges prennent l'exemple suivant : un employeur licencie une femme transgenre ; si ce même employeur recrute une employée assignée de sexe féminin à la naissance qui s'identifie au genre féminin avec les mêmes compétences que l'employée licenciée, alors il « sanctionne intentionnellement une personne identifiée comme de sexe masculin à la naissance en raison de caractéristiques ou de comportements qu'il tolère chez une personne identifiée comme de sexe féminin à la naissance »¹⁴²⁴. Une différence de traitement fondée sur l'identité de genre ou la transidentité d'un individu implique donc nécessairement la prise en compte son sexe assigné à la naissance, ce qui peut caractériser une discrimination en raison du sexe au regard du Titre VII¹⁴²⁵. La mention explicite de l'identité de genre au sein de la loi n'est donc pas nécessaire, dans la mesure où une discrimination fondée sur l'identité de genre est une discrimination « à cause du sexe » de l'intéressé¹⁴²⁶.

315. Le raisonnement se distingue dès lors de la jurisprudence développée par les juridictions d'appel dans la décision *Smith v. City of Salem* de 2004, où le juge avait conclu à une discrimination fondée sur le sexe à l'encontre d'une femme trans en raison de sa non-conformité aux normes de genre du sexe masculin (*gender non-conformity doctrine*)¹⁴²⁷. Ici, la discrimination fondée sur le sexe n'est pas caractérisée au regard de la non-conformité des personnes trans au sexe qui leur a été assigné à la naissance (par exemple, pour un homme trans, avoir une apparence ou un comportement jugé efféminé) ; plutôt, la Cour suprême prend en compte la modification du sexe et de l'apparence des personnes trans, qui correspond à leur identité de genre¹⁴²⁸. En somme, il s'agit donc bien de protéger les personnes trans contre les discriminations fondées sur leur identité de genre via le motif de sexe¹⁴²⁹. Cette protection de

précise que la discrimination peut être caractérisée même si d'autres facteurs entrent en jeu : il suffit que le licenciement soit en partie fondé sur le sexe (*Bostock v. Clayton County*, Opinion of the Court, para. II. B).

¹⁴²⁴ *Bostock v. Clayton County*, Opinion of the Court, para. II. B).

¹⁴²⁵ *Ibid.* : « Un employeur qui licencie une personne en raison de son homosexualité ou de son identité transgenre la licencie pour des caractéristiques ou des comportements qu'il n'aurait pas remis en cause chez des personnes d'un autre sexe. Le sexe joue dans cette décision un rôle nécessaire et manifeste, précisément ce que prohibe le Titre VII » (Opinion of the Court, p.2) ; « Il est impossible de discriminer une personne en raison de son homosexualité ou de son identité transgenre sans opérer à son encontre une discrimination fondée sur le sexe » (Opinion of the Court, II. B).

¹⁴²⁶ À noter toutefois que ce raisonnement n'a pas fait l'unanimité au sein de la Cour : dans une opinion dissidente conjointe, les juges Alito et Thomas estiment que les juges majoritaires de la Cour suprême ont dépassé leur compétence pour se soustraire à l'autorité du législateur (Opinion dissidente du juge Thomas, 590 U.S. (2020) : « il n'existe qu'un seul terme pour qualifier ce qu'a fait la Cour aujourd'hui : une intervention de nature législative »). Pourtant, la méthode d'interprétation adoptée (approche textualiste) vise justement à limiter le rôle du juge en tant que « bouche de la loi » (à ce sujet, v. G. Calvès, « Le sens ordinaire du texte de la loi. L'arrêt *Bostock v. Clayton County* (Cour suprême des États-Unis, 15 juin 2020) », art. cit.).

¹⁴²⁷ Cour d'appel des États-Unis pour le 6^{ème} circuit, 5 août 2004, *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566, 568 (2004), v. *supra*.

¹⁴²⁸ N. Schoenbaum, « The New Law of Gender Nonconformity », art. cit, p. 882.

¹⁴²⁹ Cette jurisprudence est également appliquée au niveau fédéré : v. par ex. cette décision des juridictions de l'Illinois qui s'appuient sur la décision de la Cour suprême et concluent à une discrimination fondée sur le sexe de

l'autonomie individuelle ne se limite toutefois pas à interdire les discriminations fondées sur la seule *identité* revendiquée. Elle garantit également que les choix corporels associés à une forme d'expression de l'identité individuelle ne soient pas le fondement de discriminations.

§2. L'interdiction des discriminations fondées sur la dimension matérielle du sexe

316. Le mouvement de consécration d'un droit à l'autodétermination et l'attention accrue portée aux personnes LGBTI par le droit des droits humains se sont donc traduits, au sein du droit de la non-discrimination, par un enrichissement des outils antidiscriminatoires afin de saisir tant la spécificité des situations auxquelles elles sont confrontées, que la nécessité de protéger leur autonomie individuelle. En ce sens, en 2017, les Principes de Yogyakarta ont été actualisés dans un objectif d'inclusivité¹⁴³⁰, faisant notamment état « de développements significatifs dans le domaine du droit international des droits humains, [...] et dans la reconnaissance des violations souvent distinctes touchant des personnes en raison de leur expression de genre ou de leurs caractéristiques sexuelles »¹⁴³¹. Le texte recommande en ce sens aux États de « prendre des dispositions appropriées et efficaces pour éradiquer toutes formes [...] de discrimination [...] en raison de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'expression de genre ou des caractéristiques sexuelles »¹⁴³².

317. L'intégration de l'expression de genre et des caractéristiques sexuées comme motifs prohibés de discrimination, bien qu'encore au stade liminaire, contribue dès lors à amplifier davantage ce mouvement d'accompagnement par le paradigme antidiscriminatoire du développement du droit à l'autodétermination initié par le droit des droits humains. La protection du droit à l'autodétermination passe désormais aussi par une interdiction des discriminations fondées sur les manifestations extérieures du genre d'un individu, à savoir son expression de genre (A), mais aussi par une interdiction des discriminations à raison des caractéristiques sexuelles, visant spécifiquement les personnes intersexuées (B).

la part d'un employeur qui refusait à une employée trans l'accès aux toilettes pour femmes, sur le fondement du *Illinois Human Rights Act* (Cour d'appel de l'Illinois, second district, 13 août 2021, *Hobby Lobby Stores Inc. c. Meggan Sommerville and the Human Rights Commission*, n° 2-19-0362).

¹⁴³⁰ Principes de Yogyakarta +10, 2017.

¹⁴³¹ *Ibid.*, Introduction.

¹⁴³² Principes de Yogyakarta +10, 2017, Principe 30, para. B.

A. La protection de la libre expression de son genre

318. La tendance accrue à l'interdiction des discriminations fondées sur l'expression de genre est significative d'un pas supplémentaire vers la protection des individus à pouvoir disposer librement de leur sexe, puisqu'il est question ici de définir librement leur identité, et plus précisément, la manière dont ils souhaitent l'exprimer, sans subir de discrimination. La notion d'expression de genre a en effet été récemment intégrée au sein du droit positif¹⁴³³, notamment comme motif prohibé de discrimination au sein de certaines législations, faisant état d'une compréhension assurément plus riche de l'identité individuelle. La notion est clairement distinguée de celle de l'identité de genre, en ce qu'elle fait référence, selon un rapport de la Commission européenne sur la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées publié en 2012, à « la façon dont les individus manifestent l'identité de leur genre et à ce que perçoivent les autres »¹⁴³⁴. Plus précisément, les Principes de Yogyakarta, dans leur version actualisée de 2017, se réfèrent à « la façon qu'a chaque personne de présenter son genre à travers l'apparence physique – incluant vêtements, coiffures, accessoires, cosmétiques – ainsi que les manières, la parole, les modes de comportement, les noms et références personnelles », tout en précisant qu'elle « peut ou non refléter l'identité de genre d'une personne »¹⁴³⁵.

319. Si les deux notions sont intimement liées, elles sont donc néanmoins clairement distinguées afin de rendre compte de discriminations spécifiques subies par les personnes (qu'elles soient transgenres ou cisgenres) à raison de leur apparence ou encore de leur comportement, indépendamment de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle (c'est le cas, par exemple, d'un homme cisgenre harcelé sur son lieu de travail par ses collègues car sa démarche est jugée efféminée¹⁴³⁶, ou encore, d'une femme cisgenre harcelée dans les toilettes

¹⁴³³ Pour une analyse de l'apparition de la notion d'expression de genre en particulier au sein du droit anglo-américain, v. Kyle Kirkup, « The Origins of Gender Identity and Gender Expression in Anglo-American Legal Discourse », *The University of Toronto Law Journal*, 2018, vol. 68, n° 1, p. 105. L'auteur souligne par ailleurs que la notion est mobilisée au sein de différentes disciplines académiques depuis la fin du XX^{ème} siècle, par exemple en sociologie : dans une étude publiée en 1980 relative aux présentations de genre des enfants, Spencer E. Cahill distingue clairement entre l'expression de genre et l'identité de genre (*ibid.*, p. 103) ; c'est également le cas en philosophie avec les travaux de Judith Butler, et notamment son ouvrage *Trouble dans le genre* publié pour la première fois en 1990 (J. Butler, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*).

¹⁴³⁴ Commission européenne, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, 2012, p. 13.

¹⁴³⁵ Principes de Yogyakarta +10, 2017, Préambule. À noter que les Principes ont fait le choix d'intégrer la notion d'expression de genre dans la définition de l'identité de genre afin de faire en sorte que toute référence à l'identité de genre soit comprise comme incluant l'expression de genre comme motif de protection.

¹⁴³⁶ Pour d'autres illustrations dans le domaine de l'emploi, v. par ex. Conseil de l'Europe, *Diversity in the Workplace : a Sexual Orientation, Gender Identity or Expression and Sex Characteristics Approach*, 2021, 47 p.

publiques pour femmes car considérée comme étant un homme du fait de son apparence jugée masculine¹⁴³⁷). Face à cette spécificité de l'expression de genre, le paradigme antidiscriminatoire s'est donc doté d'un nouveau motif prohibé de discrimination destiné à protéger la libre manifestation des individus de leur identité indépendamment de leur sexe juridique. Cette évolution apparaît nécessaire dans la mesure où la visibilité de l'expression de genre par autrui peut rendre un individu plus vulnérable aux discriminations¹⁴³⁸, mais aussi, pour reprendre les mots de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, car « une telle mention confère à la loi une plus grande clarté technique et une précision accrue, tout en assurant une protection renforcée contre les actes discriminatoires susceptibles d'être fondés sur ces caractéristiques personnelles »¹⁴³⁹.

320. En ce sens, nombre d'instances s'emparent de la problématique des discriminations fondées sur l'expression de genre et, simultanément, encouragent les États à l'intégrer parmi la liste des motifs prohibés. Ainsi, à l'échelle européenne, l'Union européenne se dote en 2012 d'une directive dans laquelle l'expression de genre est explicitement mentionnée parmi la liste des motifs de non-discrimination¹⁴⁴⁰, et au sein du Conseil de l'Europe, diverses instances, comme l'Assemblée parlementaire, ont encouragé les États membres « à modifier, si nécessaire, [leur] législation anti-discrimination afin qu'elle couvre toutes les formes de discrimination, dans tous les domaines de la vie, fondées sur [...] l'expression de genre »¹⁴⁴¹. Au sein du système interaméricain, la Convention interaméricaine contre toutes les formes de

¹⁴³⁷ Exemple cité par Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, p. 36.

¹⁴³⁸ Ainsi, selon la Commission interaméricaine, « la difficulté fondamentale que pose l'expression de genre en tant que motif de discrimination réside dans le fait qu'il s'agit d'une forme visible d'expression personnelle qui, lorsqu'elle est perçue par autrui — en particulier dans des contextes où prévalent le rejet et les préjugés à l'égard des expressions non normatives — entraîne des réactions violentes ou discriminatoires » (Commission IDH, *Report on Trans and Gender-Diverse Persons and Their Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights*, 2020, OEA/Ser.L/V/II, para. 56).

¹⁴³⁹ *Ibid.*, para. 64.

¹⁴⁴⁰ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, para. (9) : « les victimes de la criminalité devraient être reconnues et traitées avec respect, tact et professionnalisme, sans discrimination d'aucune sorte fondée sur des motifs tels que la race, la couleur, l'origine ethnique ou sociale, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, l'opinion politique ou autre, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, le handicap, l'âge, le sexe, l'expression et l'identité de genre, l'orientation sexuelle, le statut de résident ou la santé ». Dans une résolution de 2018, le Parlement européen « prie instamment tous les États membres d'adopter des mesures similaires qui respectent et défendent le droit à l'identité de genre et l'expression de genre » (Résolution du Parlement européen du 1er mars 2018 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016, 1^{er} mars 2018, (2017/2125(INI), para. 39).

¹⁴⁴¹ APCE, *Lutte contre la recrudescence de la haine à l'encontre des personnes LGBTI en Europe*, 25 janvier 2022, Résolution 2417 (2022), para. 14.4 ; v. également en ce sens la position de la Commissaire aux droits de l'Homme, qui « soutient fermement l'inclusion de l'expression de genre dans les lois nationales sur la non-discrimination » (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, p. 37).

discrimination et d'intolérance adoptée le 6 juin 2013 devient le premier traité international à préciser explicitement que l'expression de genre fait partie des motifs prohibés de discrimination¹⁴⁴². Le même jour, puis à plusieurs reprises, l'Assemblée générale de l'OEA adopte une résolution dans laquelle elle encourage les États membres à adopter des politiques publiques contre les discriminations fondées sur l'expression de genre¹⁴⁴³, position suivie par la Commission interaméricaine¹⁴⁴⁴. De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme estime que le principe général de non-discrimination reconnu à l'article 1^{er} de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme doit s'interpréter comme protégeant également contre les discriminations fondées sur l'expression de genre¹⁴⁴⁵.

321. Aussi, à l'heure actuelle, un nombre croissant de législations nationales reconnaissent l'expression de genre comme un motif autonome de discrimination¹⁴⁴⁶, et notamment la Belgique¹⁴⁴⁷, la Bolivie¹⁴⁴⁸, le Canada¹⁴⁴⁹, le Chili¹⁴⁵⁰, la Croatie¹⁴⁵¹, le Danemark¹⁴⁵², ou encore la Finlande¹⁴⁵³. Si avant 2010, seulement deux États sur l'ensemble des pays de l'ONU

¹⁴⁴² Convention interaméricaine contre toutes les formes de discrimination et d'intolérance, 6 juin 2013, AG/RES. 2804 (XLIII-O/13), art. 1^{er}, al. 1^{er}.

¹⁴⁴³ Assemblée générale de l'OEA, 6 juin 2013, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), para. 1 ; Assemblée générale de l'OEA, 5 juin 2014, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), para. 2 ; Assemblée générale de l'OEA, 14 juin 2016, *Promotion and Protection of Human Rights*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), para. xix. 1. ; Assemblée générale de l'OEA, résolutions du 14 juin 2016 et 21 juin 2017, *Promotion and Protection of Human Rights*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) et AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), para. 1.

¹⁴⁴⁴ Commission IDH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 284 p., Recommandation 26.

¹⁴⁴⁵ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24/17, para. 79.

¹⁴⁴⁶ Sans toutefois avoir nécessairement attendu les recommandations des instances internationales en la matière ; il faut ainsi ici mentionner que la ville de New York est particulièrement précurseur, puisqu'elle ajoute le motif de l'expression de genre à une ordonnance relative à l'interdiction des discriminations dès l'année 2000 (K. Kirkup, « The Origins of Gender Identity and Gender Expression in Anglo-American Legal Discourse », art. cit, p. 105).

¹⁴⁴⁷ Loi portant modification de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 15 novembre 2022, art. 4.

¹⁴⁴⁸ Loi contre le racisme et toutes formes de discrimination (*Ley contra el racismo y toda forma de discriminación*), 2010, n° 45/2010, art. 5 (a) : le terme « expression de genre » n'est pas mentionné en tant que telle, mais la loi indique « l'apparence physique et vestimentaire » parmi les motifs prohibés (« *apariencia física, vestimenta* »).

¹⁴⁴⁹ *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and the Criminal Code*, 19 juin 2017, SC 2017, c. 13.

¹⁴⁵⁰ Loi établissant des mesures contre la discrimination (*Ley que establece medidas contra la discriminación*), n° 20.609, 24 juillet 2012, modifiée le 7 mai 2022, art. 2 et loi sur les garanties et la protection globale des droits de l'enfant et de l'adolescent (*Ley Sobre Garantías Y Protección Integral De Los Derechos De La Niñez Y Adolescencia*), 15 mars 2022, n° 21430, art. 8.

¹⁴⁵¹ Anti-discrimination Act, 2009, art. 1^{er}.

¹⁴⁵² Loi modifiant la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes (*Lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd*), 28 décembre 2021, n° 2591, art. 2.

¹⁴⁵³ *Act on Equality between Women and Men (Equality Act)*, modifié en 2015, n° 609/1986, section 1.

reconnaissaient le motif de l'expression de genre au sein de leurs lois interdisant les discriminations¹⁴⁵⁴, ils sont vingt à avoir intégré ce motif depuis lors¹⁴⁵⁵.

322. Ces données révèlent une évolution contrastée et une absence de consensus des ordres nationaux autour de la nécessité de reconnaître le motif de l'expression de genre, ce qui n'empêche pas nécessairement une protection contre les discriminations en la matière. Certaines juridictions s'appuient en effet sur des motifs de discrimination déjà prohibés pour aboutir à une protection de l'expression de genre. Ainsi, dans un arrêt de 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation condamnait un employeur pour avoir licencié un employé de sexe masculin au motif qu'il avait refusé de retirer, au cours de son service dans un restaurant, ses boucles d'oreilles. Or, selon la Cour, cela constitue une discrimination fondée sur « l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe »¹⁴⁵⁶. Il est dès lors possible de questionner l'intérêt et la pertinence de l'ajout du motif spécifique de l'expression de genre (d'autant plus dans un contexte où les listes de motifs prohibés de non-discrimination semblent s'étendre sans limite¹⁴⁵⁷) alors même que d'autres critères (et en particulier, comme le montre la Cour de cassation, celui de l'apparence physique) semblent déjà offrir une protection contre les discriminations qui visent les mêmes éléments¹⁴⁵⁸.

323. Dès lors, que ce soit via un motif spécifique ou non, les choix et préférences des individus quant à leur expression de genre sont protégés par le paradigme antidiscriminatoire ; le sexe juridique assigné à la naissance n'a ici pas d'importance : ce qui compte, ce sont les discriminations fondées sur la non-conformité aux normes de genre, indépendamment du sexe mentionné à l'état civil. Les individus sont ainsi libres de s'affranchir des normes associées au sexe qui leur a été assigné, accentuant encore davantage la distinction opérée entre le sexe juridique d'une part et la matérialité du corps d'autre part. Ce mouvement est confirmé par la protection des personnes intersexes contre les discriminations, dans la mesure où le droit

¹⁴⁵⁴ À savoir la Croatie et la Suède, v. Annexe. À noter néanmoins que la législation suédoise de 2008 prévoyait l'inclusion de « l'expression transgenre » comme motif de non-discrimination, semblant ainsi limiter la protection aux personnes trans (cité par Commission européenne, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, p. 74).

¹⁴⁵⁵ v. Annexe.

¹⁴⁵⁶ Cass., ch. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213. Pour une décision inverse à propos de faits identiques, v. cet arrêt de la Cour suprême de l'Iowa qui refuse de condamner le licenciement d'un employé pour ne pas avoir retiré ses boucles d'oreilles dans la mesure où « le fait de porter une boucle d'oreille n'est pas une caractéristique immuable » (Cour suprême de l'Iowa, 17 décembre 2003, *Pecenka v. Fareway stores, Inc.*, n° 154/02-1979).

¹⁴⁵⁷ Sur la multiplication des motifs prohibés de discrimination au regard de la logique antidiscriminatoire, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁴⁵⁸ Sur l'interdiction des discriminations fondées sur l'expression de genre en droit français, v. Jacques Ernst, *L'expression de genre comme critère de discrimination*, mémoire sous la dir. de Tatiana Gründler, Université Paris Nanterre, 2022. L'auteur estime notamment qu'au regard du cadre législatif français, la voie d'une interprétation extensive des déjà motifs prohibés pour inclure l'expression de genre serait préférable à celle de l'introduction du motif spécifique de l'expression de genre.

affirme que le sexe juridique ne saurait justifier des traitements discriminatoires à l'encontre de personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes attendues du sexe qui leur a été assigné à la naissance.

B. La protection de la libre définition de ses caractéristiques sexuées

324. L'interdiction des discriminations fondées sur les caractéristiques sexuées¹⁴⁵⁹ participe à la protection de la libre disposition par les individus de leur sexe juridique : le fait d'avoir un corps qui ne corresponde pas aux normes du féminin et du masculin et/ou de s'identifier comme intersexe¹⁴⁶⁰ ne saurait justifier des traitements discriminatoires. Or le même mouvement qu'en matière de protection contre les discriminations fondées sur l'identité de genre peut être observé, qui illustre que, malgré les différences de logiques mises en œuvre, le droit de la non-discrimination tend à protéger les personnes intersexes : soit via l'introduction d'un motif spécifique (caractéristiques sexuées ou encore statut intersexe) **(1)**, soit en mobilisant le motif du sexe comme intégrant la protection contre les discriminations à l'encontre des personnes intersexes **(2)**.

1. L'intégration du motif des caractéristiques sexuées

325. L'interdiction des discriminations à l'encontre des personnes intersexes nécessite, selon les organes de protection des droits humains, d'intégrer explicitement un motif dédié. Cette position s'est développée à partir des années 2010 à l'aune d'une reconnaissance accrue des discriminations subies par les personnes intersexes¹⁴⁶¹. La Commission interaméricaine souligne en ce sens, dans un rapport de 2015, que les personnes intersexes font partie des groupes – avec les hommes trans et les personnes bisexuelles – dont les violences sont les plus

¹⁴⁵⁹ Sur l'utilisation du terme caractéristiques sexuées préférée à celle de caractéristiques sexuelles, v. l'introduction de la présente thèse, note 16. Pour rappel, les caractéristiques sexuées renvoient aux « aspects physiques propres à chaque personne en matière de sexe, y compris les organes génitaux, l'anatomie sexuelle et reproductrice, les chromosomes, les hormones et les caractéristiques secondaires apparaissant à la puberté » (Principes de Yogyakarta +10, 2017, Préambule).

¹⁴⁶⁰ En effet, il est important de souligner qu'une personne intersexe ne s'identifie et ne revendique pas nécessairement une identité intersexe ; sur les possibilités pour les personnes concernées de « *se penser* intersexe », v. J.B. Charlebois, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? », art. cit.

¹⁴⁶¹ La prise en compte des personnes intersexes au niveau international est en effet relativement récente, et a débuté par la dénonciation de la pratique des opérations de conformation sexuée, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

invisibilisées¹⁴⁶². Aussi, selon un rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne publié en 2025, les personnes intersexes sont davantage exposées aux discriminations que les personnes LGBT, en particulier dans le domaine de l'emploi (38% des enquêtés), et constituent l'un des seuls groupes où une baisse significative des discriminations n'a pas été observée depuis la dernière enquête (61% des personnes intersexes interrogées affirment avoir été victimes de discrimination dans au moins un domaine de la vie en 2023¹⁴⁶³ ; elles étaient 62% en 2019¹⁴⁶⁴). Selon le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, cette invisibilisation, « le manque général de sensibilisation aux questions intersexes dans la société », ainsi que « l'absence de garanties spécifiques visant à protéger ces personnes contre les discriminations », favorise l'apparition d'actes discriminatoires à leur rencontre¹⁴⁶⁵ (qui ont été observés par différentes instances, que ce soit dans le domaine de l'accès aux soins¹⁴⁶⁶, aux services publics¹⁴⁶⁷, à l'éducation¹⁴⁶⁸ ou encore dans le sport¹⁴⁶⁹). En ce sens, les organes de protection des droits humains privilégient majoritairement l'introduction d'un motif spécifique de discrimination, à savoir celui des caractéristiques sexuées¹⁴⁷⁰.

326. Cette position se justifie tant par la volonté de rendre compte de la spécificité de leur situation, que de limiter la confusion avec les problématiques liées à la transidentité¹⁴⁷¹. Il s'agit alors de protéger les personnes intersexes contre les discriminations fondées sur une supposition

¹⁴⁶² Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, p. 74.

¹⁴⁶³ FRA, *Being intersex in the EU. EU LGBTIQ III Survey*, Vienne, septembre 2025, p. 13.

¹⁴⁶⁴ *Enquête de la FRA sur les personnes LGBTI : Questions et réponses concernant les principales conclusions de l'enquête sur les personnes LGBTI*, Vienne, FRA, Conseil de l'Europe, 2020).

¹⁴⁶⁵ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 45

¹⁴⁶⁶ HCDH, *Intersex Fact Sheet*, Free & Equal, p. 2.

¹⁴⁶⁷ Commission ADHP, *Résolution sur la Promotion et la Protection des droits des Personnes intersexuées en Afrique*, 7 mars 2023, CADHP-Res.552 (LXXIV).

¹⁴⁶⁸ Le Haut-Commissaire aux droits de l'Homme des Nations-Unies cite une étude menée en Australie qui révèle que 18% des personnes intersexes ont reçu une éducation seulement jusqu'à l'école primaire, contre 2% du reste de la population (HCDH, *Born free and equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, New York, 2019, p. 62).

¹⁴⁶⁹ HCDH, *Convergence de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur le genre dans le sport*, Rapport annuel, 15 juin 2020, A/HRC/44/26 ; Human Rights Watch, *"They're Chasing Us Away from Sport" Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes*, décembre 2020 ; ILGA-Europe, EL*C, TGEU, OII Europe, and EGLSF, *LBTI Women in Sport: Violence, Discrimination, and Lived Experiences*, août 2021.

¹⁴⁷⁰ Cela rejoint l'une des demandes formulées lors de la première rencontre de l'*African Intersex Movement* en 2017, qui souhaite voir « élaborer une législation anti-discrimination spécifique à l'intersexuation, en complément des autres motifs, et garantir une protection contre les discriminations intersectionnelles » (*Public Statement*, Johannesburg, 26 novembre 2017, [https://perma.cc/9R9N-6MZJ]).

¹⁴⁷¹ À titre d'exemple, la législation écossaise de 2009 considérait que le terme « identité transgenre » devait intégrer celui « d'intersexualité » (Scotland, *Offences (Aggravation by Prejudice) Act*, 3 juin 2009, para. 2 (8)). Les personnes intersexes sont aussi souvent considérées à tort comme des personnes non-binaires ; l'intersexuation est pourtant bien distincte de l'identité de genre : une personne intersexuée, tout comme une personne dyadique, peut avoir une identité de genre féminine, masculine, non-binaire, fluide, etc., indépendamment de ses caractéristiques sexuées.

de leur identité de genre du fait de leurs caractéristiques sexuées (par exemple, traiter différemment une personne intersexe car elle est supposée non-binaire¹⁴⁷²). En ce sens, dans son rapport annuel publié en 2015, le Haut-Commissaire aux droits de l'Homme n'encourage pas explicitement les États à intégrer le motif des caractéristiques sexuées au sein de leur législation antidiscriminatoire, mais les invite néanmoins à faire en sorte « qu'elle protège les personnes intersexuées contre la discrimination »¹⁴⁷³. En revanche, au niveau européen, le Commissaire aux droits de l'Homme recommande la même année de faire figurer les « caractéristiques sexuelles » comme « motif de discrimination interdit à part entière »¹⁴⁷⁴. De même, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe publie une résolution consacrée aux discriminations à l'égard des personnes intersexes en 2017 et invite les États membres « à veiller à ce que les lois antidiscrimination s'appliquent effectivement aux personnes intersexes et les protègent » notamment « en faisant en sorte d'interdire expressément la discrimination fondée sur les caractéristiques sexuelles »¹⁴⁷⁵. De son côté, le Parlement européen regrettait dans une résolution de 2019 que « les caractéristiques sexuelles ne soient pas reconnues comme un motif de discrimination dans l'ensemble de l'Union, et souligne dès lors l'importance de ce critère pour garantir l'accès à la justice des personnes intersexuées »¹⁴⁷⁶. De même, au sein du système africain de protection des droits humains, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a appelé les États parties à « interdire la discrimination fondée sur les caractères et caractéristiques intersexués ou la situation d'intersexualité »¹⁴⁷⁷.

327. Certains États ont d'ores et déjà franchi le pas et intégré un motif dédié spécifiquement à la protection des personnes intersexes contre les discriminations. En Australie par exemple, le *Sex Discrimination Act* permet depuis 2013 de prohiber toute discrimination fondée sur le

¹⁴⁷² Un autre exemple serait d'envisager la pratique des opérations de conformation sexuée comme une discrimination fondée sur les caractéristiques sexuées : une personne intersexuée est opérée afin de conformer ses organes génitaux aux normes du sexe féminin ou masculin, en supposant que son identité de genre coïncide avec ce sexe qui lui a été assigné à la naissance, ce qui restreint son droit à l'autodétermination et à l'intégrité physique.

¹⁴⁷³ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, Rapport annuel, 4 mai 2015, A/HRC/29/23, para. 79. c). De même, en 2020, il estime que les États devraient faire « en sorte que leur législation antidiscrimination soit propre à lutter contre la discrimination fondée [...] sur des variations du développement sexuel ou sur des caractéristiques sexuelles » (Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Convergence de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur le genre dans le sport*, Rapport annuel, 15 juin 2020, A/HRC/44/26, para. 54. b).

¹⁴⁷⁴ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, Recommandation 5.

¹⁴⁷⁵ APCE, 12 octobre 2017, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, Résolution 2191, para. 7.4 ; v. dans le même sens APCE, *Lutte contre la recrudescence de la haine à l'encontre des personnes LGBTI en Europe*, 25 janvier 2022, Résolution 2417 (2022), para. 14.4.

¹⁴⁷⁶ Parlement européen, 14 février 2019, Résolution sur les droits des personnes intersexuées, n° 2018/2878(RSP), para. 10.

¹⁴⁷⁷ Commission ADHP, Résolution sur la Promotion et la Protection des droits des Personnes intersexuées en Afrique, 7 mars 2023, CADHP-Res.552 (LXXIV), para. 5.

« statut intersexe » en matière d'emploi, d'éducation, ou encore d'accès au logement¹⁴⁷⁸. Le motif des caractéristiques sexuées (ou sexuelles) a également été ajouté dans les législations nationales en Belgique¹⁴⁷⁹, au Chili¹⁴⁸⁰, au Danemark¹⁴⁸¹, à Malte¹⁴⁸², au Portugal¹⁴⁸³ ou encore en Serbie¹⁴⁸⁴. Ainsi, en 2023, 19 États prévoient l'interdiction des discriminations fondées sur les caractéristiques sexuées (15 d'entre eux ont modifié leur législation depuis 2015)¹⁴⁸⁵. L'intégration du motif des caractéristiques sexuées au sein du paradigme antidiscriminatoire vise ainsi à offrir un arsenal juridique destiné à saisir les discriminations vécues spécifiquement par les personnes intersexes en raison de la matérialité de leur sexe, indépendamment de leur sexe juridique.

328. Néanmoins, ce raisonnement interroge pour au moins deux raisons. D'une part, pour reprendre l'analyse développée par Marie-Xavière Catto, il suggère que seules les personnes intersexes ont des caractéristiques sexuées qui présentent une variation du développement sexuel, ce qui permettrait de définir clairement ce groupe au sein de la population. Une telle perspective contribue, assurément, à renforcer l'idée qu'il existe des sexes féminin et masculin qui, eux, sont dans la norme¹⁴⁸⁶. D'autre part, tout comme la pertinence de l'insertion du motif de l'expression de genre a pu être discutée au regard des outils déjà en place¹⁴⁸⁷, certains auteurs soulignent que les personnes intersexes bénéficient déjà d'une protection contre les discriminations à raison d'autres motifs, et notamment de celui de l'identité de genre, bien plus intégré dans le paradigme antidiscriminatoire. Nikoletta Pikramenou souligne en ce sens que lorsqu'un enfant intersexe est assigné chirurgicalement et juridiquement à un sexe féminin ou masculin, il se voit aussi assigner une identité de genre qui peut ne pas correspondre à celle qu'il développera à l'âge adulte ; il s'agirait donc d'une discrimination fondée sur l'identité de genre *supposée* des personnes intersexes¹⁴⁸⁸. Cette interrogation est d'autant plus mise en

¹⁴⁷⁸ *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Bill*, 2013, n° 43.

¹⁴⁷⁹ Loi portant modification de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, et de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 15 novembre 2022, art. 4.

¹⁴⁸⁰ Loi sur les garanties et la protection globale des droits de l'enfant et de l'adolescent (*Ley Sobre Garantías Y Protección Integral De Los Derechos De La Niñez Y Adolescencia*), 15 mars 2022, loi n° 21430, art. 8.

¹⁴⁸¹ Loi modifiant la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes (*Lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd*), 28 décembre 2021, n° 2591, art. 2.

¹⁴⁸² Malte, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 14 avril 2015, n° XI of 2015.

¹⁴⁸³ Assembleia da Republica, Lei 38/2018, « *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa* » [<https://perma.cc/2R77-NUQC>].

¹⁴⁸⁴ Loi sur l'interdiction de la discrimination (*Zakon o Zabrani Diskriminacije*), art. 2, modifiée le 31 mars 2021.

¹⁴⁸⁵ V. Annexe.

¹⁴⁸⁶ M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 20. L'autrice suggère en ce sens d'adopter une interprétation du motif des caractéristiques sexuées qui s'applique à l'ensemble des individus ; sur cette proposition, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁴⁸⁷ V. *supra*.

¹⁴⁸⁸ N. Pikramenou, *Intersex Rights*, op. cit., p. 51.

lumière au regard de la pratique jurisprudentielle qui semble, sans difficulté, mobiliser le motif de sexe afin de garantir la protection des personnes intersexes contre les discriminations.

2. Le recours à des motifs existants

329. Les outils de lutte contre les discriminations peuvent-ils s'appliquer aux personnes intersexes, en dehors de l'introduction d'un motif spécifique¹⁴⁸⁹ ? C'est ce que suggère tant le Comité des Ministres¹⁴⁹⁰ que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui précise que lorsque le motif des caractéristiques sexuelles n'est pas mentionné au sein de leur législation, les États membres doivent se servir des outils déjà existants et sensibiliser « les avocats, la police, les procureurs, les juges et tous les autres professionnels compétents, ainsi que les personnes intersexes sur la possibilité de réagir aux actes de discrimination à leur égard en invoquant une discrimination fondée sur le sexe ou encore “sur tout autre motif ” »¹⁴⁹¹. Il semble en effet que l'un ou l'autre de ces outils puisse être mobilisé.

330. En ce sens, l'Afrique du Sud devint, en 2005 le premier pays à inclure une référence aux personnes intersexes dans sa législation, en précisant que le terme sexe mentionné au sein de la loi de 2000 sur la promotion de l'égalité et la prévention de la discrimination injuste englobe la protection des personnes intersexes¹⁴⁹². Au niveau des instances de protection des droits humains, l'Agence des droits fondamentaux recommande depuis 2015 d'utiliser le motif du sexe de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux afin de protéger les personnes intersexes¹⁴⁹³, et dans le même sens, en Nouvelle-Zélande, la Commission des droits de l'Homme affirme qu'elle « accepte les plaintes pour discrimination illégale contre les personnes intersexuées en raison de leur “sexe” »¹⁴⁹⁴.

331. Certaines juridictions ont par ailleurs explicitement affirmé que le motif de sexe protège effectivement les personnes intersexes, comme la Haute Cour du Kenya qui, dans l'affaire

¹⁴⁸⁹ Il s'agit ici de s'intéresser aux cas où la discrimination est fondée sur les caractéristiques sexuelles ou le statut intersexe de la personne ; autrement, les autres motifs pourront en principe être mobilisés comme pour l'ensemble des individus, par exemple si une femme intersexe lesbienne est discriminée en raison de son orientation sexuelle.

¹⁴⁹⁰ Comité des Ministres, Recommandation aux États membres sur l'égalité des droits des personnes intersexes, 7 octobre 2025, CM/Rec(2025)7, Annexe, para. 20 : « Lorsque l'expression “caractéristiques sexuelles” n'est pas explicitement mentionnée dans la législation sur l'égalité et la non-discrimination, les États membres devraient veiller à ce que les personnes intersexes soient protégées au titre des motifs existants ».

¹⁴⁹¹ APCE, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, prec., para. 7.4.

¹⁴⁹² *Judicial Matters Amendment Act*, 2005, cité par Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 47.

¹⁴⁹³ FRA, *The Fundamental Rights Situation of Intersex People*, Autriche, avril 2015, p. 3.

¹⁴⁹⁴ Cité par N. Pikramenou, *Intersex Rights*, op. cit., p. 119.

Baby A de 2014, interprète les dispositions constitutionnelles relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe comme devant inclure les personnes intersexuées¹⁴⁹⁵. Plus récemment, ce même raisonnement a été adopté par la Cour de Strasbourg dans la décision *Semenya c. Suisse*, où elle conclut pour la première fois, en 2023, à une violation du droit à la non-discrimination d'une personne intersexe¹⁴⁹⁶. Il était question en l'espèce de l'application du règlement de la fédération internationale d'athlétisme *World Athletics* relatif aux athlètes « présentant des différences du développement sexuel » (DSD) à Caster Semenya, athlète sud-africaine spécialiste de l'épreuve du 800 mètres¹⁴⁹⁷. Après avoir saisi les juridictions compétentes afin de dénoncer le caractère discriminatoire du règlement¹⁴⁹⁸, elle forma un recours devant la Cour européenne pour violation notamment de l'article 14 de la Convention. Le juge conclut à la violation de l'article 14 (combiné à l'article 8) dans la mesure où l'État n'a pas été en mesure de protéger l'athlète contre une discrimination fondée sur ses caractéristiques sexuelles, « notion qui est couverte, à n'en pas douter », par l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe¹⁴⁹⁹. Par ailleurs, en dehors de ces arrêts où les juridictions se sont prononcées explicitement sur la question, l'interprétation du motif de sexe semble être suffisamment large pour laisser penser que les personnes intersexes sont protégées par cette disposition.

332. C'est le cas notamment au sein de la jurisprudence de l'Union européenne, la Cour de justice ayant reconnu en 1996 que les discriminations fondées sur le sexe incluent également celles à raison du changement de sexe des individus, et protège donc les personnes trans¹⁵⁰⁰. Cette interprétation extensive du motif de sexe laisse penser que les caractéristiques sexuelles

¹⁴⁹⁵ V. l'affaire *Baby A* : en l'espèce, la requérante demandait l'introduction d'une troisième catégorie de sexe sur les actes de naissance afin de reconnaître la naissance des enfants intersexes ; si la Cour refuse d'exiger du législateur la création de cette catégorie, elle reconnaît néanmoins que l'interdiction constitutionnelle des discriminations fondées sur le sexe protège les personnes intersexes : Haute Cour du Kenya, 5 décembre 2014, *Baby A v. Attorney General*, n° 266, cité par M.W. Kuria et S.G. Maranya, « The Legal Impunity for Gender-Based Violence Against Intersex, Transgender, and Gender Diverse Persons in Kenya », art. cit.

¹⁴⁹⁶ Cour EDH, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21.

¹⁴⁹⁷ Pour un commentaire de l'arrêt, v. Lena Holzer, « The European Court of Human Rights in the Caster Semenya Case: Opening a New Door for Protecting the Rights of Persons with Variations of Sex Characteristics and Human Rights in Sports », *Opinio Juris*, 8 août 2023. [<https://perma.cc/67Y3-92BE>] ; Julie Mattiussi, « Discrimination d'une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », *Recueil Dalloz*, septembre 2023, n° 32, p. 1684-1687. Nous nous permettons également de renvoyer à Audrey Boisgontier et Clément Lanier, « La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2 octobre 2023.

¹⁴⁹⁸ Caster Semenya avait dans un premier temps déposé une requête d'arbitrage devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), lequel avait validé le règlement (TAS, 30 avril 2019, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ IAAF*, 2018 /O/5794 & 5798) ; la requérante avait alors formé un recours devant les juridictions suisses, lesquelles avaient également autorisé le maintien du règlement sportif (Tribunal fédéral suisse, 25 août 2020, *Semenya et Athletics South Africa c/ IAAF*, n° 4A_248/18 et 4A_388/18).

¹⁴⁹⁹ *Semenya c. Suisse*, para. 158. À noter que par la suite, la Grande chambre s'est prononcée sur l'affaire, et a rendu un arrêt dans lequel elle conclut uniquement à la violation du droit au procès équitable de la requérante, protégé par l'article 6 de la Convention (Cour EDH (GC), 10 juillet 2025, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21).

¹⁵⁰⁰ V. *supra*, CJUE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall Country Council*, C-13/94.

pourraient au même titre être englobées dans cette jurisprudence. Cette même analyse peut être formulée vis-à-vis de la jurisprudence états-unienne relative au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, qui protège les individus contre les discriminations fondées sur le sexe en matière d'emploi. Si la Cour suprême des États-Unis n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur les discriminations à l'encontre des personnes intersexes¹⁵⁰¹, l'hypothèse de leur protection via le motif du sexe peut toutefois être formulée au regard de l'arrêt *Bostock v. Clayton County* du 15 juin 2020¹⁵⁰² dans lequel le juge reconnaît que le motif du sexe protège les personnes trans¹⁵⁰³. En effet, les juges de la Cour suprême interprètent le motif du sexe comme faisant référence « seulement aux différences biologiques entre les hommes et les femmes »¹⁵⁰⁴, c'est-à-dire, aux caractéristiques sexuées des individus : une discrimination à raison de l'intersexuation d'une personne constituerait alors une discrimination à partir de ses caractéristiques sexuées, et relèverait donc bien d'une discrimination fondée sur le sexe¹⁵⁰⁵.

333. Enfin, l'utilisation du motif « toute autre situation », présent au sein des législations dont la liste des motifs prohibés de discrimination est dite « ouverte », semble également pouvoir être mobilisé. Cette perspective est toutefois peu souhaitable selon l'Agence pour les droits fondamentaux de l'UE, puisqu'elle risquerait de participer à « l'invisibilisation sociale et juridique » de la question intersexe¹⁵⁰⁶ et de certains actes de discrimination spécifiques aux personnes intersexes¹⁵⁰⁷. Elle semble également peu probable aux yeux de la juriste Nikoletta Pikramenou, précisément au regard de cette particulière invisibilisation de la situation des personnes intersexuées dans la grande majorité des États¹⁵⁰⁸. On remarque dès lors qu'une

¹⁵⁰¹ Pour une jurisprudence à ce sujet au sein des tribunaux fédéraux, v. *supra* Cour de district des États-Unis pour le district Est de Pennsylvanie, 24 avril 1987, *Wood v. CG Studios, Inc.*, 660 F. Supp. 176 (refus de considérer une discrimination contre une personne intersexuée comme une discrimination fondée sur le sexe) ; v. également Cour de district des États-Unis pour le district du Wyoming, 18 février 2004, *Dimarco v. Wyoming Department of Corrections*, 300 F. Supp. 2d 1183 (une personne intersexuée ne fait pas partie des groupes protégés au titre du XIV^{ème} amendement de la Constitution, et ne peut donc prétendre à une discrimination fondée sur le sexe) et Cour de district des États-Unis pour le district du New Jersey, 11 avril 2011, *Hughes v. Home Depot, Inc.*, 804 F. Supp. 2d 223 (la Cour qualifie le harcèlement vécu par une employée intersexe sur son lieu de travail comme harcèlement en raison de son sexe).

¹⁵⁰² V. *supra*, SCOTUS, 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County*, n° 17–1618.

¹⁵⁰³ Avant cet arrêt, certains auteurs préconisaient l'utilisation du motif du sexe afin de protéger les personnes intersexuées contre les discriminations via le développement d'une jurisprudence basée sur la « non-conformité anatomique » (*anatomical nonconformity*), par analogie avec la doctrine de la non-conformité de genre (*gender nonconformity doctrine*) développée dans la décision *Price Waterhouse* afin d'inclure les personnes trans dans la prohibition des discriminations fondées sur le sexe (v. *supra* et M.E. Berghausen, « Intersex Employment Discrimination », art. cit, p. 1307).

¹⁵⁰⁴ *Bostock v. Clayton County*, préc., para. II. A.

¹⁵⁰⁵ S. Parry, « Sex Trait Discrimination: Intersex People and Title VII After *Bostock v. Clayton County* », art. cit, p. 1170.

¹⁵⁰⁶ FRA, *The Fundamental Rights Situation of Intersex People*, Autriche, avril 2015, p. 4.

¹⁵⁰⁷ FRA, *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU*, Luxembourg, 2015, p. 72.

¹⁵⁰⁸ N. Pikramenou, *Intersex Rights*, op. cit., p. 207.

pluralité d'outils sont mobilisés (ou tendent à pouvoir l'être) par le droit de la non-discrimination afin de protéger les individus contre les discriminations fondées sur leur sexe matériel, indépendamment de leur sexe juridique.

Conclusion du Chapitre 2

334. Le sexe du droit de la non-discrimination a été en proie à une évolution considérable. Alors que son intégration comme motif prohibé de discrimination destiné à favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes a pu faire l'objet de vives résistances, il est désormais mobilisé afin de protéger les individus contre les discriminations fondées sur leur identité de genre. Si cette évolution participe d'un mouvement plus large d'accompagnement d'un droit à l'autodétermination développé par le droit des droits humains, il faut également y avoir l'aboutissement d'un processus de reconfiguration du sexe juridique. Le sexe cesse d'être appréhendé comme un simple attribut, dont l'assignation ne fait que refléter son caractère donné ; au contraire, il est enrichi d'une dimension identitaire, qui reconnaît la possibilité aux individus de déterminer par eux-mêmes leur sexe. On l'a vu, l'identité est clairement distinguée de la matérialité des corps, qui bénéficie elle aussi d'une protection au regard des choix individuels. Le droit de la non-discrimination apparaît comme le lieu privilégié de cette mutation conceptuelle du sexe juridique : en se fixant pour objectif d'interdire toute différenciation illégitime qui ferait obstacle au principe d'égalité, il s'empare des dimensions multiples du sexe, et s'assure que chacun de ses aspects (tant identitaire que matériel) ne soit le fondement d'une discrimination.

Conclusion du Titre 2

335. Tant le droit des droits humains que le droit de la non-discrimination ont contribué à bousculer la logique de sexuation de la personne juridique qui s'était jusqu'alors développée à partir d'un principe d'hétéronomie. Alors que le sexe juridique n'était conçu que comme une catégorie destinée à rendre compte d'une donnée naturelle et pré-légale, ces deux paradigmes ont, chacun à leur manière, développé un cadre herméneutique qui accorde une place déterminante à l'autonomie individuelle bousculant le principe d'intangibilité. D'abord, le droit des droits humains, en consacrant un droit à l'autodétermination, à savoir un droit pour les individus de faire reconnaître juridiquement par l'État leur sexe revendiqué à partir de leur identité de genre ; ensuite, le droit de la non-discrimination, en mobilisant le motif de sexe comme outil suffisamment souple pour interdire les discriminations fondées sur les choix individuels relatifs à cette identité, tout en créant en parallèle des motifs supplémentaires destinés à saisir la multitude de composantes qui en découle. Selon Xavier Bioy, cette interdiction des discriminations sur une multitude de caractéristiques participe à concrétiser le sujet de droit, le faisant « disparaître [...] comme abstraction »¹⁵⁰⁹.

336. On remarque en effet que les rapports entre la personne juridique et l'individu concret se trouvent par là même reconfigurés. Initialement, l'État s'appuie sur une logique hétéronome afin de s'assurer que la personne juridique, bien qu'essentiellement une fiction du droit, soit modelée à partir de l'être humain auquel elle est rattachée. Un rapport de concordance lie ainsi la personne juridique et la matérialité du corps. Avec l'avènement de ce paradigme autonomiste, la personne juridique demeure étroitement liée à l'individu concret, mais le lien est déplacé : ce n'est plus exclusivement le corps qui fonde ce rapport de correspondance entre ces deux entités, mais aussi la volonté individuelle. En somme, l'individu participe, par l'expression de sa volonté, à façonner lui-même sa personne juridique, indépendamment de son corps. La concrétisation de la personne juridique – qui n'en demeure pas moins une abstraction du droit – repose désormais aussi sur l'expression de la volonté individuelle.

¹⁵⁰⁹ X. Bioy, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination », art. cit, p. 74.

Conclusion de la Partie 1

337. Les développements qui précèdent ont démontré que la catégorie juridique de sexe a été en proie à une évolution remarquable. Initialement construite comme une catégorie intangible, destinée uniquement à servir les propres intérêts souverains de l'État, la catégorie de sexe devient progressivement, à travers les développements formulés sur la scène internationale tant par le droit des droits humains que le droit de la non-discrimination, une catégorie dont les individus peuvent se saisir. Le sexe juridique n'est alors plus seulement un élément assigné de manière hétéronome à la naissance, visant à l'identification des sujets ; il devient aussi, au nom du droit au respect de la vie privée dont découle un droit à l'autodétermination, partie intégrante de l'identité des individus. Dès lors, cela suppose une protection des choix des individus quant à la construction de leur propre identité. L'assignation à un sexe juridique ne saurait justifier des atteintes à cette libre disposition, quand bien même celle-ci s'exerce dans les limites du cadre fixé par l'État. En somme, pour reprendre notre hypothèse de départ, la catégorie de sexe est bien constitutive du contrat social : le droit la maintient comme élément indispensable à la vie en société, à la régulation de l'ordre social.

338. Car en effet, en dépit de cette autonomisation, le sexe demeure, paradoxalement, un élément central et indispensable au bon fonctionnement de l'ordre juridique. Autrement dit, quand bien même la dimension identitaire du sexe est admise et implique désormais le droit pour l'individu de le définir librement, le sexe n'en reste pas moins un concept juridique, c'est-à-dire un outil mobilisé par le droit à visée normative. Or tous « les concepts juridiques sont, par essence même, chargés, pétris, d'idéologie » en ce qu'ils « véhiculent nécessairement un ensemble de représentations établissant le bien-fondé de l'ordre social et politique »¹⁵¹⁰. C'est dans cette direction qu'on souhaite porter désormais l'analyse, afin de faire la lumière sur la face cachée ou dissimulée du droit à l'autodétermination : on éprouvera alors l'hypothèse selon laquelle, loin de s'en tenir à la reconnaissance pour les individus d'un droit à définir les détails de leur identité, il participe au maintien du système au sein duquel le sexe, comme idéologie, est un élément *nécessaire* à l'ordre juridique, nécessité commandée par l'ordre du genre. C'est donc cette hypothèse du sexe comme idéologie qu'on se propose d'explorer dans une seconde partie.

¹⁵¹⁰ J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit, p. 49.

PARTIE 2 : LE SEXE COMME IDÉOLOGIE

339. La catégorie de sexe a donc évolué au prisme d'un paradigme autonomiste. Alors que le sexe juridique a été façonné par l'État à partir d'une logique strictement hétéronome (en ce qu'il est au fondement même du maintien de l'ordre social), les individus se sont progressivement vus reconnaître un droit à disposer de leur sexe. C'est en ce sens que le principe d'intangibilité a été renversé pour permettre une modification du sexe mentionné à l'état civil. Est-ce à dire pour autant que cette libre disposition nouvellement consacrée est la traduction d'une redéfinition du contrat social, dans la mesure où elle affaiblit ou relativise la pleine capacité du droit à définir de manière souveraine un sexe juridique pour chaque individu ?

340. Il semble au contraire que le droit à l'autodétermination s'insère parfaitement dans cette logique contractualiste ; il ne remet en effet nullement en cause la nécessité première de l'assignation à un sexe juridique qu'elle affirme. La forme de libre disposition de leur sexe reconnue aux individus ne vaut que pour autant qu'elle s'exerce dans le cadre des limites imposées par l'État et sans jamais remettre en question le principe de la contrainte de la sexuation de la personne. C'est ainsi que Muriel Fabre-Magnan souligne que « le rôle du droit ne peut pas être d'entériner purement et simplement les volontés individuelles »¹⁵¹¹ et poursuit en notant qu'« en l'absence totale d'hétéronomie dans l'attribution du sexe, il n'y a pas de sens à en faire une notion juridique »¹⁵¹². En d'autres termes, la consécration du droit à l'autodétermination préserve et fait subsister une part d'hétéronomie, qui s'exprime par exemple à travers les conditions imposées pour accéder à une demande de modification de la mention du sexe. Le contrat social est donc intact, puisque l'État conserve *in fine* le contrôle de la catégorie de sexe comme élément à la base du système juridique.

341. La seconde partie de cette thèse propose d'explorer la double hypothèse suivante : derrière ce maintien impératif du sexe juridique se cache une idéologie, dont dépend le maintien d'un contrat en réalité « sexuel »¹⁵¹³ ; et cette idéologie, c'est le sexe lui-même¹⁵¹⁴. Cette hypothèse s'appuie sur les travaux de la politologue Carole Pateman, qui a théorisé en 1988 ce « contrat sexuel » : elle suggère que le pacte dont il est question dans le contrat social est conclu par les hommes, puisque les conditions envisagées dans le contrat sont dépendantes, en amont,

¹⁵¹¹ Muriel Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2023, 241 p.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 243.

¹⁵¹³ Carole Pateman, *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte, 2010, 332 p.

¹⁵¹⁴ Pour plus de développements sur cette hypothèse du sexe comme idéologie, v. l'introduction de la présente thèse.

d'un contrat sexuel¹⁵¹⁵ par lequel les femmes ont été assignées à une sphère privée (où l'on retrouve le travail reproductif notamment¹⁵¹⁶), qui est la condition même de l'existence d'une sphère publique et politique dominée par les hommes. Le contrat social participe donc à la construction de la différence des sexes¹⁵¹⁷, et même, « constitue [...] le sexe lui-même »¹⁵¹⁸. Dès lors, ce qui serait menacé par une totale liberté pour les individus de déterminer leur sexe (hypothèse d'une suppression du sexe juridique) serait le maintien d'un ordre social et juridique entièrement construit sur ce mécanisme de sexuation, maintenant en place le contrat sexuel et par-là un système patriarcal. Le contrat sexuel permet donc de voir le sexe sous un nouveau jour : il n'est pas, comme l'affirment les théories contractualistes classiques, un « déjà-là » que l'État ne fait que constater (c'est ce qui justifie son assignation hétéronome). Au contraire, le sexe est une *idéologie* sur laquelle repose le contrat sexuel ; en effet, le sexe n'existe pas en soi, il est une idée (un « point idéal »¹⁵¹⁹) qui sert de fondement à la structure de l'ordre juridique. Autrement dit, le droit ne se contente pas de créer une catégorie juridique (la catégorie de sexe) à partir d'une donnée prédiscursive (ou qui précède le discours du droit, sur le mode d'un « régime de vérité »¹⁵²⁰) ; bien au-delà, cette catégorie qu'il crée est le « vecteur »¹⁵²¹ de l'idéologie du sexe, et plus précisément, de l'idéologie *totalisante* du sexe¹⁵²².

342. Le droit à l'autodétermination se déploie donc parfaitement au sein d'un cadre qui repose sur la différence des sexes, en tant que condition du contrat sexuel. Le binarisme sexuel serait un principe organisant naturellement la répartition des individus en deux catégories, féminin et masculin, et cette différence est, on l'a vu¹⁵²³, le résultat de l'ordre du genre. Il produit l'illusion selon laquelle la binarité (et avec elle, l'hétérosexualité) est une norme naturelle. Le droit à l'autodétermination n'emporte donc pas nécessairement un dépassement de la binarité, et peut au contraire s'en accommoder (**Titre 1**). Surtout, même lorsque cette structure tend à être dépassée (via la reconnaissance d'un sexe neutre par exemple), le système de sexe reste bien en place. L'ordre du genre ne se contente donc pas seulement de façonner le sexe à partir du

¹⁵¹⁵ C. Pateman, *Le contrat sexuel*, op. cit.

¹⁵¹⁶ Stéphanie Hennette-Vauchez, Diane Roman et Serge Slama, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 7 juillet 2022.

¹⁵¹⁷ I. Théry, *La distinction de sexe*, op. cit., p. 56 ; Laura Lee Downs, « Le genre est partout », *Travail, genre et sociétés*, 2009, vol. 21, n° 1, p. 155-166.

¹⁵¹⁸ Éric Fassin, « Postface. Le contrat racial et la racialisation du contrat sexuel » dans *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte, 2010, p. 320.

¹⁵¹⁹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 205 et s.

¹⁵²⁰ Michel Foucault, *Dits et écrits: 1954-1988*, Paris, Gallimard, 1994, p. 112.

¹⁵²¹ J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit, p. 52.

¹⁵²² V. l'introduction de la présente thèse.

¹⁵²³ V. l'introduction de la présente thèse.

binarisme sexuel. Bien plus, il produit l'idée de sexe elle-même, c'est-à-dire une idéologie selon laquelle la sexuation des personnes est nécessaire à l'ordre juridique. Et c'est précisément en ce sens que la catégorie juridique de sexe est maintenue : elle est prisonnière de l'idéologie totalisante du sexe. Il s'agit alors de prendre au sérieux cette hypothèse du sexe comme idéologie, et d'envisager en quoi elle pourrait amener à un changement de paradigme : celui d'un ordre juridique au sein duquel la personne n'est pas sexuée (**Titre 2**).

Titre 1 : Un droit à l'autodétermination sous l'emprise du genre

Titre 2 : Un droit à l'autodétermination affranchi de l'idéologie du sexe

Titre 1 : Un droit à l'autodétermination sous l'emprise du genre

343. Les évolutions observées en matière de droit à l'autodétermination (droit à la modification de la mention du sexe juridique notamment) font l'objet de nombreuses critiques. Comme l'avait observé Yan Thomas, « de toute part [...] se multiplient les attaques contre la toute-puissance que le droit aurait attribuée, sous la catégorie moderne de sujet de droit, à l'individu maître de soi-même et de la nature »¹⁵²⁴. Nombreux sont ceux qui pointent les « dangers d'un droit à l'auto-institution » du sujet¹⁵²⁵. Selon Dominique Schnapper par exemple, « en niant les dimensions biologiques de l'existence humaine [...], on risque d'en venir à remettre en cause en même temps les nécessités, les repères et les contraintes inhérentes à la vie collective de toute société »¹⁵²⁶. La faute est volontiers rejetée sur le droit des droits humains qui, en tant que « superstructure déterminante »¹⁵²⁷, aurait contribué à affaiblir « gravement l'ordre symbolique »¹⁵²⁸. Le droit à l'autodétermination ne serait autre chose, pour reprendre les mots de Bertrand Mathieu, qu'une véritable « source de désagrégation sociale », puisque « l'individu demande à la société de reconnaître comme norme ce qui n'est que son désir »¹⁵²⁹. Pourtant, le droit à l'autodétermination a-t-il vraiment conduit à un système où « l'État se borne à officialiser un choix personnel et à le protéger »¹⁵³⁰ ?

344. Les développements qui suivent tendent à montrer, bien au contraire, que l'ordre juridique tout entier, et avec lui le droit à l'autodétermination, est ancré au sein de l'ordre du genre qui « est antonymique au déploiement de la liberté individuelle », en ce sens qu'il opère d'abord comme une limite opposée à cette dernière¹⁵³¹. On s'appuie ici sur l'hypothèse développée par Stéphanie Hennette-Vachez et Ruth Rubio-Marín de la « co-production » de la personne par l'ordre juridique *et* l'ordre du genre¹⁵³². Ce dernier produit une naturalisation de la catégorie de

¹⁵²⁴ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 85.

¹⁵²⁵ Hélène Hurpy, « L'identité et le corps », *La Revue des droits de l'homme*, 30 novembre 2015, n° 8.

¹⁵²⁶ Dominique Schnapper, « Sur la critique radicale », *Commentaire*, 2024, Numéro 186, n° 2, p. 334.

¹⁵²⁷ Éric Desmons, « Les mutants de Panurge. “Iel est un autre” », *Droits*, 2022, vol. 75, n° 1, p. 311-317.

¹⁵²⁸ P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », art. cit.

¹⁵²⁹ Bertrand Mathieu, « Les droits fondamentaux, tels qu'invoqués aujourd'hui, affaiblissent la démocratie », *Petites affiches*, 13 novembre 2017, n° 226, p. 4 ; v. aussi Bertrand Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, LGDJ, 2017, p. 153.

¹⁵³⁰ É. Desmons, « Les mutants de Panurge. “Iel est un autre” », art. cit.

¹⁵³¹ S. Hennette-Vachez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 114.

¹⁵³² S. Hennette-Vachez et R. Rubio-Marín, « Introduction », art. cit. ; v. également S. Hennette-Vachez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 166.

sexe à partir du principe de la binarité des sexes¹⁵³³, qui découle du régime de l'hétérosexualité. En effet, pour le dire avec Marie-Xavière Catto, « l'hétérosexualité est le projet qui justifie en amont pour tous l'assignation sexuée »¹⁵³⁴. Ce lien entre hétérosexualité et binarité des sexes a été théorisé notamment par Monique Wittig, pour qui « la catégorie de sexe est le produit de la société hétérosexuelle dans laquelle les hommes s'approprient pour eux-mêmes la reproduction et la production des femmes »¹⁵³⁵. L'autrice théorise l'hétérosexualité comme système politique qui « fait de la différence des sexes une différence naturelle et non une différence culturelle »¹⁵³⁶. Autrement dit, la naturalisation de la binarité des sexes découle elle-même de la naturalisation de l'hétérosexualité comme contrainte sociale : c'est ce que Monique Wittig nomme le « contrat hétérosexuel », pour désigner le fait que « vivre en société, c'est vivre en hétérosexualité »¹⁵³⁷. La bicatégorisation apparaît alors comme le versant classificatoire de l'hétérosexualité. Elle permet en effet son maintien institutionnel en légitimant la différenciation des individus à partir de deux sexes complémentaires, et établit ainsi « comme “naturelle” la relation qui est à la base de la société (hétérosexuelle) »¹⁵³⁸.

345. Ces deux normes (hétérosexualité et binarité des sexes) produites simultanément par l'ordre juridique et l'ordre du genre sont ici envisagées comme des cadres herméneutiques, à savoir comme des structures interprétatives des normes juridiques, fondées sur un ensemble de présupposés (en l'occurrence, la dimension naturelle de l'hétérosexualité et de la binarité des sexes). Autrement dit, ces cadres de l'herméneutique juridique ne commandent pas simplement l'instauration et le maintien de certaines normes, mais participent plus fondamentalement à maintenir un système de pensée autour duquel s'articule l'ensemble du droit. Le cadre hétéronormatif dans lequel s'exerce le droit à l'autodétermination doit d'abord être analysé afin de montrer qu'il participe de la naturalisation de la différence entre les sexes. En d'autres termes, l'hétérosexualité comme norme privilégiée structure la libre disposition par les individus de leur sexe juridique (**Chapitre 1**). Et si ce dernier apparaît uniquement sous la forme de la bicatégorisation, c'est qu'il vient au soutien de ce régime hétérosexuel institutionnalisé.

¹⁵³³ V. l'introduction de la présente thèse.

¹⁵³⁴ Marie-Xavière Catto, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », *RDLF*, 2016, n° 18.

¹⁵³⁵ Monique Wittig, *La pensée straight*, Paris, Éditions Amsterdam, 2018, p. 48. S'appuyant sur les travaux de Michel Foucault, Judith Butler souligne que « la catégorie de sexe est elle-même construite par un régime de sexualité historiquement singulier et ce avant toute catégorisation de la différence sexuelle » (J. Butler, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*).

¹⁵³⁶ M. Wittig, *La pensée straight*, *op. cit.*, p. 105 ; v. dans le même sens Diane Richardson, *Theorising Heterosexuality: Telling It Straight*, Buckingham, Open University Press, 1996, p. 2 (« L'hétérosexualité est une catégorie structurée par la division de genre et qui tire également son sens de ces divisions de genre »).

¹⁵³⁷ M. Wittig, *La pensée straight*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 48.

On retrouve alors là aussi une limite du droit à l'autodétermination par les individus, dans la mesure où il s'interprète uniquement à l'aune du binarisme sexuel (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le sexe conditionné à l'hétéronormativité

Chapitre 2 : Le sexe restreint à la bicatégorisation

Chapitre 1 : Le sexe conditionné à l'hétéronormativité

346. Ce chapitre a pour objet de démontrer l'ancrage de l'ordre juridique, et avec lui du droit à l'autodétermination, au sein d'un cadre hétéronormé. Autrement dit, la libre disposition du sexe telle que développée par le droit des droits humains et de la non-discrimination¹⁵³⁹ se déploie entièrement au prisme d'une lecture hétéronormative de l'ordre juridique. En ce sens, si les individus ont le droit de déterminer leur sexe juridique, en tant qu'élément de leur identité, c'est seulement dans le cadre de l'hétéronormativité.

347. On fait ici référence à l'hétéronormativité, pour reprendre la définition proposée en 1998 par Lauren Berlant et Michael Warner, comme désignant « l'ensemble des institutions, des structures de compréhension et des orientations pratiques qui font apparaître l'hétérosexualité non seulement comme cohérente – c'est-à-dire organisée en tant que sexualité – mais encore comme privilégiée »¹⁵⁴⁰. Cette théorisation de l'hétérosexualité s'appuie sur des travaux comme ceux d'Adrienne Rich qui, en 1980, la définit comme « contrainte »¹⁵⁴¹. L'autrice met en lumière que l'hétérosexualité n'est autre qu'une institution politique, qui impose comme naturelle (et donc légitime) la norme de la sexualité entre femmes et hommes (rendant ainsi les autres formes de sexualité « déviantes »)¹⁵⁴². C'est en ce sens que Monique Wittig souligne que « l'hétérosexualité n'admet comme normale que la sexualité à finalité reproductive »¹⁵⁴³. Aussi, « la valorisation des relations hétérosexuelles comme fondement présumé des relations sociales – sans lesquelles, postule-t-on, la société ne pourrait plus fonctionner ni même exister – renforce l'idée selon laquelle l'hétérosexualité constitue le modèle originel des relations interpersonnelles »¹⁵⁴⁴, fondées à partir de la différence entre les sexes. L'hétéronormativité peut alors être appréhendée avec Judith Butler comme « matrice hétérosexuelle » en référence à une « grille d'intelligibilité culturelle qui naturalise les corps, les genres et les désirs »¹⁵⁴⁵, et

¹⁵³⁹ V. Partie 1, Titre 2, Chapitres 1 et 2.

¹⁵⁴⁰ Lauren Berlant et Michael Warner, « Sex in Public », *Critical Inquiry*, 1998, vol. 24, n° 2, p. 548. La philosophe Nancy Fraser mobilise quant à elle le concept d'« hétérosexisme », sensiblement similaire, puisqu'il désigne « l'élaboration autoritaire de normes qui consacrent la primauté de l'hétérosexualité », en tant que processus qui « refuse de reconnaître l'homosexualité comme une expression légitime de la sexualité » (Nancy Fraser, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the « Postsocialist » Condition*, New York, Routledge, 2014, p. 18).

¹⁵⁴¹ Adrienne Rich, « Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence », *Signs*, 1980, vol. 5, n° 4, p. 631-660. Pour une traduction de l'article, v. Adrienne Rich, « La contrainte à l'hétérosexualité et l'existence lesbienne », *Nouvelles Questions Féministes*, 1981, n° 1, p. 15-43.

¹⁵⁴² A. Rich, « La contrainte à l'hétérosexualité et l'existence lesbienne », art. cit, p. 40.

¹⁵⁴³ M. Wittig, *La pensée straight*, op. cit., p. 105.

¹⁵⁴⁴ D. Richardson, *Theorising Heterosexuality*, op. cit., p. 3.

¹⁵⁴⁵ J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit.

c'est précisément l'hétéronormativité comme grille d'interprétation ou cadre de l'herméneutique juridique du droit qui sera mobilisée. Il s'agira également de montrer que les exceptions faites à ce cadre herméneutique ne sont pas tant le signe d'une fragilisation de la structure, que de son incohérence intrinsèque : comme le rappelle Judith Butler, « l'hétérosexualité offre des positions sexuelles normatives qu'il est intrinsèquement impossible d'incarner, et l'échec persistant pour s'identifier pleinement et sans incohérence à ces positions révèle l'hétérosexualité même non seulement comme une loi obligatoire, mais aussi comme une comédie inévitable »¹⁵⁴⁶.

348. Deux exemples du droit de la famille seront ici mobilisés, qui sont étroitement liés¹⁵⁴⁷ : le droit au mariage et le droit de la filiation. Mariage et filiation sont deux institutions par excellence structurées au prisme de l'hétéronormativité, qui commande dès lors une interprétation du droit à l'autodétermination à la lumière de ce régime privilégié. Elles sont en somme, pour reprendre l'analyse proposée par Stéphanie Hennette-Vachez, la marque des « transcriptions institutionnelles du concept de genre lui-même »¹⁵⁴⁸. En effet, tant le droit au mariage que le droit de la filiation conditionnent l'exercice du droit à l'autodétermination : la modification de la mention du sexe à l'état civil est commandée par un impératif, celui de maintenir l'hétéronormativité comme régime cohérent et privilégié des rapports individuels. Le sexe juridique sert alors pour ces deux institutions de vecteur à la naturalisation de l'hétérosexualité. Ce n'est toutefois pas sans faire apparaître un paradoxe : tandis que le droit au mariage s'appuie sur le sexe revendiqué des personnes trans (**Section 1**), c'est le sexe assigné à la naissance qui est mobilisé en matière de droit de la filiation (**Section 2**).

Section 1 : Une naturalisation du sexe revendiqué via le droit au mariage

Section 2 : Une naturalisation du sexe assigné via le droit de la filiation

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

¹⁵⁴⁷ V. PIDESC, art. 10, al. 1^{er} : « Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux » ; v. également PIDCP, art. 23, al. 1^{er} : « Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ».

¹⁵⁴⁸ S. Hennette-Vachez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 166.

Section 1 : Une naturalisation du sexe revendiqué via le droit au mariage

349. L'institution matrimoniale est façonnée au gré des évolutions politiques et des valeurs au fondement d'une société donnée¹⁵⁴⁹. On peut affirmer qu'elle est aujourd'hui majoritairement fondée sur le principe d'une différence de sexe entre les époux¹⁵⁵⁰. Or l'exclusion des couples homosexuels du mariage n'a rien d'anodin puisque pour reprendre les termes de l'historienne Nancy F. Cott, « la puissance coercitive de l'État » se révèle au grand jour lorsqu'il écarte une partie de la population de l'institution matrimoniale¹⁵⁵¹, et notamment¹⁵⁵², les couples de même sexe. Le mariage est donc une institution de contrôle social qui impose une norme, en l'occurrence l'hétérosexualité et donc la différence de sexe, afin de définir quelles unions sont légitimes. Cette puissance coercitive se révèle d'autant plus lorsqu'elle n'est pas sanctionnée, voire qu'elle est encouragée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le droit au mariage est en effet protégé en tant qu'union hétérosexuelle d'une femme et d'un homme, comme en témoigne l'article 12 de la Convention : « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »¹⁵⁵³.

350. Les développements qui suivent visent à montrer que le droit à l'autodétermination des personnes trans s'intègre parfaitement dans ce cadre. On souhaite formuler l'hypothèse selon laquelle le sexe revendiqué par les personnes trans est naturalisé via ce cadre hétéronormatif. En effet, dans les juridictions qui ne permettent pas le mariage des couples de même sexe (dont il sera uniquement question dans les développements qui suivent¹⁵⁵⁴), les personnes trans ont le

¹⁵⁴⁹ Dans son « histoire du mariage de même sexe », William N. Eskridge montre que le mariage est une institution complexe et qu'elle n'a pas seulement impliqué des unions entre personnes de sexe opposé. L'auteur s'appuie ainsi sur des exemples issus de la Grèce antique, mais aussi de l'époque contemporaine pour montrer que des unions entre personnes de même sexe ont existé aussi bien en Asie qu'en Afrique, et que la suppression de ces traditions est en partie due à l'influence des pratiques coloniales (William N. Eskridge, « A History of Same-Sex Marriage », *Virginia Law Review*, 1993, vol. 79, n° 7, p. 1419-1513).

¹⁵⁵⁰ En 2024, seuls 22 États sur les 46 qui appartiennent au Conseil de l'Europe reconnaissent le droit au mariage pour les couples de même sexe ; certains ont inscrit au sein de leur constitution l'interdiction explicite du mariage homosexuel (v. par ex. l'article L, para 1 de la Constitution hongroise : « La Hongrie protège l'institution du mariage en tant que communauté de vie fondée sur la décision volontaire entre un homme et une femme, ainsi que la famille en tant que fondement de la survie de la nation »).

¹⁵⁵¹ N.F. Cott, « Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in the Late Nineteenth Century », art. cit, p. 110.

¹⁵⁵² Historiquement, d'autres formes d'unions ont été prohibées, comme les mariages interraciaux ; aux États-Unis, cette interdiction est levée par l'arrêt de la Cour suprême *Loving v. Virginia* du 12 juin 1967 (n° 388 U.S. 1).

¹⁵⁵³ Convention EDH, art.12.

¹⁵⁵⁴ En effet, dans les États où le mariage entre personnes de même sexe est autorisé, le changement de la mention du sexe des personnes trans n'emporte pas de difficultés : une personne trans peut se marier selon son nouveau sexe juridique avec la personne de son choix, et une personne trans déjà mariée peut conserver ses liens matrimoniaux lorsque le mariage a été contracté avant la modification de son sexe juridique.

droit de se marier selon leur nouveau sexe juridique uniquement à condition d'épouser une personne du sexe opposé ; de même, c'est cette prise au sérieux du sexe modifié comme étant le seul sexe des individus qui empêche les personnes trans mariées d'exercer leur droit à l'autodétermination, au risque de transformer leur mariage en union entre personnes de même sexe. Le sexe juridique est alors l'élément sur lequel repose la structure hétéronormée de l'ordre juridique.

351. L'encadrement du droit à l'autodétermination au prisme de l'institution matrimoniale fait apparaître deux types de logiques. D'une part, un rapport de conditionnalité : le droit au mariage peut être combiné au droit à l'autodétermination *si et seulement si* la norme hétérosexuelle n'est pas bousculée (§1). D'autre part, un rapport d'opposition, et plus précisément de hiérarchisation : le droit à l'autodétermination des personnes trans mariées ne peut s'exercer qu'en cas de divorce ; en effet, selon le juge européen, les États sont libres d'imposer à une personne trans mariée le choix entre l'exercice de son droit à l'autodétermination et celui de son droit au mariage (§2).

§1. Droit au changement de la mention du sexe et droit de se marier, une inclusion conditionnelle

352. Le droit au mariage des personnes trans se développe à mesure que la Cour européenne leur reconnaît un droit à la modification de leur sexe juridique. On peut alors souligner que l'exercice du droit à l'autodétermination a entraîné une reconfiguration du droit au mariage (A). Néanmoins, il ne s'agit pas là d'un changement de paradigme, puisque l'institution matrimoniale demeure garante de la norme hétérosexuelle : le droit de se marier des personnes trans est alors conditionné à leur hétérosexualité (B).

A. Une rupture : le détachement entre droit au mariage et droit de fonder une famille

353. La disposition de l'article 12 de la Convention européenne, qui prévoit que « l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille »¹⁵⁵⁵, a initialement été interprétée comme un tout indissociable : le droit de se marier pour deux individus de sexe opposé est intimement lié à leur droit de fonder, ensemble, une famille. La nature de ce sexe n'est pas questionnée avant l'introduction du contentieux lié au droit à la modification du sexe devant la

¹⁵⁵⁵ Convention EDH, art.12.

Cour de Strasbourg, puisque « l'homme et la femme » désigne ici le sexe juridique masculin ou féminin tel qu'assigné à la naissance. Dès lors, en l'absence de droit au changement de la mention du sexe à l'état civil, la question du droit au mariage des personnes trans ne se pose pas : la protection de leur droit de se marier est conditionnée, comme pour l'ensemble des individus, à la différence de sexe juridique entre les époux, tel qu'il leur a été assigné à la naissance. Ainsi, que ce soit dans les affaires *Rees*, *Cossey*, *Sheffield* ou encore *Horsham c. Royaume-Uni*, le refus d'accorder aux requérants un droit à la modification de la mention de leur sexe n'entraîne, en toute logique, aucune conséquence sur leur droit au mariage¹⁵⁵⁶. D'autant plus que ce droit est appréhendé à la lumière de ce que la Cour nomme le « concept traditionnel de mariage », qui autorise les États à « appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage »¹⁵⁵⁷. Autrement dit, le sexe juridique assigné à la naissance est mobilisé afin de garantir l'union « entre deux personnes de *sexe biologique* différent »¹⁵⁵⁸, et une femme trans, puisqu'assignée de sexe masculin à la naissance, est autorisée à se marier avec une femme cisgenre.

354. Un lien direct est donc opéré entre l'institution matrimoniale et les capacités reproductives des individus : le mariage, « en tant que fondement de la famille »¹⁵⁵⁹, est une institution qui vise aussi à garantir leur union sexuelle. En témoigne par exemple l'opinion dissidente du juge Martens dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*, qui reproche à la Cour d'avoir fait droit à la position du juge britannique selon lequel « la capacité d'avoir des rapports hétérosexuels naturels est essentielle au mariage »¹⁵⁶⁰. Cette indissociation entre le droit au mariage et celui de fonder une famille se remarque par ailleurs dans la jurisprudence de la Cour relative à l'adoption par les personnes homosexuelles. Dans la décision *Fretté c. France* de 2001, il était question du rejet d'une demande d'agrément formulée par un homme célibataire homosexuel en vue d'une adoption¹⁵⁶¹. Ce dernier avait mobilisé l'article 12, combiné à l'article 14, afin de revendiquer « un droit d'égal d'accès à l'adoption en vue de la constitution d'une famille sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle »¹⁵⁶². Or la Cour, dans sa décision d'irrecevabilité, rappelle que l'article 12 « se borne à garantir le droit de se marier à l'âge nubile

¹⁵⁵⁶ Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81 ; 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84 ; 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n°s 22985/93 et 23390/94 ; sur ces arrêts, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁵⁵⁷ *Cossey c. Royaume-Uni*, para. 46.

¹⁵⁵⁸ *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, para. 66 (nous soulignons).

¹⁵⁵⁹ *Ibid.* ; v. également *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81, para. 49.

¹⁵⁶⁰ *Cossey c. Royaume-Uni*, opinion dissidente du juge Martens, para. 4.5.1.

¹⁵⁶¹ Cour EDH, 12 juin 2001, *Fretté c. France*, n° 36515/97 (décision sur la recevabilité).

¹⁵⁶² *Ibid.*

à deux personnes de sexes biologiques différents »¹⁵⁶³ et qu'en ce sens, il ne garantit pas de droit à l'adoption. Le droit de fonder une famille est donc interprété à la lumière du droit au mariage en tant qu'institution encadrant l'union entre deux personnes de sexe opposé.

355. En revanche, une rupture entre le droit au mariage et le droit de fonder une famille (et donc, les possibilités procréatives des individus) apparaît à partir du moment où la Cour reconnaît le droit à la modification de la mention du sexe à l'état civil (consacré dans l'arrêt *B. c. France* de 1992¹⁵⁶⁴). Pour la Cour en effet, ce droit implique, pour les personnes trans, celui de se marier conformément à leur sexe revendiqué. Dans les affaires *Christine Goodwin*¹⁵⁶⁵ et *I. c. Royaume-Uni*¹⁵⁶⁶ de 2002, après avoir reconnu aux requérantes trans un droit à la modification de la mention de leur sexe au regard du « droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain » (protégé par l'article 8 de la Convention¹⁵⁶⁷), la Cour conclut également, à l'unanimité, à une violation de leur droit au mariage protégé par l'article 12. Elle leur reconnaît donc le droit de se marier avec leurs compagnons respectifs. Contrairement au juge britannique – qui estime, conformément à sa jurisprudence constante¹⁵⁶⁸, que la différence de sexe entre les époux au fondement de l'institution matrimoniale doit être interprétée exclusivement comme une différence de « sexe biologique »¹⁵⁶⁹ – la Cour considère que le droit pour « l'homme et la femme » de se marier n'est plus interprété à la seule lumière du sexe assigné à la naissance. Elle s'appuie notamment sur les possibilités désormais offertes aux personnes trans par le corps médical d'avoir une apparence physique qui correspond à leur sexe revendiqué, dont elles adoptent le rôle social. En d'autres termes, le sexe ne saurait être déterminé « selon des critères *purement* biologiques »¹⁵⁷⁰, dans la mesure où les personnes trans

¹⁵⁶³ *Ibid.*, para. 1.

¹⁵⁶⁴ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87. 33. Si le droit au mariage des personnes trans n'est pas encore soumis à l'appréciation de la Cour dans cet arrêt, il n'en reste pas moins au centre des préoccupations ; en témoigne les opinions dissidentes du juge Matscher (qui s'oppose à l'éventualité de la reconnaissance du droit au mariage des personnes trans conformément à leur sexe revendiqué), du juge Pinheiro Farinha (selon qui la Cour aurait dû préciser que le droit à la modification du sexe à l'état civil « n'a aucune incidence sur le droit de se marier ») ou encore du juge Walsh (qui rappelle qu'en affirmant que le mariage est l'union entre deux personnes de sexe biologique opposé, la Cour n'a fait que traduire une « conception universellement admise depuis le début de l'histoire de l'humanité »).

¹⁵⁶⁵ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.

¹⁵⁶⁶ CEDH, 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n° 25680/94.

¹⁵⁶⁷ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 90 ; sur la reconnaissance d'un droit au changement de la mention du sexe à l'état civil, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁵⁶⁸ Sur l'interprétation du juge britannique du sexe juridique comme renvoyant au « sexe biologique » des individus, v. l'arrêt *Corbett v. Corbett* de 1971 (Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt de la division civile de la Cour d'appel du 17 janvier 2001, *Bellinger v. Bellinger*, EWCA Civ 1140, 2 F.L.R. 1048).

¹⁵⁶⁹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 96 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 76 : « le Gouvernement soutient que le droit de se marier garanti par l'article 12 ne s'étend pas aux unions entre des personnes de même sexe biologique ».

¹⁵⁷⁰ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 100 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 80 (nous soulignons).

se conforment suffisamment aux normes de leur sexe revendiqué pour qu'il serve de fondement à l'exercice de leur droit au mariage. Cela emporte en toute logique un détachement de l'institution matrimoniale des possibilités procréatives, dans la mesure où à cette date, le droit au changement de la mention du sexe est corrélé à la stérilisation¹⁵⁷¹. La Cour n'y voit toutefois aucun inconvénient, dans la mesure où « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant » ne saurait le priver du droit de se marier¹⁵⁷². Le droit de fonder une famille n'est donc pas le corollaire du droit au mariage¹⁵⁷³. Néanmoins, si le droit de se marier conformément à leur sexe revendiqué a été reconnu aux requérantes dans les affaires *Christine Goodwin et I c. Royaume-Uni*, force est de constater qu'il l'a été dans la mesure où leurs prétentions s'inscrivaient pleinement dans les normes de l'hétérosexualité. Le droit à l'autodétermination entraîne certes une distinction entre le droit au mariage et les capacités procréatives, mais sans que cela ne remette en question sa dimension hétéronormée.

B. Une continuité : le droit au mariage conditionné à l'hétérosexualité

356. Le développement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative au droit au mariage des personnes trans montre que si elles sont autorisées à se marier conformément à leur sexe juridique revendiqué, c'est uniquement dans la mesure où l'union à laquelle elles aspirent est hétérosexuelle **(1)**. En effet, en dépit de l'évolution du droit au mariage au prisme du contentieux du droit des personnes trans, sa dimension hétéronormée demeure intacte dans la mesure où les États demeurent libres d'exiger qu'il ne permette que l'union entre personnes de sexes juridiques opposés **(2)**.

1. La reconnaissance d'un droit au mariage pour les personnes trans hétérosexuelles

357. Le raisonnement mené par le juge européen le conduit à accorder aux personnes trans le droit de se marier selon leur nouveau sexe juridique uniquement dans la mesure où leur situation

¹⁵⁷¹ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁵⁷² *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 98 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 78.

¹⁵⁷³ Selon les juristes Angus Campbell et Lardy Heather, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, directement mentionné dans les décisions *Goodwin et I.* (para. 100) a très probablement influencé le raisonnement de la Cour EDH ; le texte énonce en effet que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice », distinguant ainsi clairement le droit de se marier de celui de fonder une famille (A. Campbell et H. Lardy, « Transsexuels », art. cit, p. 228). V. *infra*.

est similaire à celle d'un couple hétérosexuel. La Cour ne fait donc pas de différence entre les personnes cisgenres et transgenres, mais entre les personnes homosexuelles et hétérosexuelles : le droit au mariage des personnes trans est conditionné à ce que la modification de leur sexe juridique s'insère dans la norme hétérosexuelle.

358. Les faits d'espèce des affaires *Christine Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni* de 2002 concernaient des femmes qui souhaitaient épouser des hommes ; et la Cour européenne n'a reconnu le droit des personnes trans de se marier conformément à leur sexe revendiqué que dans la mesure où les unions en cause étaient hétérosexuelles. Tout laisse à penser que si les requérantes avaient manifesté leur volonté de se marier conformément à leur sexe revendiqué avec leurs *compagnes* respectives, la Cour n'aurait pas adopté la même solution au regard de l'article 12. Plus précisément, on souhaite montrer ici que cette solution n'est pas seulement commandée par un souci de cohérence avec sa jurisprudence relative au respect du droit à la vie privée, protégé par l'article 8, qui l'a conduite à imposer au Gouvernement britannique de les reconnaître juridiquement de sexe féminin¹⁵⁷⁴ ; si le juge européen admet que les requérantes trans sont aussi des femmes dans le cadre du droit au mariage (et sont donc assimilées à des femmes cisgenres) c'est dans la mesure où elles sont hétérosexuelles.

359. Cette appréciation est bien connue des théories féministes, Monique Wittig ayant affirmé dès 1980 que « les lesbiennes ne sont pas des femmes »¹⁵⁷⁵ car, précise-t-elle, « ce qui fait une femme c'est une relation sociale particulière à un homme »¹⁵⁷⁶. Il s'agissait alors pour la philosophe de montrer que la catégorie de femme est construite à partir d'une position sociale, celle de l'assignation au régime de l'hétérosexualité, et que les lesbiennes, se soustrayant à cette norme, s'émancipent de la catégorie qu'elle gouverne. Selon ce cadre théorique, le raisonnement de la Cour dans les affaires *Christine Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni* s'appuie précisément sur la relation sociale qu'entretiennent les requérantes avec les hommes pour les considérer comme des femmes au regard de leur droit au mariage. Le juge européen commence en effet par souligner qu'au regard des « progrès de la médecine et de la science », et notamment de « l'offre de traitements, y compris des interventions chirurgicales », l'énoncé de l'article 12 ne saurait être interprété comme imposant la détermination du sexe « selon des critères purement biologiques »¹⁵⁷⁷. Autrement dit, « l'homme et la femme » mentionnés par l'article 12 doivent aussi être interprétés à la lumière du sexe revendiqué, et juridiquement modifié, des

¹⁵⁷⁴ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁵⁷⁵ Monique Wittig, « La pensée straight », *Questions Féministes*, 1980, n° 7, p. 53.

¹⁵⁷⁶ Monique Wittig, « On ne naît pas femme », *Questions Féministes*, 1980, n° 8, p. 83.

¹⁵⁷⁷ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 100.

personnes trans. Le raisonnement de la Cour se veut faire preuve de cohérence : dans la mesure où une femme trans adopte l'apparence d'une femme (notamment via des interventions chirurgicales), le rôle social d'une femme, et modifie la mention de son sexe juridique pour le sexe féminin, la Cour ne voit pas d'obstacle à lui accorder le droit de se marier en tant que femme. Mais là n'est pas l'entièreté du raisonnement : car surtout, et c'est là l'élément décisif au regard du droit au mariage, cette appréciation est étroitement liée au fait que dans les deux affaires, la Cour relève que les requérantes « souhaite[nt] épouser *uniquement* un homme »¹⁵⁷⁸. En d'autres termes, leur volonté d'épouser un homme participe à faire d'elles des femmes et à pouvoir être considérées comme appartenant à cette catégorie dans le cadre du droit au mariage. En ce sens, dans les arrêts *Christine Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni*, il s'agissait bien pour le juge de sanctionner le non-respect du droit au mariage pour un couple de sexe opposé à l'état civil, puisque les requérantes sont des femmes aux yeux du droit en partie au regard de leur hétérosexualité. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle qualifie d'« artificiel »¹⁵⁷⁹ l'argument avancé par les autorités britanniques selon lequel garantir le droit des personnes trans de se marier uniquement selon le sexe qui leur a été assigné à la naissance n'empêche pas la violation de l'article 12¹⁵⁸⁰. Elle y voit en effet « une atteinte à la substance même » du droit au mariage¹⁵⁸¹ ; toutefois, cette atteinte est caractérisée *uniquement* dans la mesure où les requérantes souhaitent épouser des hommes. À aucun moment donc le droit à l'autodétermination n'a remis en cause le maintien du mariage comme institution hétéronormée, comme en témoigne la jurisprudence ultérieure de la Cour.

2. L'absence de remise en question de la dimension hétérosexuelle du mariage

360. Au regard de l'évolution jurisprudentielle liée au droit au mariage dans le cadre du contentieux des droits des personnes trans, la Cour allait-elle adopter à une interprétation de l'article 12 protégeant le droit au mariage pour les personnes de même sexe à l'état civil ? Les juristes Angus Campbell et Heather Lardy formulent, en 2003, plusieurs pistes de réflexion à ce sujet : l'une à propos de l'énoncé même de l'article 12, et l'autre à propos de la jurisprudence

¹⁵⁷⁸ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 101 ; *I. c. Royaume-Uni*, para. 81 (nous soulignons).

¹⁵⁷⁹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 101.

¹⁵⁸⁰ On note par ailleurs ici la dimension paradoxale du raisonnement du Gouvernement britannique, selon lequel une femme trans dont le « sexe d'origine » (v. *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 96) est masculin pourrait se marier en toute légalité avec une femme assignée de sexe féminin à la naissance. Le mariage serait certes entre personnes de sexe différent au sens de la jurisprudence britannique, mais *in fine*, homosexuel.

¹⁵⁸¹ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 101.

de la Cour opérant, on l'a vu, un détachement entre le droit au mariage et les possibilités procréatives.

361. Ces auteurs remarquent en premier lieu que si l'article 12 consacre certes le droit pour « l'homme et la femme » de se marier, il n'explicite pas pour autant qu'il s'agit d'un droit pour eux de se marier *mutuellement*¹⁵⁸². À partir de là, le juge européen aurait pu s'appuyer sur deux éléments afin de faire évoluer sa jurisprudence. D'une part, sur un consensus grandissant au sein des États parties en matière de reconnaissance d'un droit au mariage pour les couples de même sexe¹⁵⁸³ ; d'autre part, sur le principe solidement ancré selon lequel la Convention doit être interprétée comme un « instrument vivant »¹⁵⁸⁴. D'autant plus que dans son arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* de 2002, la Cour européenne relevait que l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée en 2000, protège le droit de se marier sans aucune référence au sexe des époux, ce qui, selon elle, « ne peut être que délibéré »¹⁵⁸⁵. L'article en question prévoit en effet que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »¹⁵⁸⁶. Le droit au mariage est donc ici clairement distingué du droit de fonder une famille, mais aussi consacré via un énoncé neutre (sans précision quant au sexe des époux), réalisant ainsi un « coup de gomme le plus spectaculaire » pour reprendre les mots de Pierre Murat¹⁵⁸⁷. Même si elle « n'interdit ni n'impose l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes du même sexe »¹⁵⁸⁸, la rédaction a donc été volontairement modernisée par rapport à celle de l'article 12 de la Convention EDH, rédigée, il est vrai, à 50 ans d'écart.

¹⁵⁸² A. Campbell et H. Lardy, « Transsexuels », art. cit, p. 230. Cet argument fut d'ailleurs directement mobilisé par les requérants de l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* de 2010, qui soutiennent que « l'article 12 ne devrait pas nécessairement être compris comme signifiant qu'un homme ou une femme ont seulement le droit d'épouser une personne du sexe opposé » (Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, para. 44).

¹⁵⁸³ L'hypothèse était formulée par le juriste Robert Wintemute en 2001 (donc avant les affaires *Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni*), lequel insistait néanmoins sur la nécessité d'atteindre un nombre suffisant d'États à reconnaître un droit au mariage pour les couples de même sexe afin d'aboutir à une telle solution, v. Robert Wintemute, « Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents under the European Convention » dans *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 728. Sur l'interprétation de l'énoncé de l'article 12 en faveur de la reconnaissance du droit au mariage pour les couples de même sexe, v. également Paul Johnson et Silvia Falcetta, « Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights » dans Chris Ashford et Alexander Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, GB, Elgar, 2019, p. 94.

¹⁵⁸⁴ V. par ex. Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, para. 31.

¹⁵⁸⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 100.

¹⁵⁸⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, art. 9 : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

¹⁵⁸⁷ Pierre Murat, « Article II-60 » dans *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Parties I et IV. « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 153.

¹⁵⁸⁸ Journal officiel de l'Union européenne, 14 décembre 2007, *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, C-303/21.

362. Or l'analyse du juriste Paul Johnson montre que le juge européen a recours à une interprétation textualiste de l'article 12 de la Convention : à rebours de ces pistes interprétatives, il s'appuie sur la formulation de l'énoncé pour justifier que le droit au mariage a été conçu historiquement et traditionnellement pour les personnes de sexe opposé¹⁵⁸⁹. En ce sens, la Cour soutient dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* – dans lequel elle se prononce pour la première fois¹⁵⁹⁰ sur l'impossibilité pour un couple de même sexe de se marier¹⁵⁹¹ – que l'énoncé de l'article 12 désigne le droit pour « l'homme et la femme » de se marier, et que ces mots « ont été choisis délibérément », dans la mesure où à la date de l'adoption de la Convention en 1950, « le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent »¹⁵⁹². Certes, elle « ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive *en toutes circonstances* se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »¹⁵⁹³ ; néanmoins, elle privilégie la protection d'une acception « traditionnelle » du mariage (« à savoir l'union d'un homme et d'une femme »)¹⁵⁹⁴. Par analogie, alors même que la Convention américaine consacre elle aussi un droit au mariage « à l'homme et à la femme »¹⁵⁹⁵, la Cour interaméricaine affirme pourtant que la Convention ne protège pas un modèle familial spécifique¹⁵⁹⁶, devenant ainsi la première juridiction internationale au monde à reconnaître un droit au mariage pour les couples de même sexe. Selon elle, une telle interprétation correspond aux « intentions initiales » des rédacteurs de la Convention, à savoir protéger la cellule familiale¹⁵⁹⁷.

363. En second lieu, le détachement opéré par la Cour entre le mariage et les possibilités procréatives dans les arrêts *Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni* de 2002 aurait pu conduire à une interprétation de l'article 12 qui protège le droit au mariage pour les personnes de même

¹⁵⁸⁹ Paul Johnson, « Heteronormativity and the European Court of Human Rights », *Law and Critique*, 2012, vol. 23, n° 1, p. 61.

¹⁵⁹⁰ D'autres requêtes avaient été déposées devant la Commission européenne sans toutefois que la Cour ne se prononce sur le fond ; v. par ex. Commission EDH, 9 octobre 1989, *C. et L.M. c. Royaume-Uni*, n° 14753/89.

¹⁵⁹¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04.

¹⁵⁹² *Schalk et Kopf c. Autriche*, para. 55. Certains auteurs remettent en question cette interprétation, à travers un raisonnement qui paraît toutefois anachronique ; s'appuyant sur les travaux préparatoires à la Convention, Paul Johnson et Silvia Falcetta montrent que l'usage des termes « l'homme et la femme » dans l'article 12 ne visait pas tant à garantir que l'institution soit réservée aux couples hétérosexuels, mais davantage à assurer des droits égaux aux femmes (P. Johnson et S. Falcetta, « Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights », art. cit, p. 94).

¹⁵⁹³ *Schalk et Kopf c. Autriche*, para. 61 (nous soulignons). La Cour ne précise pas néanmoins quelles sont les circonstances dans lesquelles le droit de se marier n'est pas limité aux mariages entre personnes de sexe opposé.

¹⁵⁹⁴ *Schalk et Kopf c. Autriche*, para. 53.

¹⁵⁹⁵ Convention IADH, art. 17, para 2.

¹⁵⁹⁶ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24/17, para. 182 et s.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, para. 193.

sexe¹⁵⁹⁸. À titre de comparaison, comme le montrent les travaux du juriste Shannon Price Minter, c'est précisément cette distinction qui a en partie fondé la reconnaissance d'un droit au mariage pour les couples de même sexe dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis de 2015. Les opposants à ce droit avaient tenté, en vain, de faire valoir un argument fondé sur la biologie : la reconnaissance du mariage pour les couples de même sexe conduirait inévitablement à affaiblir le lien entre mariage et procréation, puisqu'ils ne sont pas en mesure de fonder naturellement ou biologiquement une famille¹⁵⁹⁹. Aussi, de leur point de vue, l'exclusion de ces couples du mariage ne caractérise pas une discrimination, mais se borne à tirer les conséquences d'une différence de situation entre couples de sexe opposé et couples de même sexe¹⁶⁰⁰. Accepté par certaines juridictions inférieures, ce raisonnement fut néanmoins renversé par la Cour suprême dans son arrêt *Obergefell v. Hodges* du 26 juin 2015, qui interprète la Constitution fédérale comme protégeant le mariage entre personnes de même sexe dans l'ensemble des États fédérés¹⁶⁰¹. Afin de justifier sa décision, le juge estime que « le droit de se marier ne peut pas être conditionné à la capacité ou à l'engagement de procréer »¹⁶⁰². Au contraire, le mariage est une affaire de choix et d'autonomie individuelle, et ne saurait être limité sur la base de l'orientation sexuelle - sauf à méconnaître la clause constitutionnelle d'égalité du XIV^{ème} amendement de la Constitution¹⁶⁰³.

364. À l'inverse, la Cour européenne estime que bien que l'incapacité de concevoir et de fonder une famille ne soit plus corrélée au droit de se marier, « ce constat n'autorise pas à tirer une quelconque conclusion au sujet du mariage homosexuel »¹⁶⁰⁴, réitérant en 2016 son interprétation de l'article 12 comme protégeant le « concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme »¹⁶⁰⁵. Elle jugeait pourtant dans les arrêts *Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni* que le droit octroyé par le Gouvernement britannique à une femme trans (assignée de sexe masculin à la naissance) d'épouser uniquement une femme cisgenre (afin de garantir la différence de sexe entre époux) était « artificiel » ; cela portait « atteinte à la substance même de son droit de se marier », dans la mesure où la requérante, hétérosexuelle, « souhait[ait] uniquement épouser un homme »¹⁶⁰⁶. Or par analogie, pourquoi ne pas considérer

¹⁵⁹⁸ A. Campbell et H. Lardy, « Transsexuels », art. cit, p. 230.

¹⁵⁹⁹ Shannon Price Minter, « “Déjà Vu All Over Again” : The Recourse to Biology by Opponents of Transgender Equality », *North Carolina Law Review*, 2017, vol. 95, n° 4, p. 1184.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 1185.

¹⁶⁰¹ SCOTUS, 26 juin 2015, *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, n° 14-556.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 16.

¹⁶⁰³ Sur cet amendement, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁶⁰⁴ *Schalk et Kopf c. Autriche*, para. 56.

¹⁶⁰⁵ Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07, para. 37.

¹⁶⁰⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 101.

que le droit garanti à une femme lesbienne, qui souhaite uniquement épouser une femme, de pouvoir épouser uniquement un homme n'est pas, lui aussi, une atteinte à la substance du droit au mariage ? La dimension hétéronormée du mariage ne fait aucune exception, au point qu'elle ne gouverne pas seulement l'article 12 *stricto sensu* (le droit de se marier) mais aussi, plus largement, l'exercice même du droit à l'autodétermination à travers le droit de conserver ses liens matrimoniaux.

§2. Droit au changement de la mention du sexe et droit de rester marié, une incompatibilité de principe

365. Lorsque les personnes trans ont exercé leur droit de se marier *avant* leur droit à l'autodétermination sexuelle, la demande de modification du sexe intervient, le cas échéant, au sein de l'institution matrimoniale. Visant cette hypothèse, les principes de Yogyakarta formulent, dès 2006, qu'« aucun statut, tels que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne »¹⁶⁰⁷. Pourtant, le juge européen adopte une tout autre position. Il conditionne l'exercice du droit au changement de la mention du sexe des personnes trans mariées au maintien d'une union entre personnes de sexe différent¹⁶⁰⁸. Elles sont alors contraintes de choisir entre d'une part, leur droit à l'autodétermination au titre de leur droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), et d'autre part, leur droit au mariage, et plus précisément leur droit à conserver leurs liens matrimoniaux **(A)**. La Cour n'y voit aucune atteinte au droit à la non-discrimination (article 14), ce dernier étant lui aussi interprété à la lumière de la dimension hétéronormée de l'institution matrimoniale **(B)**.

A. Le droit au respect de la vie privée et familiale relativisé

366. La modification de la mention du sexe à l'état civil se répercute nécessairement sur l'union matrimoniale déjà contractée, puisque le droit au mariage énoncé à l'article 12 de la Convention est reconnu seulement aux couples de sexe opposé à l'état civil. La Cour européenne privilégie alors la protection de la dimension hétéronormée du mariage sur l'exercice du droit à l'autodétermination **(1)**, et se distingue de nombreuses juridictions qui

¹⁶⁰⁷ Principes de Yogyakarta, 2007, Principe 3 – le droit à la reconnaissance devant la loi.

¹⁶⁰⁸ Stéphanie Henneville-Vauchez, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens » dans *Bioéthique et genre*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 27.

choisissent de garantir le droit à la modification de la mention du sexe sans pour autant remettre en question le mariage comme union entre une femme et un homme (2).

1. Soumettre les personnes trans mariées à un divorce forcé

367. Nombre d'États du Conseil de l'Europe qui ne reconnaissent pas un droit au mariage pour les couples de même sexe conditionnent le droit à l'autodétermination des personnes trans à la dissolution de leur mariage préalablement contracté¹⁶⁰⁹. C'est sur cette condition de divorce que la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg a eu à se prononcer dans l'affaire *Hämäläinen c. Finlande* de 2014, dans laquelle une femme trans mariée depuis 17 ans souhaitait modifier la mention de son sexe à l'état civil tout en maintenant les liens matrimoniaux qui l'unissaient à son épouse¹⁶¹⁰. L'analyse du raisonnement adopté révèle que l'exercice du droit à l'autodétermination est pleinement conditionné à l'hétérosexualité ou du moins à « l'illusion » de cette hétérosexualité pour reprendre les termes de Damian Gonzalez-Salzburg¹⁶¹¹ : ce qui importe ce n'est pas tant l'orientation sexuelle que le sexe juridiquement opposé des individus¹⁶¹². L'exercice du droit à l'autodétermination est alors subordonné au fait qu'il « n'emporte pas l'existence de fait d'un mariage entre personnes de même sexe dans les États qui ne reconnaissent pas cette possibilité »¹⁶¹³. En l'espèce, la Grande Chambre se place sur le terrain de l'article 8 (et non celui de l'article 12, dans la mesure où les requérantes sont déjà mariées¹⁶¹⁴) et relève que deux intérêts contradictoires sont en jeu : celui de « la requérante de

¹⁶⁰⁹ Pour une liste des États européens dans lesquels le divorce est imposé (ou obligatoire *de facto*) aux personnes trans mariées qui modifient la mention de leur sexe, v. Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion (CDADI), *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, p. 22. On retrouve parmi cette liste 19 États membres du Conseil de l'Europe à la date de publication du rapport. C'était également le cas de la France avant l'ouverture du droit au mariage pour les couples de même sexe en France (loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), v. par ex. Tribunal correctionnel de Brest, 15 décembre 2011, cité par Daniel Borrillo, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » dans *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ Anthémis, 2012, p. 16.

¹⁶¹⁰ Un premier arrêt avait été rendu en 2012 avec les mêmes conclusions que celles de la Grande chambre : absence de violation de l'article 8, de l'article 14 combiné à l'article 8, et refus d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 12 (Cour EDH, 13 novembre 2012, *H. c. Finlande*, n° 37359/09).

¹⁶¹¹ Damian A Gonzalez-Salzburg, « Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: *Hämäläinen v Finland* », *Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 2, n° 1, p. 173-186.

¹⁶¹² L'épouse de la requérante se considère ainsi toujours hétérosexuelle malgré la modification de la mention du sexe de son épouse (Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, para. 44).

¹⁶¹³ S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 127.

¹⁶¹⁴ La Cour estime en effet qu'il n'y a pas lieu de se situer sur le terrain de l'article 12 car l'affaire concerne les conséquences de son changement de sexe sur ses liens matrimoniaux (*Hämäläinen c. Finlande*, para. 90 et s.). Une combinaison entre l'article 12 et l'article 3 (le refus de garantir le droit au mariage pour les couples de même sexe comme une forme de traitement inhumain et dégradant) avait été suggérée par la requérante, mais écartée par la Cour dans son premier arrêt rendu en 2012 (Cour EDH, 13 novembre 2012, *H. c. Finlande*, n° 37359/09). Sur la

faire reconnaître juridiquement son nouveau sexe tout en conservant ses liens maritaux » d'une part, et celui pour l'État de réserver l'institution matrimoniale aux seuls couples de sexe opposé d'autre part¹⁶¹⁵. Le juge européen fait pencher la balance vers la protection des intérêts étatiques, et conclut à une absence de violation du droit au respect de la vie privée au regard des différents choix qui s'offrent à la requérante.

368. Pour commencer, la Cour souligne que, loin d'être dans l'obligation de divorcer, la requérante peut tout à fait décider de conserver ses liens matrimoniaux ; il lui suffit alors de conserver la mention de son sexe tel qu'assigné à la naissance. Le fait que la Grande Chambre prenne cette alternative au sérieux est particulièrement surprenant : alors même que depuis 1992, elle s'attache à protéger les personnes trans des situations qui résultent d'une disparité entre leur sexe juridique et leur sexe revendiqué¹⁶¹⁶, la Cour semble ici largement en minimiser les conséquences. Par exemple, dans son arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* de 2002, elle avait jugé que « le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité »¹⁶¹⁷. Pourtant, en l'espèce, le juge estime que la requérante peut « s'accommod[er] des *désagréments* que lui vaut son numéro d'identité masculin »¹⁶¹⁸ et que « s'il est regrettable que la requérante se retrouve quotidiennement dans des situations où son numéro d'identité inapproprié lui vaut des désagréments, [...] l'intéressée dispose d'une possibilité réelle de modifier cet état de choses »¹⁶¹⁹.

369. C'est là en effet la seconde possibilité offerte par les autorités finlandaises : la requérante peut demander la modification de la mention de son sexe et par-là, transformer son mariage en partenariat enregistré, « option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage »¹⁶²⁰. Les États demeurent ainsi libres de

manière dont l'article 3 pourrait être mobilisé afin de garantir le droit au mariage entre personnes de même sexe, v. Paul James Johnson et Silvia Falcetta, « Sexual Orientation Discrimination and Article 3 of the European Convention on Human Rights: Developing the Protection of Sexual Minorities », *European law review*, avril 2018, vol. 43, n° 2, p. 167-185.

¹⁶¹⁵ *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, para. 64.

¹⁶¹⁶ *B. c. France*, préc. ; sur cette décision, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁶¹⁷ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, para. 77.

¹⁶¹⁸ *Hämäläinen c. Finlande*, para. 76 (nous soulignons).

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, para. 87.

¹⁶²⁰ *Ibid.* Elle réitère ainsi un raisonnement développé dans deux décisions de 2006 et 2008 relatives à des faits similaires au Royaume-Uni, où elle avait conclu à l'irrecevabilité de requêtes au titre de l'article 8 notamment dans la mesure où les requérantes peuvent « poursuivre leur relation dans tous ses aspects essentiels » et conclure un partenariat civil « emportant pratiquement les mêmes droits et obligations que le mariage » (Cour EDH, 28 novembre 2006, *Parry c. Royaume-Uni*, n° 42971/05 et 28 novembre 2008, *R. et F. c. Royaume-Uni*, n° 35748/05).

conditionner l'exercice du droit à l'autodétermination des personnes trans mariées à un divorce préalable, dès lors que leur législation prévoit une forme de reconnaissance alternative des unions qui offre des garanties similaires. Elle rejoint en ce sens le raisonnement développé quelques mois plus tôt par la Cour constitutionnelle italienne : le divorce imposé à une personne trans mariée suite à la modification de la mention de son sexe à l'état civil n'est pas inconstitutionnel, à condition que le législateur prévoie une forme de reconnaissance alternative pour les couples de même sexe¹⁶²¹. Ce raisonnement participe inévitablement à créer une hiérarchie entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe¹⁶²². Il est en effet frappant de constater que les efforts fournis par le juge européen afin de soutenir la similarité des garanties offertes entre le mariage et les autres formes d'unions tout en maintenant le mariage à distance des couples de même sexe le conduise, *in fine*, à renforcer la spécificité de l'institution matrimoniale.

370. Enfin, la troisième possibilité offerte à la requérante est simplement le divorce, puisque « rien ne s'oppose à la continuation du mariage »¹⁶²³, si ce n'est son choix délibéré d'exercer son droit à l'autodétermination. La Cour ajoute que « le droit finlandais laisse à celle-ci toute liberté d'user ou non de cette possibilité » de divorcer¹⁶²⁴, faisant ainsi abstraction du dilemme auquel est confrontée la requérante et du « non-choix » qui est en réalité le sien. D'autant que plusieurs institutions du Conseil de l'Europe se sont prononcées sur les répercussions d'une telle obligation de divorce sur la protection de la vie familiale des personnes trans. Le Commissaire aux droits de l'homme souligne en ce sens que « dans plusieurs pays, le parent qui a changé de genre perd la garde de ses enfants »¹⁶²⁵, ou encore que le divorce « peut devenir un obstacle au regroupement familial et à la possibilité de continuer de vivre avec l'ex-conjoint dans un autre pays »¹⁶²⁶. Le même Commissaire, en 2024, appelle les États du Conseil de l'Europe à supprimer cette obligation de divorce qui pèse sur les personnes trans mariées¹⁶²⁷ – tout comme le Parlement européen¹⁶²⁸ et le Comité directeur sur l'anti-discrimination, la

¹⁶²¹ Cour constitutionnelle italienne, 11 juin 2014, arrêt n° 170, publié au J.O. le 18 juin 2014 ; le mariage est nécessairement entre personnes de sexe opposé au regard de l'interprétation de l'article 29 de la Constitution par la Cour, v. Eleonora Bottini et Sarah Pasetto, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, 2014.

¹⁶²² Petra Sussner, « The Future of Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights: Where Will European Consensus Take Us? », *Völkerrechtsblog*, 2 mars 2023.

¹⁶²³ *Hämäläinen c. Finlande*, para. 76.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, para. 78.

¹⁶²⁵ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, préc., para. 3.2.2.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, para. 3.6.

¹⁶²⁷ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, para. 2.3.2.

¹⁶²⁸ Dans sa résolution de 2015, il appelle les États « à supprimer les dispositions limitant le droit des personnes transgenres à demeurer mariées à la suite d'un changement de genre reconnu » et « à veiller à ce que les

diversité et l'inclusion¹⁶²⁹ – en tant que « mesure excessive, susceptible d'engendrer de graves conséquences pour les membres de la famille et pour l'accès aux droits acquis par les couples entretenant une relation stable, par exemple en ce qui concerne les biens communs ou les règles successorales »¹⁶³⁰. C'est à la lumière de ces enjeux que d'autres juridictions concilient à l'inverse le respect du droit à l'autodétermination et la stabilité du lien matrimonial.

2. Reconnaître la continuité du mariage malgré la modification de la mention du sexe

371. Conditionner le droit au mariage à la différence de sexe juridique des époux ne conduit pas nécessairement à exiger des personnes trans mariées qu'elles divorcent afin d'exercer leur droit à l'autodétermination. Autrement dit, rien n'exige de faire primer la dimension hétéronormée de l'institution matrimoniale sur le droit à la reconnaissance juridique du sexe revendiqué. En témoignent les décisions des Cours constitutionnelles autrichienne et allemande adoptées respectivement en 2006 et 2008, alors que le mariage pour les couples de même sexe était interdit au sein de leurs législations. La Cour autrichienne autorise une femme trans à modifier la mention de son sexe à l'état civil tout en restant mariée à sa conjointe, tandis que la Cour allemande juge inconstitutionnel le fait de conditionner le changement de la mention du sexe à la dissolution du mariage¹⁶³¹. Pour le juge allemand, cette décision s'impose dans la mesure où « les époux peuvent décider eux-mêmes de la conduite de leur mariage » et que « si l'État les contraint au divorce, il porte atteinte aux caractéristiques du mariage en tant que communauté de vie et de responsabilités »¹⁶³². Selon le Commissaire aux droits de l'Homme, il faut dès lors y voir une préférence pour les juges à « protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'État », y compris au risque de voir « quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe »¹⁶³³. Le mariage est donc certes une institution qui repose sur la différence de sexe juridique entre les époux, mais ce principe

conjointes ou les enfants ne perdent pas certains de leurs droits » (APCE, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avril 2015, résolution 2048 (2015), para. 6.2.3).

¹⁶²⁹ CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, para. 49.

¹⁶³⁰ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, para. 2.6.1.

¹⁶³¹ Cour constitutionnelle autrichienne, 18 juillet 2006, VerfG, 1 BvL 1/04 et Cour constitutionnelle allemande, 27 mai 2008, BVerfG, 1 BvL 10/05, cité par Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, p. 10.

¹⁶³² Cour constitutionnelle allemande, 27 mai 2008, préc. Le juge estime également que l'État « retire aussi au mariage la protection que lui garantit l'Article 6.1 de la Loi fondamentale allemande », qui prévoit que « le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État. ».

¹⁶³³ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 29 juillet 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, para. 3.2.2.

ne saurait à lui seul faire obstacle à l'exercice de l'autonomie individuelle. Le centre de gravité du raisonnement est ici déplacé : ce n'est pas tant le caractère hétérosexuel de l'union qui importe, que la préservation des droits consacrés par le mariage.

372. De même, la Cour de justice de l'Union européenne s'éloigne d'un raisonnement qui tend à maintenir résolument la conformité du mariage à l'hétérosexualité, en privilégiant une approche qui donne une priorité au respect des droits fondamentaux et en l'occurrence, à la liberté de circulation. En effet, dans son arrêt *Coman* du 5 juin 2018, la Cour de Luxembourg juge qu'un État membre doit reconnaître un droit de séjour à un ressortissant d'un État tiers lorsqu'il est marié avec l'un de ses citoyens du même sexe, et ce même lorsque la législation nationale en vigueur ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe¹⁶³⁴. Elle refuse de faire primer l'intérêt de l'État à préserver la dimension hétéronormée du mariage sur la liberté de circulation reconnue aux citoyens des États membres, qui inclut le droit « de mener une vie familiale normale »¹⁶³⁵. Les faits d'espèce concernaient un couple d'hommes mariés en Belgique, l'un de nationalité roumaine, et l'autre de nationalité états-unienne. Ce dernier souhaitait bénéficier de la directive 2004/38, qui accorde un droit de séjour de plus de trois mois aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne¹⁶³⁶. La loi roumaine ne reconnaissant pas le droit au mariage entre personnes de même sexe, les autorités avaient refusé au requérant sa qualité de « conjoint » et donc, de membre de la famille d'un citoyen de l'Union.

373. Or la Cour de Justice fait une tout autre interprétation du terme « conjoint » mentionné dans la directive, en utilisant, comme l'analyse Edoardo Stoppioni, « la technique des notions autonomes », c'est-à-dire en interprétant la notion de conjoint uniquement en référence à l'ordre juridique communautaire, et non aux ordres juridiques nationaux des États membres¹⁶³⁷. Plus encore, « la notion de « conjoint », au sens de la directive 2004/38, comme « neutre du point de vue du genre »¹⁶³⁸ et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné »¹⁶³⁹. Dès lors, tout en rappelant que « les États membres sont [...] libres de

¹⁶³⁴ CJUE (GC), 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16.

¹⁶³⁵ *Ibid.*, para. 32.

¹⁶³⁶ Directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, 29 avril 2004, art. 7.

¹⁶³⁷ Edoardo Stoppioni, « Une analyse critique de l'arrêt *Coman*: déconstruction de la consécration de l'obligation de reconnaissance du droit de séjour du conjoint homosexuel », *European Papers*, 2019, vol. 4, n° 1, p. 382. L'auteur souligne que le recours à cette technique n'avait rien d'évident, au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice, ayant auparavant interprété le terme de mariage à la lumière de la définition adoptée au sein des États membres.

¹⁶³⁸ *Coman*, para. 49.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, para. 35.

prévoir ou non le mariage pour des personnes de même sexe »¹⁶⁴⁰, une loi nationale interdisant le mariage aux couples de même sexe ne saurait peser sur « la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »¹⁶⁴¹, au risque de voir cette liberté varier d'un État membre à l'autre¹⁶⁴². Par conséquent, la logique appliquée est celle de « l'obligation de reconnaissance »¹⁶⁴³ : l'ensemble des États membres sont dans l'obligation, non pas de reconnaître un droit au mariage pour les couples de même sexe, mais de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe conclus dans un autre État membre au nom de la protection de la liberté de circulation¹⁶⁴⁴. Sans pour autant bousculer la structure hétéronormée de l'institution matrimoniale, ces décisions illustrent néanmoins qu'elle peut *a minima* être conciliée avec la protection de la vie privée et familiale. Plus radicalement, en revanche, les outils du droit de la non-discrimination paraissent, eux, de nature à fragiliser cette structure – bien qu'ici aussi, la Cour européenne se refuse à s'écarter de sa jurisprudence protégeant l'hétérosexualité du mariage.

B. Les outils du droit de la non-discrimination désactivés

374. Malgré le développement par la Cour d'une jurisprudence relative à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, on constate en effet que ces outils sont inopérants lorsqu'il est question du droit au mariage réservé exclusivement aux personnes de sexe opposé¹⁶⁴⁵. Sandra Fredman souligne que, malgré des avancées majeures, les outils développés ne mènent pas la Cour à adopter une approche transformative de l'institution matrimoniale¹⁶⁴⁶. Elle interprète ainsi le choix des États de conditionner l'exercice du droit à

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, para. 37.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, para. 38.

¹⁶⁴² *Coman*, para. 39.

¹⁶⁴³ E. Stoppioni, « Une analyse critique de l'arrêt *Coman* », art. cit, p. 383.

¹⁶⁴⁴ Le même raisonnement a été adopté par la Cour de justice concernant la mention du sexe à l'état civil : les États membres n'ont pas l'obligation d'intégrer au sein de leur propre législation une procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil ; en revanche, lorsqu'un de leur citoyen a obtenu une modification de la mention de son sexe dans un autre État membre (hypothèse de la double nationalité), ils doivent reconnaître ce changement au sein de leur ordre juridique, au nom là aussi de la liberté de circulation (CJUE (GC), 4 octobre 2024, *Mirin*, C-4/23).

¹⁶⁴⁵ Le principe d'égalité et le droit à la non-discrimination a au contraire été utilisé au sein de certaines juridictions afin de garantir le droit au mariage pour les couples de même sexe (v. par ex. Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 1^{er} décembre 2005, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19 : le juge estime que l'interdiction du mariage aux couples de même sexe est une violation de leurs droits constitutionnels à une protection égale de la loi et à ne pas être victime d'une discrimination injuste (para. 114) ; v. également Cour suprême des États-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ; Cour constitutionnelle autrichienne (Verfassungsgerichtshof), 4 décembre 2017, G 258-259/2017-9).

¹⁶⁴⁶ Sandra Fredman, « Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, juin 2016, vol. 16, n° 2, p. 295.

l'autodétermination à la dissolution simultanée des liens matrimoniaux comme ne révélant pas de discrimination fondée sur l'identité de genre **(1)** ; et quand bien même la question n'a pas encore été tranchée en ces termes, il y a tout lieu de penser qu'elle écarterait aussi l'hypothèse d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle **(2)**.

1. Une absence de discrimination fondée sur l'identité de genre

375. L'effet de structure qu'opère l'hétéronormativité sur la jurisprudence de la Cour européenne s'illustre de nouveau lorsqu'elle envisage l'exercice du droit à l'autodétermination des personnes trans mariées au prisme des dispositions antidiscriminatoires. Dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande* de 2014 précité, la requérante trans se disait victime de discrimination : elle estimait en effet que, contrairement aux personnes cisgenres dont l'identité de genre est juridiquement reconnue dès la naissance, le fait qu'elle soit pour sa part contrainte de rompre les liens matrimoniaux qui l'unissent à son épouse afin d'obtenir une reconnaissance juridique de son identité de genre était discriminatoire. En ses termes, son mariage était soumis à un risque de « divorce forcé », contrairement aux mariages des personnes cisgenres¹⁶⁴⁷. La Cour conclut cependant à une non-violation de l'article 14 combiné aux articles 8 et 12, au motif que « la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre », sans développer plus avant les raisons fondant son analyse¹⁶⁴⁸. Le raisonnement est d'autant plus frappant qu'elle aurait pu aboutir à la même conclusion de non-violation de l'article 14 tout en admettant la similitude de la situation de la requérante et de celle des personnes cisgenres : en effet, pas davantage que les personnes cisgenres, les personnes trans ne bénéficient, au titre de sa jurisprudence, d'une protection de leur droit au mariage avec une personne du même sexe. Mais en refusant de reconnaître la comparabilité des situations, la Cour évite d'avoir à entrer dans le contrôle des justifications de la différence de traitement, à savoir le mariage comme institution exclusivement hétérosexuelle. Il n'y a donc pas lieu d'observer si ce fondement est « une justification objective et raisonnable »¹⁶⁴⁹ (tout en sachant que « les différences fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses »¹⁶⁵⁰) puisqu'à défaut de situation comparable, il n'y a pas lieu de vérifier si une différence de traitement peut être

¹⁶⁴⁷ *Hämäläinen c. Finlande*, para. 103 et s.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, para. 112.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, para. 108.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, para. 109.

observée¹⁶⁵¹. Il faut y voir, comme le montre la juriste sud-africaine Sandra Fredman, un retour à une conception formelle de l'égalité tirée de l'article 14 (*i.e.* traiter de manière semblable les personnes situées dans une situation similaire)¹⁶⁵². Au contraire, selon l'autrice, une approche substantielle ou réelle du principe d'égalité¹⁶⁵³ aurait conduit à reconnaître une différence de traitement entre les personnes trans et cisgenres du point de vue de la reconnaissance juridique de leur identité de genre, limitée pour les premières par l'exigence de divorce¹⁶⁵⁴. Le juge européen reconnaît donc, *in fine*, que l'identité de genre peut constituer un critère valide permettant de différencier les individus¹⁶⁵⁵ : l'assimilation des personnes trans aux personnes cisgenres n'est que partielle, dans la mesure où il n'existe pas d'équivalence fonctionnelle entre le sexe revendiqué et le sexe assigné à la naissance.

376. Là encore, le contraste avec le raisonnement adopté par la Cour de justice de l'Union européenne est frappant. Dans une affaire de 2018, elle estime que l'obligation de divorce imposée au Royaume-Uni à une femme trans pour qu'elle puisse accéder à une reconnaissance juridique de la modification de son sexe, et donc, obtenir une pension de retraite conformément à son sexe revendiqué, est contraire au principe de non-discrimination inscrit dans le droit communautaire¹⁶⁵⁶ : à la différence de la Cour européenne, elle estime que « la situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée sont [...] comparables »¹⁶⁵⁷. L'obligation de divorce imposée par l'État constitue dès lors une discrimination fondée sur le sexe¹⁶⁵⁸, car elle « réserve un traitement moins favorable directement fondé sur le sexe à une personne ayant changé de sexe après s'être mariée qu'à une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée »¹⁶⁵⁹. Autrement dit, le juge de l'Union considère qu'une différence de traitement illégitime est opérée entre une personne trans mariée et une personne cisgenre mariée, qui sont placées dans une situation comparable.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, para. 108.

¹⁶⁵² S. Fredman, « Emerging from the Shadows », art. cit, p. 296.

¹⁶⁵³ Sur cette notion, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁶⁵⁴ S. Fredman, « Emerging from the Shadows », art. cit, p. 296.

¹⁶⁵⁵ Stéphanie Hennette-Vachez, « Gender Equality in the European Court of Human Rights » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of gender equality: transnational legal perspectives*, 1st edition., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2023, p. 209.

¹⁶⁵⁶ Et notamment, en ce qui concerne les faits d'espèce, le principe de non-discrimination fondée sur le sexe en matière de sécurité sociale inscrit à l'article 4 paragraphe 1 de la directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

¹⁶⁵⁷ CJUE, 26 juin 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16, para. 44.

¹⁶⁵⁸ Pour rappel, la Cour de justice considère depuis 1996 que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe couvre également celles qui trouvent leur origine dans le changement de sexe (v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1).

¹⁶⁵⁹ *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, para. 48.

377. Enfin, même si la requérante estime que, malgré sa transidentité et son désir de changer la mention de son sexe à l'état civil, elle demeure dans une relation hétérosexuelle avec sa compagne¹⁶⁶⁰, la Cour européenne place les requérantes dans la même situation qu'un couple homosexuel (puisque la requérante est une femme trans qui souhaite rester mariée à son épouse)¹⁶⁶¹. Il n'y a donc pas lieu de mobiliser sa jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, dans la mesure où elle conduit précisément à préserver la dimension hétéronormée de l'institution matrimoniale.

2. Une absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

378. Dans de nombreux domaines, la Cour de Strasbourg s'est attachée à condamner les situations où une discrimination était appliquée aux individus en raison de leur orientation sexuelle¹⁶⁶². Que ce soit en matière de transmission de bail locatif¹⁶⁶³, d'âge du consentement aux relations sexuelles¹⁶⁶⁴, ou encore d'autorité parentale¹⁶⁶⁵, la Cour a utilisé l'article 14 combiné à d'autres dispositions de la Convention afin de conclure à des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle des requérants¹⁶⁶⁶. Dans l'arrêt *E.B. c. France* de 2008, relatif au refus des autorités françaises d'accorder un agrément en vue d'une adoption à une femme célibataire lesbienne, la Cour en est même venue à reconnaître une violation de l'article 14 combiné à l'article 8, non pas en raison d'une différence de traitement de la part de l'État directement et explicitement fondée sur l'homosexualité de la requérante¹⁶⁶⁷, mais du fait de la reproduction par les autorités étatiques de normes sociales fondées sur l'hétérosexualité¹⁶⁶⁸. Autrement dit, si « les autorités administratives internes n'ont pas fait référence, du moins expressément, aux

¹⁶⁶⁰ *Hämäläinen c. Finlande*, para. 44.

¹⁶⁶¹ Les juges Sajó, Keller et Lemmens estiment en ce sens que « la requérante et son épouse sont victimes de discrimination en raison du fait que les autorités n'ont pas fait de différence entre leur situation et celle des couples homosexuels » (*ibid.*, opinion dissidente, para. 20).

¹⁶⁶² À ce sujet, v. not. Paul Johnson, « 'An Essentially Private Manifestation of Human Personality': Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, mars 2010, vol. 10, n° 1, p. 67-97.

¹⁶⁶³ Cour EDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02 (articles 8 et 14).

¹⁶⁶⁴ Cour EDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99 (articles 8 et 14).

¹⁶⁶⁵ Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96 (articles 8 et 14).

¹⁶⁶⁶ Pour rappel, lorsqu'elle se prononce sur une affaire sous l'angle de l'article 14, la Cour examine s'il y a eu une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables, et si cette différenciation est objective et raisonnable.

¹⁶⁶⁷ À la différence de l'arrêt *Fretté* par exemple, dans lequel la Cour relève que le refus d'agrément opposé au requérant homosexuel était explicitement fondé sur ses « choix de vie », ce qui « englobe sans nul doute l'orientation sexuelle » de ce dernier (Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, para. 36).

¹⁶⁶⁸ Cour EDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02, para. 89.

“choix de vie” » de la requérante afin de motiver le refus d’agrément¹⁶⁶⁹, c’est néanmoins son manque de conformation à la norme hétérosexuelle qui a été décisif. Selon le juriste Paul Johnson, cette décision marque une évolution majeure, voire une rupture dans la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination liée à l’orientation sexuelle, puisqu’il n’est pas question d’homophobie mais plus précisément d’hétéronormativité¹⁶⁷⁰. Néanmoins, un paramètre décisif doit être souligné : dans cette affaire, la requérante n’était pas mariée, et il était donc question d’une demande d’adoption par une personne célibataire (dont il se trouve qu’elle était homosexuelle)¹⁶⁷¹. En revanche, lorsque le mariage est en jeu, la jurisprudence de la Cour relative à l’interdiction des discriminations fondées sur l’orientation sexuelle s’incline devant le maintien de la dimension hétérosexuelle du mariage.

379. En témoigne l’arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, dont on a vu qu’il consacre la possibilité pour les États de réserver le mariage aux seuls couples de sexe opposé¹⁶⁷². Dans cet arrêt, le juge européen estime, contrairement à sa jurisprudence antérieure, que les couples homosexuels connaissent une vie familiale au sens de l’article 8, tout comme les couples hétérosexuels¹⁶⁷³ ; ils se trouvent dès lors dans une situation comparable « pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation »¹⁶⁷⁴. Or après avoir rappelé que « les différences fondées sur l’orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves »¹⁶⁷⁵, la Cour conclut à l’absence de violation de l’article 14 combiné à l’article 8, notamment au regard de la similitude entre le partenariat enregistré (ouvert aux couples de même sexe) et le mariage (qui leur est refusé)¹⁶⁷⁶, ce qui fonde désormais sa jurisprudence constante en la matière¹⁶⁷⁷. De même, dans l’affaire *Gas et Dubois c. France* de 2012, la Cour eut à se prononcer sur le refus des autorités françaises d’accorder à la requérante l’adoption simple de l’enfant de sa compagne, précisément car elles n’étaient pas mariées (le mariage entre personnes de même sexe étant alors interdit)¹⁶⁷⁸. Le juge de Strasbourg conclut à

¹⁶⁶⁹ *E.B. c. France*, para. 71.

¹⁶⁷⁰ P. Johnson, « Heteronormativity and the European Court of Human Rights », art. cit, p. 46. Comme le souligne l’auteur, les opinions dissidentes des juges dans cette affaire sont particulièrement révélatrices de l’interprétation novatrice qui a été faite par la majorité : ils ne voient pas en quoi « l’orientation homosexuelle de Mlle E.B. avait constitué le motif décisif du refus qui lui a été opposé » (Opinion dissidente du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Türmen, Ugrekhelidze et Jočienė, para. 7). Le juge Loucaides a quant à lui le « sentiment » que la majorité « s’emploie constamment à interpréter la décision des autorités internes comme si elle reposait sur l’orientation sexuelle de la requérante alors que rien n’a été dit en ce sens » (Opinion dissidente du juge Loucaides).

¹⁶⁷¹ *E.B. c. France*, para. 49.

¹⁶⁷² Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, para. 94.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*, para. 99.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, para. 97.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, para. 109.

¹⁶⁷⁷ V. par ex. Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07.

¹⁶⁷⁸ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07.

la non-violation de l'article 14 combiné à l'article 8, admettant qu'un État pouvait réserver la procédure d'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés¹⁶⁷⁹. Selon la Cour, une discrimination a lieu seulement lorsque le droit interne applique une différence de traitement entre un couple hétérosexuel non marié (autorisation de l'adoption) et un couple homosexuel non marié (refus de l'adoption)¹⁶⁸⁰. En d'autres termes, il est admissible au regard de la Convention de traiter différemment les couples de même sexe et les couples de sexe opposé dans le cadre de la législation relative à la famille et ici, relative à l'adoption. Le mariage opère ainsi, pour reprendre les termes de Stéphanie Hennette-Vauchez, comme un véritable « bouclier » ou écran qui empêche les dispositions antidiscriminatoires de l'article 14 de la Convention de bousculer la structure hétéronormée du système européen¹⁶⁸¹. En admettant qu'une différence de traitement entre les couples de sexe opposé et de même sexe puisse être légitime, la Cour perpétue cependant une hiérarchisation entre les différentes manières de faire famille : celle, hétérosexuelle, qui bénéficie de la protection juridique du mariage ; et les autres, à la marge, qui bénéficient d'autres formes de protection sans être toutefois assimilées à la norme¹⁶⁸².

380. Par contraste, la Cour interaméricaine considère qu'aucun droit reconnu par la Convention ne saurait être inappliqué du seul fait de l'orientation sexuelle et/ou de l'identité de genre d'un individu¹⁶⁸³ : les États sont tenus « de garantir le plein accès à l'ensemble des dispositifs existants dans leur droit interne, *y compris le droit au mariage*, afin d'assurer la protection des droits des familles constituées par des couples de même sexe, sans discrimination par rapport à celles qui sont formées par des couples hétérosexuels »¹⁶⁸⁴. Dès lors, aucune différence de traitement entre les couples hétérosexuels et homosexuels ne saurait passer « le contrôle strict de l'égalité, dès lors qu'aux yeux de la Cour, aucun objectif acceptable au regard de la Convention ne saurait justifier que cette distinction soit regardée comme nécessaire ou proportionnée »¹⁶⁸⁵. Elle estime ainsi, à l'inverse de son homologue européen, qu'« il n'y aurait aucun sens à créer une institution qui produise les mêmes effets et confère les mêmes droits que le mariage, mais qui ne serait pas appelée “mariage” uniquement afin d'attirer l'attention sur les couples de même sexe par l'usage d'une appellation marquant une différence stigmatisante

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, para. 66.

¹⁶⁸⁰ Cour EDH, 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, n° 19010/07.

¹⁶⁸¹ S. Hennette-Vauchez, « Gender Equality in the European Court of Human Rights », art. cit, p. 210.

¹⁶⁸² Loveday Hodson, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, 3 février 2011, vol. 11, n° 1, p. 177.

¹⁶⁸³ Cour IDH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24/17, para. 84.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, para. 8 du dispositif. Nous soulignons.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, para. 220.

ou, à tout le moins, les rabaissant »¹⁶⁸⁶. On le voit, la Cour interaméricaine fait fi des prétentions des États membres à maintenir le mariage comme une institution réservée aux couples de sexe opposé et impose, à l'inverse de la Cour européenne, l'inclusion de l'ensemble des individus au sein de l'institution matrimoniale, indépendamment de leur sexe juridique. La question du mariage n'est toutefois que l'une des facettes où se joue le maintien de l'hétéronormativité comme structure à l'intérieur de laquelle se déploie l'autonomie individuelle : le droit de la filiation est, lui aussi, un point d'ancrage de la norme hétérosexuelle.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, para. 224. À l'inverse, la Cour européenne a condamné l'Italie pour ne pas offrir aux couples homosexuels une reconnaissance juridique de leur union, sans imposer néanmoins l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, para. 192 et s. ; Cour EDH (GC), 17 janvier 2023, *Fedotova c. Russie*, n°s 40792/10, 30538/14 et 43439/14).

Section 2 : Une naturalisation du sexe assigné via le droit de la filiation

381. Le droit à l'autodétermination s'accommode d'un cadre hétéronormé dans la mesure où il se fonde dans une institution qui privilégie et naturalise l'union entre personnes de sexe opposé. Le sexe revendiqué des personnes trans est pleinement intégré à cette structure, au point que la modification de la mention du sexe à l'état civil ne peut avoir lieu si elle ne remet pas en cause la dimension hétérosexuelle du mariage. L'objet de la présente section est de montrer que le droit à l'autodétermination rencontre un deuxième frein : les règles en matière de filiation.

382. En effet, l'hétéronormativité n'organise pas seulement les relations entre femmes et hommes à travers l'institution du mariage ; ce cadre structure également le droit de la filiation – ce que la juriste Katherine M. Franke saisit au prisme du concept de « repronormativité ». L'autrice le théorise en 2001 afin de mettre en lumière l'absence ou le peu d'intérêt, y compris au sein des théories féministes du droit, vis-à-vis de la naturalisation de la reproduction et de son caractère impératif : alors même que le régime de l'hétérosexualité comme norme naturalisée a fait l'objet de travaux majeurs, l'autrice estime que la maternité comme norme imposée aux femmes n'a pas fait l'objet des mêmes préoccupations¹⁶⁸⁷. C'est cet angle mort de la théorie féministe qu'elle analyse dans le but de détacher le corps féminin et la sexualité des femmes de la maternité obligatoire. La procréation apparaît, à travers ce prisme, comme « une préférence culturelle plutôt qu'un impératif biologique »¹⁶⁸⁸. La politiste Anna L. Weissman s'appuie sur ces travaux pour mobiliser la repronormativité comme « paradigme limité aux actes de reproduction légitimés et sanctionnés par l'État, relevant spécifiquement du modèle de la famille patriarcale et hétéronormative, et mis au service de la reproduction de l'État-nation hétéropatriarcal »¹⁶⁸⁹. La légitimation de certaines formes de reproduction (via leur naturalisation) s'articule ainsi avec une conception spécifique de la sexualité des femmes, nécessairement associée à la reproduction : la maternité hétérosexuelle¹⁶⁹⁰. D'où la prévalence des règles juridiques fondées sur la double idée que les femmes sont par principe mères, et que seules les femmes peuvent être mères ; la repronormativité opère comme une

¹⁶⁸⁷ Katherine M. Franke, « Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire », *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, p. 183 et s. ; v. également Nadyne Stritzke et Elisa Scaramuzza, « Trans*, Intersex, and the Question of Pregnancy: Beyond Reproductive Reproduction » dans Stefan Horlacher (ed.), *Transgender and Intersex: Theoretical, Practical, and Artistic Perspectives*, Dresden, Palgrave Macmillan, 2016, p. 143.

¹⁶⁸⁸ K.M. Franke, « Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire », art. cit, p. 185.

¹⁶⁸⁹ Anna L. Weissman, « Reproductive Normativity and the Reproduction of the Nation-State: The State and Sexuality Collide », *Journal of GLBT Family Studies*, 2017, vol. 13, n° 3, p. 279.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 290.

institutionnalisation de la naturalisation de la procréation hétérosexuelle fondée sur la différence des sexes¹⁶⁹¹.

383. Prenant appui sur ces analyses, les développements qui suivent visent à montrer que le droit de la filiation est le vecteur juridique de ce processus, et que c'est au prisme de la repronormativité que le droit à l'autodétermination est interprété. Le droit de la filiation repose en effet d'abord sur une nécessaire coïncidence entre le sexe juridique et les capacités procréatives des individus afin de préserver la cohérence de ce modèle repronormatif (§1). Or justement, les personnes trans, en exerçant leur droit à l'autodétermination, menacent l'équilibre de ce système dans la mesure où leur sexe juridique diffère de leurs capacités procréatives. L'ordre juridique mobilise alors leur sexe assigné à la naissance, quand bien même il est contraire à leur sexe juridique, afin d'établir le lien de filiation avec leurs enfants (§2).

§1. Un droit de la filiation fondé sur une coïncidence entre sexe juridique et fonctions reproductives

384. Dans son ouvrage de référence publié en 1995, la juriste Martha Fineman forge la notion de « *sexual family* » (ou famille sexuelle) pour désigner l'unité créée par l'ordre juridique qui repose sur le couple hétérosexuel marié et sur la procréation entre la femme et l'homme comme fondement de la famille¹⁶⁹². En adjoignant l'adjectif « sexuelle » au terme « famille », l'autrice met en évidence que « l'affiliation sexuelle entre un homme et une femme »¹⁶⁹³, autrement dit cette « connexion sexuelle »¹⁶⁹⁴ naturalisée, est érigée en principe organisateur de la famille par le droit. Les développements qui suivent visent à montrer que le droit de la filiation sert de vecteur au maintien de ce modèle, dans la mesure où il établit des règles destinées à ériger la complémentarité sexuelle de la femme et de l'homme en norme naturelle et privilégiée. Le droit français servira ici d'illustration, puisque l'adoption de la loi de bioéthique de 2021 offre un cadre d'analyse particulièrement riche afin de dévoiler cette fonction spécifique du droit de la filiation. L'analyse révèle qu'il est ancré dans une logique où les liens de filiation *s'imposent* aux individus en tant que reflets de principes naturels, et notamment de la différenciation sexuelle (A). Le droit de la filiation maintient alors une cohérence entre le sexe juridique et les

¹⁶⁹¹ N. Stritzke et E. Scaramuzza, « Trans*, Intersex, and the Question of Pregnancy: Beyond Reproductive Normativity », art. cit, p. 146.

¹⁶⁹² M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, op. cit., p. 143 et s.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, p. 143.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 144.

fonctions procréatives des individus, au point que même les techniques de procréation artificielle se développent de manière à préserver cette logique **(B)**.

A. La place subsidiaire de l'autonomie en droit de la filiation

385. La volonté n'est pas absente du droit de la filiation. Il reconnaît via le régime de l'adoption, consacré au Titre VIII du Code civil, la possibilité d'établir un lien de filiation entre un parent et un enfant sans qu'existe nécessairement un lien biologique ou génétique entre eux. L'adoption est toutefois clairement distinguée de la filiation basée sur un lien biologique ou génétique, régie par le Titre VII du même Code¹⁶⁹⁵, témoignant l'attachement du droit à une forme de filiation réputée gouvernée, à l'inverse, par les « lois de la nature », et notamment la reproduction sexuée. Le droit de la filiation a alors pour fonction d'instituer l'individu dans cette généalogie qui privilégie certaines formes de parenté **(1)**, au premier rang desquelles celle de la mère, dont l'accouchement est le fondement exclusif du lien de filiation **(2)**.

1. Une lecture anthropologique du droit de la filiation

386. Le droit de la filiation n'a pas été construit exclusivement sur le modèle de la reconnaissance d'un lien juridique entre parent et enfant fondé sur un fait *biologique*. Les travaux de Marcela Iacub s'appuient par exemple sur le Code civil de 1804 pour montrer qu'à cette période, les liens de filiations découlaient en réalité de l'institution matrimoniale, et par là, de la volonté des individus¹⁶⁹⁶. La filiation désigne en effet le « lien de droit *totale*ment *abstrait* qui se décompose en lien de paternité rattachant l'enfant à son père et de maternité le rattachant à sa mère »¹⁶⁹⁷, créant ainsi « un rapport d'ascendance familiale entre deux personnes »¹⁶⁹⁸. Dans le même sens, l'historien du droit Yan Thomas analyse le lien de filiation comme une fiction juridique qui repose sur une « opération technique du droit sur la

¹⁶⁹⁵ Cette distinction est déjà présente dans la première version du Code civil de 1804 : le livre premier distingue le Titre VII intitulé « de la paternité et de la filiation » et le Titre VIII « de l'adoption et de la tutelle officieuse ».

¹⁶⁹⁶ Marcela Iacub, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004, p. 15 et s.

¹⁶⁹⁷ Claire Neirinck, « Maternité et filiation », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2005, vol. 59, n° 1, p. 27. Nous soulignons.

¹⁶⁹⁸ Daniel Borrillo, « La parenté et la parentalité dans le droit » dans *Reproduire le genre*, Paris, Editions de la bibliothèque publique d'information du centre Pompidou, 2007, p. 121.

nature »¹⁶⁹⁹. Autrement dit, il n'est pas déterminé par un seul fait biologique : il est un « acte social »¹⁷⁰⁰, « une institution que le droit construit »¹⁷⁰¹, et existe seulement du fait d'un encadrement juridique¹⁷⁰². Dans la mesure où « la filiation est une question de droit », l'ordre juridique peut tout à fait choisir de ne pas s'appuyer sur un lien génétique ou biologique afin d'établir un lien de filiation paternelle ou maternelle¹⁷⁰³, et c'est précisément ce qu'il fait. Il fait alors « comme si »¹⁷⁰⁴ ce lien existait en transférant les effets juridiques à cette fiction, en appliquant par exemple la présomption de paternité au conjoint de la femme qui accouche¹⁷⁰⁵. C'est également le cas avec le régime de l'adoption plénière, exemple par excellence de « l'esprit social de la filiation »¹⁷⁰⁶ puisque malgré l'absence totale de lien biologique entre les parents adoptifs et l'enfant adopté elle « confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine »¹⁷⁰⁷.

387. Dès lors, « le droit n'a jamais réduit la filiation à une relation strictement biologique »¹⁷⁰⁸, dont découlerait la seule reconnaissance juridique de liens de filiation entre une femme et un homme ayant procréé naturellement avec leurs gamètes femelles et mâles respectives. Certes, du point de vue de la biologie, la reproduction humaine est sexuée : il est nécessaire de faire rencontrer des gamètes de type femelle et de type mâle afin de procréer¹⁷⁰⁹. Toutefois, l'évolution conjointe des biotechnologies et des représentations sociales fait apparaître une possible déconnexion entre ce fait biologique et une appréhension de la procréation humaine au seul prisme de l'hétérocisnormativité : le rapport sexuel n'est pas nécessaire pour procréer¹⁷¹⁰, une femme qui accouche n'a pas nécessairement un lien génétique avec l'enfant¹⁷¹¹, et avoir des gamètes femelle ou mâle ne veut pas dire être juridiquement une femme

¹⁶⁹⁹ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 106.

¹⁷⁰⁰ Françoise Héritier, « La filiation, état social », *La revue lacanienne*, 2010, vol. 8, n° 3, p. 33.

¹⁷⁰¹ Anne Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 231.

¹⁷⁰² D. Borrillo, « La parenté et la parentalité dans le droit », art. cit, p. 122.

¹⁷⁰³ Marc Pichard, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, 2015, vol. 82, n° 2, p. 142.

¹⁷⁰⁴ Eleonora Bottini, « Le “comme si” de l'acte sexuel dans le lien de filiation : une fiction juridique à effacer ? » dans *Le traitement juridique du sexe*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 49-64.

¹⁷⁰⁵ Code civil, art. 312 : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

¹⁷⁰⁶ F. Héritier, « La filiation, état social », art. cit, p. 34.

¹⁷⁰⁷ Code civil, art. 356.

¹⁷⁰⁸ Jean-Hugues Déchaux, « Une autre manière de fabriquer de la parenté? Des nouvelles techniques de reproduction à l'utérus artificiel », *Enfances, Familles, Générations*, 2014, n° 21, p. 151.

¹⁷⁰⁹ Marie-Xavière Catto et Laurence Brunet, « “Homme et femme, la Cour créa”. Note sous Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 90.

¹⁷¹⁰ La première naissance suite à une fécondation *in vitro* (FIV) a lieu au Royaume-Uni en 1978, et en France en 1982.

¹⁷¹¹ Dans l'hypothèse par exemple d'une gestation pour autrui où l'embryon conçu à partir du matériel biologique des parents d'intention est transféré dans l'utérus de la femme gestatrice qui porte l'enfant pour eux.

ou un homme¹⁷¹². La volonté individuelle n'est donc pas étrangère à la filiation, puisque les individus peuvent avoir une certaine prise sur leur manière de procréer.

388. Pour autant, force est de constater que « si la filiation s'oppose à la reproduction par sa dimension symbolique et abstraite, elle prend néanmoins appui sur le phénomène biologique qu'elle encadre »¹⁷¹³, érigeant ainsi la « complémentarité des sexes [...] en pilier fondamental du droit de la filiation »¹⁷¹⁴. En d'autres termes, pour le dire avec Florence Bellivier et Laurence Brunet, « le droit entretient avec [la nature] un rapport d'imitation analogique »¹⁷¹⁵ : il prétend retranscrire simplement un principe naturel et universel, à savoir la différenciation sexuée comme condition indispensable à la procréation. Selon certains auteurs, inspirés par les travaux de Pierre Legendre¹⁷¹⁶, cette mise à distance du droit de la filiation de la volonté des individus est impérieuse : elle reflète la « fonction anthropologique du droit »¹⁷¹⁷, qui commande précisément que le droit de la filiation structure les rapports entre individus à partir de la différence naturelle entre les sexes, en tant que fondement de nos sociétés¹⁷¹⁸. La filiation doit s'appuyer sur un principe généalogique qui requiert « nécessairement de différencier ligne paternelle et ligne maternelle » à partir du sexe assigné aux individus¹⁷¹⁹.

389. La filiation est en ce sens nécessairement extérieure à la volonté individuelle¹⁷²⁰, dans la mesure où, comme l'affirme Anne-Marie Savard, elle remplit une « fonction instituante pour l'individu »¹⁷²¹. À l'inverse, le droit à l'autodétermination en matière de filiation conduirait inévitablement à un bousculement et une remise en question totale des fondements de la société, dans la mesure où « soutenir que les hommes peuvent être des femmes, que les femmes peuvent

¹⁷¹² Une femme trans dont le sexe juridique est féminin peut en effet procréer avec ses gamètes mâles, et un homme trans dont le sexe juridique est masculin accoucher de son enfant, v. *infra*.

¹⁷¹³ C. Neirinck, « Maternité et filiation », art. cit., p. 28.

¹⁷¹⁴ Elsa Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Paris Nanterre, thèse sous la direction de Stéphanie Hennette-Vauchez, 2018, p. 649.

¹⁷¹⁵ Florence Bellivier et Laurence Brunet, « De la nature humaine à l'identité génétique : nature et artifice dans les lois "bioéthique" », *Espaces et sociétés*, 1999, vol. 99, n° 3, p. 45.

¹⁷¹⁶ V. par ex. Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 2010, 368 p ; Pierre Legendre, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, 267 p. ; Pierre Legendre, « Les collages qui font un État », dans *Miroir d'une Nation*, Paris, arte Éditions, p. 67 et s. : « La question de l'État est pendante. On oublie que le montage n'est pas seulement une forme à vocation politique [...] mais qu'il touche anthropologiquement aux intérêts de l'espèce portés par la culture. [...] La mise à sac du droit civil des personnes en son noyau atomique — sous l'éclairage de Freud, le noyau œdipien de la reproduction (mère, père, enfant) —, au nom de l'individu souverain et du libre jeu des fantasmes, signe le retrait de l'État, plus significativement que la mondialisation économique annoncée. Ne pas prendre acte d'un événement aussi considérable, c'est s'interdire de saisir l'enjeu anthropologique du temps présent ».

¹⁷¹⁷ Alain Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, 333 p.

¹⁷¹⁸ V. par ex. D. Salas, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, op. cit., p. 101.

¹⁷¹⁹ Alain Supiot et al., « La fonction anthropologique du droit : Entretien avec Alain Supiot », *Esprit*, 2001, vol. 2, n° 272, p. 173.

¹⁷²⁰ A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 58.

¹⁷²¹ Anne-Marie Savard, « Le droit, l'institution et la désinstitution du sujet », *Liberté*, 2017, n° 317, p. 32.

être des hommes, ou peut-être les deux à la fois, ou tantôt l'un, tantôt l'autre, brouille aux yeux de tous ses membres les repères symboliques qui permettent de structurer une société »¹⁷²². Ainsi, à propos d'une affaire canadienne où un homme trans demanda à adopter son enfant et à lui donner son nom de famille, Patrick Wachsmann et Aluma Marienburg-Wachsmann estiment qu'il faut y voir « les aberrations auxquelles peut conduire la transcription officielle d'un changement de sexe et les catastrophes qu'il y a lieu de redouter pour les générations futures », dans la mesure où « l'on sait les risques que comporte inéluctablement une telle entreprise »¹⁷²³. Comme le remarque Denys de Béchillon, il s'agit alors pour ces auteurs de protéger des « catégories anthropologiques fondatrices », dont l'existence ontologique n'est pas même questionnée¹⁷²⁴ ; cette démarche « n'est probablement rien d'autre qu'un masque posé sur l'ambition de prescrire un certain nombre de valeurs, également dissimulées »¹⁷²⁵ – celles, précisément, qui font de la repronormativité une norme naturelle.

390. Or l'historienne Camille Robcis montre que cette référence à la « fonction anthropologique du droit » a eu une résonance particulière dans le discours des juges et du législateur, en particulier en réaction aux avancées offertes par les droits humains en matière d'autonomie individuelle¹⁷²⁶. L'autrice replace l'usage de cette théorie dans le contexte des premiers débats relatifs à la bioéthique à partir des années 1980 : à l'heure où se développent les techniques d'assistance médicale à la procréation (invention de la fécondation *in vitro* par exemple, ou encore développement des premières gestations pour autrui), le recours à l'argument anthropologique vise à asseoir l'importance qui s'attache au maintien de la différence sexuelle au fondement du droit de la filiation¹⁷²⁷. Le droit de la filiation est alors renouvelé, puisque le législateur ajoute la vérité biologique aux critères d'établissement de la filiation (en plus de la naissance, de la volonté et de la possession d'état)¹⁷²⁸. Daniel Borrillo souligne que c'est également à cette période que « la revendication homoparentale émerge sur

¹⁷²² Jean-Louis Renchon, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2018, vol. 2, p. 274. L'auteur poursuit : « en donnant à penser que tout, en définitive, serait purement relatif et subjectif et que même la différence des sexes ne serait plus un des éléments constitutifs de la condition humaine ».

¹⁷²³ P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », art. cit, p. 1182.

¹⁷²⁴ Denys de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ*, 2002, p. 49.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 69.

¹⁷²⁶ Camille Robcis, « French Sexual Politics from Human Rights to the Anthropological Function of the Law », *French Historical Studies*, 2010, vol. 33, n° 1, p. 129-156.

¹⁷²⁷ *Ibid.*

¹⁷²⁸ F. Héritier, « La filiation, état social », art. cit, p. 34.

la scène publique », entraînant « une redéfinition naturaliste de la filiation »¹⁷²⁹. Autrement dit, « dès lors que le soubassement hétérosexuel de la filiation commence à se déstabiliser par la revendication homoparentale, les institutions se chargeront du rappel à l'ordre »¹⁷³⁰. L'auteur cite par exemple un rapport du Sénat de 1988 dans lequel il est fait mention « de la valeur des structures naturelles de la parenté »¹⁷³¹. Avec l'adoption des lois de bioéthique en 1994¹⁷³², tant l'importance de la vérité biologique que la dualité des sexes comme ordre symbolique sont (ré)affirmées afin de justifier le maintien nécessaire d'une filiation exclusivement hétérosexuelle¹⁷³³. Ce maintien du principe de la différence naturelle entre les sexes au cœur du droit de la filiation s'appuie tout particulièrement sur une conception spécifique du lien de filiation maternelle, fondé exclusivement sur l'accouchement.

2. Un fondement par principe du lien maternel via l'accouchement

391. L'hypothèse selon laquelle l'ordre juridique est construit de manière à privilégier l'hétérosexualité et donc la complémentarité des sexes comme norme naturellement au fondement de la filiation se vérifie nettement à l'analyse des fondements juridiques de la maternité : celle-ci est en effet foncièrement distinguée de la paternité afin d'affirmer avec force la spécificité du lien qui lierait les mères, et donc les femmes, aux enfants dont elles ont accouché. Marcela Iacub met ainsi en évidence qu'en droit français, la réforme de 1972, qui assimile la situation des enfants naturels à celle des enfants légitimes¹⁷³⁴, marque un tournant majeur dans la « mythification du ventre maternel »¹⁷³⁵ : l'autrice estime que la loi « a cherché, face à l'affaiblissement du mariage, à trouver un autre fondement contraignant de la filiation – et elle l'a trouvé dans le ventre maternel »¹⁷³⁶. Elle s'appuie sur l'introduction de l'article 322-

¹⁷²⁹ D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit., p. 272.

¹⁷³⁰ *Ibid.*

¹⁷³¹ *Ibid.* (rapport du Sénat « De l'éthique du droit » (dit *rapport Braibant*) publié en 1988).

¹⁷³² Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹⁷³³ D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit., p. 272.

¹⁷³⁴ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

¹⁷³⁵ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel : et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 338.

¹⁷³⁶ M. Iacub, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., p. 20.

1 du Code civil¹⁷³⁷, qui empêche les femmes mariées de *supposer* la naissance d'un enfant et impose l'établissement d'un lien de filiation maternelle dès la naissance sur le seul fondement de l'accouchement¹⁷³⁸. Cette réforme considère que la maternité « devra être absolument vraie »¹⁷³⁹, et instaure une différence intrinsèque avec la paternité.

392. Les travaux d'Amélie Dionisi-Peyrusse et Marc Pichard montrent en effet la « dissymétrie fondamentale » qui existe entre la maternité et la paternité au sein du droit de la filiation¹⁷⁴⁰. Le lien de filiation paternelle peut être établi de différentes manières. Pour les couples mariés, par l'effet de la loi lorsque l'enfant est né ou a été conçu pendant le mariage ; le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant¹⁷⁴¹. Pour les couples non mariés, par la reconnaissance volontaire¹⁷⁴², y compris dans le cadre d'une AMP, ou encore par la possession d'état¹⁷⁴³. Enfin, la filiation paternelle peut également être établie judiciairement en cas de contestation : il faut alors rapporter « la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père »¹⁷⁴⁴. En revanche, le lien de filiation maternelle répond quant à lui au seul principe *mater semper certa est*, indépendamment du statut marital : la mère est celle qui accouche et c'est en ce sens que son identité est toujours certaine¹⁷⁴⁵. Dans un avis du 23 octobre 1984, le Comité consultatif national d'éthique estimait d'ailleurs que cet adage « n'a pas une valeur seulement juridique, mais une valeur psychologique et sociale, qu'on ne saurait ébranler sans la plus grande circonspection »¹⁷⁴⁶.

393. Cette différence se confirme également si on prend appui sur les évolutions qui ont conduit à partir de 2000 à la montée en puissance du critère génétique, la Cour de cassation ayant reconnu que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation »¹⁷⁴⁷. Or si à la lumière de ce principe, la filiation paternelle peut parfois être établie par la génétique, ce n'est pas le cas de la filiation maternelle. La seule transmission de son patrimoine génétique (dans le

¹⁷³⁷ Art. 322-1 du Code civil (abrogé) : « Toutefois, s'il est allégué qu'il y a eu supposition d'enfant, ou substitution, même involontaire, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance, la preuve en sera recevable et pourra se faire par tous moyens ».

¹⁷³⁸ M. Iacub, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., p. 151 et s.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁷⁴⁰ Amélie Dionisi-Peyrusse et Marc Pichard, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) » dans *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 56.

¹⁷⁴¹ Art. 312 du Code civil.

¹⁷⁴² Art. 316 du Code civil.

¹⁷⁴³ Art. 317 du Code civil.

¹⁷⁴⁴ Art. 332 du Code civil.

¹⁷⁴⁵ A. Dionisi-Peyrusse et M. Pichard, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », art. cit, p. 57.

¹⁷⁴⁶ CCNE, *Avis n° 3 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle*, 23 octobre 1984, p. 16.

¹⁷⁴⁷ Cass., 1ère civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806.

cadre d'une gestation pour autrui par exemple) ne suffit pas à faire d'elle la mère de l'enfant si elle n'en a pas été la gestatrice ; comme l'affirme d'ailleurs explicitement la Cour d'appel de Rennes, « la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle »¹⁷⁴⁸. On peut également rappeler avec Marc Pichard que depuis la réforme de 2005, la femme non mariée qui accouche n'a plus besoin de reconnaître l'enfant pour établir le lien de filiation¹⁷⁴⁹, éloignant ainsi davantage la volonté de la filiation maternelle puisque « la mention du nom de la gestatrice dans l'acte de naissance suffit à établir la maternité »¹⁷⁵⁰. L'inégalité entre les deux modes de filiation se traduit enfin par les sanctions prévues en cas de déclaration mensongère : tandis qu'un homme ayant fait reconnaître une fausse paternité encourt seulement des sanctions civiles, le fait pour une femme de prétendre avoir accouché d'un enfant sans que cela ne soit vérifié relève en plus de l'infraction pénale¹⁷⁵¹. Aussi, la réforme de 1972 précitée « s'avère porteuse d'une véritable idéologie : la gestatrice ne peut que vouloir être mère »¹⁷⁵² ; en tous cas, le droit n'organise guère pour elle de mécanisme lui permettant de faire valoir son refus de l'être¹⁷⁵³. C'est d'ailleurs aussi sur ce fondement qu'une femme ne saurait accoucher pour une autre, d'où l'interdiction de la gestation pour autrui (GPA)¹⁷⁵⁴, puisque seule la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Pour le dire avec Michelle Gobert, « ce pourrait être aussi la preuve que subsiste, indéracinable, la conviction que la mère, décidément, est plus que le père »¹⁷⁵⁵.

394. Cette construction juridique de la maternité comme fondée sur l'accouchement n'est, assurément, pas spécifique au droit français ; on la retrouve dans de nombreux ordres juridiques¹⁷⁵⁶ et elle a même reçu un écho en droit de l'Union européenne. Dans une affaire de droit social jugée par la Cour de Luxembourg en 2014, la Cour de justice a jugé que le refus

¹⁷⁴⁸ Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002, n° 01/02471.

¹⁷⁴⁹ Art. 311-25 du Code civil (créé par l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation).

¹⁷⁵⁰ M. Pichard, « Filiation », art. cit, p. 142.

¹⁷⁵¹ M. Iacub, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, op. cit., p. 22 ; M. Pichard, « Filiation », art. cit, p. 143. Ainsi, l'article 227-13 du Code pénal prévoit que « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

¹⁷⁵² A. Dionisi-Peyrusse et M. Pichard, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », art. cit, p. 58.

¹⁷⁵³ Exception faite de l'accouchement anonyme (ou accouchement sous X), prévu à l'article 326 du Code civil : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ».

¹⁷⁵⁴ L'article 16-7 du Code civil indique que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

¹⁷⁵⁵ M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », art. cit.

¹⁷⁵⁶ On peut citer par exemple le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) § 1591 (« La mère d'un enfant est la femme qui l'a mis au monde ») ; aussi, au Royaume-Uni, le *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) de 2008 précise que « la femme qui porte ou a porté un enfant à la suite de l'implantation en elle d'un embryon [...] doit être considérée comme la mère de l'enfant » (section 33(1)).

opposé par les juridictions irlandaises à la requérante, qui avait bénéficié en Californie d'une GPA légale, de l'octroi d'un congé payé équivalent à un congé de maternité, au motif qu'elle n'a pas accouché, ne méconnaissait pas le droit européen¹⁷⁵⁷. Aux termes d'une directive de 1992, un congé de maternité est reconnu – et garanti – aux « travailleuses enceintes, accouchées, allaitantes »¹⁷⁵⁸ ; mais la Cour interprète le texte comme ne garantissant ce congé qu'à celles des femmes qui ont été enceintes ou ont accouché, une employée qui allaite l'enfant avec lequel elle a un lien génétique – comme c'était le cas en l'espèce – né grâce au recours à une femme porteuse ne peut se prévaloir de la directive¹⁷⁵⁹. Comme l'analyse Stéphanie Hennette-Vauchez, « la génétique est ici battue en brèche par la physiologie »¹⁷⁶⁰. Dans la seconde affaire jugée le même jour, à propos cette fois-ci d'une requérante britannique ayant bénéficié d'une GPA légalement encadrée au Royaume-Uni et n'ayant pas de lien génétique avec l'enfant, le juge de l'Union adopte la même conclusion : quand bien même une femme allaite un enfant dès la naissance et pendant les mois qui suivent, elle peut se voir refuser l'application de la directive dans la mesure où elle n'a pas accouché¹⁷⁶¹. La CJUE se positionne donc à l'inverse de la proposition formulée par l'avocate générale Juliane Kokott, qui avait suggéré qu'un congé maternité soit partagé entre la femme gestatrice et la mère commanditaire à travers une interprétation « fonctionnelle » et non pas « biologique-moniste » de la maternité¹⁷⁶².

395. Cette spécificité de l'accouchement comme fondement de la maternité semble néanmoins avoir été mis à distance dans un arrêt du 14 décembre 2021, où le juge de l'Union s'est prononcé sur le refus d'un État-membre de délivrer un acte de naissance mentionnant une double filiation maternelle du fait de l'absence d'information quant à l'identité de la mère gestatrice au sein du couple¹⁷⁶³. Dans sa formation la plus solennelle, la Cour estime qu'au nom de la liberté de

¹⁷⁵⁷ CJUE, 18 mars 2014, *Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School*, C-363/12, para. 37.

¹⁷⁵⁸ Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE).

¹⁷⁵⁹ *Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School*, préc.

¹⁷⁶⁰ Stéphanie Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, 8 mai 2014, p. 16.

¹⁷⁶¹ CJUE, 18 mars 2014, *C.D. / S.T.*, C-167/12.

¹⁷⁶² Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, 26 septembre 2013, affaire C-167/12 (*C. D. / S. T.*) du 18 mars 2014, para. 46 : elle proposait ainsi d'intégrer la mère commanditaire allaitante au sein du cercle des « travailleuses » mentionnées par la directive. En effet, si dans le cadre d'une GPA, la mère d'intention n'est pas concernée par les mesures de la directive visant à protéger les femmes accouchées (récupération physique suite à la grossesse par exemple), elle peut se trouver dans la même situation qu'une mère biologique allaitante et donc qu'une travailleuse allaitante (l'article 2 de la directive 92/85 s'adresse en ce sens à « toute travailleuse allaitante au sens des législations et/ou pratiques nationales, qui informe l'employeur de son état, conformément à ces législations et/ou pratiques »).

¹⁷⁶³ CJUE, 14 décembre 2021, *V.M.A. c. Stoliczna Obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20. En l'espèce, les deux requérantes mariées, respectivement ressortissantes de Bulgarie et du Royaume-Uni, résident en Espagne.

circulation reconnue aux citoyens de l'Union européenne, un État membre doit reconnaître les deux liens de filiation maternelles entre les parents et leur enfant établis dans un autre État membre, quand bien même on ne peut établir avec certitude laquelle des deux mères a accouché¹⁷⁶⁴. Cette oscillation entre une lecture physiologique ou fonctionnelle de la maternité n'est toutefois pas sans affaiblir la conception de la filiation maternelle à partir de l'accouchement, qui traduit une référence au principe de la division naturelle entre les sexes, même lorsqu'il est question de techniques artificielles de procréation.

B. L'hypothèse de la renaturalisation de la filiation par les techniques artificielles de procréation

396. Les premières techniques d'assistance médicale à la procréation (AMP) se développent dès la fin du XVIII^{ème} siècle. Elles désignent un ensemble de méthodes destinées à assister les individus dans leur processus de procréation, que ce soit via la conservation des gamètes, une insémination artificielle ou encore une fécondation *in vitro*. L'encadrement juridique de l'AMP est loin d'être homogène de par le monde¹⁷⁶⁵. En France, elle a initialement été réservée aux couples hétérosexuels, laissant apparaître un paradoxe : l'utilisation de techniques *artificielles* de procréation conduisant « à une *renaturalisation juridique et politique* des représentations de la reproduction humaine »¹⁷⁶⁶. Actée en 2021, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules¹⁷⁶⁷ n'a pas renversé ce processus de renaturalisation, qui a plutôt été reconfiguré *en référence* à la norme centrale de la procréation hétérosexuelle **(1)**, comme en témoigne également l'encadrement de l'accès des personnes trans à ces techniques de procréation **(2)**.

Les autorités espagnoles ont délivré un certificat de naissance pour leur enfant en les désignant chacune comme « mère ». Elles demandèrent aux autorités bulgares de leur fournir un certificat de naissance, nécessaire pour obtenir des documents d'identité.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, para. 69.

¹⁷⁶⁵ Pour une comparaison de différentes législations en vigueur, v. Assemblée nationale, *Étude d'impact relatif à la bioéthique*, 24 juillet 2019, n° 2187.

¹⁷⁶⁶ S. Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures », art. cit. (souligné dans le texte).

¹⁷⁶⁷ V. *infra*.

1. L'accès à l'assistance médicale à la procréation guidé par l'hétéronormativité

397. La volonté de favoriser l'assise biologique du droit de la filiation et de conserver intacte le cadre repronormatif dans lequel il s'instaure s'illustre notamment au regard de l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation par les lois de bioéthique. Lors de l'adoption des premières lois en 1994, l'AMP est appréhendée « en décalque de la procréation dite naturelle », dans la mesure où « le modèle du législateur a été celui de la nature »¹⁷⁶⁸. Le législateur cherche à faire « comme si » l'enfant était issu d'un rapport sexuel entre une femme et un homme¹⁷⁶⁹, conduisant à « renaturaliser la procréation »¹⁷⁷⁰. Les conditions d'accès énumérées à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique en témoignent : l'AMP est réservée aux couples, hétérosexuels, dont les membres sont en âge de procréer et vivants, et au moins l'un d'eux doit faire usage de ses gamètes¹⁷⁷¹. Aussi, l'article 311-19 du Code civil dans sa version de 1994 prévoit qu'« en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation »¹⁷⁷². Le paradoxe est saillant : la nature est donc « recrée » ou « instituée » par la technique juridique¹⁷⁷³. Les lois ont « donné aux fécondations artificielles un caractère sexué »¹⁷⁷⁴ visant à prétendre que la nature était « à l'origine de l'enfant né ainsi »¹⁷⁷⁵, et les modalités de l'appariement de gamètes, étape confiée au corps médical, sont venues, elle aussi, renforcer ce modèle du « comme si »¹⁷⁷⁶.

398. L'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹⁷⁷⁷ a, par la suite, révélé la force de cet ancrage de l'AMP au sein d'un cadre hétéronormé : alors même que l'adoption homoparentale était désormais autorisée, ce qui

¹⁷⁶⁸ S. Hennette-Vauchez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 169.

¹⁷⁶⁹ E. Bottini, « Le “comme si” de l'acte sexuel dans le lien de filiation : une fiction juridique à effacer ? », art. cit, p. 53 ; C. Robcis, *La loi de la parenté*, op. cit., p. 13.

¹⁷⁷⁰ S. Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures », art. cit, p. 7.

¹⁷⁷¹ Art. L. 2141-2 du Code de la santé publique (version en vigueur avant l'adoption de la loi du 2 août 2021).

¹⁷⁷² Art. 311-19 du Code civil (abrogé par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° 2021-1017).

¹⁷⁷³ F. Bellivier et L. Brunet, « De la nature humaine à l'identité génétique », art. cit, p. 52 et s.

¹⁷⁷⁴ E. Bottini, « Le “comme si” de l'acte sexuel dans le lien de filiation : une fiction juridique à effacer ? », art. cit, p. 53.

¹⁷⁷⁵ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 238.

¹⁷⁷⁶ L'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation précise qu'« en dehors des facteurs de risques médicaux, un appariement sur des critères physiques tels que la couleur de la peau, des yeux, des cheveux est réalisé dans la mesure du possible à la demande de chaque bénéficiaire » (Annexe, modifié par l'arrêté du 5 octobre 2023, para. IV-3.3.1) ; guidé par un souci de ressemblance de l'enfant avec le couple bénéficiaire de l'AMP, l'appariement poursuit l'objectif de permettre au couple de conserver le secret sur les modalités de la conception.

¹⁷⁷⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

conduit à « l'émancipation de la filiation adoptive à l'égard de la biologie »¹⁷⁷⁸, l'AMP demeurait elle, strictement réservée aux couples hétérosexuels. Lors du contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel rappelait même que, conformément à l'article L. 2141-2 du CSP précité, l'AMP « a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme » et « que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe »¹⁷⁷⁹. Ce même raisonnement fut encore repris par le Conseil d'État dans une décision de 2018, arrivant ainsi à la conclusion que la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et lesbiens au regard de l'AMP n'est « pas contraire au principe d'égalité »¹⁷⁸⁰. En ce sens, « l'interprétation du principe d'égalité [...] fait obstacle au traitement identique des couples de même sexe et des couples de sexes différents »¹⁷⁸¹, et c'est seulement la voie législative qui a finalement levé la condition d'hétérosexualité gouvernant l'accès à l'AMP¹⁷⁸².

399. La loi de 2021 relative à la bioéthique a ainsi opéré un changement majeur avec l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées¹⁷⁸³. Mais si les conditions d'accès ont été assouplies, le mode d'établissement du lien de filiation maternelle en cas d'AMP dans le cadre d'un couple de femmes ont été définis de manière à préserver le cadre repronormatif du droit de la filiation, qui n'a pas connu de rupture avec le modèle de la « *sexual family* » caractérisé par Martha Fineman¹⁷⁸⁴ ; le lien conjugal du couple hétérosexuel demeure la cheville ouvrière de l'établissement du lien de filiation. Simplement, l'article 342-11 du Code civil a introduit une nouvelle forme d'établissement du lien de filiation propre aux enfants nés de couples lesbiens, puisqu'il prévoit qu'après avoir donné leur consentement à un notaire en

¹⁷⁷⁸ M. Pichard, « Filiation », art. cit, p. 144.

¹⁷⁷⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 44.

¹⁷⁸⁰ Conseil d'État, 28 septembre 2018, décision n° 421899, para. 6.

¹⁷⁸¹ À ce sujet, v. Maria Kalogirou et Claire Langlais, « Le principe constitutionnel d'égalité, un obstacle (sérieux) à l'égalité des couples en matière de PMA », *La Revue des droits de l'homme*, 9 décembre 2018.

¹⁷⁸² À noter que l'encadrement législatif français s'accordait avec la jurisprudence de la Cour européenne, laquelle se montre prudente en matière d'assistance médicale à la procréation, d'autant plus lorsque la pratique sort de l'hétéronormativité : par exemple, dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* de 2011, la Cour ne condamne pas l'État pour son encadrement restrictif des conditions d'accès aux techniques d'AMP (Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00) ; aussi, elle juge irrecevable la requête d'un couple de femmes mariées contestant l'accès à l'AMP aux seuls couples hétérosexuels dans l'arrêt *Charron et Merle-Montet c. France* de 2018 pour défaut d'épuisement des voies de recours internes (Cour EDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15), s'abstenant de reconnaître comme elle a pu le faire dans d'autres affaires que celles-ci étaient « vouées à l'échec », v. à ce sujet S. Hennette-Vauchez, « Gender Equality in the European Court of Human Rights », art. cit, p. 211.

¹⁷⁸³ Loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° 2021-1017.

¹⁷⁸⁴ M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, op. cit., p. 143. V. *supra*.

vue de réaliser une AMP¹⁷⁸⁵, « le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant »¹⁷⁸⁶. Si la femme qui porte l'enfant voit établir son lien de filiation maternelle via l'accouchement, c'est en revanche cette reconnaissance conjointe qui permet à sa compagne d'être également reconnue comme la mère¹⁷⁸⁷. On assiste alors à « la création d'un mode de filiation dérogatoire et spécifique pour les couples lesbiens », alors même que plusieurs experts considèrent que rien ne s'opposait à la simple extension des modes d'établissement de la filiation des couples hétérosexuels aux couples de femmes, comme la présomption de paternité et la reconnaissance¹⁷⁸⁸. La conjointe de la femme mariée ayant accouchée aurait ainsi pu bénéficier, par analogie, d'une présomption de co-maternité, tandis qu'en dehors du mariage, la compagne aurait eu à reconnaître l'enfant avant ou après sa naissance. Toutefois, comme le montre Marie Mesnil, l'argument de la « vraisemblance biologique » a fait obstacle à cette extension¹⁷⁸⁹, puisque pour reprendre les mots du Conseil d'État dans son étude publiée en 2018, « cette solution apparaît en contradiction avec la philosophie des modes d'établissement classiques de la filiation qui reposent sur la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »¹⁷⁹⁰. Il privilégie alors, comme le fera le législateur, la création d'un mode d'établissement de la filiation *ad hoc* pour les seuls couples de femmes, dans la mesure où cette solution préserve l'établissement du lien de filiation pour les seuls couples hétérosexuels ayant eu recours à une AMP sur « le mimétisme avec la procréation charnelle »¹⁷⁹¹.

400. De son côté, le droit belge a décidé de mettre en œuvre cette présomption de co-maternité à l'égard de la conjointe de la femme qui accouche. Néanmoins, si la loi du 5 mai 2014 prévoit que la conjointe pourra automatiquement être désignée comme la mère ou « co-parente » de l'enfant, c'est uniquement dans le cas où le couple est marié¹⁷⁹². En dehors de cette hypothèse, la « coparente » doit procéder à la reconnaissance de son enfant pour établir un lien de filiation maternelle¹⁷⁹³. Là aussi, le modèle de la famille organisé autour du couple uni par les liens du mariage demeure intact : le législateur introduit seulement une reconfiguration de l'établissement du lien de filiation, sans s'éloigner radicalement de la fonction structurante du

¹⁷⁸⁵ Art. 342-10 du Code civil.

¹⁷⁸⁶ Art. 342-11 du Code civil, al. 1^{er}.

¹⁷⁸⁷ Art. 342-11 du Code civil, al. 2.

¹⁷⁸⁸ V. not. Marie Mesnil, « La loi de bioéthique, une grande loi famille ? », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2021, n° 29, p. 89.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 88.

¹⁷⁹⁰ Conseil d'État, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, Paris, p. 61.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁷⁹² Art. 325-2 du Code civil belge, introduit par la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente, C-2014/09353.

¹⁷⁹³ Art. 325-4 du Code civil belge.

couple conjugal. Le droit de la filiation sert alors avant tout à maintenir un paradigme fondé sur la complémentarité des sexes et de leurs fonctions procréatives.

2. L'accès à l'assistance médicale à la procréation guidé par la cisnormativité

401. Alors que la loi relative à la bioéthique de 2021¹⁷⁹⁴ autorise l'AMP pour les couples de femmes et les femmes seules, aucune disposition relative à l'accès des hommes trans aux techniques d'AMP n'est prévue. Ces derniers peuvent pourtant être concernés, dans les cas par exemple où ils auraient pour projet de porter un enfant conçu avec un don de sperme, au même titre qu'une femme cisgenre – notamment dès lors que la loi de 2016 précise que le changement de sexe n'étant plus subordonné à une transition chirurgicale stérilisante, ils peuvent avoir conservé leurs organes reproducteurs féminins. On peut y voir ici la traduction du maintien du régime hétérosexuel, « fondé sur la fonction de la reproduction obligatoire pour les femmes »¹⁷⁹⁵ ; autoriser des hommes à engendrer reviendrait à admettre que les femmes ne sont plus les seules soumises à cette obligation de reproduction, introduisant une faille dans la cohérence du modèle hétéronormé.

402. En effet, loin d'être un oubli, il s'agit plutôt d'une volonté du législateur de ne pas légiférer à ce sujet. Comme l'analyse Lisa Carayon, divers amendements avaient pourtant été introduits, mais la question a été évincée par le Gouvernement, au motif que seul le sexe à l'état civil doit être pris en compte¹⁷⁹⁶. Les hommes trans doivent alors choisir entre la modification de leur sexe et le recours à l'AMP, alors même qu'en parallèle l'autoconservation des gamètes pour les personnes trans a été instaurée par cette même loi¹⁷⁹⁷. Car c'est bien le « spectre de

¹⁷⁹⁴ Loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° 2021-1017.

¹⁷⁹⁵ M. Wittig, *La pensée straight*, op. cit., p. 104.

¹⁷⁹⁶ Lisa Carayon, « Personnes trans et loi de bioéthique: histoire d'un silence », *AJ Famille*, 2021, n° 10, p. 543.

¹⁷⁹⁷ Depuis la loi de 2021, l'article L. 2141-12 du Code de la santé publique prévoit que l'absence de motif médical ne fait pas obstacle à l'autoconservation des gamètes. Aussi, l'article R2141-37 du Code de la santé publique adopte une formulation neutre en indique que « pour bénéficier d'un prélèvement ou recueil de ses gamètes, en vue d'une assistance médicale à la procréation [...] le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez une *personne* » et « le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez une *personne* [...] » (nous soulignons).

l'homme enceint »¹⁷⁹⁸ qui cherche à être écarté¹⁷⁹⁹, véritable « panique juridique »¹⁸⁰⁰ jusqu'alors tenue à distance par l'exigence de stérilisation des personnes trans¹⁸⁰¹. Cette situation, parfois qualifiée de « farfelue » par certains auteurs¹⁸⁰², n'est pourtant ni rare ni tout à fait récente¹⁸⁰³. Elle peine toutefois à être juridiquement admise dans la mesure où elle bouscule à la fois le « paradigme conventionnel de la paternité »¹⁸⁰⁴ et de la maternité, juridiquement fondé sur l'accouchement d'une femme. En ce sens, dans une décision du 8 juillet 2022, le Conseil constitutionnel a validé l'exclusion des hommes trans ayant modifié la mention de leur sexe à l'état civil de l'accès à l'AMP (article L. 2141-2 du Code de la santé publique), au motif que « la différence de situation entre les hommes et les femmes, au regard des règles de l'état civil » peuvent « justifier une différence de traitement [...] quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation »¹⁸⁰⁵. De même, l'article R2141-38 du Code de la santé publique indique qu'une « insémination artificielle » peut être réalisée « chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant »¹⁸⁰⁶. Le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir¹⁸⁰⁷ contre le décret instaurant cette disposition¹⁸⁰⁸, ne constate lui non plus aucune méconnaissance du principe d'égalité, confirmant ainsi l'exclusion des hommes trans de l'AMP¹⁸⁰⁹. La situation est ici paradoxale puisque c'est le respect du droit à l'autodétermination qui conduit à une différence de traitement ; en d'autres termes, ce n'est pas

¹⁷⁹⁸ S. Hennette-Vauchez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit., p. 168. La possibilité pour les hommes trans d'être enceint et d'accoucher a en effet pu produire une certaine « panique morale » chez certains auteurs (pour une analyse, v. Martine Gross, « L'homoparentalité et la transparentalité au prisme des sciences sociales : révolution ou pluralisation des formes de parenté ? », *Enfances Familles Générations. Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, 15 novembre 2015, n° 23).

¹⁷⁹⁹ Et qui paraissait, pour certaines juridictions, quasiment hypothétique : la Cour constitutionnelle fédérale allemande affirmait ainsi à propos de la suppression de la condition de l'incapacité permanente de procréer dans le cadre de la procédure de changement de sexe que « chez les hommes transgenres, cela ne se produira que rarement car ces personnes sont dans leur grande majorité hétérosexuelles » (Cour constitutionnelle allemande (*BVerfG*), 11 janvier 2011, 1 BvR 3295/07).

¹⁸⁰⁰ Alice Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, n° 34, p. 225.

¹⁸⁰¹ E.Y. Krivenko, *Gender and Human Rights*, op. cit., p. 137.

¹⁸⁰² Cyrille Duvert, « L'homme enceint », *Droits*, 2022, vol. 75, n° 1, p. 147-160.

¹⁸⁰³ La grossesse de Thomas Beatie en 2008 a été l'une des premières à être massivement médiatisée ; la Cour d'appel de l'Arizona l'avait reconnu comme père (v. Cour d'appel de l'Arizona, 13 août 2014, *Beatie v. Beatie*, 235 Ariz. 427).

¹⁸⁰⁴ A. Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », art. cit., p. 236.

¹⁸⁰⁵ Conseil constitutionnel, 8 juillet 2022, *Association Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles [Accès à l'assistance médicale à la procréation]*, QPC n° 2022-1003. À propos de ladite QPC, v. Marie Mesnil, « La PMA pour tout-tes devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, 7 juin 2022.

¹⁸⁰⁶ Art. R2141-38 du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁷ Le recours avait été formé par l'association Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS), consultable à cette adresse : <https://asso-giaps.org/2021/11/29/recours-pour-exces-de-pouvoir-les-personnes-trans-ne-devraient-pas-etre-exclu-e-s-de-lautoconservation-ni-de-lamp/>.

¹⁸⁰⁸ Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation, art. 1^{er}.

¹⁸⁰⁹ Conseil d'État, 1^{ère}, 22 mars 2024, n° 459000.

la prise en compte du sexe assigné à la naissance mais bien celle du sexe juridique modifié qui sert de fondement à l'exclusion des hommes trans de l'AMP.

403. Cette lecture du principe d'égalité est cohérente selon Sophie Paricard, puisque « si le changement de sexe a un sens, c'est qu'il s'agit justement de modifier la mention du sexe à l'état civil pour l'avenir »¹⁸¹⁰ ; le droit ne ferait donc, en somme, que respecter le droit à l'autodétermination des personnes trans en prenant en compte leur seul sexe juridique modifié. Or c'est précisément ici que se révèle l'interprétation cisnormative qui guide les conditions d'accès à l'AMP : les femmes et les hommes sont placés dans une situation différente au regard de leur état civil ce qui justifie leur différence de traitement ; pourtant, comme le souligne la Défenseure des droits dans sa décision cadre de 2025, « la restriction de l'accès à l'AMP entraîne une différence de traitement entre, d'une part, les hommes transgenres ayant procédé à la modification de leur état civil et, d'autre part, les femmes cisgenres et les hommes transgenres n'ayant pas apporté de modification à leur état civil », ce qui peut être constitutif d'une « discrimination fondée sur l'identité de genre »¹⁸¹¹. D'autant que le sexe juridique masculin d'un homme trans ne suffit pas à égaliser sa situation avec celle d'un homme cisgenre : tandis qu'un homme cisgenre peut utiliser son sperme dans le cadre d'une AMP avec sa compagne, un homme trans ne peut utiliser ses ovocytes dans le but de les transférer à sa compagne qui serait la gestatrice. Cela serait assimilé à une technique de réception d'ovocytes de la partenaire (ROPA), interdite en France¹⁸¹² : dans l'hypothèse d'un couple lesbien, une femme ne peut utiliser les ovocytes de sa compagne cisgenre afin de procréer, et cette règle s'applique également aux hommes trans. La mère est certes la femme qui accouche, mais c'est aussi celle qui a un lien génétique avéré ou supposé avec l'enfant ; or en cas de ROPA, la personne (femme cisgenre ou homme trans) qui aurait un lien génétique serait connue, et c'est précisément ce que cherche à éviter législateur français avec le principe d'anonymat du don d'ovocytes.

404. Au total, on peut donc relever une certaine hypocrisie du législateur : les hommes trans sont exclus du bénéfice de l'AMP au motif qu'en choisissant de modifier leur sexe à l'état civil, ils doivent se satisfaire d'être traités par le droit au regard de leur sexe juridique. Pourtant, les règles sont tout autres lorsqu'il est question de l'établissement des liens de filiation, puisque ce sont alors les capacités procréatives, et donc le sexe assigné à la naissance, qui sont privilégiés.

¹⁸¹⁰ Sophie Paricard et Marie Mesnil, « L'assistance médicale à la procréation pour les hommes trans : une exclusion conforme à la Constitution », *AJ Famille*, 2022, n° 9, p. 435.

¹⁸¹¹ Défenseur des droits, *Décision-cadre n°2025-112 relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, 16 juin 2025, p. 35.

¹⁸¹² Comme le confirme le Conseil d'État dans sa décision du 16 juin 2024, n° 472649.

Alors que le recours à l'AMP repose sur la volonté des individus, et par là, leur sexe juridique revendiqué, l'établissement des liens de filiation est guidé par une logique hétéronome, et c'est le sexe assigné à la naissance qui permet de la maintenir intacte.

§2. L'établissement des liens de filiation fondé sur le sexe assigné à la naissance

405. Autrefois « prix à payer »¹⁸¹³ pour obtenir une modification de la mention du sexe à l'état civil, la stérilisation des personnes trans est désormais condamnée par les organes de protection des droits humains¹⁸¹⁴. Rappelons que même en droit français, l'article 61-6 du Code civil prescrit que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention du sexe¹⁸¹⁵. Cela entraîne par conséquent la possibilité pour les personnes trans de procréer avec leurs propres organes reproducteurs, qui ne correspondent donc pas à leur sexe à l'état civil¹⁸¹⁶. La question du mode d'établissement du lien de filiation s'est donc posée pour le législateur : faut-il établir le lien de filiation entre un parent trans et son enfant conformément à son sexe à l'état civil ou à son sexe assigné à la naissance¹⁸¹⁷ ? Marie Mesnil distingue en ce sens trois lectures possibles de la parenté trans, qui adoptent chacune une articulation spécifique entre droit à l'autodétermination du parent trans et établissement du lien de filiation à partir des capacités procréatives : une lecture juridique (la filiation est déterminée par le sexe juridique), une lecture biologique (la filiation est déterminée par le sexe assigné à la naissance), et enfin une lecture juridico-biologique (la filiation est déterminée via une mention *sui generis*)¹⁸¹⁸.

¹⁸¹³ A. Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », art. cit, p. 226.

¹⁸¹⁴ Sur le détachement du droit à l'autodétermination d'une exigence de stérilisation par le droit des droits humains, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁸¹⁵ Code civil, art. 61-6, al. 3.

¹⁸¹⁶ Cette configuration est l'une des multiples facettes de la parenté trans : certaines personnes trans ont pu procréer avant une opération de changement de sexe, en ayant par la suite recours ou non à une procédure de changement de la mention de leur sexe, d'autres ont recours à des techniques de reproduction assistée, via un parcours institutionnel ou artisanal, grâce à leurs propres gamètes ou à un don (à ce sujet, v. not. l'ouvrage Laurence Hérault (ed.), *La parenté transgenre*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2014, 148 p).

¹⁸¹⁷ À noter que les revendications des parents trans à cet égard sont multiples : si certains souhaitent établir un lien de filiation avec leur enfant conformément à leur sexe mentionné à l'état civil, d'autres souhaitent être reconnus en tant que mères tout en ayant la mention de sexe masculin sur leur acte d'état civil, et inversement. Sur une réflexion quant à l'établissement de liens de filiation détachés de toute marque de sexualité, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁸¹⁸ Marie Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans? Les trois lectures de l'identité sexuée » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 223.

406. Il ressort de l'analyse que le droit à l'autodétermination s'accommode des règles en matière de filiation fondées sur le sexe assigné à la naissance. Autrement dit, la lecture biologique de la parenté trans est largement privilégiée par les ordres juridiques nationaux **(A)**, sans que cette lecture ne soit condamnée au niveau européen dans la mesure où la Cour de Strasbourg développe elle-même une jurisprudence qui favorise l'assise biologique des liens de filiation **(B)**.

A. Une lecture biologique de la parenté trans privilégiée par les droits nationaux

407. Malgré la diversité des solutions qui peuvent être apportées par le droit quant à l'établissement du lien de filiation des parents trans, une lecture biologique domine largement. Elle repose sur une prise au sérieux de la distinction entre le sexe juridique revendiqué (tel qu'il apparaît à l'état civil) et le sexe assigné à la naissance qui renvoie aux capacités procréatives **(1)**, afin de préserver la règle selon laquelle la mère, et donc la femme, est celle qui accouche **(2)**.

1. La distinction entre sexe matériel et sexe juridique au cœur de la parenté trans

408. La protection du droit à l'autodétermination des personnes trans pourrait être comprise comme requérant que l'établissement du lien de filiation avec leurs enfants soit conforme à leur sexe juridique : elle impliquerait qu'une femme trans soit reconnue comme la mère de son enfant, et un homme trans comme son père. Cette lecture juridique est encouragée par les organes de protection des droits humains¹⁸¹⁹. Dans sa résolution de 2018, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe enjoint ainsi les États membres « à veiller à ce que l'identité de genre des parents transgenres soit correctement enregistrée sur l'acte de naissance de leurs enfants »¹⁸²⁰, recommandation suivie par le Commissaire aux droits de l'Homme dans son rapport de 2024¹⁸²¹. Les États sont donc invités à détacher leurs règles relatives à

¹⁸¹⁹ Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommandait en 2010 aux États-membres de « prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie », ce qui implique *a priori* ses liens de filiation (Comité des Ministres, 31 mars 2010, *Recommandation sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, CM/Rec(2010)5, para. 21).

¹⁸²⁰ APCE, *Vie privée et familiale : parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, 10 octobre 2018, Résolution 2239 (2018), para. 4.6.

¹⁸²¹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, p. 62 ; au niveau de l'Union européenne, v. Parlement européen, *Droits des personnes LGBTIQ dans l'Union*

l'établissement des liens de filiation des fonctions reproductives des parents (gamètes mâle ou femelle, gestation et accouchement) pour faire du sexe juridique revendiqué la seule référence pertinente en la matière¹⁸²².

409. La Suède est le premier (et l'un des rares) pays européen à avoir adopté ce modèle¹⁸²³. La stérilisation des personnes trans n'est plus une condition nécessaire à la modification de la mention du sexe depuis 2013, et la loi prévoit depuis 2018 que l'identité de genre des parents trans est reconnue au sein des actes de naissance de leurs enfants¹⁸²⁴ : un homme trans ayant accouché est désigné en qualité de père de son enfant, et une femme trans en qualité de mère. Les juristes Daniela Alaattinoğlu et Alice Margaria montrent néanmoins que la situation des parents trans n'est pas simplement assimilée à celle des parents cisgenres. Le Code parental prévoit une section spécifique relative à la « paternité et maternité en cas de changement de sexe »¹⁸²⁵ et précise notamment que la présomption de paternité ou de maternité n'est pas appliquée dans les couples ou au moins l'un des deux parents a modifié la mention de son sexe ; la filiation n'est alors pas automatique mais doit être établie par une procédure administrative ou judiciaire, à la différence des couples cisgenres¹⁸²⁶. Cet encadrement n'en reste pas moins, à l'heure actuelle, celui qui se rapproche le plus du respect du droit à l'autodétermination des parents trans en opérant une rupture entre le lien de filiation (maternelle ou paternelle) et les fonctions biologiques ; en quelque sorte, la contribution biologique (gamètes mâles ou femelles) est dégenrée, puisqu'elle n'est plus interprétée comme marqueur d'un lien de filiation maternelle ou paternelle.

410. L'approche suédoise est toutefois marginale. La grande majorité des États fait des fonctions reproductives le critère déterminant de l'établissement du lien de filiation, et certains vont jusqu'à constitutionnaliser cette règle. La Constitution hongroise indique ainsi par exemple depuis 2020 que « la mère est une femme, et le père est un homme », et exclut les

européenne, 14 septembre 2021, Résolution 2021/2679(RSP), para. 4 ; au niveau international, v. les Principes de Yogyakarta +10 qui précisent que les États doivent « émettre des certificats de naissance pour les enfants, à la naissance, qui reflètent l'identité de genre des parents tels que définis par eux ou elles-mêmes » (Principes de Yogyakarta +10, 2017, Principe 24).

¹⁸²² En plus de protéger le droit à l'autodétermination, il s'agit aussi d'éviter des difficultés d'ordre pratique ; on pense notamment à la difficulté pour un parent trans de prouver le lien de filiation qui l'unit avec son enfant lorsque ses documents d'identité ne désignent pas la même mention du sexe que sur l'acte de naissance, notamment à l'étranger.

¹⁸²³ Daniela Alaattinoğlu et Alice Margaria, « Trans Parents and the Gendered Law: Critical Reflections on the Swedish Regulation », *International Journal of Constitutional Law*, juin 2023, p. 2 : les autrices mentionnent que l'Islande et le Danemark ont adopté des lois similaires, respectivement en 2021 et 2022.

¹⁸²⁴ Loi modifiant le Code parental (*Lag Om Ändring I Föräldrabalken*), 2018, n° 1279.

¹⁸²⁵ Code parental (*Föräldrabalk*), 1949:381, ch. 1, art. 10 et s.

¹⁸²⁶ D. Alaattinoğlu et A. Margaria, « Trans Parents and the Gendered Law », art. cit, p. 13. Les autrices soulignent néanmoins qu'un amendement adopté en 2021 est venu étendre la présomption de maternité ou paternité aux parents trans mariés.

personnes trans de cette définition dans la mesure où seul le sexe assigné à la naissance est pris en considération¹⁸²⁷. Dans cette perspective, les règles du droit commun sont appliquées : un homme trans qui accouche est nécessairement désigné comme mère, et une femme trans qui transmet ses gamètes mâles comme père. Le sexe juridique s’efface au profit d’une lecture biologique de la parenté¹⁸²⁸. Le droit norvégien est à cet égard particulièrement révélateur : si le *Change of Legal Gender Act* de 2016 précise que lorsque le sexe est mentionné dans un texte législatif, il fait référence à l’identité de genre de la personne (donc à son nouveau sexe juridique), le même texte prévoit néanmoins, par exception, que « le sexe attribué à la naissance doit être pris en compte lorsqu’il est nécessaire pour établir la filiation et la responsabilité parentale »¹⁸²⁹. Pour reprendre l’analyse proposée par la juriste Anniken Sørli, ce type d’encadrement législatif n’opère pas comme une « contrainte explicite », mais de manière insidieuse : autrement dit, « sous couvert d’inclusion des personnes trans, tout en participant à la gouvernance des identités de genre, en valorisant les formes “préférables” (cis) de parentalité et en jetant le doute sur la légitimité des autres »¹⁸³⁰.

411. En effet, tandis que l’exigence de stérilisation servait autrefois à elle seule à maintenir la dimension repronormative des règles en matière de filiation, l’ordre juridique prend désormais appui sur le sexe assigné à la naissance, qu’il fait ressurgir pour mieux le naturaliser. Le sexe juridique ne reflète que l’identité de genre, tandis que le corps demeure arrimé au sexe assigné à la naissance. L’usage de ses organes sexuels reproducteurs par une personne trans est alors interprété comme un refus de se conformer totalement à son sexe revendiqué. Par exemple, dans une affaire relative à l’établissement d’un lien de filiation entre une femme trans et l’enfant qu’elle a conçu avec sa compagne, le juge français estime qu’en demandant la modification de la mention de son sexe à l’état civil, elle a complètement renoncé à son sexe « d’origine ». Ainsi, selon les juges de première instance :

« par l’acte de procréation masculine qu’elle revendique, Clarisse X... a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu’elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences à savoir soit procéder à une reconnaissance de

¹⁸²⁷ V. Constitution hongroise, art. L, para. 1. Le projet de modification de la Constitution a été adopté par le Parlement le 15 décembre 2020 ; sur la seule prise en compte du sexe assigné à la naissance par la législation hongroise, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁸²⁸ M. Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l’identité sexuée », art. cit, p. 223.

¹⁸²⁹ Loi sur le changement de sexe juridique, 2016, LOV-2016-06-17-46, para. 6 [<https://perma.cc/44Q6-WCG4>].

¹⁸³⁰ Anniken Sørli, « Governing (Trans) Parenthood – The Tenacious Hold of Biological Connection and Heterosexuality » dans *Queering international law: possibilities, alliances, complicities, risks*, London, Routledge, 2018, p. 189.

paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin »¹⁸³¹.

Cette interprétation n'est pas sans trouver écho chez certains auteurs, qui intègrent cette existence simultanée entre le sexe juridique d'un côté, et le sexe assigné à la naissance de l'autre. Valérie-Odile Dervieux se demande en ce sens si la requérante, « par son comportement et ses choix, induit elle-même une réassignation vers son sexe d'origine »¹⁸³². De leur côté, Tatiana Gründler et Camille Bourdaire-Mignot mobilisent l'expression de « double sexe » afin de désigner « la possibilité de faire valoir alternativement le sexe mentionné à l'état civil ou le sexe d'origine, pour un même individu, en fonction des droits revendiqués »¹⁸³³. Elles expliquent que pour les parents trans, « il ne s'agit donc pas de revendiquer un double sexe identitaire, mais de demander que les règles sexospécifiques ne soient pas nécessairement rattachées à un sexe unique pour une même personne »¹⁸³⁴. Autrement dit, dans le cas d'une personne trans qui procrée à partir de ses propres gamètes, les autrices considèrent qu'il faut y voir « une revendication de reconnaissance de coexistence des deux sexes qui est à l'œuvre dans la mesure où la personne prétend continuer à se prévaloir du sexe d'origine dans sa fonction procréative après avoir demandé et obtenu un sexe juridique opposé »¹⁸³⁵. Il y aurait donc deux sexes, qui ne s'effacent jamais complètement l'un et l'autre : le sexe juridique gouverné par l'identité de genre, et le sexe assigné à la naissance qui renvoie aux fonctions procréatives, et plus particulièrement à la capacité d'engendrer. Certains ordres juridiques adoptent en effet une lecture de la parenté trans à la fois juridique et biologique selon qu'elle concerne la filiation paternelle ou maternelle, afin de préserver la dimension physiologique du lien maternel.

2. Une cristallisation des enjeux autour de l'accouchement des personnes trans

412. L'importance accordée à la concordance entre la filiation maternelle et l'accouchement limite l'évolution du droit vers la reconnaissance d'un lien de filiation conforme au seul sexe juridique des parents trans. Les hésitations de la jurisprudence française quant à l'établissement

¹⁸³¹ TGI de Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/0019.

¹⁸³² Valérie-Odile Dervieux, « Du transsexualisme à la transparentalité », *Dalloz actualité*, 28 novembre 2018.

¹⁸³³ Tatiana Gründler et Camille Bourdaire-Mignot, « La parentalité trans ou la difficile acceptabilité sociale du double rattachement sexué » dans *Acceptabilité sociale et mutations des droits de la biomédecine et de la santé*, Paris, LEH Edition, 2024, p. 109.

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ T. Gründler et C. Bourdaire-Mignot, « La parentalité trans ou la difficile acceptabilité sociale du double rattachement sexué », art. cit., p. 112.

d'un lien de filiation d'une femme trans sont particulièrement révélatrices de la résistance du droit à se détacher d'une conception naturalisée de la maternité fondée sur la gestation et l'accouchement. Rappelons tout d'abord que les juridictions ont eu à se prononcer sur cette question du fait du silence du législateur : la loi de 2016 qui encadre la modification de la mention du sexe à l'état civil s'intéresse seulement à l'établissement d'un lien de filiation *postérieur* au changement de la mention du sexe du parent trans¹⁸³⁶, tandis que la loi de bioéthique de 2021 écarte volontairement la question¹⁸³⁷. En l'espèce, la requérante trans souhaitait être reconnue comme la mère de l'enfant qu'elle avait conçu avec ses propres gamètes, et dont la compagne avait accouché. Les juges de première instance refusèrent, au motif notamment que la maternité est une « réalité [...] biologique et se prouve par la gestation et l'accouchement »¹⁸³⁸. La Cour d'appel fait preuve d'un esprit novateur en proposant l'inscription de la mention *sui generis* « parent biologique » sur l'acte de naissance¹⁸³⁹. Par ce compromis, elle adopte une lecture « juridico-biologique » de la parenté trans, pour reprendre l'expression proposée par Marie Mesnil dans sa typologie précitée¹⁸⁴⁰ : elle reconnaît le lien génétique qui lie l'enfant à la requérante, sans lui imposer une filiation paternelle contraire à son sexe juridique et tout en réservant la filiation maternelle aux seules femmes qui accouchent. La Cour de cassation s'y opposa toutefois, et se référa aux dispositions de droit commun relatives à la filiation pour conclure qu'une femme trans ayant modifié la mention de son sexe à l'état civil et procréé à l'aide de ses gamètes mâles ne peut faire reconnaître un lien de filiation biologique avec son enfant « qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père »¹⁸⁴¹. Elle n'y vit aucune discrimination, « dès lors que la mère ayant accouché n'est pas placée dans la même situation que la femme transgenre ayant conçu l'enfant avec un appareil reproductif masculin et n'ayant pas accouché »¹⁸⁴². En conditionnant la reconnaissance

¹⁸³⁶ Art. 61-8 du Code civil créé par l'art. 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle : « La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification ».

¹⁸³⁷ Loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° 2021-1017, v. L. Carayon, « Personnes trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence », art. cit. L'autrice montre que lors des débats parlementaires, la situation des parents trans est pourtant connue, puisque l'affaire dont il est question dans les développements qui suivent vient d'être jugée par les juridictions de première instance.

¹⁸³⁸ TGI de Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/0019.

¹⁸³⁹ Cour d'appel de Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059. À propos de cet arrêt, v. not. Benjamin Moron-Puech, « Femme-père et homme-mère. Quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF*, 2018, chron. n°26 ; Amélie Dionisi-Peyrusse, « État civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 110 ; Sophie Paricard, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 110.

¹⁸⁴⁰ M. Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », art. cit, p. 218.

¹⁸⁴¹ Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251, para. 18.

¹⁸⁴² *Ibid.*, para. 25.

de la maternité à la capacité d'accoucher, la Cour réaffirma ainsi une conception biologique de la filiation maternelle, sans interroger l'idée qu'il puisse exister des formes de maternité indépendantes de la gestation. Pourtant, si l'accouchement suffit à être mère, rien n'oblige pour autant à en faire une condition *nécessaire* à la maternité.

413. C'est ce que finira par admettre la juridiction de renvoi via l'établissement judiciaire de la filiation maternelle de la requérante¹⁸⁴³. La Cour d'appel de Toulouse estime que cette seconde filiation maternelle ne fait pas concurrence à celle établie auprès de la mère gestatrice¹⁸⁴⁴, mais vient au contraire « la compléter par la prise en compte de la notion de mère biologique non gestatrice »¹⁸⁴⁵. Elle adopte ainsi la « théorie du dédoublement de la filiation » mise en avant par Laurence Brunet et Philippe Reigné : autrement dit, « à la maternité gestatrice s'ajoute une maternité non gestatrice ; à la paternité non gestatrice une paternité gestatrice »¹⁸⁴⁶. Cette décision ne pallie toutefois pas l'absence de reconnaissance d'une double filiation maternelle via le droit commun pour les parents trans.

414. Dans d'autres ordres juridiques, le législateur précise d'emblée que si la filiation des parents trans peut être établie conformément à leur sexe juridique, exception doit être faite pour les hommes trans, révélant ainsi l'attachement profond à l'accouchement comme fondement du lien maternel. En témoigne la loi néerlandaise¹⁸⁴⁷ : une femme trans reconnue de sexe féminin à l'état civil et ayant conçu un enfant avec son sperme peut établir un lien de filiation maternelle avec celui-ci, mais uniquement via une procédure d'adoption¹⁸⁴⁸. Aussi, un homme trans qui accouche sera nécessairement reconnu comme la mère de son enfant, mais pourra établir un lien de filiation paternel avec l'enfant si sa compagne en a été la gestatrice : il sera alors

¹⁸⁴³ Cour d'appel de Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128 ; cette solution était celle préconisée par l'avocate générale de la Cour de cassation (Cour de cassation, Avis de Mme Caron-Deglise, Avocat général, Audience du 17 mars 2020 – Formation de section (FS), p. 28), mais aussi par le Défenseur des droits (Décision du Défenseur des droits n° 2019-149, Paris, 28 juin 2019, p. 15).

¹⁸⁴⁴ La Cour d'appel fait ici référence à l'article 320 du Code civil, qui prévoit que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait », ce qui suppose l'impossibilité d'établir une double filiation maternelle ou paternelle. Or comme le montre Marie Mesnil, les juges considèrent que la loi du 18 novembre 2016 « qui autorise dorénavant le changement de sexe sans réassignation sexuelle » appelle une autre interprétation de cet article (v. Marie Mesnil, « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », *AJ Famille*, 2022, n° 4, p. 222).

¹⁸⁴⁵ Cour d'appel de Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128.

¹⁸⁴⁶ Philippe Reigné et Laurence Brunet, « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 19 octobre 2020, n° 43-44, p. 1164.

¹⁸⁴⁷ Les personnes trans peuvent modifier la mention de leur sexe à l'état civil sans opération de stérilisation depuis la loi du 18 décembre 2013 ayant modifié l'article 28 du Code civil néerlandais [<https://perma.cc/KMZ3-Y6NU>].

¹⁸⁴⁸ Laurence Hérault (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2018, p. 51. Elle ne peut toutefois être automatiquement considérée, à l'instar des couples de femmes ayant recours à une AMP, comme la « co-mère » de l'enfant ; l'automatisme de l'établissement du lien de filiation est réservée aux hommes dont la compagne a accouché (v. M. van den Brink et J. Tigchelaar, « The Equality of the (non) Trans-Parent: Women Who Father Children », art. cit, p. 250).

simultanément la mère d'un enfant et le père d'un autre¹⁸⁴⁹. De même, si la loi belge adopte des règles en matière de filiation qui se rapprochent d'une lecture juridique de la parenté trans, ce n'est pas pour autant sans renoncer au principe d'établissement de la filiation maternelle à partir de l'accouchement. Si un homme trans donne naissance à un enfant, il sera considéré comme la mère de ce dernier afin de ne pas déroger « au principe de base du droit belge de la filiation selon lequel la mère est toujours certaine »¹⁸⁵⁰. Aussi, une femme trans qui participe à la conception de son enfant avec ses gamètes mâles sera considérée comme la « co-parente »¹⁸⁵¹ (mais non comme « co-mère »¹⁸⁵², ni mère, dans la mesure où ce n'est pas elle qui accouche). En revanche, il est particulièrement révélateur de voir que dans l'hypothèse où une femme trans accouche grâce à une greffe d'utérus, le législateur prévoit que « le nouveau sexe (mère) s'appliquera également aux femmes transsexuelles qui accouchent »¹⁸⁵³. Autrement dit, la coïncidence entre les capacités procréatives (ici la gestation) et le sexe juridique emporte nécessairement un établissement du lien de filiation maternelle, au même titre que les femmes cisgenres. Cette attribution du statut de mère aux hommes trans (et hypothétiquement, aux femmes trans) qui accouchent montre qu'aux yeux du droit, leur seule capacité à enfanter suffit à les considérer comme femme, et non comme « de vrais hommes »¹⁸⁵⁴. Si ces règles sont « révélatrices d'une évolution fondamentale » en matière de filiation des parents trans¹⁸⁵⁵, elles ne tournent donc pas complètement le dos aux principes fondateurs du droit de la filiation, et notamment à celui selon lequel la personne qui accouche est toujours la mère de l'enfant, confirmé au niveau européen.

¹⁸⁴⁹ M. van den Brink et J. Tigchelaar, « The Equality of the (non) Trans-Parent: Women Who Father Children », art. cit, p. 252.

¹⁸⁵⁰ Code civil belge, article 135/2, para. 2 et Circulaire relative à la 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, 15 décembre 2017, C-2017/31879.

¹⁸⁵¹ Code civil belge, art. 135/2, para. 2.

¹⁸⁵² Emmanuelle Bribosia, Nicole Gallus et Isabelle Rorive, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *Journal des tribunaux*, 2018, n°6724, p. 265. L'explication est donnée par les autrices : « Les règles de la co-maternité ne peuvent pas non plus être appliquées car elles se fondent sur un consentement à la procréation médicalement assistée alors que la femme transgenre peut concevoir un enfant naturellement ou par procréation médicalement assistée sans que l'officier de l'état civil ne puisse distinguer les deux situations en manière telle qu'une même règle doit s'appliquer dans les deux cas ».

¹⁸⁵³ Circulaire relative à la loi du 25 juin 2017, préc.

¹⁸⁵⁴ A. Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », art. cit, p. 237.

¹⁸⁵⁵ E. Bribosia, N. Gallus et I. Rorive, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », art. cit.

B. Une lecture biologique de la parenté trans confirmée par le juge européen

415. Le cadre robuste développé par la Cour de Strasbourg en matière de droit à l'autodétermination¹⁸⁵⁶ n'est pas sans se défaire d'une interprétation des dispositions relatives au droit à la vie privée et familiale¹⁸⁵⁷ qui protègent en priorité l'établissement de liens de filiation basés sur le sexe assigné à la naissance. Comme l'analysent Laurence Brunet et Marie Mesnil, la solution de la Cour au regard de la filiation des parents trans s'inscrit plus largement dans sa jurisprudence relative au droit de connaître ses origines, qui implique de privilégier le lien génétique qui lie parent et enfant¹⁸⁵⁸ **(1)**. La position du juge européen relative à la parenté trans prend alors tout son sens, puisqu'il l'examine à partir de ce même cadre, faisant ainsi primer l'établissement d'un lien de filiation conforme aux capacités procréatives **(2)**.

1. Une filiation fondée sur le lien génétique

416. La Cour de Strasbourg privilégie le lien génétique (transmission du patrimoine héréditaire) et biologique comme fondement à la reconnaissance d'un lien juridique entre parents et enfants. Cette centralité du lien génétique s'observe d'abord par l'interprétation de l'article 8 de la Convention comme garantissant aux individus un « droit au respect de leur décision de devenir parents génétiques »¹⁸⁵⁹. Lorsqu'un État refuse à une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité le recours à une insémination artificielle avec sa compagne, il porte à ce titre atteinte à « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu »¹⁸⁶⁰. Cette préférence accordée au lien génétique est ensuite justifiée au nom du droit de l'enfant à connaître ses origines¹⁸⁶¹, qui relève de l'intérêt supérieur

¹⁸⁵⁶ V. supra et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁸⁵⁷ Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁸⁵⁸ Laurence Brunet et Marie Mesnil, « La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ? », *La Revue des droits de l'homme*, 18 juillet 2023.

¹⁸⁵⁹ Cour EDH (GC), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, para. 66.

¹⁸⁶⁰ *Dickson c. Royaume-Uni*, para. 78. À noter que quelques mois plus tôt, la Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 8 dans une affaire où une femme devenue stérile était empêchée de recourir à une implantation d'ovules fécondés avec le sperme de son ex-compagnon, ce dernier ayant retiré son consentement à la fécondation in vitro (Cour EDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05).

¹⁸⁶¹ En France, la loi de bioéthique du 2 août 2021 ouvre la possibilité aux enfants nés d'un don de gamètes ou d'embryons de demander à obtenir des informations sur l'identité de son donneur si celui-ci accepte qu'elles soient conservées par l'Agence de la biomédecine (loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, n° 2021-1017). Pour une comparaison de l'encadrement de ce droit à l'échelle européenne, v. Victoria Chiu, « Le droit de connaître ses origines dans la jurisprudence des cours constitutionnelles européennes », *Titre VII*, octobre 2023, n° 11.

de l'enfant. Développé dès les années 1990¹⁸⁶², ce droit vise « l'établissement des détails de son identité d'être humain » notamment via l'obtention « des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »¹⁸⁶³. Autrement dit, « le parent doit établir sa filiation conformément à son implication biologique dans la naissance de l'enfant et la filiation témoigne alors des conditions de conception de l'enfant [...] en indiquant que le père est le géniteur et la mère la gestatrice »¹⁸⁶⁴. La Cour consacre ainsi le corps procréateur, et donc le sexe assigné à la naissance, comme critère de légitimité du lien de filiation.

417. En témoigne notamment la jurisprudence de la Cour relative à l'établissement des liens de filiation d'enfants nés par gestation pour autrui (GPA). Dans les affaires *Labassee*¹⁸⁶⁵ et *Menesson c. France* de 2014¹⁸⁶⁶, les enfants des requérants étaient nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et conçus à partir des gamètes des conjoints de chaque couple. Alors que les autorités françaises refusaient la transcription des actes de naissance au sein des registres d'état civil, la Cour notait que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation par les autorités nationales « prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant »¹⁸⁶⁷. La Cour exige donc la transcription de l'acte de naissance lorsque l'enfant a un lien génétique avec au moins l'un des parents d'intention¹⁸⁶⁸. En revanche, l'absence de lien génétique entre un enfant et ses parents d'intention conduit à l'absence de violation de leurs droits lorsque les autorités refusent de reconnaître tout lien juridique entre eux.

418. C'est le cas dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* de 2017, dans lequel des parents d'intention contestaient la décision des autorités italiennes de confier aux services sociaux un enfant né par GPA, avec lequel ils n'avaient aucun lien biologique¹⁸⁶⁹. La Grande chambre conclut à la non-violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale au titre de l'article

¹⁸⁶² V. not. Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90 et Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99.

¹⁸⁶³ Cour EDH (GC), 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98.

¹⁸⁶⁴ L. Brunet et M. Mesnil, « La parenté trans devant la Cour EDH », art. cit., para. 26.

¹⁸⁶⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11.

¹⁸⁶⁶ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11.

¹⁸⁶⁷ *Labassee c. France*, para. 79 ; *Menesson c. France*, para. 100.

¹⁸⁶⁸ Pour une application ultérieure, v. par ex. Cour EDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et 10410/14.

¹⁸⁶⁹ Cour EDH (GC), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12 : les requérants avaient en effet eu recours à une femme porteuse dans une clinique située en Russie, qui aurait dû recevoir les embryons développés à partir de leurs gamètes respectifs. Ils furent toutefois informés, quelques semaines plus tard après un test ADN exigé par les juridictions italiennes, qu'il n'y avait aucun lien génétique entre eux et l'enfant dont avait accouché la femme porteuse.

8 de la Convention¹⁸⁷⁰. Elle estime que « malgré l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs », « l'absence de tout lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention » ainsi que « la courte durée de la relation avec l'enfant et la précarité des liens du point de vue juridique » ne permettent pas de constater l'existence d'une vie familiale¹⁸⁷¹. Cette absence de tout lien biologique est au cœur du raisonnement de la Cour, qui s'attache dès ses considérations préliminaires à souligner la différence avec les affaires *Mennesson* et *Labassee* précitées, dans lesquelles « l'existence d'un lien biologique entre le père et les enfants était avérée »¹⁸⁷². Aussi, dans l'arrêt *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* de 2021, un couple de femmes contestait le refus des autorités islandaises de les reconnaître comme parents d'un enfant né par GPA avec lequel elles n'avaient pas de lien biologique. La Cour conclut à l'absence de violation de leur droit au respect de leur vie privée et familiale, au nom de l'intérêt de l'État à protéger l'interdiction de la maternité de substitution¹⁸⁷³ et par là, « le droit des enfants à connaître leurs parents biologiques »¹⁸⁷⁴. En revanche, dès lors que le père d'intention a un lien génétique avec l'enfant né par GPA et que son lien de filiation paternelle est reconnu, l'État doit permettre à la mère d'intention d'établir un lien de filiation maternelle même lorsqu'elle n'a pas de lien génétique avec l'enfant¹⁸⁷⁵, reconnaissance qui peut avoir lieu via une procédure d'adoption¹⁸⁷⁶.

419. Ce principe s'observe en dehors des seules affaires qui impliquent une GPA. La Cour de Strasbourg conclut par exemple à la non-violation de l'article 8 par la France pour avoir annulé l'établissement d'un lien de paternité entre un homme et un enfant conçu via une assistance médicale à la procréation¹⁸⁷⁷. En l'espèce, la requérante avait accouché d'un enfant conçu grâce à un double don de gamètes, et l'implantation de l'embryon avait eu lieu après la séparation avec son conjoint, lequel intenta par la suite une action en contestation de paternité. Celle-ci fut soldée par une annulation de sa reconnaissance de paternité, ce qui était précisément contesté par la requérante. La Cour européenne conclut à la non-violation de l'article 8 du fait notamment de « l'absence de lien biologique » entre l'enfant et l'ex-conjoint¹⁸⁷⁸. La Cour

¹⁸⁷⁰ Contrairement à l'arrêt rendu par la deuxième section de la Cour, puisque les juges avaient alors constaté une violation de l'article 8 (Cour EDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12).

¹⁸⁷¹ *Paradiso et Campanelli c. Italie*, para. 215.

¹⁸⁷² *Paradiso et Campanelli c. Italie*, para. 132.

¹⁸⁷³ Cour EDH, 18 mai 2021, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, n° 71552/17, para. 75.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, para. 65.

¹⁸⁷⁵ Cour EDH (GC), *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, 10 avril 2019, n° P16-2018-001).

¹⁸⁷⁶ C'est la solution qui fut privilégiée par la France, v. Cour EDH, 16 juillet 2020, *D. c. France*, n° 11288/18.

¹⁸⁷⁷ Cour EDH, 8 juin 2023, *A et B c. France*, n° 12482/21.

¹⁸⁷⁸ *A et B c. France*, para. 57.

accorde ainsi, pour reprendre ses termes, une importance particulière à la « filiation réelle »¹⁸⁷⁹, à savoir au lien de filiation établi conformément au lien biologique entre l'enfant et son géniteur. Le droit de connaître ses origines n'est certes pas absolu, et fait notamment l'objet d'une mise en balance entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents génétiques de conserver l'anonymat¹⁸⁸⁰. Il est toutefois révélateur d'une préoccupation constante de la Cour de privilégier l'établissement d'un lien de filiation qui reflète l'implication biologique du parent, y compris en cas de contradiction avec son sexe juridique.

2. Une filiation trans fondée sur l'implication biologique

420. En dépit d'une montée en puissance du droit à l'autodétermination qui accorde toujours plus de poids à la reconnaissance juridique de l'identité de genre des individus¹⁸⁸¹, la Cour de Strasbourg admet que les États puissent établir les liens de filiation des parents trans conformément au sexe qui leur a été assigné à la naissance.

421. Alors que les États, avant les arrêts *Goodwin* et *I. c. Royaume-Uni* de 2002¹⁸⁸², n'étaient pas encore contraints de prévoir une procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil, la Cour ne condamnait pas non plus l'absence d'établissement d'un lien de filiation paternelle entre un homme trans (dont le sexe juridique est féminin) et l'enfant dont la compagne avait accouché¹⁸⁸³. La Cour place au cœur de son raisonnement l'objectif de

¹⁸⁷⁹ Cour EDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, n° 30955/12 : dans une affaire où l'enfant contestait l'annulation de son lien de filiation avec le mari de sa mère, qu'il considérait « comme son père » et avec qui il « avait noué des liens affectifs très forts », au profit de son géniteur, la Cour ne condamne pas l'action des autorités au motif que « les juridictions n'ont pas omis d'accorder comme il se devait un poids décisif à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais ont jugé en substance que cet intérêt ne se trouvait pas tant là où le troisième requérant le voyait – le maintien de la filiation alors établie et la préservation de la stabilité affective dans laquelle il se trouvait – que dans l'établissement de sa filiation réelle » (para. 56 et s.).

¹⁸⁸⁰ V. par ex. Cour EDH, 30 janvier 2024, *Cherrier c. France*, n° 18843/20 : les États peuvent garantir l'anonymat d'une femme qui accouche sous X, à condition qu'une procédure permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité soit prévue (ce qui avait conduit à une condamnation de l'Italie qui justement ne prévoyait aucun cadre en ce sens, et accordait au contraire une « préférence aveugle » aux intérêts de la mère : v. Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09). V. également à propos du principe d'anonymat du don de gamètes Cour EDH, 7 septembre 2023, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, n° 21424/16 et 45728/17 : le principe d'anonymat du don de gamètes ne viole pas le droit d'accès aux origines biologiques lorsque la loi nationale permet l'accès à ces informations sous réserve du consentement du tiers donneur.

¹⁸⁸¹ Pour une analyse de cette montée en puissance, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁸⁸² Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95 et Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n° 25680/94 ; sur le développement par la Cour d'un droit à définir son identité à partir de ces arrêts, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁸⁸³ Cour EDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93. La Cour se prononce d'ailleurs pour la première fois sur l'établissement de liens familiaux entre parents et enfants qui n'ont pas été conçus « naturellement » (para. 43).

cohérence des règles juridiques¹⁸⁸⁴ en estimant que le droit pourrait « être taxé d'incohérence si un transsexuel femme-homme pouvait légalement devenir “père” tout en continuant à être considéré en droit, à d'autres fins, comme étant de sexe féminin et pouvant contracter mariage avec un homme »¹⁸⁸⁵. Elle note par ailleurs que le requérant conserve la possibilité de se comporter *socialement* comme le père de l'enfant¹⁸⁸⁶, reconnaissant que le rôle de parent n'est pas seulement lié à un lien biologique, et que la dimension sociale doit être prise en compte¹⁸⁸⁷. Selon certains auteurs, cette attention portée par la Cour quant à la cohérence du sexe juridique laissait entrevoir que le développement d'un droit à l'autodétermination la conduirait à exiger l'établissement de liens de filiation conformes au sexe juridique revendiqué¹⁸⁸⁸.

422. Il en va toutefois autrement : deux affaires récentes de 2023 révèlent que le droit à l'autodétermination se développe, dans la jurisprudence européenne, dans un cadre façonné par une logique repronormative, puisqu'il s'accommode d'un droit de la filiation – en l'espèce allemand – qui s'appuie sur le sexe assigné à la naissance des parents trans. Dans l'affaire *O.H. et G.H. c. Allemagne*¹⁸⁸⁹, un homme trans célibataire reconnu de sexe masculin à l'état civil avait accouché de son fils à l'aide d'un don de sperme et s'était vu assigner un lien de filiation maternelle. L'affaire *A.H. c. Allemagne*¹⁸⁹⁰ concernait la situation d'une femme trans de sexe féminin à l'état civil qui avait conçu un enfant avec sa compagne grâce à ses propres spermatozoïdes, reconnue au sein des registres de naissance comme le père de son enfant¹⁸⁹¹. Dans les deux cas, la Cour européenne conclut à l'unanimité à la non-violation des articles 8 et 14 de la Convention. Deux intérêts sont mis en balance : d'une part, celui du parent trans à établir un lien de filiation conforme à son identité de genre, et d'autre part, celui de l'enfant à connaître ses origines¹⁸⁹².

423. Après avoir accordé à l'État une large marge d'appréciation au vu de l'absence de consensus européen en la matière¹⁸⁹³, la Cour estime que le droit au respect de la vie privée du parent trans n'a pas été violé au vu du nombre limité de situations dans lesquelles il doit

¹⁸⁸⁴ Elle s'appuie également sur l'absence de lien biologique entre le requérant et l'enfant, lequel a été conçu grâce à une insémination artificielle avec donneur, conformément à sa jurisprudence constante qui privilégie la protection de liens biologiques et génétiques en matière d'établissement de liens de filiation, v. *infra*.

¹⁸⁸⁵ *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, para. 47.

¹⁸⁸⁶ *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, para. 50 à 52.

¹⁸⁸⁷ S. Hennette-Vauchez, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens », art. cit., p. 26.

¹⁸⁸⁸ V. par ex. D.A. Gonzalez-Salzberg, *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights A Queer Reading of Human Rights Law*, op. cit., p. 155.

¹⁸⁸⁹ Cour EDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, n° 53568/18 et 54741/18.

¹⁸⁹⁰ Cour EDH, 4 avril 2023, *A.H. c. Allemagne*, n° 7246/20.

¹⁸⁹¹ Cour fédérale allemande (*BGH*), 29 novembre 2017, XII ZB 459/16.

¹⁸⁹² *O.H. et G.H. c. Allemagne* et *A.H. c. Allemagne*, para. 113.

¹⁸⁹³ *O.H. et G.H. c. Allemagne* et *A.H. c. Allemagne*, para. 116.

présenter l'acte de naissance de son enfant où figure la mention de son sexe assigné à la naissance¹⁸⁹⁴. Le parent trans peut s'accommoder de ce « désagrément » (pour reprendre les termes employés par la Cour¹⁸⁹⁵), d'autant plus que la reconnaissance juridique de son identité de genre n'est pas directement en cause. Comme l'analysent Laurence Brunet et Marie Mesnil, « le préjudice survient par ricochet seulement », puisque le juge considère que « ce sont les mentions sur l'acte de naissance de l'enfant qui auraient des répercussions sur la vie privée de son parent »¹⁸⁹⁶. La Cour fait alors primer le droit de l'enfant de connaître ses origines, lequel est garanti – comme le soutiennent les autorités allemandes – par l'inscription d'un lien de filiation maternelle pour un homme trans et paternelle pour une femme trans. Le sexe assigné à la naissance apparaît comme gage de stabilité du lien de filiation, face à l'hypothèse amenée par le Gouvernement « où le parent transgenre demanderait l'annulation de la décision de changement de genre »¹⁸⁹⁷. De même, dans l'arrêt *O.H. et G.H. c. Allemagne*, la Cour souligne que l'État cherchait à préserver la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec son père biologique, chose qui ne serait pas possible en cas d'inscription du parent trans qui a accouché comme père¹⁸⁹⁸. La Cour fait ainsi primer l'intérêt « à définir le statut familial en conformité stricte avec la généalogie biologique » sur le droit à l'autodétermination¹⁸⁹⁹. La repronormativité des règles en matière de filiation, autrefois assurée par une intervention physique (exigence de stérilisation), est donc maintenue grâce à une intervention légale, à savoir le recours au sexe assigné à la naissance¹⁹⁰⁰.

424. Enfin, pour conclure à l'absence de violation de l'article 14 combiné à l'article 8, la Cour estime que la situation d'une femme trans qui procrée avec ses gamètes mâles « ne peut pas être comparée à celle d'une femme ayant accouché d'un enfant »¹⁹⁰¹. De même, la situation d'un homme trans qui accouche « n'est pas comparable à celle d'un père ayant conçu un enfant à l'aide de ses gamètes mâles »¹⁹⁰². La Cour maintient, là encore, les personnes trans dans une situation différente des personnes cisgenres, dès lors que leur droit à l'autodétermination confronte l'hétéronormativité des institutions du droit de la famille (ici le droit de la filiation,

¹⁸⁹⁴ *O.H. et G.H. c. Allemagne* et *A.H. c. Allemagne*, para. 132.

¹⁸⁹⁵ *O.H. et G.H. c. Allemagne*, para. 132 et *A.H. c. Allemagne*, para. 131 : on peut ainsi s'étonner, de nouveau (v. *supra*) de la qualification par la Cour du degré d'atteinte à la vie privée que représente l'inscription au sein des registres d'état civil du sexe assigné à la naissance des parents trans.

¹⁸⁹⁶ L. Brunet et M. Mesnil, « La parenté trans devant la Cour EDH », art. cit.

¹⁸⁹⁷ *O.H. et G.H. c. Allemagne* et *A.H. c. Allemagne*, para. 127.

¹⁸⁹⁸ *O.H. et G.H. c. Allemagne*, para. 126.

¹⁸⁹⁹ L. Brunet et M. Mesnil, « La parenté trans devant la Cour EDH », art. cit.

¹⁹⁰⁰ A. Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », art. cit, p. 238.

¹⁹⁰¹ *A.H. c. Allemagne*, para. 143.

¹⁹⁰² *O.H. et G.H. c. Allemagne*, para. 141.

ailleurs l'institution matrimoniale¹⁹⁰³). En dehors de cette hypothèse, elle n'hésite pas à constater une discrimination lorsque l'État traite les parents trans « différemment des autres parents qui cherchent également à établir des contacts avec leurs enfants dont ils sont séparés, mais dont l'identité de genre correspond au sexe qui leur a été assigné à la naissance »¹⁹⁰⁴. Dans cette affaire de 2021, il n'était pas question de l'établissement du lien de parenté entre les personnes trans et leurs enfants, mais de l'exercice des droits parentaux des parents trans¹⁹⁰⁵. Si cette jurisprudence marquait un pas en avant de la Cour pour reconnaître la « discrimination structurelle à laquelle les personnes trans sont confrontées dans une société cisnormative »¹⁹⁰⁶, elle n'a toutefois pas franchi la barrière de la primauté du lien biologique en matière d'établissement du lien de filiation. En d'autres termes, « l'émancipation des catégories “homme” et “femme” de tout déterminisme biologique exclusif échoue à s'étendre aux catégories “père” et “mère”, qui peuvent rester appréhendées, en accord avec la Cour, de manière naturaliste, en rapport avec leur seule fonction respective dans la procréation »¹⁹⁰⁷.

¹⁹⁰³ V. *supra*, Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09.

¹⁹⁰⁴ Cour EDH, 6 juillet 2021, *A.M et autres c. Russie*, n° 47220/19, para. 76.

¹⁹⁰⁵ À noter que la Cour fait ici évoluer sa jurisprudence en la matière : dans une affaire relative à des faits similaires décidée en 2010, le juge européen avait conclu à la solution inverse (v. Cour EDH, 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09). La Cour avait également été saisie pour des faits similaires dès 1997, sans toutefois se prononcer sur le fond de l'affaire, la requête ayant été déclarée irrecevable par la Commission (Commission EDH (1^{ère} chambre), 2 juillet 1997, *L.F. c. Irlande*, n° 28154/95).

¹⁹⁰⁶ Pieter Cannoot et Ingrida Milkaite, *A.M. and Others v. Russia: ECtHR stands up for trans parents*, <https://strasbourgobservers.com/2021/11/09/a-m-and-others-v-russia-ecthr-stands-up-for-trans-parents/>, 9 novembre 2021, (consulté le 11 janvier 2024).

¹⁹⁰⁷ L. Brunet et M. Mesnil, « La parenté trans devant la Cour EDH », art. cit.

Conclusion du Chapitre 1

425. Tant le droit au mariage que le droit de la filiation révèlent la force de l'hétéronormativité comme structure interprétative de l'ordre juridique, dont dépend largement l'exercice du droit à l'autodétermination. Ce maintien de l'hétérosexualité comme norme privilégiée apparaît si nécessaire que le droit positif s'accommode de solutions paradoxales. Lorsqu'il est question du droit au mariage, les personnes trans se voient certes reconnaître le droit de se marier conformément à leur sexe juridique ; elles bénéficient donc, au même titre que les personnes cisgenres, de la protection de leur droit au mariage par le juge européen dès lors qu'il s'agit d'une union entre personnes de sexe opposé. En revanche, le maintien de ce principe prime sur l'exercice du droit à l'autodétermination si la dimension hétérosexuelle de l'institution matrimoniale est menacée : alors même qu'elle a développé une jurisprudence solide et toujours plus encline à protéger le droit à la modification de la mention du sexe, la Cour de Strasbourg ne voit aucun obstacle à empêcher les personnes trans mariées d'exercer leur droit à l'autodétermination. Elles sont donc contraintes de divorcer si elles souhaitent modifier la mention de leur sexe à l'état civil, sans que cela n'emporte de violation de leur droit au respect de la vie privée, ni de leur droit à ne pas être discriminées.

426. Lorsqu'il est question ensuite du droit de la filiation, c'est cette fois-ci le sexe assigné à la naissance qui est privilégié pour l'établissement des liens de filiation de parents trans, alors même que leur sexe juridique a été modifié. On assiste alors à des situations où une femme dont le sexe à l'état civil est féminin sera reconnue comme le père de son enfant, et un homme dont le sexe juridique est masculin comme la mère de l'enfant dont il a accouché. Là encore, la Cour européenne n'y voit pas de violation du droit à l'autodétermination. Ce sont d'ailleurs ces règles qui justifient que les personnes trans ne peuvent bénéficier des techniques d'assistance médicale à la procréation, alors même que leurs capacités procréatives leur permettraient d'en faire usage ; autrement dit, un homme trans qui a conservé son appareil reproductif se voit par exemple refuser le bénéfice d'un don de sperme au motif que la maternité est réservée aux femmes. Du fait de cette corrélation entre les capacités procréatives et les liens de filiation (la mère est par principe celle qui accouche, est donc une femme, alors même que des hommes à l'état civil peuvent aussi accoucher), c'est bien la complémentarité naturelle entre les sexes imposée par l'hétérosexualité qui est maintenue. La naturalisation de la différence entre les sexes intervient donc au service de l'hétéronormativité, et c'est cette bicatégorisation dans ses rapports au droit à l'autodétermination qu'il convient désormais d'analyser.

Chapitre 2 : Le sexe restreint à la bicatégorisation

427. On a démontré dans le chapitre précédent qu'en dépit du développement par le droit des droits humains et par le droit de la non-discrimination d'un droit à l'autodétermination, l'autonomie des individus est circonscrite par l'hétéronormativité comme cadre herméneutique structurant l'ordre juridique. Ni le droit de modifier la mention du sexe à l'état civil, ni celui de ne pas être discriminé en raison de ce changement, ne garantissent nécessairement la primauté du sexe revendiqué sur le sexe assigné à la naissance. Il s'agit désormais de s'intéresser à une autre facette de l'ordre du genre, étroitement liée à l'hétérosexualité comme norme privilégiée : celle de la bicatégorisation, qui s'entend comme le maintien du principe de la différence sexuelle (binarité) comme simple reflet de la différence biologique entre les sexes.

428. On se pose la question de savoir si le développement du droit à l'autodétermination par le droit des droits humains (l'incorporation du sexe « dans la sphère de l'autonomie et de la souveraineté individuelle »¹⁹⁰⁸) conduit *nécessairement* au dépassement de la bicatégorisation, c'est-à-dire à la possibilité pour les individus d'être juridiquement identifiés par un sexe autre que féminin ou masculin (sexe neutre par exemple). L'hypothèse formulée est la suivante : les individus ont désormais un droit à faire reconnaître juridiquement leur identité de genre, et à être protégés contre les discriminations fondées sur cette identité de genre ; en ce sens, le droit consacre le genre dans son sens faible, s'attachant à condamner un système inégalitaire dans lequel femmes et hommes sont assignés à des rôles sociaux de sexe empreints de stéréotypes¹⁹⁰⁹. En revanche, « cette évolution ne remet pas en cause les manifestations juridiques du genre entendu en son sens fort »¹⁹¹⁰ ; autrement dit, les outils développés en matière d'autonomie individuelle s'intègrent parfaitement dans un système fondé sur la binarité des sexes. Même, ils contribuent à produire cet ordre du genre, en conditionnant le droit à l'autodétermination au respect de cette bicatégorisation en tant que norme indérogeable. Il s'agira alors de montrer que la bicatégorisation par sexe structure directement le droit à l'autodétermination, et de « rendre compte du rôle du droit dans la construction de l'identité et de la différence sexuée »¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁸ S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 118.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 115.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 127. Sur la distinction entre le concept de genre dans son sens faible et dans son sens fort, v. les pages 114 et s. de l'article précité ainsi que l'introduction de la présente thèse, para. 17 et 18.

¹⁹¹¹ *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, op. cit., p. 13.

429. Ce paradigme de la bicatégorisation est fondé sur deux paramètres. D'une part, une « prétention à épuiser le réel », et d'autre part, une « intangibilité » certaine¹⁹¹². Le droit est en effet imprégné de l'idée selon laquelle le sexe juridique est fondé sur une vérité supérieure, inaccessible, à savoir la possibilité de déterminer le véritable sexe de chaque individu. Cette distinction de principe entre le sexe féminin et masculin s'accompagne également d'une cisnormativité, entendue pour le dire avec la Commission interaméricaine comme un système fondé sur « des postulats profondément et largement ancrés selon lesquels toutes les personnes sont soit des hommes, soit des femmes, et que cet élément définit le sexe, le genre, l'identité de genre et l'orientation sexuelle d'un individu »¹⁹¹³. C'est en ce sens que l'assignation des individus à un sexe féminin ou masculin dès la naissance sur la base de leur sexe anatomique (et notamment, de l'apparence des organes génitaux) présume que leur identité de genre sera elle aussi féminine ou masculine¹⁹¹⁴. On voit ainsi apparaître l'influence mutuelle entre le discours sur la binarité sexuelle d'une part, et la matérialité des corps d'autre part.

430. La catégorie de sexe appartient aux catégories discursives, à savoir aux « abstractions imposées par la force sur le champ social, lesquelles produisent une réalité réifiée ou de second ordre »¹⁹¹⁵. Cette catégorie dessine en effet les contours des normes attendues des corps à partir du principe du binarisme sexuel ; la matérialité ainsi façonnée légitime, en retour, la différence des sexes comme norme naturelle extra-légale. Un mouvement circulaire (*looping*¹⁹¹⁶) apparaît alors entre ces deux niveaux (discours et matérialité), qui trouve son origine dans le concept de genre, entendu comme processus de différenciation et de hiérarchisation des individus en deux sexes¹⁹¹⁷. La philosophe Sally Haslanger explique en effet qu'une interdépendance s'observe entre d'une part, « les marquages sexués et les scripts du sexe » (éléments qui relèvent des schémas culturels et de l'idéologie), et d'autre part, entre « les corps, les parties du corps, les capacités et les aptitudes »¹⁹¹⁸. Ce mouvement circulaire suggère un rapport d'interdépendance constant entre le langage et la matière¹⁹¹⁹. L'analyse suggère, à partir du concept de *legal*

¹⁹¹² S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 116. V. également S. Hennette-Vauchez, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion », art. cit, p. 168.

¹⁹¹³ Commission IADH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, para. 32.

¹⁹¹⁴ P. Cannoot, *The right to personal autonomy regarding sex, gender and sexual orientation*, op. cit., p. 55.

¹⁹¹⁵ J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 226.

¹⁹¹⁶ S. Haslanger, *Resisting Reality*, op. cit., p. 8.

¹⁹¹⁷ E. Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art. cit. : « la référence à la différence biologique et aux différences anatomiques sert de justification évidente, naturelle de la différence entre les sexes (socialement construite) et produit en même temps, de façon circulaire, un travail de construction des corps "comme réalité sexuée" » (para. 6).

¹⁹¹⁸ S. Haslanger, *Resisting Reality*, op. cit., p. 8.

¹⁹¹⁹ J. Butler, *Ces corps qui comptent*, op. cit., p. 110 et 111 : « le langage et la matérialité sont enchâssés l'un dans l'autre et forment comme un chiasme dans leur interdépendance, sans toutefois s'assimiler ou se réduire tout à fait

embodiment – c’est-à-dire « les manières dont les corps sont construits à travers des cadres matériels, discursifs et institutionnels »¹⁹²⁰ – le lien ténu qui existe entre l’idéologie véhiculée par le discours juridique et les effets concrets sur la matérialité des corps. En ce sens, s’intéresser au discours ne signifie pas pour autant que la matérialité (des corps, des rapports sociaux) est mise de côté ou n’importe pas¹⁹²¹, en ce que le droit ne se résume pas « au contenu du discours qu’il véhicule »¹⁹²². Cela risquerait, au contraire, de contribuer à « réifier le droit comme un phénomène désincarné et purement discursif, et négliger les manières complexes dont le droit est produit dans la vie sociale et agit sur elle »¹⁹²³. Cela nous conduira à mettre en avant que le maintien de l’identification des individus à partir de la binarité des sexes à « vocation à maintenir des règles principalement sociales »¹⁹²⁴ à des fins politiques¹⁹²⁵, en partant du principe que l’ordre social et l’ordre juridique ne sont pas deux entités hermétiques¹⁹²⁶, mais qu’au contraire, « le droit joue un rôle constitutif dans la formation de la réalité sociale »¹⁹²⁷.

431. La bicatégorisation par sexe de l’ordre juridique est perçue comme le reflet de la différence biologique entre les sexes (donc, du « réel »), laquelle commande de manière exhaustive la répartition des individus en deux sexes (**Section 1**). En conséquence, cette bicatégorisation est perçue comme obligatoire, au sens où remettre en question l’intangibilité des catégories de sexe féminin et masculin irait à l’encontre d’un principe essentiel à l’ordonnement de la société (**Section 2**).

l’un à l’autre, sans jamais non plus entièrement s’excéder l’un l’autre. Toujours déjà impliqués l’un dans l’autre, toujours s’excédant déjà l’un l’autre, le langage et la matérialité ne sont jamais tout à fait identiques ni tout à fait différents ».

¹⁹²⁰ Fae Garland et Mitchell Travis, *Intersex Embodiment: Legal Frameworks beyond Identity and Disorder*, Bristol, Bristol University Press, 2022, p. 10 ; v. également Michael Thomson, « The Foetal Subject: Law, Gender and Embodiment » dans Ruth Rubio-Marín et Stéphanie Hennette Vauchez (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 61-97 et Chris Dietz, « Governing Legal Embodiment: On the Limits of Self-Declaration », *Feminist Legal Studies*, 1 juillet 2018, vol. 26, n° 2, p. 185-204.

¹⁹²¹ J. Conaghan, *Law and Gender*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹²² M. Fabre-Magnan, *L’institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁹²³ Joshua Shaw, « The Spatio-Legal Production of Bodies Through the Legal Fiction of Death », *Law and Critique*, avril 2021, vol. 32, p. 70.

¹⁹²⁴ *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹²⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹²⁶ S. Hennette-Vauchez et R. Rubio-Marín, « Introduction », art. cit, p. 8.

¹⁹²⁷ *Ibid.*

Section 1 : La bicatégorisation, un système réputé épuiser le réel

432. Le premier pilier de la bicatégorisation est sa prétention à « épuiser le réel »¹⁹²⁸, autrement dit à faire état d'une réalité qui ne pourrait être que constatée : la distinction naturelle des individus en deux et *seulement* deux sexes. En ce sens, le droit à l'autodétermination ne saurait remettre en cause sérieusement la bicatégorisation, simple reflet de « la différence originelle, que Dieu ou la nature impose aux hommes »¹⁹²⁹. Or si « parler d'adaptation du droit au fait, c'est se condamner à ne rien expliquer, à ne rien justifier »¹⁹³⁰, alors il convient d'analyser dans quelle mesure ce discours du droit participe à *naturaliser* la différence des sexes, et par là, à consolider les fondements de la bicatégorisation.

433. La fonction du sexe comme « unité artificielle »¹⁹³¹ apparaît alors avec éclat. Au regard de la grande complexité du sexe, « soit l'un, soit l'autre », et « qualifier quelqu'un d'homme ou de femme relève d'une décision sociale »¹⁹³². Pourtant, le droit, et avec lui le droit à l'autodétermination, participe à la production de l'ordre du genre en ce qu'il crée le sexe – et ici, le sexe féminin ou masculin – comme « catégorie de pensée »¹⁹³³. Il s'agit donc de s'intéresser au discours juridique comme « discours de pouvoir »¹⁹³⁴ et comme « acte signifiant »¹⁹³⁵ : le sexe est soit féminin, soit masculin, ce qui implique en toute logique que la catégorisation des individus ne peut s'envisager que dans les limites de la bicatégorisation. L'appréhension du discours juridique comme instrument de pouvoir est ici utile afin de penser « la manière dont le droit exerce le pouvoir et la mesure dans laquelle il résiste à, voire disqualifie, d'autres interprétations de la réalité sociale »¹⁹³⁶, et plus particulièrement ici, les conceptions alternatives au binarisme sexuel. La naturalité de la différence des sexes apparaît en effet au fondement du discours du droit, y compris lorsqu'il est question de reconnaître un droit à l'autodétermination (§1). Ce droit ne se déploie que dans le cadre du binarisme sexuel, qu'il laisse inchangé, et dont les justifications emportent des effets pour les personnes intersexes (§2).

¹⁹²⁸ S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit.

¹⁹²⁹ TGI Seine, 18 janvier 1965, JCP G 1965, II, 14421, concl. Fabre.

¹⁹³⁰ Christian Atias et Didier Linotte, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, 1977, p. 257.

¹⁹³¹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 204.

¹⁹³² A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres*, op. cit., p. 19.

¹⁹³³ C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit., p. 212.

¹⁹³⁴ D. Lochak, « Le droit, discours de pouvoir », art. cit.

¹⁹³⁵ J. Butler, *Ces corps qui comptent*, op. cit., p. 55.

¹⁹³⁶ Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989, p. 4.

§1. De l'assignation à l'autodétermination, la constante naturalité du binarisme sexuel

434. En dépit de leur diversité, tous les arguments justifiant la distinction des individus à partir de la binarité ont un point commun : il est possible de déterminer le véritable sexe féminin ou masculin d'un individu, quel que soit le critère utilisé, dans la mesure où la différence entre les sexes résulte d'une différence naturelle. Ce processus d'assignation des individus à un sexe et, avec lui, le fait pour un individu de ne pas pouvoir disposer librement de son état du seul fait de sa volonté (de son autonomie individuelle), est l'effet du genre lui-même. Il commande la catégorisation des individus en deux sexes sous couvert d'une différence naturelle, à partir d'un discours de vérité. Ainsi, l'assignation des individus à un sexe féminin ou masculin par le droit n'est autre que la traduction juridique du genre. Le droit à l'autodétermination n'est en aucun cas venu renverser cette faculté ; il a, tout au plus, renouvelé la manière dont le droit assigne les individus à un sexe féminin ou masculin au nom d'une essence naturelle.

435. Différents modèles peuvent être identifiés lorsqu'il est question de droit au changement de la mention du sexe, lesquels assurent *in fine* que le sexe juridique est verrouillé dans un cadre binaire. Une même finalité est en effet observée : maintenir le sexe juridique comme reflet d'un sexe pré-discursif, autrement dit du véritable sexe des individus, envisagé à l'aune du binarisme sexuel comme norme naturelle. Le droit à l'autodétermination évolue et se déploie *au sein* de ce paradigme (il ne s'agit pas d'un rapport d'opposition entre le droit à l'autodétermination et la bicatégorisation, mais bien d'un rapport d'imbrication), auquel il participe de sa légitimation. Deux modèles qui s'opposent frontalement seront ici analysés afin de montrer que malgré cette polarité, le fondement sous-jacent est toujours celui de l'ancrage du sexe dans la différence biologique entre les sexes¹⁹³⁷. D'une part, celui du sexe juridique comme simple reflet d'une donnée immuable, le sexe biologique tel que constaté et assigné à la naissance **(A)** ; d'autre part, celui du sexe juridique comme retranscription d'un sentiment subjectif, l'identité de genre de la personne **(B)**.

¹⁹³⁷ Précisons ici que le plan adopté ne suit pas un développement chronologique : certains États ont développé un cadre juridique où la mention du sexe juridique était modifiable avant d'adopter une législation qui interdit tout changement ; d'autres exigent des conditions sont plus strictes qu'auparavant, montrant ainsi la malléabilité de la catégorie de sexe juridique. Au Kazakhstan par exemple, depuis 2011, une chirurgie stérilisatrice est (entre autres) désormais obligatoire afin d'accéder à une procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, condition qui n'était pas requise auparavant (Décret n° 187 du 31 mars 2015 du Ministère de la Santé, *Medical Certification and Sex Reassignment Procedure for Persons with Sexual Identification Disorders* para. 2.4).

A. Distinguer à partir du sexe anatomique

436. Le développement du droit à l'autodétermination a été accompagné, en parallèle, d'un mouvement visant à (ré)affirmer l'équivalence entre la notion de sexe anatomique et celle de sexe juridique. Face à ce qui constituerait une menace de l'effondrement du principe de la différence entre les sexes, certaines juridictions ont en effet choisi de réaffirmer le caractère décisif du sexe anatomique (et notamment, des organes génitaux) dans l'assignation du sexe juridique. Le sexe juridique est alors immuable, au vu du postulat selon lequel le sexe assigné à la naissance à partir des organes génitaux (aussi désigné comme « sexe biologique ») est le véritable sexe d'une personne, et ne saurait être modifié par une quelconque intervention médicale¹⁹³⁸. L'opposition parfois virulente à la mobilisation de la notion de genre est ainsi révélatrice de l'ancrage profond de l'ordre juridique au sein de la bicatégorisation **(1)**, laquelle s'exprime comme le simple reflet d'une différence biologique naturelle entre les individus **(2)**.

1. Une instrumentalisation de la notion de genre

437. Le caractère immuable du sexe juridique est fondé sur l'idée que le sexe des individus est le seul produit de traits biologiques qui sont le reflet d'une différence naturelle entre les sexes. En ce sens, le concept de sexe ne saurait être appréhendé autrement que comme la désignation du sexe biologique féminin ou masculin des individus, détaché de toute référence à la dimension sociale du sexe. Il est donc question pour les États et acteurs qui défendent cette position de s'opposer à l'utilisation du concept de genre au sein du droit positif, celui-ci étant perçu comme de nature à mettre en péril la bicatégorisation de l'ordre juridique. Pourtant, le genre tel que mobilisé notamment par le droit des droits humains est toujours seulement entendu en son sens faible, c'est-à-dire réduit aux rôles sociaux et aux représentations attribuées aux femmes et aux hommes¹⁹³⁹ ; il ne vise donc pas, loin de là, à remettre en cause le principe même de la distinction des individus selon la binarité des sexes (le genre dans son sens fort)¹⁹⁴⁰, mais sa mobilisation suffit à provoquer une levée de boucliers au motif qu'elle mettrait en péril le principe fondateur du binarisme sexuel.

¹⁹³⁸ Parmi de nombreux exemples de politiques menées à partir de ce principe, on peut citer l'*executive order* pris par le Président Trump le jour de son investiture le 20 janvier 2025 (*Defending Women From Gender Ideology Extremism And Restoring Biological Truth To The Federal Government*), dans lequel il est affirmé que « la politique des États-Unis consiste à reconnaître deux sexes, masculin et féminin. Ces sexes sont immuables et reposent sur une réalité fondamentale et incontestable » [<https://perma.cc/FWT6-L96L>].

¹⁹³⁹ D. Otto, « Lost in Translation », art. cit.

¹⁹⁴⁰ V. *supra*.

438. Ces mouvements de contestation s'illustrent significativement par la défiance à l'encontre de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du Conseil de l'Europe¹⁹⁴¹ (dite Convention d'Istanbul), significative du déploiement de cette rhétorique « antigendre » à l'échelle globale¹⁹⁴². Le terme « genre » apparaît dans le texte de la Convention dans son sens faible. L'article 3 le désigne en effet comme renvoyant aux « rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »¹⁹⁴³, autrement dit « les attentes sociales associées » à la « réalité biologique » du sexe¹⁹⁴⁴. Bien que le Conseil de l'Europe précise explicitement que l'utilisation de ce terme « n'est pas destiné[e] à remplacer le mot « sexe » dans sa définition biologique », mais vise « à souligner à quel point les inégalités, les stéréotypes et, en conséquence, la violence ne se fondent pas sur des différences biologiques mais plutôt sur une construction sociale »¹⁹⁴⁵, les États réfractaires s'alarment justement d'une remise en cause par la Convention du principe de la différence entre les sexes. L'usage du terme genre révélerait en effet un écran de fumée : l'objectif affiché de lutte contre les violences faites aux femmes cacherait en réalité une intention d'introduire un troisième sexe dans le paysage juridique, ou, pour reprendre les mots de certains auteurs, la volonté de mener à « l'éradication des concepts mêmes d'homme et de femme »¹⁹⁴⁶. Derrière l'opposition à la notion de genre, c'est donc bien la différence des sexes comme principe au fondement de l'ordre juridique qui est défendu.

439. Dès lors, si l'Union européenne a ratifié la Convention en 2023¹⁹⁴⁷, elle l'a fait en son nom¹⁹⁴⁸ : la Bulgarie, la Hongrie, la Lituanie, la Slovaquie et la Tchéquie ont refusé de ratifier

¹⁹⁴¹ Conseil de l'Europe, Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 7 avril 2011.

¹⁹⁴² Un autre exemple serait celui de l'offensive menée par une trentaine d'États à l'encontre de la résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies adoptée le 2 septembre 2022 intitulée « Coopération internationale pour l'accès à la justice des personnes rescapées de violences sexuelles » contre l'utilisation du terme « genre » dans le texte (v. E. Bouilly et M. N'Diaye, « Introduction au thème. Penser l'anti-genre en Afrique », art. cit, p. 6).

¹⁹⁴³ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, préc., art. 3, para. d.

¹⁹⁴⁴ Commission de Venise, *Avis sur les implications constitutionnelles de la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)*, Strasbourg, 14 octobre 2019, para. 58.

¹⁹⁴⁵ Conseil de l'Europe, *La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul): Questions et réponses*, p. 6.

¹⁹⁴⁶ Drieu Godefridi, *La Loi du genre*, Paris, Les Belles Lettres, 2015, 92 p. L'auteur estime ainsi que la « théorie du genre » a été consacrée au niveau juridique par l'adoption de la Convention d'Istanbul.

¹⁹⁴⁷ Décision (UE) 2023/1075 du Conseil du 1^{er} juin 2023 relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique en ce qui concerne les institutions et l'administration publique de l'Union.

¹⁹⁴⁸ La CJUE a confirmé la possibilité pour l'UE de ratifier la Convention en son nom, quand bien même certains États membres ne l'ont pas ratifiée (CJUE, *Avis du 6 octobre 2021*, n° 1/19).

le texte¹⁹⁴⁹. Pour ces États, il s'agit de s'opposer à l'introduction et l'utilisation du concept de genre au sein de leurs ordres juridiques afin de préserver le modèle familial traditionnel¹⁹⁵⁰ et la compréhension biologique et binaire du sexe¹⁹⁵¹. La Cour constitutionnelle de Bulgarie s'est exprimée en ce sens dans une décision de 2018¹⁹⁵² s'inscrivant dans le processus de ratification de la Convention¹⁹⁵³. Selon les juges, le texte serait incompatible avec la Constitution dans la mesure où l'utilisation du terme de genre « revient en réalité à relativiser les frontières entre les deux sexes – homme et femme – considérés comme biologiquement déterminés », alors même que « l'ensemble de la législation bulgare repose sur la conception binaire de l'espèce humaine »¹⁹⁵⁴. Ce raisonnement serait en partie la conséquence d'une traduction (volontairement) erronée de la Convention¹⁹⁵⁵, et d'une « instrumentalisation » selon le Conseil

¹⁹⁴⁹ Parlement européen, *Résolution sur la proposition de décision du Conseil portant conclusion, par l'Union européenne, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (COM(2016)0109 – 2016/0062R(NLE)), 15 février 2023, P9_TA(2023)0047, para. 25. Sur l'influence du communisme comme obstacle à la prise en compte d'une dimension constructiviste du sexe dans les pays d'Europe centrale et de l'Est, v. Barbara Havelková, « The struggle for social constructivism in postsocialist Central and Eastern Europe », *International Journal of Constitutional Law*, 4 août 2020, vol. 18, n° 2, p. 434-440.

¹⁹⁵⁰ V. la déclaration du Parlement hongrois qui s'oppose à la ratification de la Convention d'Istanbul en invoquant « le droit de protéger [...] nos traditions et nos valeurs nationales » (Parlement hongrois, *Déclaration politique sur l'importance de protéger les enfants et les femmes, et sur le refus d'adhérer à la Convention d'Istanbul*, 4 mai 2020, n° P/10393). Dans le même sens, la Turquie, premier pays à avoir ratifié le texte, est aussi devenu le premier pays à se retirer de la Convention d'Istanbul via un décret présidentiel au motif que l'objectif initial de la Convention avait été détourné afin de « normaliser l'homosexualité – ce qui est incompatible avec les valeurs sociales et familiales de la Turquie » (Décret présidentiel de la sortie de la Convention d'Istanbul (*Cumhurbaşkanı Kararı*), 19 mars 2021, n° 3718 ; pour une analyse des raisons et conséquences de ce retrait, v. Victoria Bellami, Wendy Carazo Méndez et Carlotta Gradin, « Dénonciation de la Convention d'Istanbul par la Turquie : L'insoluble équilibre entre volonté étatique et garantie des droits des femmes et des filles », *Droits fondamentaux*, 2021, n° 19, p. 32).

¹⁹⁵¹ Gizem Guney, « The anti-Istanbul Convention campaign: rhetoric or reality? A comparative analysis of the Istanbul Convention and the ECHR on same-sex marriage and the legal introduction of third sex », *European Human Rights Law Review*, 1 décembre 2022, vol. 6, p. 605. *A contrario*, la Cour constitutionnelle roumaine prononce l'inconstitutionnalité d'une proposition législative visant à interdire au sein des établissements scolaires toute référence à la « théorie sur l'identité de genre », à savoir « la théorie ou l'opinion selon laquelle le genre est un concept différent du sexe biologique et que les deux ne sont pas toujours identiques » ; les juges s'appuient notamment sur le fait que le droit interne reconnaît et utilise les concepts distincts de « sexe » et de « genre », et qu'interdire des programmes d'éducation qui portent précisément sur la différence entre ces deux notions serait contraire au respect et la primauté des traités internationaux relatifs aux droits humains, et notamment à la Convention d'Istanbul (Cour constitutionnelle roumaine, décision du 16 décembre 2020, n° 907, analysée par E. Brodeală et G. Epure, « Nature versus Nurture », art. cit).

¹⁹⁵² Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, n° 13 [<https://perma.cc/5UQC-8AJ2>].

¹⁹⁵³ Le processus en question avait suscité de vives oppositions au sein même du pouvoir exécutif en place, certains craignant notamment que la ratification de la Convention d'Istanbul conduirait à l'adoption d'un troisième sexe à l'état civil : pour un rappel sur le contexte historique et politique dans lequel s'inscrit la décision de la Cour constitutionnelle bulgare, v. Ruzha Smilova, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' » dans András Sajó et Renáta Úitz (eds.), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven, 2020, p. 177-197.

¹⁹⁵⁴ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, préc.

¹⁹⁵⁵ La Cour s'est en effet basée sur une traduction non officielle du texte, au sein de laquelle les termes « sexe » et « genre » sont désignés par le même mot, à savoir le sexe au sens de sexe biologique (*пол* en bulgare) (R. Smilova, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' », art. cit, p. 189).

de l'Europe de la distinction entre sexe et genre¹⁹⁵⁶. En effet, dans leur décision, les juges remplacent le terme « genre » mentionné à l'article 3(c) de la Convention d'Istanbul par celui d'« identité de genre »¹⁹⁵⁷, à savoir un choix personnel des individus déconnecté de toute réalité biologique¹⁹⁵⁸ :

« Dans cette perspective, un homme biologique peut avoir un “genre” féminin, et inversement. Cela conduit à la possibilité, pour l'individu, de choisir librement une “identité fondée sur le sexe” qui peut ne pas coïncider avec la réalité biologique. Une telle compréhension exprime les aspects de ce que l'on appelle “l'idéologie du genre” — un ensemble d'idées, de convictions et de croyances selon lesquelles les caractéristiques biologiquement déterminées du sexe sont sans importance, et seule compte l'autoidentification de genre »¹⁹⁵⁹.

La Cour constitutionnelle reproche à la Convention d'Istanbul d'utiliser sciemment des termes flous qui visent en réalité à promouvoir « l'idéologie du genre » et par conséquent l'introduction d'un troisième sexe en droit interne¹⁹⁶⁰. Ce manque de clarté et l'ambiguïté des termes admis au sein de la Convention sont *in fine* contraires au principe de l'État de droit qui gouverne la Constitution bulgare et exige que les règles de droit soient suffisamment précises afin de garantir la sécurité juridique¹⁹⁶¹. De cette exigence de clarté découle notamment le fait de reconnaître que « le sexe biologique est déterminé à la naissance et constitue la base du sexe civil » : en conséquence, l'imposition de « procédures garantissant la reconnaissance légale d'un sexe autre que le sexe biologique est contraire à la Constitution »¹⁹⁶², dans la mesure où la Constitution bulgare est construite sur l'appréhension de l'espèce humaine à partir du binarisme sexuel¹⁹⁶³. L'utilisation du genre est donc vivement dénoncée en ce qu'elle viserait non pas seulement à identifier les inégalités sociales entre les sexes, mais aussi à réduire à néant la distinction biologique entre le sexe féminin et masculin. Pour y faire face, il apparaît donc

¹⁹⁵⁶ Le Conseil de l'Europe estime que les difficultés liées à la traduction du mot genre « et à la distinction entre “genre” et “sexe” dans les langues qui n'ont pas de termes rigoureusement équivalents ont parfois été instrumentalisées pour alimenter des polémiques sur la convention et ses implications » (Conseil de l'Europe, *La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, préc., p. 7).

¹⁹⁵⁷ Cette confusion entre « le genre comme ordre fondamentalement hétéronome et le genre comme sentiment ou expérience individuelle » est loin d'être isolée au sein du droit positif ; à ce sujet, v. S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 117.

¹⁹⁵⁸ R. Smilova, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' », art. cit, p. 191.

¹⁹⁵⁹ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, préc.

¹⁹⁶⁰ R. Smilova, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' », art. cit, p. 190.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 195. V. également Radosveta Vassileva, « Bulgaria's Constitutional Troubles with the Istanbul Convention », *Verfassungsblog*, 2 août 2018.

¹⁹⁶² Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, préc.

¹⁹⁶³ R. Smilova, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' », art. cit, p. 193.

nécessaire de renforcer le fondement naturel de cette distinction en faisant du sexe juridique la simple retranscription du sexe biologique des individus. Cette solution n'est pas isolée et participe, au contraire, d'une « tempête parfaite » (*perfect storm*), autrement dit d'une situation qui résulte de la combinaison d'une multitude de facteurs simultanés¹⁹⁶⁴ dans un contexte de « détérioration significative du respect des principes de l'État de droit, de la démocratie et des droits fondamentaux » pour reprendre les mots du Parlement européen¹⁹⁶⁵. C'est le cas notamment du droit à l'autodétermination, lequel est complètement évincé dans un contexte où le sexe assigné à la naissance est réputé être le seul déterminant du sexe juridique.

2. Le sexe de naissance comme seul sexe juridique

440. Le recours au sexe anatomique afin d'assigner de manière permanente les individus à un sexe féminin ou masculin traduit l'ancrage de la bicatégorisation comme l'évidence de la naturalité du binarisme sexuel. Le sexe juridique est alors immuable, dans la mesure où il est le reflet d'une essence qui se déduit de la simple observation des organes génitaux dès la naissance. L'objectif pour les États est de maintenir la notion de sexe entendu strictement au sens de sexe biologique binaire¹⁹⁶⁶, conduisant à la neutralisation du droit à l'autodétermination malgré une opposition évidente avec les normes de protection des droits humains¹⁹⁶⁷.

441. Le genre est en effet mobilisé par opposition à ce qui constituerait le sexe biologique des individus, lequel doit seul servir à leur identification juridique. Ce modèle d'identification ne renvoie pas (seulement) aux « reliques d'un passé peu progressiste » : si le développement du droit à l'autodétermination a certes fait diminuer le nombre d'ordres juridiques appliquant ce modèle, il n'a pas disparu de certaines législations et tend même parfois à réapparaître¹⁹⁶⁸. La

¹⁹⁶⁴ Radosveta Vassileva, « A Perfect Storm: The Extraordinary Constitutional Attack against the Istanbul Convention in Bulgaria », *Osteuropa Recht*, 2022, vol. 68, n° 1, p. 2.

¹⁹⁶⁵ Parlement européen, *Résolution du 8 octobre 2020 sur l'État de droit et les droits fondamentaux en Bulgarie (2020/2793(RSP))*, P9_TA(2020)0264, para. 1.

¹⁹⁶⁶ L'Expert indépendant sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre analyse dans son rapport que les arguments développés par les États qui s'opposent à la « prise en compte des questions de genre » – comprenant le droit à l'autodétermination – sont également liés à une nécessité de garantir des mécanismes spécifiques de protection des droits des femmes, v. V. Madrigal-Borloz, *Pratiques d'exclusion, Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, op. cit, para. 47 et s.

¹⁹⁶⁷ L'absence de droit au changement de la mention du sexe sur les papiers d'identité peut conduire à des discriminations envers les personnes trans en raison de la discordance entre leur apparence physique et leur sexe juridique : ces discriminations sont multiples et variées et se manifestent tant dans le domaine de l'accès à l'emploi ou à un logement, que dans des situations de crise en matière d'accès à des camps de secours lors de catastrophes naturelles (Asia Pacific Forum et PNUD, *Promoting and Protecting Human Rights in relation to Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics*, 21 juin 2016, p. 55)

¹⁹⁶⁸ Ido Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », *UCLA Law review*, 2023, vol. 70, p. 636-714.

législation hongroise reflète particulièrement ce *backlash* à l'encontre du genre comme construit social du sexe biologique. Il est le fruit d'un projet de loi déposé par le Gouvernement hongrois, dont le mémoire explicatif se référait aux « processus idéologiques nouveaux et modernes qui ont cours dans le monde occidental » afin de justifier la nécessité d'adopter le texte, faisant implicitement référence au développement des droits des personnes LGBTI¹⁹⁶⁹. Il apparaissait alors nécessaire selon le pouvoir exécutif de « protéger l'identité de l'enfant, qui existe de manière immuable dès la naissance »¹⁹⁷⁰. Le projet de loi a été adopté le 19 mai 2020 par le Parlement et jugé constitutionnel par la Cour constitutionnelle hongroise¹⁹⁷¹. Il prévoit en son article 33 que le sexe mentionné sur les actes d'état civil (*nem*) renvoie désormais au « sexe à la naissance » (*születési nem*), à savoir le « sexe biologique déterminé par les caractères sexuels primaires et les chromosomes »¹⁹⁷². Dans le même sens, la Constitution a été amendée en décembre 2020 à l'initiative du Gouvernement, laquelle dispose désormais que « la Hongrie protège le droit des enfants à une identité propre correspondant à leur sexe à la naissance »¹⁹⁷³. Une définition similaire du sexe a été consacrée par les juridictions bulgares, lesquelles se réfèrent également à des caractéristiques biologiques afin de justifier l'assignation des individus à leur seul sexe constaté à la naissance. La Cour suprême de cassation demandait à la Cour constitutionnelle si le concept de « sexe » indiqué au sein de la Constitution pouvait avoir une signification autre que le sexe biologique (*i.e.* si une dimension sociale et/ou psychologique

¹⁹⁶⁹ Le mémoire est cité par V. Madrigal-Borloz, *Pratiques d'exclusion, Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, op. cit., para. 55.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ Cour constitutionnelle hongroise, 31 janvier 2023, décision n° 3058/2023 (II.16) [<https://perma.cc/9KTC-UTEP>]. La décision est à remettre dans un contexte plus large où le pouvoir exécutif, avec l'arrivée au pouvoir de Viktor Orbán, a porté atteinte à l'indépendance de la Cour : une modification de la Constitution en 2013 a ainsi interdit à la Cour de se référer à sa jurisprudence développée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi fondamentale, et les règles de nomination de membres de la Cour constitutionnelle ont été modifiées (désormais, la majorité gouvernementale peut à elle seule nommer les juges, dont le nombre est passé de 11 à 15 et la durée du mandat de 9 à 12 ans). La faiblesse et la superficialité de l'argumentation juridique de la Cour dans sa décision du 31 janvier 2023 témoigne de son allégeance au pouvoir politique en place. Celle-ci se contente de reprendre l'argumentation du Gouvernement développée au sein du projet de loi, selon laquelle l'État peut seulement s'appuyer sur une donnée claire et certaine (le sexe « biologique » de naissance) afin de déterminer le sexe juridique des individus, objectif auquel ne permet pas de répondre la prise en compte de l'identité de genre. Pour une analyse de la décision, v. Eszter Polgári et Tamás Dombos, « Ignorance and Evil: The Hungarian Constitutional Court on Legal Gender Recognition for Trans People », *Verfassungsblog*, 21 février 2023.

¹⁹⁷² Loi du 19 mai 2020 relative à la modification de certaines lois administratives et au libre transfert de propriété (*Törvényjavaslat egyes közigazgatási tárgyú törvények módosításáról, valamint ingyenes vagyonjuttatásról*), n° T/9934. On se permet de renvoyer à Audrey Boisgontier, « Inscription du « sexe à la naissance » à l'état civil en Hongrie : un recul significatif pour les droits des personnes trans et intersexes. À propos de l'article 33 du projet de loi relatif à la modification de certaines lois administratives et au libre transfert de propriété (T/9934) du 19 mai 2020 », *La Revue des droits de l'Homme*, 4 juin 2020.

¹⁹⁷³ Constitution de la Hongrie, Article XVI (1).

pouvait y être associée). À la quasi-unanimité¹⁹⁷⁴, les juges constitutionnels réitèrent¹⁹⁷⁵ dans une décision d'interprétation que le sexe doit être compris uniquement comme le reflet d'une différence naturelle entre les sexes¹⁹⁷⁶. Les juges constitutionnels s'appuient tant sur l'institution du mariage (hétérosexuel), la protection de la maternité, les « valeurs traditionnelles bulgares » (et notamment la religion¹⁹⁷⁷) que la « crise démographique » afin de conclure que le pouvoir constituant a investi la notion de sexe « de son seul sens biologique, selon lequel le sexe est déterminé par des facteurs génétiques hérités des parents et conditionne le comportement reproductif des individus »¹⁹⁷⁸. Cette ferme opposition à l'encontre du genre verrouille ainsi l'interprétation du sexe, lequel est réputé immuable. Or s'il est compris uniquement au sens de la différence biologique entre les sexes et constaté à la naissance, alors tout changement ultérieur via l'exercice du droit à l'autodétermination est proscrit.

442. Les individus ne sauraient alors avoir volontairement recours à des opérations destinées à modifier leurs caractéristiques sexuées. Quand bien même la situation se présenterait, le droit ne reconnaîtrait pas ces changements, dans la mesure où aucune intervention ne peut modifier complètement le véritable sexe biologique des individus¹⁹⁷⁹. Ainsi, pour reprendre l'exemple hongrois, l'effet de la législation instaurant le sexe à l'état civil comme « sexe de naissance » sur le droit à l'autodétermination est frappant. Avant l'entrée en vigueur de cette loi et malgré l'absence de cadre législatif clair à ce sujet, la procédure de changement de sexe à l'état civil était relativement tolérée par les pouvoirs publics¹⁹⁸⁰. Or désormais, toute modification de la mention du sexe à l'état civil est interdite¹⁹⁸¹ – ce qui a valu à l'État hongrois d'être condamné par la Cour EDH¹⁹⁸² – puisque seul le sexe biologique à la naissance est valable afin d'établir

¹⁹⁷⁴ Seul un juge sur les douze qui composent la Cour constitutionnelle s'est prononcé contre la décision.

¹⁹⁷⁵ V. la décision relative au processus de ratification de la Convention d'Istanbul précitée (Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, n° 13).

¹⁹⁷⁶ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 26 octobre 2021, n° 15 [<https://perma.cc/8KDU-BG8R>].

¹⁹⁷⁷ L'article 13 de la Constitution indique que « la religion traditionnelle en République de Bulgarie est le culte orthodoxe » (Constitution bulgare, art. 13, al. 3).

¹⁹⁷⁸ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 26 octobre 2021, préc. Sur la mobilisation de ces arguments, v. Teodora Petrova, « Value Judgments: The Dangers of the “Traditionalist” Rhetoric of the Bulgarian Constitutional Court », *Verfassungsblog*, 5 novembre 2021.

¹⁹⁷⁹ Reprenant ainsi le raisonnement adopté au sein de certaines législations dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle lors de l'apparition du contentieux lié aux droits des personnes trans, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁹⁸⁰ *Mandates of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity; the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; the Special Rapporteur on the right to privacy and the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, 14 avril 2020, Genève, OL HUN 1/2020.

¹⁹⁸¹ V. en ce sens la note explicative de la loi hongroise du 19 mai 2020 précitée, p. 23 : « étant donné qu'il n'est pas possible de changer complètement le sexe biologique, il est nécessaire de stipuler dans la loi qu'il n'est pas possible de le changer non plus dans le registre de l'état civil » [<https://perma.cc/9W9R-9S7C>].

¹⁹⁸² Cour EDH, 22 juin 2023, *R.K. c. Hongrie*, n° 54006/20 (violation de l'article 8 car « l'État défendeur ne prévoyait pas de « procédures rapides, transparentes et accessibles » pour l'examen d'une demande de changement du sexe enregistré des personnes transgenres sur les actes de naissance », v. para. 76 de l'arrêt).

le sexe juridique, comme le confirme la Cour constitutionnelle hongroise¹⁹⁸³. En ce sens, « le sexe de l'enfant à la naissance est un attribut qui ne peut pas être modifié : les enfants naissent soit garçons, soit filles »¹⁹⁸⁴. Il en va de même pour la Bulgarie. Dans sa décision, la Cour constitutionnelle reconnaît certes la situation des personnes trans, mais refuse d'en déduire « une obligation positive pour l'État de reconnaître juridiquement l'autodétermination des personnes quant à un sexe différent du sexe biologique »¹⁹⁸⁵. S'appuyant sur cette interprétation, la Cour suprême de cassation déclare alors que l'interdiction de modification de la mention du sexe sur les registres d'état civil est conforme à la Constitution, dans la mesure où le sexe est déterminé seulement à la naissance¹⁹⁸⁶. Les juges ont connaissance des condamnations de la Cour européenne intervenues entre temps pour violation du droit à l'autodétermination des personnes trans¹⁹⁸⁷, mais n'en tiennent pas rigueur du fait de la valeur inférieure de la Convention par rapport à la Constitution¹⁹⁸⁸.

443. L'encadrement du sexe à l'état civil comme une donnée immuable par les autorités hongroises et bulgares est loin d'être isolé. D'autres législations font état de ce retour en arrière concernant l'exercice du droit à l'autodétermination, et adoptent le même raisonnement¹⁹⁸⁹. Ainsi, en Russie, tandis qu'un cadre législatif prévoyait depuis 1997 une procédure de modification de la mention du sexe¹⁹⁹⁰, un texte proposé par le Parlement et adopté en juillet

¹⁹⁸³ Cour constitutionnelle hongroise, 31 janvier 2023, préc. ; à noter qu'il s'agit là d'un revirement de jurisprudence par rapport à sa décision de 2018, v. Cour constitutionnelle hongroise, 19 juin 2018, 6/2018 (VI. 27).

¹⁹⁸⁴ Mémoire explicatif du projet de loi du Gouvernement hongrois, cité par V. Madrigal-Borloz, *Pratiques d'exclusion, Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, op. cit., para. 55.

¹⁹⁸⁵ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 26 octobre 2021, préc.

¹⁹⁸⁶ Cour suprême de cassation bulgare, décision interprétative du 20 février 2023, n° 2/2020 [<https://perma.cc/YJJ3-WYPJ>]. À noter qu'une question préjudicielle a été formulée par la Cour suprême de cassation à la CJUE le 18 janvier 2024 afin de préciser la conformité de l'interdiction de modification de la mention du sexe avec le droit de l'Union ; dans cette affaire en cours, l'avocat général estime dans ses conclusions qu'« une réglementation nationale, telle qu'interprétée par les juridictions nationales, qui ne permet pas que le changement d'identité de genre de ses ressortissants, y compris sans traitement chirurgical de réassignation sexuelle » est contraire au droit de l'Union en ce qu'elle porte atteinte à la liberté de circulation (CJUE, 4 septembre 2025, *K.M.H. c. Obshtina Stara Zagora*, affaire C-43/24, Conclusion de l'avocat général M. Jean Richard de la Tour, para. 102).

¹⁹⁸⁷ Cour EDH, 9 juillet 2020, *Y.T. c. Bulgarie*, n° 41701/16 (violation de l'article 8 pour refus injustifié d'accorder à une personne trans sa réassignation du sexe sur le registre d'état civil malgré la modification de son physique et son identité sociale et familiale) ; dans le même sens, v. Cour EDH, 27 septembre 2022, *P.H. c. Bulgarie*, n° 46509/20.

¹⁹⁸⁸ Teodora Petrova, « Barring Legal Gender Reassignment in Bulgaria: Rights of Transgender People and Traditional Social Values », *Verfassungsblog*, 2 mars 2023.

¹⁹⁸⁹ V. par ex. la loi constitutionnelle adoptée en 2024 par le Parlement géorgien sur « protection des valeurs familiales et des mineurs » qui interdit entre autres les opérations et traitements de changement de sexe ainsi que la modification de la mention du sexe à l'état civil (Loi constitutionnelle sur la protection des valeurs familiales et des mineurs, 3 octobre 2024) ; en Slovaquie, le Parlement a adopté le 25 septembre 2025 un amendement constitutionnel qui vise entre autre à affirmer que seuls deux sexes sont reconnus, le féminin et le masculin, lesquels sont biologiquement déterminés (Constitution slovaque, art. 52a).

¹⁹⁹⁰ *Law on Acts of Civil Status*, 1997, art. 70 (n° 143-FZ).

2023 interdit désormais toute opération de changement de sexe et toute modification du marqueur de sexe à l'état civil pour les personnes trans¹⁹⁹¹. De même, aux États-Unis, le Kansas a rejoint le Tennessee parmi les États qui interdisent explicitement le changement de la mention du sexe : une loi adoptée en 2023 définit le sexe comme le « sexe biologique, masculin ou féminin, à la naissance » (le sexe féminin se rattache aux personnes dont l'appareil reproducteur produit des ovules, et le sexe masculin aux personnes dont l'appareil reproducteur est développé pour fertiliser ces ovules)¹⁹⁹². La menace de l'effondrement du principe de la binarité des sexes par le droit à l'autodétermination semble pourtant d'autant plus illusoire que celui-ci se déploie parfaitement dans le cadre de la bicatégorisation.

B. Distinguer à partir de l'identité de genre

444. L'argument de l'immutabilité du sexe ne se limite pas aux discours qui s'opposent à la reconnaissance du changement de sexe. Il imprègne également ceux qui promeuvent le droit à l'autodétermination, qui se fonde sur l'idée d'une « identité de genre véritable », reconduisant ainsi une logique d'essentialisation. L'enjeu est donc de montrer que ces deux régimes discursifs, en apparence opposés, participent d'un même paradigme naturalisant. Dans ce modèle, l'identité de genre, qui relève de l'autonomie individuelle, devient « le nouveau sexe légal »¹⁹⁹³ et constitue le fondement de la demande de modification de la mention du sexe¹⁹⁹⁴. La modification de la mention du sexe n'est donc pas le reflet d'un changement d'identité de genre (l'identité de genre d'une personne trans passe du masculin vers le féminin et inversement) ; elle vise plutôt à rétablir une vérité (une personne trans est déjà née avec une identité de genre féminine ou masculine, et son sexe juridique assigné à la naissance est erroné).

445. L'identité de genre féminine ou masculine est donc considérée comme l'essence même du sexe féminin ou masculin de la personne¹⁹⁹⁵, et réitère « une idée de Nature »¹⁹⁹⁶, autrement dit une épistémologie empruntée au droit naturel. En effet, « seule cette croyance en une nature humaine individuelle ou universelle [...] préexistant au “conditionnement social”, peut expliquer la croyance que si nous nous sentons “femme” ou “homme”, cela ne peut pas être

¹⁹⁹¹ Assemblée fédérale de Russie (Douma), *Bill to amend the Federal Law on Acts of Civil Status and the Federal Law on the Fundamentals of Protecting Citizens' Health*, 14 juin 2023.

¹⁹⁹² De plus, le terme « mère » désigne un parent de sexe féminin et le terme « père » désigne un parent de sexe masculin (Senate Bill n° 180, *An Act establishing the women's bill of rights; providing a meaning of biological sex for purposes of statutory construction*).

¹⁹⁹³ Noa Ben-Asher, « Transforming Legal Sex », *North Carolina Law Review*, 2024, vol. 102, p. 392.

¹⁹⁹⁴ Mais ne se suffit pas en elle-même dans la mesure où des conditions de preuve sont exigées, v. *infra* Section 2.

¹⁹⁹⁵ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit., p. 642.

¹⁹⁹⁶ C. Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, op. cit., p. 15.

“purement social” »¹⁹⁹⁷. Ainsi, l’identité de genre, bien qu’elle s’inscrive en principe dans un paradigme autonomiste, reproduit une forme d’hétéronomie dont ne peut se détacher l’individu¹⁹⁹⁸. Une forte tendance visant à considérer l’identité de genre comme une caractéristique innée et immuable peut ainsi être observée¹⁹⁹⁹. Par exemple, dans une décision de 2020 relative à l’accès des élèves trans aux sanitaires à l’école, les juridictions états-uniennes affirment que « le fait d’être transgenre n’est pas un choix. Il est au contraire aussi naturel et immuable que le fait d’être cisgenre »²⁰⁰⁰. La même « stratégie essentialiste »²⁰⁰¹ que pour la protection des droits des personnes homosexuelles²⁰⁰² (dont la critique avait déjà été formulée en 1994²⁰⁰³) a donc été utilisée par les défenseurs des droits des personnes trans²⁰⁰⁴, avec cette représentation selon laquelle une personne trans est « enfermée dans le mauvais corps »²⁰⁰⁵. L’essentialisation de l’identité de genre a été sa condition à sa mobilisation comme outil de protection des droits des personnes trans²⁰⁰⁶.

446. La logique appliquée est donc identique à celle du sexe assigné à la naissance : il s’agit pour le droit de découvrir le véritable sexe de la personne. Seulement, ce n’est plus le sexe anatomique qui sert de support afin de prouver le sexe (et donc la transidentité) d’un individu, mais bien l’identité de genre. L’essentialisation de la différence des sexes passe ainsi par l’identité de genre qui, comme cela peut être le cas pour le sexe assigné à la naissance, est perçue comme une réalité dont le fondement est biologique, prédiscursif²⁰⁰⁷. En un sens, elle

¹⁹⁹⁷ C. Delphy, *L’ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit., p. 307. Pour le dire autrement, « il n’y a pas d’identité de genre cachée derrière les expressions du genre ; cette identité est constituée sur un mode performatif par ces expressions, celles-là mêmes qui sont censées résulter de cette identité » (J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 96).

¹⁹⁹⁸ F. Renz, *Gender Recognition and the Law. Troubling Transgender Peoples’ Engagement with Legal Regulation*, op. cit., p. 132.

¹⁹⁹⁹ Certains auteurs proposent en ce sens que le sexe juridique soit « basé sur le cerveau », s’appuyant sur des travaux issus de la science médicale qui étudient la transidentité à partir de la neurologie (v. par ex. Blaise Vanderhorst, « Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and A Proposal for Brain-Based Legal Sex », *Harvard Law and Policy Review*, 2015, vol. 9, p. 241-274) ; pour une position contraire qui démontre que le recours à la neurologie pour déterminer le sexe des individus n’est pas plus fiable que d’autres critères biologiques, v. Aileen Kennedy, *Law, Gender Identity, and the Brain. Exploring Brain-Sex Theories in Judicial Decisions on Trans and Intersex Minors*, New York, Routledge, 2024, 258 p.

²⁰⁰⁰ Cour d’appel pour le 4^{ème} circuit, 26 août 2020, *Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd.*, 972 F.3d 586, para. 613.

²⁰⁰¹ Pour reprendre la théorie développée par la philosophe Gayatri Chakravorty Spivak (*strategic essentialism*), Elizabeth Grosz, « Criticism, Feminism and the Institution. An interview with Gayatri Chakravorty Spivak », *Thesis Eleven*, 1985, vol. 10/11, n° 1, p. 175-187.

²⁰⁰² J.A. Clarke, « Against Immutability », art. cit.

²⁰⁰³ Janet E. Halley, « Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability », *Stanford Law Review*, 1994, vol. 46, n° 3, p. 503-568.

²⁰⁰⁴ Cette stratégie tend également à être mobilisée par les défenseurs des droits religieux qui « ont la possibilité de faire des progrès en adoptant le cadre théorique et les stratégies qui ont aidé les défenseurs de la cause des lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (LGBT) à se doter de protections juridiques », v. Kim H Pearson, « Innate Religious Identity », *UMKC Law Review*, 2016, vol. 84, p. 804.

²⁰⁰⁵ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 679.

²⁰⁰⁶ N. Ben-Asher, « Transforming Legal Sex », art. cit, p. 390.

²⁰⁰⁷ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit.

est « factuelle »²⁰⁰⁸. La compréhension de l'identité de genre comme un sentiment profond réinstalle une logique fondée sur le biologique²⁰⁰⁹, dans laquelle le sexe est une donnée naturelle. La distinction entre le sexe assigné à la naissance et l'identité de genre a entraîné paradoxalement une « re-naturalisation »²⁰¹⁰ du sexe. En effet, « en faisant de la psychologie individuelle le modèle de la compréhension du genre, cette division préserve le système sexe-genre lui-même »²⁰¹¹, voire le renforce. Autrement dit, « la reconnaissance juridique croissante de l'identité de genre comme catégorie juridique distincte peut, paradoxalement, mettre en péril le paradigme établi selon lequel le sexe, en tant que catégorie juridique, revêt une signification avant tout sociale, culturelle et contextuelle »²⁰¹². Le droit à l'autodétermination renvoie ainsi à la volonté des individus de faire reconnaître juridiquement l'identité qui s'impose à eux, et non pas à déterminer eux-mêmes leur identité.

447. Or cette appréhension de l'identité de genre, loin de correspondre à toutes les expériences vécues par les personnes trans²⁰¹³, pose des difficultés spécifiques pour appréhender la situation des individus dont l'identité de genre est fluide ou variante²⁰¹⁴ (« *blurred identifications* »²⁰¹⁵). En effet, comment envisager de modifier à plusieurs reprises la mention du sexe juridique lorsque la procédure de modification constate que le sexe revendiqué est le seul et véritable sexe auquel s'identifie la personne ? Cette compréhension de l'identité de genre garantit en effet que la procédure de modification de la mention du sexe est irréversible, puisque le sentiment d'appartenance au sexe féminin ou masculin est supposé immuable. Ainsi, lorsque le tribunal fédéral de Porto Rico exige d'accorder aux personnes trans le droit de modifier la mention de leur sexe sur leur acte de naissance au nom du droit à l'autonomie individuelle, c'est à la condition que la personne présente un document d'identité (passeport ou permis de conduire) qui reflète « le véritable genre d'une personne, qu'il soit féminin ou masculin », ou un document produit par un professionnel de santé qui atteste « la véritable identité de genre du requérant, qu'elle soit féminine ou masculine, et il est attendu que ce soit ce genre avec lequel le requérant

²⁰⁰⁸ T. Dreyfus, « The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law », art. cit, p. 45.

²⁰⁰⁹ D. Otto, « Queering Gender [Identity] in International Law », art. cit, p. 313.

²⁰¹⁰ Rogers Brubaker, « The Dolezal affair: race, gender, and the micropolitics of identity », *Ethnic and racial studies*, 2016, vol. 39, n° 3, p. 437.

²⁰¹¹ S. Batteux, « Autonomie & autodétermination », art. cit, p. 91.

²⁰¹² Ido Katri, « The Perils of Gender Self-Determination: Global Shifts in Sex Reclassification Law and Policy », *The American Journal of Comparative Law*, 1 septembre 2023, vol. 71, n° 3, p. 744.

²⁰¹³ Ido Katri, « Transgender Intrasexuality: Rethinking Anti-Discrimination Law and Litigation », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2017, vol. 20, p. 65.

²⁰¹⁴ Jessica A. Clarke, « Sex Assigned at Birth », *Columbia Law Review*, 2022, vol. 122, n° 7, p. 1884 ; D. Otto, « Queering Gender [Identity] in International Law », art. cit, p. 313.

²⁰¹⁵ T. Dreyfus, « The 'Half-Invention' of Gender Identity in International Human Rights Law », art. cit, p. 45.

continuera de s'identifier à l'avenir »²⁰¹⁶. Ainsi, en envisageant l'identité de genre comme un sentiment profond et inné qui s'impose aux individus et relève en ce sens du registre de la vérité, le droit traduit une contrainte et participe pleinement au processus de performativité du genre.

448. L'identité de genre perçue comme une essence, une vérité intérieure, produit « une vision naturalisée et dépolitisée » du genre²⁰¹⁷. Autrement dit, « à mesure que l'empire des genres et des choix s'étend, au gré de genres toujours plus subjectifs et/ou toujours plus choisis, le sexe redevient un impensé, une base naturelle qu'on n'interroge plus jamais »²⁰¹⁸. Le droit matérialise et dépolitise donc les identités trans par le concept d'identité de genre. Les personnes trans auraient une identité de genre innée féminine ou masculine que le droit ne fait que reconnaître²⁰¹⁹ ; pourtant, ce n'est pas le sentiment profond d'appartenir à l'un ou l'autre sexe qui fait *juridiquement* d'un individu une personne trans²⁰²⁰ : c'est le droit lui-même (en tant qu'il prescrit un cadre binaire) qui constitue le sujet trans du fait de l'assignation des individus à un sexe féminin ou masculin à la naissance²⁰²¹, et « le fait de ne pas correspondre aux attentes binaires associées au sexe assigné à la naissance constitue un individu en sujet juridique trans »²⁰²². Même si la notion d'identité de genre du fait de sa tonalité subjective suggère que le droit n'est pas à l'origine de la catégorisation des individus comme trans, il n'en est rien. En effet, la transidentité désigne une discordance entre le sexe assigné à la naissance par l'État et l'identité de genre subjective ; or sans ce processus d'assignation forcée d'un sexe, il n'y aurait pas, en soi, de contradiction. Dès lors, « l'incongruence dont souffrent les sujets juridiques trans ne réside pas simplement dans un décalage entre leur corps et leur identité. En réalité, ils éprouvent une incongruence entre le sexe qui leur a été assigné à la naissance et les attentes de genre qui y sont associées »²⁰²³. En ce sens, « le présupposé selon lequel il y aurait

²⁰¹⁶ Cour de district pour le District de Porto Rico (D.P.R.), 20 avril 2018, *Arroyo Gonzalez v. Rossello Nevares*, 305 F. Supp. 3d 327, 328.

²⁰¹⁷ Ali Aguado et Ian Zdanowicz, « L'usage du droit dans le mouvement d'émancipation trans », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 87.

²⁰¹⁸ A. Jaunait, « Qu'est-ce que le genre ? », art. cit, p. 64.

²⁰¹⁹ Il n'est pas question ici de discuter de l'authenticité de l'identité (de genre) *en tant que telle* des personnes trans : l'analyse se place bien sur le terrain de la production *juridique* de la notion d'identité de genre : I. Katri, « The Perils of Gender Self-Determination », art. cit, p. 745.

²⁰²⁰ Rappelons ici les propos de Judith Butler à propos de la performativité et de l'existence d'une identité de genre ontologique : « dire que le corps genré est performatif veut dire qu'il n'a pas de statut ontologique indépendamment des différents actes qui constituent sa réalité. Si cette réalité est constituée comme une essence intérieure, cela implique que cette intériorité est précisément l'un des effets d'un discours fondamentalement social et public, de la régulation publique du fantasme par la politique de la surface du corps, du contrôle des frontières du genre entre intérieur et extérieur » (J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 259).

²⁰²¹ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 71.

²⁰²² *Ibid.*

²⁰²³ *Ibid.*, p. 78.

une vraie identité de genre se révélerait être une fiction régulatrice »²⁰²⁴. Dès lors, la naturalisation de la différence des sexes ne se manifeste pas uniquement dans les systèmes juridiques qui refusent la modification de la mention du sexe. Elle s'observe également dans ceux qui la reconnaissent, puisque conformément au discours du droit des droits humains, le droit à l'autodétermination est fondé sur la reconnaissance d'une vérité intime et immuable de l'identité de genre. Ce fondement naturel du binarisme sexuel est tellement ancré que face à l'intersexuation, il n'est pas question de remettre en cause ce modèle, mais au contraire, de le renforcer en fabriquant la preuve de la conformité de l'ensemble des individus à la binarité des sexes.

§2. Dissimuler la relativité du binarisme sexuel comme principe naturel

449. Afin de conforter l'affirmation selon laquelle la bicatégorisation épuise le réel, le droit camoufle les variations observées quant au modèle de la différence des sexes. Cette opération de camouflage est rendue possible via la pathologisation des variations du développement sexuel, lesquelles sont appréhendées, avec l'appui du discours médical, comme des anomalies au regard du modèle de la différence entre les sexes, qui doivent être corrigées par des actes de conformation sexuée²⁰²⁵. En effet, malgré la condamnation de ces pratiques par les organes de protection des droits humains²⁰²⁶, elles continuent d'être pratiquées au nom d'une nécessité médicale qui ne dit pas son nom : la nécessaire appartenance au sexe féminin ou masculin. Ce processus de pathologisation est l'illustration que l'ordre juridique, face à la diversité des corps et des combinaisons des différentes caractéristiques sexuées²⁰²⁷, *naturalise* la bicatégorisation. En effet, le droit ne crée pas simplement les catégories juridiques à partir de la réalité sociale qu'il interprète ; il produit lui-même ces catégories sur la base de critères arbitraires (tel que l'apparence des organes génitaux), lesquels façonnent la matérialité.

²⁰²⁴ J. Butler, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*, p. 266. L'autrice poursuit : « si la réalité de genre est créée par des performances sociales ininterrompues, cela veut dire que l'idée même d'un sexe essentiel, de masculinité ou de féminité – vraie ou éternelle –, relève de la même stratégie de dissimulation du caractère performatif du genre et des possibilités performatives de faire proliférer les configurations du genre en dehors des cadres restrictifs de la domination masculine et de l'hétérosexualité obligatoire ».

²⁰²⁵ E. Dorlin, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *art. cit.*, p. 122. L'autrice parle ainsi de « fabrique médicale des corps sexués ».

²⁰²⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²⁰²⁷ V. par ex. les travaux de la biologiste A. Fausto-Sterling, *Les cinq sexes*, *op. cit.* ; A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres*, *op. cit.*

450. Le sociologue Louis Quéré parle en ce sens de « valeur prescriptive des catégories », qui renvoie à « une réalité à être »²⁰²⁸. Aussi, pour le dire avec Monique Wittig, la catégorie de sexe « forme l'esprit tout autant que le corps »²⁰²⁹. Cela renvoie à la notion de performativité, développée par Judith Butler²⁰³⁰ et utilisée par la théorie féministe du droit afin de mettre en évidence le rôle du droit dans la *production* de la différenciation sexuelle²⁰³¹. Ainsi, « par ses effets performatifs, le droit contribue à faire exister ce qu'il nomme, [...] renforçant d'autant la réalité de ce qu'il institue »²⁰³². En effet, être identifié ou s'identifier à l'une ou l'autre des catégories de sexe nécessite d'être conformé ou de se conformer aux normes de genre associées au sexe féminin ou masculin. Au contraire, ne pas s'identifier (identité de genre non-binaire) ou ne pas être identifié aux normes de la binarité (intersexuation) révèle le pouvoir régulateur de la bicatégorisation et des normes de genre qu'elle impose. Ces normes sont déterminées par le discours juridique, à l'appui du discours biomédical, lesquels déterminent les caractéristiques associées à chaque catégorie de sexe²⁰³³. Par cette action de conformation (subie ou non) aux normes de genre, la bicatégorisation en sort renforcée, légitimant ainsi le discours produit par le droit sur la vérité du sexe. En somme, « la catégorie de sexe produit son propre objet »²⁰³⁴.

451. L'ordre juridique exerce donc directement un pouvoir régulateur sur les corps intersexes, à l'appui d'un système fondé sur la différence naturelle entre les sexes. Les situations qui se situent en dehors du cadre de la bicatégorisation relèvent alors de l'anormal ou du pathologique **(A)**, et sont encadrées strictement et exceptionnellement par des outils visant à rétablir l'ordre de la binarité **(B)**.

²⁰²⁸ L. Quéré, « La valeur opératoire des catégories », art. cit, p. 20. Aussi, « les catégories ont un pouvoir d'institution symbolique du réel et pas seulement une fonction d'encadrement de la pensée conceptuelle » (*Ibid.*, p. 10).

²⁰²⁹ M. Wittig, *La pensée straight*, op. cit., p. 50.

²⁰³⁰ Dans l'ouvrage *Ces corps qui comptent*, la philosophe Judith Butler développe sa thèse élaborée dans *Trouble dans le genre* et explore la manière dont le corps est façonné par des discours porteurs de normes de genre : « le "sexe" est une construction idéale qui impose de force sa matérialisation à travers le temps. Ce n'est pas un fait simple ou une condition statique du corps, mais un processus par lequel des normes régulatrices matérialisent le "sexe" et réalisent cette matérialisation à travers la réitération forcée de ces normes » (J. Butler, *Ces corps qui comptent*, op. cit., p. 15).

²⁰³¹ Il faut ainsi « mesurer le caractère performatif des catégories juridiques en matière de rapports sociaux de sexe » (C. Cardin et A.-M. Devreux, « Le genre et le droit : une coproduction », art. cit, p. 11) ; à propos du droit de la non-discrimination, Katherine M. Franke soulignait ainsi que « le droit a eu un effet performatif sur l'identité sexuelle, en inscrivant plutôt qu'en décrivant ce que signifie être femme et ce que signifie être homme selon les normes sociales communément acceptées, plutôt que selon la biologie ou l'anatomie », v. K.M. Franke, « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », art. cit, p. 7.

²⁰³² A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 443.

²⁰³³ E. Dorlin, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », art. cit, p. 119.

²⁰³⁴ Audrey Benoit, « La matérialité discursive du sexe » dans *Trouble dans la matière*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2019, p. 303-334.

A. L'effet de la bicatégorisation sur les corps

452. Nous l'avons vu, les actes de conformation sexuée sont largement dénoncés par les organes de protection des droits humains tant du fait de leur absence de nécessité médicale qu'en raison des questions qu'elles soulèvent en termes de consentement de la personne²⁰³⁵. Dans certains contextes pourtant, certaines de ces mutilations sont légitimées par un cadre médical. Au Kenya par exemple, le *Children Act* de 2022 précise que le « changement ou l'ablation d'organe dans le cas d'un enfant intersexué » est prohibé, « sauf avis d'un généticien médical »²⁰³⁶. Ces actes sont associés à des opérations médicales dont la pratique est encouragée afin de rendre l'apparence des organes génitaux plus féminine ou masculine²⁰³⁷. Ainsi, l'assignation obligatoire de l'enfant à un sexe féminin ou masculin dès la naissance²⁰³⁸ incite à la pratique des actes de conformation sexuée, lesquels sont légitimés par le discours médical sous le prisme de la pathologisation, et illustre le processus de matérialisation qu'opère la catégorie de sexe.

453. Cette incitation à la pratique des actes de conformation sexuée du fait de l'assignation obligatoire des individus à un sexe féminin ou masculin est particulièrement visible dans les États où les opérations de changement de sexe à l'intention des personnes trans sont interdites. L'appréhension du sexe juridique comme reflet du « sexe de naissance » entraîne en effet des enjeux *sui generis* pour les personnes intersexuées. Si les interventions chirurgicales destinées à modifier les caractéristiques sexuées des personnes trans sont condamnées (opérations de

²⁰³⁵ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²⁰³⁶ *Children Act*, 6 juillet 2002, n° 29, para. 23 (1) (f).

²⁰³⁷ Une analyse du fichier de l'assurance maladie français (SNIIRAM) menée par Benjamin Moron-Puech estime ainsi que 4 678 opérations réalisées en 2017 sur des enfants de moins de 13 ans sont potentiellement entachées d'illégalité (cité au sein du rapport Flora Bolter et Anne-Lise Savart, *Défendre les droits des personnes intersexes - pour une évolution ambitieuse du droit et des pratiques*, Paris, 2020, p. 9) ; pour une étude récente sur le sujet, v. Luke Muschialli et al., « Perspectives on conducting “sex-normalising” intersex surgeries conducted in infancy: A systematic review », *PLOS Global Public Health*, 28 août 2024, vol. 4, n° 8, p. e0003568. L'incitation à la conformation des organes génitaux tient aussi au fait que dans certains pays, la naissance d'un enfant de sexe masculin est privilégiée, v. Shardha Rajam et Atreyo Banerjee, « Right to Genital Integrity: Law, Limbo and the Status of Intersex Children in India », *Columbia Journal of Gender and Law*, juin 2022, vol. 42, n° 2, p. 158.

²⁰³⁸ À noter que le fait de pouvoir déterminer le sexe du fœtus avant la naissance emporte là aussi des conséquences matérielles, dans la mesure où lorsqu'une variation du développement sexuel est détectée, le diagnostic prénatal peut justifier la prescription d'un traitement hormonal à la personne enceinte, voire être un motif de recours à une interruption médicale de grossesse (IMG). Sur le sujet, v. Michal Raz, « Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des fœtus intersexués », *Sciences sociales et santé*, 2015, vol. 33, n° 1, p. 5 ; Gaëlle Larrieu, « Naître déjà fille ou garçon. Processus d'humanisation et de sexuation du fœtus pendant la grossesse », *Terrains & travaux*, 2021, vol. 39, n° 2, p. 241-266. La situation s'est déjà présentée devant la Cour européenne : dans l'affaire *R. R. c. Pologne*, le juge européen avait conclu à la violation des articles 3 et 8 de la Convention par les autorités polonaises pour ne pas avoir mis en place les moyens nécessaires permettant à la requérante d'avoir recours à un avortement suite à l'annonce d'une « malformation du fœtus » qui se révélait être un syndrome de Turner, autrement dit une forme d'intersexuation (monosomie, avec risque de stérilité pour défaut de fonctionnement des ovaires) : Cour EDH, 26 mai 2011, *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04.

changement de sexe), elles sont en revanche admises voire encouragées pour les personnes intersexuées (opérations de conformation sexuée). La loi russe sur l'interdiction de changer de sexe prévoit par exemple explicitement que *seules* les interventions médicales destinées au traitement des « anomalies physiologiques congénitales » sont autorisées par une commission médicale²⁰³⁹. Le projet de loi adopté en 2021 par le parlement ghanéen précise quant à lui que toute personne sera accusée de commettre un délit si elle a recours à une opération chirurgicale destinée à modifier le sexe assigné à la naissance, *sauf* « dans le cas de la correction d'une anomalie biologique, y compris l'intersexuation »²⁰⁴⁰. Il semble ainsi inévitable que la difficulté ou l'impossibilité de déterminer si le sexe d'un nouveau-né correspond aux normes d'un sexe féminin ou masculin conduise à une systématisation renforcée des opérations de conformation sexuée afin d'assigner un sexe à la naissance *a fortiori* dans les cas où la mention du sexe ne peut en principe être modifiée à l'avenir²⁰⁴¹ (interdiction du droit à l'autodétermination).

454. Par ailleurs, l'adoption d'un cadre législatif sur la pratique des opérations de conformation sexuée n'emporte pas pour autant leur interdiction. En témoigne l'adoption, en France, de la loi de bioéthique du 2 août 2021²⁰⁴², première à prévoir explicitement un encadrement de la prise en charge des variations du développement génital, qui a conduit à la publication d'un arrêté du ministère de la Santé fixant les règles de bonnes pratiques en la matière²⁰⁴³. La formulation du texte entretient la confusion, ce qui vaudra d'ailleurs à la France d'être (de nouveau²⁰⁴⁴) condamnée par le Comité contre la torture de l'ONU en 2022 qui l'encourage à « adopter des dispositions législatives qui interdisent expressément de soumettre un enfant intersexe à un traitement médical ou chirurgical non urgent et non essentiel »²⁰⁴⁵. La loi laisse penser qu'une urgence vitale peut parfois justifier une opération de conformation à l'un ou l'autre sexe – ce

²⁰³⁹ Assemblée fédérale de Russie (Douma), *Bill to amend the Federal Law on Acts of Civil Status and the Federal Law on the Fundamentals of Protecting Citizens' Health*, 2023, préc., art. 2 para. 2.

²⁰⁴⁰ *Promotion of Proper Human Sexual Rights and Ghanaian Family Values Act 2021*, 28 février 2024, para. 6 (1) (g).

²⁰⁴¹ On se permet de renvoyer à A. Boisgontier, « Inscription du « sexe à la naissance » à l'état civil en Hongrie », art. cit, p. 19.

²⁰⁴² Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 30.

²⁰⁴³ Ministère de la Santé, Arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital en application de l'article L. 2131-6 du code de la santé publique.

²⁰⁴⁴ Pour des condamnations antérieures de la France et d'autres pays par des comités onusiens au regard de la pratique d'actes de conformation sexuée, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²⁰⁴⁵ Comité contre la torture, *Observations finales concernant le huitième rapport périodique de la France*, 22 mai 2025, CAT/C/FRA/CO/8, para. 45 a). ; dans le même sens, au niveau européen, v. Conseil de l'Europe, *Rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la France*, 28 juin 2022, para. 34 : « l'ECRI déplore que des actes non consentis sans nécessité vitale puissent toujours être pratiqués sur de très jeunes enfants avec la seule autorisation des titulaires de l'autorité parentale ».

qui justifie le refus d'une interdiction claire et franche au sein du texte²⁰⁴⁶. Pourtant, tel n'est pas le cas. Il existe bien une différence entre d'une part, traiter une pathologie qui a pour effet secondaire de modifier les caractéristiques sexuées d'un enfant, et d'autre part, pratiquer une opération dont la finalité principale est la normalisation des organes génitaux²⁰⁴⁷. Marie-Xavière Catto prend l'exemple du traitement d'une hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) en cas de perte de sel, qui peut représenter un risque pour la santé de l'enfant : si le traitement a pour effet de « résorber hormonalement le pénis, ce n'est qu'un effet secondaire mais non recherché »²⁰⁴⁸. Or ces actes échappent à la qualification de « mutilation génitale intersexe » – par analogie aux mutilations génitales féminines (MGF)²⁰⁴⁹ – en ce qu'ils sont justifiés par la poursuite d'un intérêt qualifié de médical. Pourtant, il est bien question de la conformation des corps à des normes de genre : le discours médical intervient donc ici à l'appui du discours du droit, et légitime ces actes au nom du binarisme sexuel²⁰⁵⁰. L'assignation à la catégorie de sexe féminin ou masculin produit donc des effets concrets sur les corps en ce qu'elle les inscrit dans les normes de la binarité des sexes. La démarche vise donc à faire état des procédés normatifs qui, soutenus par le discours biomédical, façonnent les corps à partir des normes de genre du féminin et du masculin.

455. Les actes de conformation sexuée pratiqués sur les enfants intersexués participent en effet à renforcer les normes de la binarité. Dans la plupart des cas, il n'est pas question d'assigner arbitrairement un sexe à l'enfant²⁰⁵¹, mais plutôt de *corriger* l'apparence des organes génitaux d'un enfant dont le sexe a été déterminé comme féminin ou masculin. En France, la

²⁰⁴⁶ On se permet de renvoyer à Audrey Boisgontier et Léa Thibault, « Entre considérations éthiques et encadrement juridique : double regard sur la prise en charge médicale des enfants intersexués » dans *Science et droit*, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 137-151.

²⁰⁴⁷ Marie-Xavière Catto, « La loi de bioéthique et les intersexes », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, avril 2020, n°25, p. 70 ; selon Claire Bouvattier, endocrinologue dans un Centre de référence des variations rares du développement génital, seules deux causes nécessitent une prise en charge urgente : « les déficits de la stéroïdogenèse surrénalienne, et en particulier l'hyperplasie congénitale des surrénales par déficit en 21-hydroxylase », qu'on retrouve chez les nouveau-nés avec un caryotype 46, XX (Claire Bouvattier, « Naître avec un développement sexuel différent (DSD) » dans *La bioéthique en débat : quelle loi ?*, Paris, Dalloz, 2020, p. 52).

²⁰⁴⁸ M.-X. Catto, « La loi de bioéthique et les intersexes », art. cit, p. 70.

²⁰⁴⁹ À ce sujet, v. v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²⁰⁵⁰ V. par ex. l'article 268 du Code criminel canadien qui prohibe les actes qui relèvent d'une MGF (excision, infibulation, etc.) mais prévoit une exception à ces cas lorsqu'une opération chirurgicale est pratiquée « pour la santé physique de la personne ou pour lui permettre d'avoir des fonctions reproductives normales, ou une apparence sexuelle ou des fonctions sexuelles normales » (nous soulignons).

²⁰⁵¹ Dans certaines situations toutefois, les capacités reproductives ou encore la taille du pénis ou du clitoris pourra entrer en considération (pour décider d'une assignation au sexe masculin si le pénis dépasse les 2,5 cm, ou au sexe féminin si le clitoris est inférieur à 0,9 cm), v. E. Dorlin, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », art. cit, p. 132 ; Corinne Fortier, « Reconstruction clitoridienne, excision et circoncision. Variations autour d'un sexe féminin phallique », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 15 novembre 2020, n° 79, p. 29-76.

Classification Commune des Actes Médicaux (CCAM) prévoit ainsi un chapitre dédié à la « correction des ambiguïtés sexuelles »²⁰⁵², et rassemble les « actes thérapeutiques » destinés à corriger un défaut de conformité au sexe féminin ou masculin. D'autres actes visent à corriger les « malformations congénitales de l'urètre », dont l'hypospadias, désigné comme une malformation de la verge et notamment une anomalie de position du méat urétral. Cette caractéristique, qui se retrouve par ailleurs très largement au sein de la population globale²⁰⁵³, justifie une intervention chirurgicale afin de permettre à l'enfant assigné au sexe masculin de pouvoir uriner debout à l'avenir.

456. Cette opération n'est pourtant pas bénigne²⁰⁵⁴, nécessitant plusieurs jours d'hospitalisation pour l'enfant sans que ce dernier ne puisse se tenir debout ou marcher, et dans 10 à 20% des cas, une intervention supplémentaire est nécessaire²⁰⁵⁵. Cette opération est donc un exemple typique d'intervention qui tombe sous le régime médical alors même qu'elle poursuit la satisfaction d'une norme de genre (pouvoir uriner debout en tant que personne de sexe masculin). Dans d'autres cas, la norme de genre visée est celle de la conformation au régime hétérosexuel. Cette norme sociale devient indication médicale selon certains chirurgiens qui évoquent une volonté de « restaurer une anatomie féminine pour permettre des relations sexuelles futures avec possibilité de pénétration »²⁰⁵⁶. Ainsi, malgré l'interdiction des actes de conformation sexuée, certains sont tout de même pratiqués lorsque le corps médical les juge nécessaires²⁰⁵⁷. Ces critères guidant la pratique des actes de conformation sexuée montrent ainsi

²⁰⁵² CCAM, 8.7.1. Exemples d'actes pratiqués : Vestibuloplastie avec enfouissement ou résection du clitoris, pour féminisation (JMMA001) ; Clitoridoplastie de réduction (JMMA004).

²⁰⁵³ INSERM, « Malformations génitales du garçon, hypospadias et cryptorchidie », *Reproduction et environnement*, Paris, Les éditions Inserm, 2011, p. 5-15 : en 2001, on compte environ 1,2% d'hypospadias en France; dans une brochure à destination des parents, il est indiqué qu'environ « 1 garçon sur 300 naît avec un hypospadias », et que ce chiffre « est multiplié par trois si une autre personne est atteinte dans la famille » (Priscilia Ungharo et Jacques Birraux, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, Genève, Hôpitaux universitaires de Genève, 2013, p. 2). Au Québec, 1385 interventions depuis 2015 ont été pratiquées sur des enfants de moins de 14 ans, dont 838 sur des enfants de moins de 2 ans ; parmi ces opérations, 618 concernent une opération de l'hypospadias (Jessica Nadeau, « Plus de 1300 opérations sur les organes génitaux des enfants depuis 2015 », *Le Devoir*, 10 janv. 2022).

²⁰⁵⁴ Amélie Gogos-Gintrand, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *Revue de droit sanitaire et social*, 2016, n° 5, p. 924 : « Un enfant assigné au sexe masculin peut subir jusqu'à trois opérations du pénis au cours de ses deux premières années d'existence, et plus encore au moment de la puberté. Dans les cas les plus graves, ces interventions multiples laissent un pénis marqué de cicatrices et immobile ».

²⁰⁵⁵ Priscilia Ungharo et Jacques Birraux, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, Genève, Hôpitaux universitaires de Genève, 2013, p. 5.

²⁰⁵⁶ B Gorduza, L Margain-Deslandes, P Mouriquand *et al.*, « Génitoplasties féminisantes », *Rev. med. perinat.* 2015, 7, p. 161-170.

²⁰⁵⁷ Parmi les rares cas de condamnation pour pratique d'une opération de conformation sexuée, v. la décision du Tribunal de district de Cologne de 2008, qui fait de Christiane Völling la première personne intersexe à avoir obtenu réparation (cité par Nikoletta Pikramenou, *Intersex Rights: Living Between Sexes*, Grèce, Springer, 2019, p. 172).

« la stabilité du paradigme de la différence des sexes »²⁰⁵⁸, et avec lui, de la bicatégorisation, qui prévoit spécifiquement l'encadrement de ces situations qui tendraient à le bousculer.

B. L'effet des corps sur la bicatégorisation

457. Dans les cas où l'assignation à un sexe féminin ou masculin ne relève pas (ou plus) de l'évidence, l'identification à un sexe juridique peut évoluer, toujours dans l'objectif de rendre compte du véritable sexe de la personne. Ainsi, les variations du développement sexuel doivent également être réduites *in fine* civilement au sexe féminin ou masculin.

458. C'est en ce sens que le droit prévoit parfois une exception à la règle générale de mention du sexe sur l'acte de naissance. En France, le délai de déclaration de la naissance (et donc, du sexe) d'un enfant auprès de l'officier d'état civil est en principe de cinq jours²⁰⁵⁹. La loi de bioéthique de 2021 apporte toutefois une exception pour les enfants présentant une variation du développement sexuel²⁰⁶⁰ : ce délai peut être étendu à trois mois « en cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte » de naissance²⁰⁶¹. L'allongement de ce délai vise à donner plus de temps aux équipes médicales, mais ne remet aucunement en cause l'idée selon laquelle il est toujours possible, même dans ces cas, de déterminer le « véritable sexe » de l'enfant ; et c'est celui-là qui devra ensuite être inscrit sur les registres de l'état civil. En d'autres termes, le sens de la réforme n'est pas de constater médicalement « que l'enfant est intersexué, mais à l'inverse, que toute personne est supposée être, sur le plan biologique, soit de sexe masculin soit de féminin »²⁰⁶².

459. Dans d'autres circonstances, une fois le sexe assigné, il peut être constaté (par une équipe médicale ou par la personne elle-même) que le sexe juridique ne reflète plus la physiologie de

²⁰⁵⁸ L. Bereni et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit., p. 37.

²⁰⁵⁹ Le délai a été allongé de trois à cinq jours par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

²⁰⁶⁰ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, art. 30.

²⁰⁶¹ Art. 57 du Code civil, al. 2 : « En cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte, le procureur de la République peut autoriser l'officier de l'état civil à ne pas faire figurer immédiatement le sexe sur l'acte de naissance. L'inscription du sexe médicalement constaté intervient à la demande des représentants légaux de l'enfant ou du procureur de la République dans un délai qui ne peut être supérieur à trois mois à compter du jour de la déclaration de naissance [...] ». L'application de ces dispositions a été précisée par une circulaire du 8 septembre 2023 (Direction des affaires civiles et du sceau, circulaire n° CIV/05/23 du 8 septembre 2023, BOMJ 17 octobre 2023). À noter que la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation prévoyait la possibilité de ne pas inscrire de mention pendant « un délai d'un ou deux ans » en cas d'incertitude sur le sexe du nouveau-né, disposition qui avait été soupçonnée d'illégalité par le Conseil d'État (*Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Paris, Conseil d'État, 2018, p. 131).

²⁰⁶² Marie-Xavière Catto, « Personnes intersexuées : la binarité des sexes confortée par les actes d'état civil », *Dalloz Actualité*, 8 novembre 2023.

la personne²⁰⁶³. La procédure de *rectification* de la mention du sexe est alors envisagée. Mais sa signification est bien de réparer une erreur et de rétablir l'ordre (binaire), en (re)mettant en conformité le sexe juridique et le « véritable sexe » de l'individu, déterminé à partir de son anatomie. Elle repose, en d'autres termes, sur l'idée que le sexe assigné à la naissance n'était pas en réalité le sexe de l'individu²⁰⁶⁴. Pour reprendre l'exemple de la législation française, l'article 99 du Code civil relatif à la rectification des actes de l'état civil dispose que

« la rectification de l'indication du sexe et, le cas échéant, des prénoms est ordonnée à la demande de toute personne présentant une variation du développement génital ou, si elle est mineure, à la demande de ses représentants légaux, s'il est médicalement constaté que son sexe ne correspond pas à celui figurant sur son acte de naissance »²⁰⁶⁵.

Il n'est donc pas question de mettre en œuvre l'exercice du droit à l'autodétermination, mais bien de corriger, à tout âge, une mention du sexe juridique qui ne correspondrait pas ou plus à la réalité biologique médicalement constatée ; en somme, de corriger une erreur, et d'invisibiliser l'intersexuation²⁰⁶⁶. Cela s'observe *a fortiori* au sein des législations où toute procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil est en principe interdite, puisqu'elle est prévue exceptionnellement pour les seules personnes intersexes. La Cour constitutionnelle bulgare estime ainsi que « l'autodétermination de genre » peut être un motif de changement de la mention du sexe à l'état civil uniquement dans les cas d'intersexuation, c'est-à-dire lorsqu'

« en raison de déviations par rapport aux combinaisons typiques de chromosomes sexuels (XX chez les femmes et XY chez les hommes), la personne possède des caractéristiques sexuelles des deux sexes et, par conséquent, l'appartenance sexuelle n'est pas biologiquement déterminée »²⁰⁶⁷.

²⁰⁶³ En effet, les variations du développement sexuel peuvent produire des effets plusieurs années après la naissance, et notamment à la puberté.

²⁰⁶⁴ En Ouganda par exemple, la loi sur l'identification des individus anticipe ce type de situation et prévoit que « si un enfant né hermaphrodite, après son enregistrement, change de sexe, de femelle à mâle ou de mâle à femelle, par le biais d'une intervention chirurgicale et que ce changement est certifié par un médecin, l'officier d'état civil, [...] mettra à jour les informations concernant l'enfant figurant dans le registre » (*Registration of persons Act*, 26 mars 2015, partie V, art. 38 [<https://perma.cc/TFV8-C22U>]).

²⁰⁶⁵ Art. 99 du Code civil, al. 2. Cet alinéa a été ajouté par la loi de bioéthique de 2021, créant ainsi une procédure spécifique pour les personnes intersexuées. Ces dispositions ont été complétées par un arrêté ministériel du 15 novembre 2022 relatif aux règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital (Arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital en application de l'article L. 2131-6 du Code de la santé publique, commenté par Sophie Paricard, « Prise en charge des enfants intersexes : les bonnes pratiques sont posées », *Dalloz Actualité*, 28 novembre 2022).

²⁰⁶⁶ Cette invisibilisation s'observe très concrètement par le fait que la rectification n'apparaît pas sur l'acte d'état civil : M.-X. Catto, « Personnes intersexuées », art. cit. ; sur cette question, v. Laurence Brunet, « Pratiques : Nouveau dispositif sur l'état civil des personnes présentant une variation du développement génital », *AJ Famille*, 2024, p. 157-159.

²⁰⁶⁷ Cour constitutionnelle bulgare, décision du 26 octobre 2021, préc.

C'est à cette seule condition que la mention du sexe à l'état civil pourra être rectifiée, afin de faire apparaître le sexe que la personne estime être prédominant.

460. Il ne s'agit donc pas de reconnaître la diversité des corps et l'artificialité de la bicatégorisation, mais bien d'affirmer que cette variation peut *in fine* révéler un sexe féminin ou masculin. Ainsi, lorsque la Cour suprême des Philippines fait face à la demande de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance d'un requérant assigné de sexe féminin à la naissance et ayant, par la suite, développé des caractéristiques sexuées associées au sexe masculin²⁰⁶⁸ ainsi qu'une identité de genre masculine, le juge fait droit à sa demande, estimant qu'au vu de son intersexuation, il lui revenait de déterminer lui-même son identité²⁰⁶⁹. Le juge précise que sa décision se fonde sur l'« état inhabituel »²⁰⁷⁰ du requérant, dont l'intersexuation est uniquement due à une variation biologique et naturelle²⁰⁷¹. Il met ainsi en avant le fait que le requérant « a simplement laissé la nature suivre son cours et n'a entrepris aucune démarche contre nature pour arrêter ou interférer avec ce avec quoi il est né » et que « la nature a, au contraire, suivi son cours normal dans le développement du défendeur, révélant plus pleinement ses caractéristiques masculines »²⁰⁷². L'argument biologique est donc au fondement de la décision de la Cour philippine, comme le montre sa jurisprudence relative au changement de la mention du sexe à l'état civil²⁰⁷³. En effet, l'année précédente, dans l'arrêt *Silverio v. Republic of the Philippines*²⁰⁷⁴, la Cour suprême avait refusé la modification de la mention du sexe à l'état civil d'une personne trans ayant procédé à des opérations de changement de sexe, et ce pour deux raisons : premièrement, aucune erreur ne pouvait être constatée dans l'enregistrement de la mention du sexe à la naissance, et deuxièmement, le terme « sexe » ne pouvait pas être entendu comme « quelque chose qui peut être modifié par chirurgie ou qui permet à une personne transsexuelle opérée de masculin à féminin d'être incluse dans la catégorie des femmes »²⁰⁷⁵. La logique de la juridiction philippine est donc claire : le sexe juridique dépend uniquement du sexe assigné à la naissance, notamment à partir des organes génitaux des individus. Le sexe est donc purement biologique et par conséquent immuable. Si une personne intersexuée est autorisée à définir le sexe (féminin ou masculin) qui lui convient

²⁰⁶⁸ Le requérant avait une hyperplasie congénitale des surrénales, une forme d'intersexuation reconnue par la Cour.

²⁰⁶⁹ Cour suprême des Philippines, 2^{ème} division, 12 septembre 2008, *Republic of the Philippines v. Jennifer Cagandahan*, n° 166676.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² *Ibid.*

²⁰⁷³ Commission on Human Rights of the Philippines et Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), *Legal gender recognition in the Philippines : a Legal and Policy Review*, 2018, p. 39.

²⁰⁷⁴ Cour suprême des Philippines, 22 octobre 2007, *Silverio v. Republic of the Philippines*, n° 174689.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*

le mieux, c'est seulement du fait du caractère inné (ou naturel) de son intersexuation, et dans la limite d'une logique binaire. Quel que soit l'encadrement adopté, la bicatégorisation est ainsi réputée « épuiser le réel » du fait de son ancrage dans une réalité qui lui précède, à savoir le fait pour chaque individu d'avoir un sexe féminin ou masculin au regard de leur répartition naturelle selon le binarisme sexuel²⁰⁷⁶. La bicatégorisation s'appuie également sur un second pilier, qui vient confirmer et renforcer cette prémisse, à savoir le caractère indispensable et obligatoire de la binarité des sexes, essentielle au bon fonctionnement de l'ordre social et juridique.

²⁰⁷⁶ S. Hennette-Vachez, « Analyse juridique du genre », art. cit, p. 116.

Section 2 : La bicatégorisation, un système intangible et obligatoire

461. La bicatégorisation apparaît aussi comme un principe auquel il ne peut pas être porté atteinte. C'est cette seconde dimension de la bicatégorisation qu'il s'agit d'analyser, afin de montrer que les outils du droit à l'autodétermination se déploient parfaitement dans le cadre de la binarité sexuelle, et participent au maintien de ce principe au fondement de l'ordre juridique. Le caractère intangible de la bicatégorisation ne renvoie pas (nécessairement) à l'impossibilité de modifier la mention du sexe à l'état civil. Il désigne plutôt l'intangibilité des *catégories* de sexe féminin et masculin. Autrement dit, cette notion d'intangibilité doit être comprise comme permettant le changement de la mention du sexe mais comme la conditionnant, et ne la rendant possible, que tant qu'elle ne remet pas en question la bicatégorisation organisée par l'ordre juridique.

462. L'assignation des individus à un sexe féminin ou masculin dès la naissance (qu'on peut qualifier de processus de sexuation) est un principe commun à l'ensemble des ordres juridiques, qu'ils prévoient la possibilité d'exercer le droit à l'autodétermination ou non. Sur cette base, il est admis, supposé (ou ignoré) que les individus développent par principe une identité de genre en adéquation avec le sexe qui leur a été assigné à la naissance à partir de leur sexe anatomique (et notamment, l'apparence de leurs organes génitaux, ce qui renvoie à la cisnormativité) et selon le principe de la différence entre les sexes (bicatégorisation). Par exemple, un individu qui naît avec des caractéristiques sexuées féminines (vulve, vagin, chromosomes XX, etc.) est assigné juridiquement au sexe féminin, et supposé développer une identité de genre féminine. La biologiste Julia Serano parle en ce sens de « sexisme oppositionnel », ce qui renvoie à « la croyance que les hommes et les femmes sont des catégories rigides et mutuellement exclusives, chacune possédant un ensemble d'attributs, d'aptitudes, de capacités et de désirs spécifiques » : la catégorie de sexe est soit féminine soit masculine, et cela renvoie pour chacune de ces catégories à des normes corporelles et sociales précises²⁰⁷⁷. L'intangibilité de la bicatégorisation s'observe tant par le contrôle exercé par l'ordre juridique (législateur et juge) sur les contours des catégories de sexe féminin et masculin afin de garantir leur essence et leur pertinence (à savoir le reflet de la binarité sexuelle) (§1), que par son attention portée à ce que le cadre de la binarité ne soit pas remis en cause (§2).

²⁰⁷⁷ Julia Serano, *Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity*, Berkeley, Seal Press, 2007, p. 13.

§1. Un droit à l'autodétermination conditionné

463. Si le droit accorde aux individus la possibilité d'obtenir la modification de la mention de leur sexe à l'état civil, leur volonté individuelle est toutefois constamment limitée par les conditions qui encadrent la procédure. Le seul fait de s'identifier à un sexe différent de celui qui a été assigné à la naissance (identité de genre féminine ou masculine) ne suffit pas à fonder une demande de modification de la mention du sexe. L'exercice du droit à l'autodétermination est ainsi conditionné à la conformité des individus aux normes du binarisme sexuel. Cela renvoie, pour le dire avec Carol Smart, à la « nature juridogène du droit »²⁰⁷⁸. Cette expression désigne, sur le modèle de l'iatrogénèse en sciences médicales, les effets indésirables qui peuvent être provoqués par l'exercice du droit ou la création de nouveaux instruments juridiques. Ainsi, la multiplication de droits que les individus peuvent revendiquer auprès de l'État – comme le droit à l'autodétermination – entraîne, en contrepartie et de manière paradoxale, une intensification de la régulation étatique sur les individus²⁰⁷⁹. Elle s'exprime, en ce qui concerne notre étude, par un contrôle des normes de genres adoptées (ou non) par les personnes trans conformément au sexe revendiqué. Pour le dire autrement, « les droits ne peuvent être revendiqués que si le requérant correspond à la catégorie de personnes à laquelle ces droits ont été accordés »²⁰⁸⁰.

464. Ce processus (la conformation physique et/ou sociale des individus à la bicatégorisation) ne s'applique toutefois pas strictement aux seules personnes trans²⁰⁸¹. Le modèle par excellence de ce contrôle exercé sur les catégories de sexe (et donc, sur l'intangibilité de la bicatégorisation) est celui du principe d'indisponibilité en droit français **(A)**. De manière plus générale, le contrôle constant de l'ordre juridique sur la stabilité des catégories de sexe révèle un droit à l'autodétermination fondé sur la cisnormativité **(B)**.

²⁰⁷⁸ C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, op. cit., p. 161.

²⁰⁷⁹ *Ibid.* C'est en ce sens que le sociologue Alexandre Jaunait décrit la reconnaissance de l'identité de genre comme « une arme à double-tranchant » : « elle crée des ressources nouvelles sous la forme des droits, mais elle assujettit en même temps en créant de nouvelles formes de contrôle étatique et de nouveaux systèmes d'identification d'autant plus contraignants qu'ils sont majoritairement produits par des législateurs non trans pour des personnes trans » (A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 449).

²⁰⁸⁰ C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, op. cit., p. 162.

²⁰⁸¹ Les procédures de modification de l'apparence corporelle destinées aux personnes trans pourraient également être mises en perspective avec celles auxquelles ont recours les personnes cisgenre (chirurgie esthétique par exemple). Cette démarche vise en effet à montrer que l'effet performatif des catégories de sexe ne se limite pas aux personnes trans, mais s'exprime de différente manière selon qu'il concerne les personnes trans ou cis : le droit encourage de manière globale le renforcement des normes de genre dans la mesure où elles épousent le modèle du binarisme sexuel.

A. Le principe d'indisponibilité ou la traduction juridique du concept de genre

465. En droit français, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes – et avec lui, du sexe juridique – est le fruit d'un développement jurisprudentiel et doctrinal qui en a fait, selon les mots de la Cour de cassation, un « principe essentiel du droit français »²⁰⁸². S'il a connu de nombreux assouplissements²⁰⁸³, il est loin d'avoir été « désactivé »²⁰⁸⁴ par le développement du droit à l'autodétermination, et continue amplement de gouverner l'état des personnes²⁰⁸⁵. Le principe de l'indisponibilité touche au respect de l'ordre public²⁰⁸⁶ en tant qu'une des « conditions *sine qua non* de l'ordre juridique »²⁰⁸⁷, et encadre à partir de là les conditions nécessaires à la modification de la mention du sexe. L'indisponibilité n'est en effet pas synonyme « d'intangibilité »²⁰⁸⁸ : elle impose par contre que toute modification relative à l'état des personnes intervienne dans les conditions prévues par la loi, et non du seul fait de la volonté individuelle²⁰⁸⁹.

466. En ce sens, pour le dire avec Stéphanie Hennette-Vachez, le concept juridique d'indisponibilité de l'état est, en fait, la traduction juridique du concept de genre²⁰⁹⁰. En effet, tout comme l'ordre du genre impose, de manière hétéronome, une classification des individus en deux sexes sous couvert de la naturalité du binarisme sexuel (le genre précède le sexe²⁰⁹¹), le principe d'indisponibilité s'oppose à ce que les individus puissent disposer librement du sexe

²⁰⁸² Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053. Sur le développement de ce principe par la Cour de cassation, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁰⁸³ Par exemple, la procédure de modification du prénom relève désormais de la compétence de l'officier d'état civil et non plus du juge, v. Décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil.

²⁰⁸⁴ Marc Pichard, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « désactivé » ? », *LPA*, 26 décembre 2017, n° 256-257, p. 6-14.

²⁰⁸⁵ Denis Berthiau et Laurence Brunet, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1522. En témoigne par exemple le recours à ce principe afin de justifier l'interdiction de la gestation pour autrui (GPA) : F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 79. L'autrice estime néanmoins qu'au regard des évolutions engendrées par la jurisprudence de la Cour EDH en matière de GPA, le principe d'indisponibilité s'est muté en « principe de disponibilité contrôlée » ; pour une mention récente du principe dans une affaire relative à une GPA, v. Cass., 1^{ère} civ., 21 septembre 2022, n° 21-50.042. Pour une autre manifestation du maintien du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, v. les dispositions pénales en matière d'usurpation d'identité (Delphine Tharaud, « Identité personnelle et ordre public », *Revue générale du droit*, 21 décembre 2020, n° 53638).

²⁰⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615 : « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues » (à propos de la modification de la mention du sexe à l'état civil des personnes trans).

²⁰⁸⁷ Pierre Egea, « L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque » dans Xavier Bioy (ed.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, p. 181-190.

²⁰⁸⁸ *Ibid.* ; v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²⁰⁸⁹ F. Bellivier, *Droit des personnes*, op. cit., p. 79. L'autrice parle en ce sens d'un « principe de mutabilité contrôlée ».

²⁰⁹⁰ L'autrice applique cette hypothèse tant à l'indisponibilité du corps humain qu'à l'indisponibilité de l'état des personnes, v. S. Hennette-Vachez, « Analyse juridique du genre », art. cit., p. 114.

²⁰⁹¹ Pour de plus amples développements, v. l'introduction de la présente thèse.

juridique qui leur a été assigné dans le cadre de la bicatégorisation²⁰⁹². L'indisponibilité agit comme un verrou, et limite le déploiement du droit à l'autodétermination dans le cadre restreint de la bicatégorisation, selon des conditions qui en assurent la cohérence. Afin de comprendre ce mécanisme, il convient de revenir sur les premières applications du principe d'indisponibilité de l'état des personnes au prisme du droit à la modification de la mention du sexe à l'état civil (1), avant d'observer son renouvellement, avec toujours pour horizon le maintien de la bicatégorisation (2).

1. L'origine historique du principe d'indisponibilité comme garant de la bicatégorisation

467. Avant 1992 et la condamnation de la France par la Cour européenne pour ne pas avoir fait droit à une personne trans de modifier la mention de son sexe à l'état civil²⁰⁹³, les juges français s'appuient sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes afin d'empêcher toute modification du sexe assigné à la naissance²⁰⁹⁴. C'est à la suite de cet arrêt du juge européen que le droit à modifier la mention du sexe est mis en balance, par les juridictions internes, avec le respect du principe d'indisponibilité de l'état des personnes²⁰⁹⁵. Dans deux arrêts du 11 décembre 1992, la Cour de cassation, avec une grande précaution, justifie le changement de la mention du sexe à l'état civil au nom du respect au droit à la vie privée, sans pour autant abandonner le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes²⁰⁹⁶. Pour certains auteurs, à cet instant, « l'ordre juridique rompt avec l'objectivité de l'ordre public fondé sur la binarité biologique », protégé par le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, et intègre « la subjectivité de la *privacy* soit l'ordre du privé et de l'intime »²⁰⁹⁷. À l'inverse, l'analyse de Yan Thomas montre que le raisonnement de la Cour de cassation consiste à reformuler le désir de changer la mention du sexe en droit au respect de la vie privée ; selon l'auteur, c'est « le détour de cette qualification » qui transporte la question trans « hors désir »²⁰⁹⁸. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes est en effet intact : d'une part, il n'est pas question

²⁰⁹² S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », art. cit.

²⁰⁹³ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²⁰⁹⁴ Cass., 1ère civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615 préc., v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁰⁹⁵ L. Brunet et C. Fortier, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France », art. cit, p. 96. Les autrices parlent d'une « solution de compromis ».

²⁰⁹⁶ Selon la Cour, il s'agit bien de parvenir à un « juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part », v. Cass., ass., 11 décembre 1992, n° 91-12.373 et n° 91-11.900.

²⁰⁹⁷ Sandra Szurek, « Droit, sexe et genre : évolution historique de la binarité », *Topique*, 2024, vol. 160, n° 1, p. 118.

²⁰⁹⁸ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 92.

d'autonomie individuelle, et d'autre part, l'imposition de conditions au changement de la mention du sexe garantit le maintien des catégories de sexe selon le modèle du binarisme sexuel.

468. Le transsexualisme est alors défini comme un syndrome : ce n'est pas donc de leur plein gré (sur le fondement de leur seule autonomie individuelle) que les individus changent de sexe, mais bien à cause d'un trouble psychiatrique qui justifie un « traitement médico-chirurgical », ce qui rend par ailleurs « l'identité trans extérieure à son sujet »²⁰⁹⁹. Il n'est pas question pour le juge français de consacrer un droit subjectif à faire reconnaître son identité de genre²¹⁰⁰. Trois conditions sont alors *a minima* indispensables afin que ce sexe apparent soit reconnu comme le sexe juridique de l'individu : premièrement, que la personne soit atteinte de ce syndrome du transsexualisme, ce qui est vérifié à partir des conclusions d'un expert-psychiatre ; deuxièmement, qu'elle ait une apparence physique qui corresponde au sexe revendiqué, ce qui est vérifié à partir des traitements hormonaux et chirurgicaux administrés²¹⁰¹. Enfin, la troisième condition est jugée à partir du comportement social, et notamment de son « insertion sociale ». Pour obtenir le changement de la mention du sexe, l'apparence doit apparaître crédible aux yeux d'autrui²¹⁰². Autrement dit, l'individu doit se conformer à la cisnormativité, en donnant l'impression que le sexe revendiqué est opposé à celui qui lui a été assigné à la naissance. C'est donc « le truchement d'une pathologie attestée par l'autorité médicale » qui permet au juge de la Cour de cassation d'arriver à une telle solution²¹⁰³. Toutes ces conditions justifient que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes « ne fait pas obstacle » à la modification de la mention du sexe à l'état civil : celle-ci est justifiée par le caractère pathologique du transsexualisme (médicalement et donc objectivement constaté), et non sur la subjectivité de l'individu²¹⁰⁴ ; d'où, d'ailleurs, l'exigence qu'un tel changement soit rendu irréversible – et donc qu'il emporte, notamment, une intervention chirurgicale²¹⁰⁵.

²⁰⁹⁹ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 433.

²¹⁰⁰ Alexandre Jaunait, « L'invention trans de l'identité de genre dans le droit français » dans *Genre, droit et politique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 31-45.

²¹⁰¹ En l'espèce, dans l'arrêt de 1992, le traitement hormonal et l'ablation des organes génitaux externes associée à la création d'un néo-vagin permettent de remplir ce critère.

²¹⁰² Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 91.

²¹⁰³ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 433. Ainsi, avant le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, celle-ci refusait le changement de la mention du sexe des personnes trans au motif qu'elle ne pouvait constater « l'existence d'un changement du sexe par l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé », cause étrangère par la suite associée au syndrome du transsexualisme (v. par ex. Cass., 1^{ère} civ., 3 mars 1987, n° 84-15.691) ; à ce sujet, v. L. Brunet et C. Fortier, « Changement d'état civil des personnes “trans” en France », art. cit, p. 97.

²¹⁰⁴ P. Egea, « L'indisponibilité de la personne », art. cit.

²¹⁰⁵ Gérard Cornu explique ainsi que les conditions posées à la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil « vont précisément accréditer le caractère non volontaire (non purement volontaire) du changement de sexe. Le sexe d'arrivée est un sexe de conviction, enraciné dans le psychisme, non un sexe d'élection, de

469. Le juge français s'accommode en effet de l'injonction à respecter le droit au respect de la vie privée des personnes trans en s'assurant de l'irréversibilité de leur changement de sexe, à savoir de leur stérilisation. Ainsi, d'une part, le constat du syndrome transsexuel conforte la logique selon laquelle l'individu ne choisit pas lui-même son identité, et d'autre part, la pratique de la chirurgie offre un élément tangible et objectif (l'apparence des organes génitaux) sur lequel les autorités étatiques peuvent se reposer pour acter de la modification de la mention du sexe. Ces conditions permettent de garantir que, même modifié, le sexe juridique correspond au sexe anatomique, c'est-à-dire aux organes génitaux tels que modifiés par une intervention chirurgicale. Dans ces conditions, le principe d'indisponibilité, et avec lui l'ordre public, sont protégés : la mention du sexe juridique, dont l'objet est de mentionner le vrai sexe des individus, s'appuie sur une fiction et fait « comme si » le sexe anatomique obtenu après une opération chirurgicale était celui qui avait été constaté à leur naissance.

470. Ce raisonnement perdure au fil des assouplissements (relatifs) des conditions relatives à la procédure de changement de la mention du sexe²¹⁰⁶. En 2013, la Cour de cassation rappelle par exemple la nécessité de maintenir « un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part »²¹⁰⁷. Cela justifie, selon le juge, d'exiger d'une personne trans d'établir « la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »²¹⁰⁸. Le juge s'appuie davantage sur « la théorie de l'apparence »²¹⁰⁹, et procède à une distinction entre le « sexe apparent » et le « sexe véritable » des personnes trans²¹¹⁰. Le seul fait de présenter des documents « tendant à établir qu'elle présentait le syndrome de Benjamin, qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal » ne suffit pas pour une requérante à prouver le caractère irréversible du changement de sexe, d'autant plus lorsqu'elle refuse « par

convenance, de caprice ou d'emprunt. Le transsexuel n'agit pas, il "est agi", il subit et c'est précisément pourquoi, dans la logique de cette vision, le transsexualisme échappe au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le principe existe, mais il est sauf. Il n'est pas offensé » (Gérard Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Paris, LGDJ, 2007, p. 262).

²¹⁰⁶ V. par ex. la circulaire de la DACS du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil (n° CIV/07/10) laquelle précise qu'un avis favorable peut être donné à la demande de changement d'état civil « dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ».

²¹⁰⁷ Cass., civ., 13 février 2013, n° 12-11.949.

²¹⁰⁸ *Ibid.*

²¹⁰⁹ Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », art. cit, p. 91.

²¹¹⁰ M. Iacub, *Le crime était presque sexuel: et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 123.

principe, de se prêter à des opérations d'expertise en vue de faire cette démonstration » : seul son véritable sexe peut être constaté²¹¹¹. Le principe d'indisponibilité de l'état des personnes protège ainsi l'intangibilité de la bicatégorisation en s'assurant du caractère irréversible du changement de sexe²¹¹², et donc de la modification de la mention du sexe juridique. Si par la suite, le droit des droits humains a requis, au nom de la protection du droit à l'intégrité physique, la suppression de l'exigence d'opérations stérilisatrices²¹¹³, cela n'a pas pour autant conduit à la suppression du principe d'indisponibilité.

2. Le maintien du principe d'indisponibilité comme protection de la bicatégorisation

471. Le juge européen a renforcé son paradigme autonomiste pour reconnaître la liberté de « définir son appartenance sexuelle » comme « l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination »²¹¹⁴. Le principe d'indisponibilité n'a pas pour autant disparu, puisqu'il légitime selon le juge européen le recours à des preuves médicales, et justifie l'intervention d'une autorité extérieure afin d'évaluer l'authenticité de l'identité de genre des personnes trans. Il est ainsi de jurisprudence constante pour la Cour de Strasbourg de considérer que

« la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, de l'exigence de sécurité juridique relève de l'intérêt général et justifie la mise en place de procédures rigoureuses dans le but notamment de vérifier les *motivations profondes* d'une demande de changement légal d'identité »²¹¹⁵.

Le juge européen n'a dès lors pas sanctionné la nécessité de prouver la réalité du « syndrome transsexuel » ni l'obligation de subir un examen médical (impliquant notamment un examen

²¹¹¹ Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490.

²¹¹² D'autant plus que les juridictions exigent une expertise en la matière, v. Marie-Xavière Catto, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 173.

²¹¹³ Cette condition a été sanctionnée par le juge européen en 2017, v. *infra* et Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Néanmoins, à l'heure actuelle, 24 États du Conseil de l'Europe imposent obligatoirement une intervention médicale afin de faire droit à une demande de modification de la mention du sexe à l'état civil ; 13 d'entre eux exigent une stérilisation (la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, Chypre, la Finlande, la Géorgie, la Lettonie, la Liechtenstein, le Monténégro, la République tchèque, la Roumanie, la Serbie, la Slovaquie, et la Turquie (CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, p. 21).

²¹¹⁴ Cette formulation est consacrée dès le début des années 2000, v. Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, para. 73.

²¹¹⁵ V. par ex. Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13, para. 132 ; Cour EDH, 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, n° 55216/08, para. 69 ; Cour EDH, 27 septembre 2022, *P.H. c. Bulgarie*, n° 46509/20, para. 14.

des parties génitales) au nom du maintien du principe d'indisponibilité de l'état des personnes²¹¹⁶.

472. Et quand bien même le droit français a abandonné l'exigence de prouver le syndrome transsexuel, le principe d'indisponibilité demeure. Désormais, le juge s'assure de la coïncidence entre la mention du sexe à l'état civil et le sexe matériel des individus à l'aune d'une évaluation de ses caractéristiques physiques ou de son comportement (ou statut) social. Ce modèle peut être désigné comme celui de corroboration de l'identité de genre (*identity corroboration*) pour reprendre la classification développée par le juriste Ido Katri²¹¹⁷ ; autrement dit, l'identité de genre est constatée et confirmée par une autorité extérieure, chargée de s'assurer de la véracité de la demande selon les conditions prévues par la loi²¹¹⁸. La catégorie de sexe sert alors à renseigner l'identité de genre à partir de son expression comme réalité sociale (le fait que la personne ait l'apparence corporelle ou le comportement du sexe qu'elle revendique). Le modèle choisi ou mis en place par le législateur français en 2016 l'illustre. Après une première évolution en 2010 avec le retrait par décret du syndrome transsexuel de la liste des affections psychiatriques²¹¹⁹, la loi de modernisation de la justice est venue démedicaliser la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil²¹²⁰, probablement pour se prémunir d'une éventuelle condamnation européenne, la Cour de Strasbourg ayant jugé à partir de 2015 que l'exigence d'irréversibilité de la transition médicale constituait une restriction disproportionnée

²¹¹⁶ En 2022, 27 pays du Conseil de l'Europe exige un diagnostic médical obligatoire (l'Allemagne, l'Autriche, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Géorgie, l'Italie, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, Moldova, le Monténégro, les Pays-Bas, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Russie, la Serbie, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Turquie, et l'Ukraine, v. CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, préc., 45 p). En Autriche, une expertise psychologique est nécessaire afin de prouver qu'une personne « vit avec l'idée obsédante d'appartenir à l'autre sexe » et que son identité de genre « ne changera très probablement pas ». Autrement dit, il est vérifié « un sentiment d'appartenance [qui] est, selon toute vraisemblance, irréversible et qui s'est exprimé extérieurement par le fait que la personne a étroitement aligné son apparence sur celle du genre opposé » : ce sentiment profond et irréversible assure le maintien de l'intangibilité de la bicatégorisation, *a fortiori* au regard de l'encadrement législatif en matière de reconnaissance d'un sexe neutre (v. *infra* et Cour administrative autrichienne (*Verwaltungsgerichtshof*), 2009, n° ZI.2008/17/0054-8).

²¹¹⁷ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 680. Ce terme de « corroboration » est également mobilisé par le sociologue Alexandre Jaunait, v. A. Jaunait, « L'invention trans de l'identité de genre dans le droit français », art. cit.

²¹¹⁸ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 681.

²¹¹⁹ Circulaire de la DACS du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, n° CIV/07/10. La transidentité fait depuis partie des affections de longue durée hors liste (« troubles de l'identité de genre »), ce qui garantit une prise en charge des actes dans le cadre de la transition des personnes trans.

²¹²⁰ L'article 61-6 a été intégré au Code civil, lequel dispose en son troisième alinéa que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention du sexe à l'état civil (Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle).

à la logique autonomiste portée par l'article 8 de la Convention européenne²¹²¹. L'article 61-5 du Code civil prévoit ainsi que

« toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification »²¹²².

Dans leur saisine de cette loi devant le Conseil constitutionnel²¹²³, les députés s'alarmaient de la disparition du caractère médical de la procédure, qui permettait selon eux « de sauvegarder le principe d'indisponibilité et d'immutabilité des personnes »²¹²⁴. Or d'après le Conseil, qui a validé la conformité de la disposition à la Constitution²¹²⁵, le principe d'indisponibilité est préservé par le caractère judiciaire de la procédure et la preuve que doit apporter les individus d'une réunion suffisante de faits alléguant de leur appartenance au sexe opposé²¹²⁶. Ces faits sont relatifs à l'apparence physique, au statut social, et au changement de prénom²¹²⁷. Ainsi, loin d'adopter un modèle déclaratif²¹²⁸, la procédure conserve le caractère indisponible du sexe juridique, tenu hors de portée de la volonté individuelle. En effet, comme le souligne Elsa Fondimare, « le juge conserve le contrôle de la réalité de l'identité de genre masculine ou féminine, ce qui limite le rôle de la volonté individuelle dans la détermination du sexe »²¹²⁹. L'identité de genre fonctionne ici « comme une présomption de sexe », qui doit se conformer

²¹²¹ La Cour EDH venait en effet de rendre sa décision du 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²¹²² Art. 61-5 du Code civil, al. 1^{er}.

²¹²³ Cons. constit., DC du 17 novembre 2016 n° 2016-739 - Saisine par 60 députés.

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ Cons. constit., DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, n° 2016-739.

²¹²⁶ En ce sens, un amendement avait été déposé lors de la discussion du projet de loi devant le Sénat, visant à « permettre la modification de la mention du sexe à l'état civil selon une procédure déclarative et fondée sur l'autodétermination, [...] entièrement déjudiciarisée et démedicalisée » (amendement n° 95). Le Gouvernement y opposa la procédure telle que retenue dans le texte final, « qui demeure sous le contrôle d'un juge dès lors que l'identité sexuelle ou de genre reste soumise au principe d'ordre public d'indisponibilité, en tant que composante de l'état des personnes » (Sénat, séance du 27 septembre 2016, intervention du ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas, p. 14000).

²¹²⁷ Art. 61-5 du Code civil, al. 2 : « Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».

²¹²⁸ Par exemple, face à un amendement visant à introduire une procédure déclarative de la demande de changement de sexe à l'état civil (amendement n°174 présenté par Mme Khirouni et Mme Le Houerou), le garde des sceaux avait estimé qu'une telle disposition heurterait « frontalement le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, le sexe étant un des éléments fondamentaux de celui-ci » (Assemblée nationale, JO, Séance du mardi 12 juillet 2016, p. 5327).

²¹²⁹ Elsa Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Paris Nanterre, thèse sous la direction de Stéphanie Hennette-Vauchez, 2018, para. 746.

au cadre de la bicatégorisation²¹³⁰. L'apparence est donc au fondement de la procédure, encourageant le maintien de stéréotypes de genre.

B. Entre invisibilisation et visibilité, reproduire le modèle de la cisnormativité

473. Les développements qui suivent montreront que la catégorie de sexe – telle que façonnée à la lumière du droit à l'autodétermination – participe au maintien d'un cadre cisnormatif, qui repose sur l'idée d'un *continuum* entre le corps et l'identité, dans la mesure où le corps (sexué) est supposé correspondre à l'identité (de genre)²¹³¹. Une double bicatégorisation apparaît alors : celle des corps sexués (féminin / masculin) mais aussi des identités de genre (cisgenre / transgenre). Le corps des individus est directement conformé à partir des normes de la binarité des sexes, dans la mesure où il sert de preuve à l'ordre juridique afin de légitimer le modèle de la bicatégorisation. La matière des corps est ainsi conformée aux normes de genre : les corps non-conformes sont invisibilisés afin de masquer toute digression à la différence entre les sexes (1). Cette conformation ne pourra toutefois jamais être totale aux yeux de l'ordre juridique, traçant toujours une frontière entre la transidentité et la cisidentité (2).

1. Exiger une conformité aux normes du sexe revendiqué

474. L'intangibilité de la bicatégorisation est garantie, d'abord, par l'exigence de conformation des personnes trans au sexe juridique qu'elles souhaitent obtenir, et notamment aux représentations sociales qui y sont associées. Révéler que leur identité de genre ne correspond pas au sexe qui leur a été assigné à la naissance est un prérequis pour les personnes trans afin d'obtenir la modification de la mention de leur sexe et d'exercer leur droit à l'autodétermination²¹³². Une seconde condition indispensable est la preuve qu'elles doivent apporter qu'elles se conforment, dans leur vie sociale et professionnelle, aux normes du sexe revendiqué ; elles doivent ainsi faire la preuve de leur capacité à « passer » (*passing*²¹³³) pour

²¹³⁰ A. Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 445.

²¹³¹ Pieter Cannoot, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act » dans Eva Brems, Pieter Cannoot et Toon Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 44.

²¹³² Ido Katri assimile ainsi le *coming-out* des personnes homosexuelles (révéler publiquement le fait de ne pas avoir une orientation hétérosexuelle) à celui des personnes trans lorsqu'elles s'autodéterminent à partir d'un sexe différent de celui qui leur a été assigné à la naissance : I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 74.

²¹³³ Le terme n'est pas propre à la question trans et au changement de sexe ; il a émergé aux États-Unis dans les années 1850 pour désigner les personnes racisées qui passaient ou se faisaient passer pour blanches (Bastien Bosa,

une personne cisgenre²¹³⁴ (« la capacité d’habiter et de performer avec “succès” la nouvelle catégorie de genre »²¹³⁵). En effet, lorsque le droit à l’autodétermination est reconnu (et donc, l’existence des personnes trans légitimée), c’est toujours au sein du cadre ou du modèle de la transidentité. Il est notamment présumé que la personne aura une apparence physique conforme à son identité de genre, créant ainsi une forme de « cisnormativité inversée »²¹³⁶ qui exige de la personne qu’elle se conforme au système qui, précisément, est la cause de sa transidentité (le fait que le sexe assigné à la naissance soit la source de normes de genre)²¹³⁷. Une contradiction apparaît alors, comme le souligne le Défenseur des droits,

« entre reconnaître l’identité de genre et la possibilité de l’affirmer, et, de l’autre côté, l’encadrer par un certain nombre de conditions qui font qu’en quelque sorte on met en cause la définition de l’identité par l’expérience vécue, qui, par définition, ne peut pas être [...] bornée par des dispositions légales »²¹³⁸.

Le processus de modification de la mention du sexe à l’état civil impose aux personnes trans de convaincre, tout au long de ce parcours, tant le corps médical que judiciaire de la véracité de leur transidentité, et donc de leur sentiment subjectif de ressentir une identité de genre féminine ou masculine. Or comment apporter la preuve d’un sentiment subjectif²¹³⁹ ? Un processus de re-sexuation²¹⁴⁰ ou de re-naturalisation²¹⁴¹ se met en place : l’identité de genre est censée faire

Julie Pagis et Benoît Trépied, « Le passing : un concept pour penser les mobilités sociales », *Genèses*, 2019, vol. 114, n° 1, p. 5). Il a été mobilisé dans les travaux de Garfinkel relatifs à la transsexualité pour désigner « le travail réalisé par Agnès dans des conditions socialement organisées, pour accomplir et assurer son droit à vivre en femme normale, naturelle, tout en devant sans cesse compter avec la possibilité d’être démasquée et perdue », v. Harold Garfinkel, « Chapitre 5. “Passer” ou l’accomplissement du statut sexuel chez une personne “intersexuée”. Première partie » dans *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, PUF, 2020, p. 203-295. Pour une critique du terme, notamment parce qu’il « insinue que la personne trans parvient à se faire passer pour ce qu’elle n’est pas », v. Julia Serano, *Manifeste d’une femme trans et autres textes*, traduit par Noémie Grunenwald, Paris, Cambourakis, 2020, p. 125.

²¹³⁴ Les enjeux ne sont pas seulement juridiques : avoir un *passing* peut également s’avérer indispensable face aux violences subies dans l’espace public par les personnes trans identifiées comme telles (Karine Espineira, « Les corps trans : disciplinés, militants, esthétiques, subversifs », *Revue des sciences sociales*, 23 octobre 2018, n° 59, para. 26).

²¹³⁵ Dean Spade, « Resisting Medicine, Re/modeling Gender », *Berkeley Women’s Law Journal*, 2003, vol. 18, p. 26. Certains auteurs soulignent que ce processus n’est pas semblable pour toutes les personnes trans, et qu’il s’avère le plus souvent difficile pour les femmes trans, en particulier lorsqu’elles sont jeunes (v. A. Sharpe, « English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett », art. cit, p. 66. ; Emmanuel Beaubatie, « Le genre précède le changement de sexe » dans *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & Associés, 2021, p. 75).

²¹³⁶ P. Cannoot, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System », art. cit, p. 45.

²¹³⁷ I. Katri, « Transgender Intrasexuality », art. cit, p. 57.

²¹³⁸ Les propos sont ceux de Jacques Toubon dans un entretien du 19 septembre 2016, cité par A. Jaunait, « L’invention trans de l’identité de genre dans le droit français », art. cit, p. 40). V. dans le même sens S. Batteux, « Autonomie & autodétermination », art. cit, p. 91 : « la construction d’un moi sexué se heurterait ainsi toujours à la contradiction entre une perception interne et une perception externe, dans la dramaturgie urbaine du regard des autres ».

²¹³⁹ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 683.

²¹⁴⁰ A. Sharpe, *Transgender Jurisprudence*, op. cit., p. 72.

²¹⁴¹ L. Brunet et C. Fortier, « Changement d’état civil des personnes “trans” en France », art. cit, p. 98.

apparaître des caractéristiques inhérentes au sexe féminin ou masculin, lesquelles vont servir de preuve à la non-conformité du sexe assigné à la naissance, laissant ainsi apparaître « une forme d’objectivation de la subjectivité »²¹⁴². En ce sens, l’identité de genre se structure « en “régime” mêlant les expressions de la subjectivité aux techniques de gouvernement »²¹⁴³.

475. Quelques exemples de décisions judiciaires relatives à des demandes de modifications de la mention du sexe à l’état civil suffisent à illustrer ce point²¹⁴⁴. En France, depuis la loi de 2016 qui démedicalise, en principe²¹⁴⁵, la procédure de modification de la mention du sexe²¹⁴⁶, le juge a désormais recours à des « critères sociaux », ce qui peut conduire à des « interprétations variables de la part de l’autorité judiciaire ou administrative »²¹⁴⁷. Par exemple, la Cour d’appel de Montpellier, dans un arrêt du 15 mars 2017, s’est appuyée sur le « côté féminin » développé par la requérante et son « apparence sociale féminine » afin de faire droit à sa demande de changement de sexe à l’état civil²¹⁴⁸. D’autres juridictions font fi de la nouvelle législation en vigueur, et vont par exemple refuser une demande de changement de sexe au motif que

« si les textes de loi n’exigent pas de traitement ou d’opération chirurgicale, la preuve d’un suivi régulier par un psychiatre et la décision de subir des opérations définitives empêchant toute grossesse pourrait permettre de s’assurer de la réalité de la volonté récente de changement de sexe de la part de l’intéressée, de façon stable, sans idée de retour en arrière »²¹⁴⁹.

Si certaines décisions semblent se départir de tels stéréotypes²¹⁵⁰, ce n’est toutefois pas sans mobiliser des critères extérieurs qui, selon l’appréciation du juge, témoignent d’une « bonne » assimilation au sexe revendiqué. Le Défenseur des droits fait ainsi état de décisions où les personnes trans sont invitées à joindre des photographies à leur demande de modification de la mention du sexe, dans le but de vérifier que leur « apparence est bien en adéquation avec le

²¹⁴² A. Jaunait, « L’invention trans de l’identité de genre dans le droit français », art. cit, p. 39.

²¹⁴³ A. Jaunait, « Genèses du droit de l’identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 437.

²¹⁴⁴ Pour une étude d’un corpus de 50 décisions issues de deux juridictions de première instance, v. Marie-Xavière Catto, « Changer de sexe à l’état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Un bilan d’application », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 25 octobre 2019, n° 9, p. 107-129.

²¹⁴⁵ Le fait d’interdire le refus d’une demande de changement de sexe à l’état civil sur le simple fait qu’une personne trans n’a pas subi de traitements médicaux (art. 61-6 du Code civil) ne signifie pas que l’aspect médical est entièrement mis de côté : certains juges pourront prendre en compte ces éléments, et considérer que le suivi d’un traitement hormonal prouve le sérieux de la demande comme le montre A. Jaunait, « Genèses du droit de l’identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », art. cit, p. 447. La procédure de modification de la mention du sexe peut conduire en réalité à une « médicalisation de fait » au vu des documents nécessaires à l’appui de la demande (Flora Bolter et Anne-Lise Savart, *Défendre les droits des personnes intersexes - pour une évolution ambitieuse du droit et des pratiques*, Paris, Fondation Jean Jaurès, 2020, p. 17).

²¹⁴⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, v. *supra*.

²¹⁴⁷ L. Hérault, *État civil de demain et transidentité*, op. cit., p. 38.

²¹⁴⁸ CA Montpellier, 15 mars 2017, n° 16/02691.

²¹⁴⁹ Cité par le Défenseur des droits dans sa Décision-cadre du 18 juin 2020, n° 2020-136, p. 5 et s.

²¹⁵⁰ M.-X. Catto, « Changer de sexe à l’état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Un bilan d’application », art. cit.

sexe revendiqué »²¹⁵¹. Le cadre législatif suggère *in fine* que c'est à la société de déterminer le genre d'un individu, qui ne saurait, dès lors, relever de la seule personne à l'origine de la demande²¹⁵². Le processus de changement de la mention du sexe est ainsi imprégné de normes de genre : en cela, « changer de sexe ne permet jamais d'échapper au genre »²¹⁵³, bien au contraire. En somme, « les personnes trans sont censées effacer toute trace de leur genre de naissance afin de se conformer et de rétablir les binarités normalisées du genre »²¹⁵⁴. Toutefois, la conformité à la cisnormativité n'est jamais vraiment atteinte. Le droit entretient toujours, *in fine*, une distinction de principe entre les personnes trans et cisgenres²¹⁵⁵.

2. L'illusion du droit à l'autodétermination

476. Lorsque les individus ont la possibilité de modifier la mention de leur sexe via une procédure déclarative, le droit à l'autodétermination s'exerce là aussi de manière à maintenir l'intangibilité de la bicatégorisation. Des garanties procédurales sont en effet maintenues, dans l'objectif non pas de vérifier du sexe revendiqué de la personne, mais de poser des contraintes suffisantes à la stabilité des catégories de sexe. Certaines exigences ou garanties sont ainsi requises, ce qui atténue fortement l'autodétermination et laisse apparaître les traces résistantes de l'indisponibilité du sexe, et par là, la volonté de contrôler les catégories de sexe. On peut alors considérer que la pathologisation des personnes trans laisse ici place à la « paternalisation », c'est-à-dire à une surveillance constante de leurs motivations limitant leur autonomie²¹⁵⁶. Parmi ses manifestations, on retrouve le fait de devoir faire certifier

²¹⁵¹ Défenseur des droits, Décision n° 2024-217, 20 décembre 2024, p. 13.

²¹⁵² Décision cadre du Défenseur des droits MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 20. Malgré ce qu'affirme la circulaire du 10 mai 2017 en précisant que « l'exigence de production de documents en relation avec des comportements sociaux et/ou l'expérience de vie dans le sexe revendiqué ne doit toutefois pas conduire à considérer que c'est la société qui détermine le sexe du demandeur » (Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, p. 6).

²¹⁵³ E. Beaubatie, « Le genre précède le changement de sexe », art. cit, p. 78.

²¹⁵⁴ Sima Shakhshari, « Shuttling Between Bodies and Borders: Transmigration and the Politics of Rightful Killing » dans Susan Stryker et Aizura (eds.), *Transgender Studies Reader II*, New York, Routledge, 2013, p. 572.

²¹⁵⁵ On pourrait citer ici les conditions d'accès à des traitements chirurgicaux et/ou médicaux. Dans une décision du 4 décembre 2023, le Défenseur des droits condamne ainsi le refus de prise en charge par la CPAM d'une mastectomie totale au motif d'une irrégularité dans la procédure (défaut de demande d'entente préalable) pour un homme trans, alors même que cette condition n'est pas requise pour un acte similaire pour une femme cisgenre (Défenseur des droits, Décision du 4 septembre 2023, n° 2023-136). Dans un avis ultérieur, il relate que jusqu'en février 2024, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) exigeait des chirurgiens de formuler des demandes d'autorisation pour les interventions chirurgicales pelviennes et mammaires sur les personnes transgenres, alors que ce n'était pas requis pour les interventions de même nature sur les personnes cisgenres (Défenseur des droits, Avis du 6 mai 2024, n° 24-05, p. 10).

²¹⁵⁶ P. Cannoot, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System », art. cit, p. 38 et s.

l'authenticité de la demande de modification de la mention du sexe devant notaire, sous peine de poursuites²¹⁵⁷. Certains États prévoient l'irréversibilité de la procédure²¹⁵⁸ ; d'autres, comme l'Argentine, un retour à une procédure judiciaire en cas de seconde modification de la mention du sexe²¹⁵⁹, ce qui exprime l'exigence de stabilité et de fixité de l'identité de genre. Un temps d'attente obligatoire est parfois imposé (comme au Danemark ou en Argentine), tout comme une seconde déclaration afin de confirmer la demande (comme en Belgique)²¹⁶⁰. Les justifications avancées sont relatives à la préservation de l'ordre public, et notamment à la conjuration ou l'évitement des tentatives de fraude²¹⁶¹. Parmi celles-ci, est parfois invoquée l'hypothèse de personnes qui modifieraient la mention de leur sexe dans l'unique but de pouvoir bénéficier de certains avantages. Cela revient pourtant à ignorer la réalité de la violence à laquelle sont confrontées les personnes trans, et les difficultés à aller à l'encontre d'un système cisnormatif²¹⁶².

477. Ainsi, même lorsque la part accordée à l'autonomie individuelle est relativement importante, l'autodétermination n'est jamais totale. Pour le dire avec Ido Katri, « on ne devient un sujet autonome que dans la mesure où l'on demande à faire enregistrer son identité de genre auprès de l'État »²¹⁶³. La reconnaissance d'un droit à la reconnaissance de son identité de genre selon la seule autonomie individuelle « relève davantage du maintien du pouvoir administratif de différencier »²¹⁶⁴. En témoigne, en premier lieu, l'assignation perpétuelle d'un sexe dès la naissance. Une tension peut également apparaître entre le principe de la déclaration par l'individu d'une réalité subjective et la nécessité pour le droit de s'appuyer sur le sexe assigné à la naissance. Ainsi, en Bolivie, l'article 11 de la loi sur l'identité de genre du 21 mai 2016 reconnaissait aux personnes trans les droits liés à la mention de leur sexe modifiée à leur état civil après une simple procédure déclarative²¹⁶⁵. Le Tribunal constitutionnel plurinational a déclaré cette disposition inconstitutionnelle dans une décision de 2017, estimant que l'exercice de certains droits (comme le droit au mariage) est hermétique à un tel changement et doit

²¹⁵⁷ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 57.

²¹⁵⁸ C'était le cas dans la loi belge ainsi que dans la loi colombienne, avant que cette disposition ne soit jugée inconstitutionnelle par les deux cours constitutionnelles des deux États (v. P. Cannoot, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System », art. cit, p. 18. ; S. Osella et R. Rubio-Marín, « Gender Recognition at the Crossroads », art. cit, p. 595).

²¹⁵⁹ *Ley de identidad de género*, 23 mai 2012, n° 26.743, art. 8.

²¹⁶⁰ P. Cannoot, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System », art. cit, p. 39.

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 18.

²¹⁶² *Ibid.*, p. 40.

²¹⁶³ I. Katri, « The Perils of Gender Self-Determination », art. cit, p. 738.

²¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 742.

²¹⁶⁵ *Ley de Identidad de Género*, 21 mai 2016, n° 807, art. 11, II.

s'appliquer en fonction du sexe assigné à la naissance²¹⁶⁶. La loi reconnaît certes un droit à l'autodétermination, mais la modification de la mention du sexe à partir de l'identité de genre « ne se manifeste pas au niveau matériel mais au niveau subjectif »²¹⁶⁷. Pour le dire autrement, « la loi ne modifie pas le sexe mais la mention de sexe »²¹⁶⁸ : en ce sens, « l'identité de genre est subsumée, idéologiquement et légalement, dans ce qui constituerait la vérité ultime et intangible de la personne, son sexe biologique »²¹⁶⁹. L'ordre juridique maintient ainsi l'exercice d'un contrôle sur les catégories de sexe, en présupposant que chaque individu est sexué selon la binarité des sexes.

§2. Un droit à l'autodétermination strictement limité au cadre de la binarité

478. Le caractère obligatoire de la bicatégorisation se traduit par l'impossibilité de dépasser les catégories de sexe féminin et masculin, c'est-à-dire de reconnaître une troisième catégorie de sexe (sous la mention « sexe neutre », « intersexe » ou encore « autre »). Le droit à l'autodétermination, pleinement ancré dans cette logique, est alors en quelque sorte désactivé lorsqu'il est question d'introduire un sexe neutre. La bicatégorisation sert en effet un objectif de cohérence en tant que fondement indispensable – *inévitabile* – de l'ordre juridique **(A)**. Lorsque le cadre de la bicatégorisation est dépassé, c'est uniquement à condition de respecter une certaine cohérence quant à l'adéquation entre la mention du sexe et le constat du sexe matériel de l'individu : la mention d'un sexe autre que féminin ou masculin est alors réservée aux personnes présentant une variation du développement sexuel **(B)**.

A. Refuser le sexe neutre par principe

479. Le droit à l'autodétermination, y compris tel qu'appréhendé par le droit des droits humains, ne saurait évoluer de manière complètement autonome dans la sphère de la vie privée. Le droit à l'autodétermination n'est pas une simple affaire d'autonomie individuelle : il s'ancre pleinement dans la sphère publique, l'identification des individus à une catégorie de sexe restant par essence une prérogative étatique. En ce sens, la détermination de sa propre identité ne concerne pas seulement l'individu, mais la société dans son ensemble, ce qui peut justifier

²¹⁶⁶ Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie, 9 novembre 2017, n° 0076/2017, para. 4.6.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, para. 4.1.

²¹⁶⁸ Pascale Absi, « El género sin sexo ni derechos: la Ley de identidad de género en Bolivia », *Debate Feminista*, 15 novembre 2019, vol. 59, p. 42.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

l'intervention de l'État en la matière – ou son « ingérence » pour reprendre les mots du juge européen²¹⁷⁰. La revendication d'un droit à l'autodétermination en dehors du principe de la binarité intéresse les intérêts de la puissance publique, en ce qu'elle questionne un principe au fondement de l'organisation juridique.

480. La question du dépassement de la bicatégorisation est alors appréhendée comme un sujet particulièrement sensible, dont les enjeux sont considérables. Bousculer l'intangibilité des catégories de sexe féminin et masculin entraînerait des répercussions dont on ne peut mesurer l'impact, alors même que de nombreux États ont intégré à leurs ordres juridiques une troisième mention de sexe. Certaines juridictions comme la Cour constitutionnelle tchèque craignent ainsi, en se prononçant en faveur de la reconnaissance d'un troisième sexe, leur propre « politisation » et « l'affaiblissement de [leur] position en tant qu'organe judiciaire impartial et indépendant chargé de protéger l'ordre constitutionnel »²¹⁷¹, concluant ainsi à un renvoi à la compétence du législateur²¹⁷². La Cour estime en l'espèce que « des questions fondamentales concernant les êtres humains en tant qu'espèce biologique, leur existence et leurs relations » relèvent de la compétence du Parlement²¹⁷³. Or si la pertinence d'une intervention du législateur en la matière est entendable, il revient aussi au juge de porter une attention particulière aux questions qui portent sur la protection des droits fondamentaux des minorités²¹⁷⁴. En France, dans l'affaire dite du « sexe neutre », les juridictions s'accordent malgré des solutions divergentes sur la compétence du législateur en la matière. Les juges de première instance, tout en faisant droit à la requête du requérant en ordonnant de substituer la mention de « sexe masculin » par celle de « sexe neutre » sur son acte de naissance, se défendaient de « reconnaître l'existence d'un quelconque “troisième sexe”, ce qui dépasserait [leur] compétence »²¹⁷⁵. Les juges d'appel renversent la solution, en ayant néanmoins recours au même argument, puisque rectifier la mention par celle de sexe neutre

²¹⁷⁰ Convention européenne des droits de l'homme, art. 8, al. 2 (droit au respect de la vie privée et familiale).

²¹⁷¹ Cour constitutionnelle tchèque, 9 novembre 2021, Pl. ÚS 2/20, para. 63.

²¹⁷² *Ibid.* D'autres juridictions adoptent le même raisonnement : ainsi, face à la situation d'une personne intersexe qui n'avait pas pu obtenir de certificat de naissance ni tout autre document d'identité en raison de la variation de son développement sexuel, les juges de la Haute Cour du Kenya déclarent : « nous ne sommes pas convaincus qu'il relève de notre mandat, en tant que cour, d'élargir ainsi le sens du terme sexe, alors que le législateur kényan ne l'a pas fait » (Haute Cour du Kenya, 2 décembre 2010, *Richard Muasya v. the Hon. Attorney General*, n° 705.07, para. 131 ; dans le même sens, v. Haute Cour du Kenya, 5 décembre 2014, *Baby A v. Attorney General*, n° 266). De son côté, la Cour constitutionnelle italienne considère que la question de l'introduction d'une mention de sexe non-binaire revient à la compétence du législateur, en tant que « premier interprète de la sensibilité sociale » (Cour constitutionnelle italienne, 23 juillet 2024, décision n° 143/2024, para. 5.4).

²¹⁷³ Cour constitutionnelle de la République tchèque, 31 mars 2022, préc., para. 63.

²¹⁷⁴ Zuzana Vikarská et Sarah Ouředníčková, « Evasive, Insensitive, Ignorant, and Political », *Verfassungsblog*, 6 avril 2022.

²¹⁷⁵ TGI de Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399.

« reviendrait à reconnaître, sous couvert d’une simple rectification d’état civil, l’existence d’une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d’interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur »²¹⁷⁶.

Cette « auto-restriction » du juge français ne s’imposait pourtant pas. D’une part, au regard de l’interprétation qui peut être faite de l’article 57 du Code civil, lequel mentionne seulement le « sexe », sans préciser de quel(s) sexe(s) il est question²¹⁷⁷. D’autre part, au vu de la liberté qu’il a pu s’accorder dans sa jurisprudence en matière d’état civil²¹⁷⁸. Laurence Brunet et Corinne Fortier soulignent ainsi, à propos de la question du droit au changement de la mention du sexe des personnes trans en 1992, que « la condamnation par la Cour européenne des droits de l’homme de la France ne l’obligeait qu’à empêcher les révélations intempestives sur le parcours intime des personnes transsexuelles, pas à se prononcer de manière générale, à la place du législateur, sur les critères de détermination du sexe »²¹⁷⁹. En soulignant, sans davantage de justification, que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l’état civil, l’indication d’un sexe autre que masculin ou féminin »²¹⁸⁰, la Cour de cassation ne reprend pas l’argument de l’incompétence du juge en la matière²¹⁸¹ mais estime qu’il lui revient d’interpréter les dispositions législatives comme ne permettant pas l’indication d’une mention en dehors de la binarité. Dans le cas contraire, cela « aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination »²¹⁸². Cette interprétation a été particulièrement décisive dans la jurisprudence du juge européen, lequel a qualifié l’introduction d’une mention de sexe neutre de « sujet de société » empreint de « controverses »²¹⁸³, qui l’oblige à faire preuve

²¹⁷⁶ Cour d’appel d’Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, D. 2016. 1915, note P. Reigné.

²¹⁷⁷ « L’acte de naissance énoncera le jour, l’heure et le lieu de la naissance, le sexe de l’enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué [...] » (Art. 57 du Code civil, al. 1^{er}).

²¹⁷⁸ M.-X. Catto, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d’appel d’Orléans, le 22 mars 2016 », art. cit. ; v. également M.-X. Catto et L. Brunet, « “Homme et femme, la Cour créa”. Note sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 », art. cit, p. 83 et s. ; Michelle Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d’exister », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 19 juin 2017, n° 25, p. 1225.

²¹⁷⁹ L. Brunet et C. Fortier, « Changement d’état civil des personnes “trans” en France », art. cit, p. 97.

²¹⁸⁰ Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129. Pour une discussion de cette affirmation par la Cour, v. not. Benjamin Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1404 ; Jean-Philippe Vauthier et François Vialla, « Hermès ou Aphrodite : puisqu’il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1399.

²¹⁸¹ Contrairement à l’avocat général, pour qui « si il incombe en effet au juge de statuer en regard du droit existant, ou évincé de principes supérieurs qu’il met en évidence, il ne lui appartient en revanche pas de créer de nouvelles catégories juridiques de personnes » (Avis de l’avocat général, M. Ingall-Montagnier, 21 mars 2017, n° Q1617189, p. 6).

²¹⁸² Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, préc.

²¹⁸³ Cour EDH, 31 janvier 2023, *Y. c. France*, n° 76888/17, para. 75. À noter que dans une autre affaire, une personne non-binaire s’est vue reconnaître une violation de son droit au respect de la vie privée au regard de l’exigence de stérilisation imposée par les autorités autrichiennes pour accéder à une reconnaissance juridique de son identité de genre féminine ou masculine ; néanmoins, la Cour se prononce seulement sur cette exigence de

de « réserve »²¹⁸⁴. Après avoir conclu à l'absence de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant à la nécessité de reconnaître un troisième sexe, la marge d'appréciation nationale de l'État français en sort élargie, lui laissant davantage de liberté quant aux moyens à mettre en œuvre afin de respecter le droit au respect de la vie privée du requérant²¹⁸⁵.

481. La bicatégorisation est intangible en ce qu'elle participe à la protection de l'intérêt public. Le droit conserve ainsi, indépendamment du sexe auquel s'identifient les individus, une maîtrise quant à la délimitation des contours de la catégorie de sexe. Se raccrochant de nouveau à « la complexité et la sensibilité de la question », la Cour suprême du Royaume-Uni se prononce en faveur de l'absence d'obligation d'inclure une mention neutre sur les passeports pour les personnes qui ne s'identifient pas au sexe féminin ou masculin au regard notamment du besoin « afin qu'un équilibre soit trouvé entre des intérêts privés et publics concurrents », conformément à la jurisprudence européenne²¹⁸⁶. Cette référence aux intérêts publics (qui recouvre *in fine* une multitude de composantes) reproduit de manière similaire le raisonnement des États qui s'opposent à la notion de genre : il n'est pas question cette fois-ci de revendiquer une conception nationale du sexe juridique qui s'oppose au droit à l'autodétermination *tout court* (le sexe assigné à la naissance est le simple reflet de la différence biologique entre les sexes)²¹⁸⁷, mais qui défend l'exercice de ce droit dans le seul cadre de la binarité (le sexe assigné à la naissance peut être modifié à condition qu'il respecte la bicatégorisation). Il est ainsi question de mettre en avant des éléments qui justifient le besoin de maintenir la bicatégorisation intacte, au risque de mettre en difficulté l'ordre juridique. Il est fait référence tant aux traditions culturelles et aux spécificités inhérentes à l'ordre interne²¹⁸⁸, au coût que représenterait la

stérilisation et écarte la question de l'absence de reconnaissance d'un sexe neutre par l'Autriche (sur cette question, v. Sam Chollet, « A (binary) right to self-determination: *T.H. v. Czech Republic* », *Strasbourg Observers*, 14 octobre 2025 [<https://perma.cc/JY4A-AWVZ>]).

²¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 90.

²¹⁸⁵ Olivia Bui-Xuan, « L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l'homme face au dépassement de la bicatégorisation des mentions de sexe à l'état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Y c. France, 31 janvier 2023) », *RTDH*, 2023, vol. 136, n° 4, p. 1117-1141. On se permet également de renvoyer à Audrey Boisgontier, « Absence de reconnaissance d'un "sexe neutre" : la Cour européenne des droits de l'Homme joue la carte de la prudence », *La Revue des droits de l'homme*, 23 avril 2023. Sur l'utilisation stratégique de la notion de consensus par le juge européen, v. not. Nicolas Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'Homme*, 8 septembre 2014. L'auteur affirme que « le constat d'un consensus ou de son absence est toujours le produit d'un choix réalisé à dessein par les juges ».

²¹⁸⁶ Cour suprême du Royaume-Uni, 15 décembre 2021, *R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2021] UKSC 56, para. 62.

²¹⁸⁷ *V. supra* Section 1.

²¹⁸⁸ Cour constitutionnelle de la République tchèque, 9 novembre 2021, Pl. ÚS 2/20 ; dans cette décision, relative à l'introduction d'une forme neutre pour le numéro d'identification national, la Cour constitutionnelle évoque la jurisprudence européenne et affirme « qu'elle a des doutes considérables quant à la transférabilité de certaines des

création d'une troisième mention de sexe, ou encore à des aspects sécuritaires²¹⁸⁹. La protection de l'intérêt général, c'est donc bien le maintien en tant que tel de la bicatégorisation, et ce peu importe son caractère artificiel.

482. Cette dimension construite de la bicatégorisation a été mentionnée à plusieurs reprises dans l'affaire relative à l'introduction de la mention d'un sexe neutre au sein des actes d'état civil français, requête portée par une personne intersexe et non-binaire. La Cour d'appel d'Orléans constate que dans certaines situations comme celle de l'espèce, l'apparence physique « ne peut pas toujours être clairement associée au sexe féminin ou au sexe masculin »²¹⁹⁰, admettant par là même l'indétermination biologique du sexe²¹⁹¹. Elle refuse néanmoins de reconnaître la mention d'un sexe neutre, laquelle serait « en contradiction avec son apparence physique et son comportement social » masculin, déduit par la Cour d'appel à partir du traitement de testostérone imposé au requérant et de son mariage avec une femme avec laquelle il a adopté un enfant²¹⁹². Le juge reconnaît donc pleinement « la dimension sociale du rattachement » à la binarité²¹⁹³ : il constate que le requérant « présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle »²¹⁹⁴, mais que cette réalité matérielle ne saurait être prise en compte par le droit²¹⁹⁵. Surtout, cette solution préserve l'ordre public en ce qu'elle protège l'état des personnes²¹⁹⁶. Ce raisonnement est suivi par la juridiction de dernière

conclusions relatives au genre exprimées par la Cour européenne des droits de l'homme à l'environnement du système juridique tchèque » (*ibid.*, para. 61).

²¹⁸⁹ La Cour Suprême du Royaume-Uni estime ainsi par exemple que si dans certains pays, « le terrorisme pourrait être perçu comme une menace moins grave, ou l'immigration illégale comme un problème moins sérieux », il en va autrement au Royaume-Uni, où des considérations sécuritaires (terrorisme) justifient selon le juge le refus d'introduire une mention neutre sur les passeports (Cour suprême du Royaume-Uni, 15 décembre 2021, *R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2021] UKSC 56, para. 49).

²¹⁹⁰ Cour d'appel d'Orléans, 22 mars 2016, préc. Les juges de première instance estiment quant à eux que l'assignation du requérant au sexe masculin « apparaît comme une pure fiction », et ajoutent que la question de l'assignation des individus à un sexe juridique « relève aujourd'hui de la sphère du droit plutôt que celle de la médecine » (TGI de Tours, 20 août 2015, préc.).

²¹⁹¹ M.-X. Catto, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art. cit.

²¹⁹² Cour d'appel d'Orléans, 22 mars 2016, préc. Laissant ainsi apparaître un raisonnement ancré dans l'hétéronormativité (à ce sujet, v. Benjamin Moron-Puech, « L'identité sexuée des personnes intersexuées: les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *Recueil Dalloz*, 28 avril 2016, n° 16, p. 904-905 ; M.-X. Catto, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art. cit.).

²¹⁹³ M.-X. Catto, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art. cit.

²¹⁹⁴ Cour d'appel d'Orléans, 22 mars 2016, préc.

²¹⁹⁵ Ainsi, « en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle » (*Ibid.*).

²¹⁹⁶ Les juges de première instance concluaient, à contrario, que la demande du requérant « ne se heurte à aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public, dans la mesure où la rareté avérée de la situation dans laquelle il se trouve ne remet pas en cause la notion ancestrale de binarité des sexes » (TGI de Tours, 20 août 2015, préc.).

instance, pour qui l'identification d'une personne intersexuée et non-binaire au sexe masculin poursuit un but légitime au regard de l'apparence et du comportement social qu'elle renvoie aux yeux des tiers. Aussi, la formulation utilisée par la Cour de cassation pour se ranger derrière la solution d'appel est révélatrice de la dimension avant tout juridique (et donc, sociale) de l'identification des individus à la binarité²¹⁹⁷, pleinement assumée par les juges²¹⁹⁸. Selon elle, « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur »²¹⁹⁹. La Cour substitue ainsi le principe de la dualité des énonciations relatives au sexe à celui d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes²²⁰⁰, face auquel le droit au respect de la vie privée énoncée par l'article 8 de la Convention européenne ne fait pas le poids²²⁰¹.

483. Cette position a été confirmée par la Cour de Strasbourg qui a conclu à la non-violation dudit article²²⁰². La mise en balance opérée par le juge européen entre les intérêts publics de l'État (préserver l'organisation sociale et juridique et le principe de l'indisponibilité de l'état

²¹⁹⁷ Cette référence à la binarité des sexes comme principe d'organisation de l'ordre social est aussi mobilisée par la Cour constitutionnelle tchèque, dans une décision relative à la reconnaissance d'une forme neutre du numéro d'identification national : selon le juge, « la population est divisée entre femmes et hommes » et « cette compréhension de l'existence binaire de l'espèce humaine ne trouve pas son origine dans la volonté de l'État au sens de volonté du pouvoir public, car le pouvoir public ne l'a accepté que comme une *réalité sociale* » ; autrement dit, le droit ne fait que suivre et refléter l'organisation de la société à partir du principe de la différence des sexes : « la distinction du sexe dans le numéro de naissance suit cette réalité juridique, et indirectement aussi la réalité sociale » ; aussi, reconnaître une modification du numéro de naissance à partir de la seule identité de genre des individus, et notamment non-binaire, nuirait à la cohérence du système d'identification, puisque les informations relatives au sexe féminin ou masculin « peuvent être utiles du point de vue du fonctionnement de l'État et de la société » (Cour constitutionnelle de la République tchèque, 9 novembre 2021, Pl. ÚS 2/20).

²¹⁹⁸ M.-X. Catto et L. Brunet, « “Homme et femme, la Cour créa”. Note sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 », art. cit., p. 93.

²¹⁹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, préc. Cette formule se retrouve de manière similaire au sein d'autres ordres juridiques : ainsi, en Suisse, le Conseil fédéral évoque le « principe de la binarité des sexes comme fondement de notre ordre juridique » à l'encontre de l'introduction d'un troisième sexe (Conseil fédéral suisse, *Introduction d'un troisième sexe ou abandon de la mention du sexe dans le registre de l'état civil – Conditions et conséquences pour l'ordre juridique*, 21 décembre 2022, p. 4). Pour une critique de cette formulation, v. B. Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », art. cit. ; *contra* : Aude Mirkovic, « La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil constitue-t-elle « un élément fondateur de l'organisation sociale et juridique » ? » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 71-86.

²²⁰⁰ REGINE, « Chronique Droit et Genre », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 919.

²²⁰¹ L'avocat général développe le même raisonnement : après avoir rappelé la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la protection du droit au respect de la vie privée, il estime que « pour autant, le droit à la protection de sa sphère personnelle ainsi qu'à une identité n'est pas le droit de se voir conférer un genre et une appellation inédits au gré de chacun » ; il poursuit en rappelant que « cette faculté, prévue dans le but exprès de permettre à chacun d'être doté du sexe correspondant le mieux à son identité profonde ne saurait, de ce fait, exister qu'à l'intérieur des catégories existantes et reconnues et quand des motifs sérieux et légitimes sont établis », conformément au principe d'indisponibilité et de sécurité de l'état civil (Avis de l'avocat général, M. Ingall-Montagnier, 21 mars 2017, n° Q1617189, p. 4).

²²⁰² Cour EDH, 31 janvier 2023, *Y. c. France*, n° 76888/17.

des personnes, ainsi que garantir la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil²²⁰³) et les intérêts individuels (permettre à une personne de déterminer son sexe en dehors de la binarité²²⁰⁴) l'ont en effet conduit à accorder plus de poids aux premiers. Si certains auteurs ont regretté cette solution²²⁰⁵, d'autres se sont au contraire interrogés sur les effets contre-productifs en matière de protection des droits fondamentaux des personnes intersexes, au regard du raisonnement du juge européen. L'absence d'obligation pour les États de faire inscrire une mention autre que le sexe féminin ou masculin sur les actes d'état civil des personnes intersexes serait finalement « un mal pour un bien »²²⁰⁶ au regard de la conception et de la fonction parfois retenue du sexe neutre, à savoir une catégorie exclusivement admise aux personnes intersexes.

B. Admettre le sexe neutre par exception

484. L'introduction d'une mention de sexe neutre ne bouscule pas nécessairement la bicatégorisation, en partie lorsque cette catégorie est destinée à identifier un groupe restreint de la population. On retrouve ici l'idée selon laquelle la bicatégorisation épuise le réel (la matérialité des corps reflète le binarisme sexuel), et quelques exceptions justifient l'introduction d'une troisième catégorie de sexe, destinées à ne pas perturber l'ordre binaire. Au Népal par exemple, une personne trans peut demander la modification de la mention de son sexe mais seulement pour la mention « O » (*other*) ; il n'est en revanche pas possible de modifier la mention du sexe féminin pour le masculin et inversement²²⁰⁷. Lorsque le sexe neutre est admis par exception, il n'est pas question d'autodétermination, mais de faire correspondre le sexe juridique à une « réalité biologique »²²⁰⁸, dans la logique inhérente de l'assignation des individus à un sexe juridique. C'est donc le constat d'une variation du développement sexuel qui conduit l'ordre juridique à créer un sexe juridique alternatif²²⁰⁹.

²²⁰³ *Ibid.*, para. 78.

²²⁰⁴ La Cour rappelle en effet que l'identité de genre relève d'un « aspect essentiel de l'intimité de la personne » et que « le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée » (*ibid.*, para. 75).

²²⁰⁵ Julie Mattiussi et Benjamin Moron-Puech, « Cour européenne des droits de l'homme - « Sexe neutre » à la Cour européenne : l'art du syllogisme inversé ? », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 20 février 2023, n° 7.

²²⁰⁶ Marie Mesnil, « Pas de mention « sexe neutre », ni « intersexe » en droit français : un mal pour un bien ? », *Dalloz actualité*, 16 février 2023.

²²⁰⁷ Cour suprême du Népal, 21 décembre 2007, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepali Government*, n° 917.

²²⁰⁸ Pour reprendre les mots de la Cour EDH, *Y. c. France*, préc., para. 88.

²²⁰⁹ En plus de créer un risque de stigmatisation, réserver une troisième catégorie de sexe aux seules personnes intersexes peut avoir un effet contre-productif en matière de protection des droits fondamentaux et plus précisément de droit à l'intégrité physique. Lorsque l'assignation au troisième sexe se fait dès la naissance de l'enfant intersexe, il existe un risque d'accroissement des actes de conformation sexuée (en partie à la demande des parents, afin, justement, d'éviter la stigmatisation dont l'enfant pourrait faire l'objet) : M. van den Brink, J. Tigchelaar et P. Reuß, « Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration.

485. Ainsi, dans l'affaire du sexe neutre devant la Cour EDH²²¹⁰, les caractéristiques sexuées de la personne (intersexuée et non-binaire) sont privilégiées sur son apparence physique et sociale. Le juge européen refuse de s'appuyer sur l'apparence physique du requérant pour faire droit à sa demande de reconnaissance d'un sexe neutre²²¹¹, et rejette ainsi le raisonnement adopté par la Cour d'appel d'Orléans, au motif que « l'identité d'une personne ne saurait se réduire à l'apparence que cette personne revêt aux yeux des autres »²²¹². Si l'hésitation de la Cour est palpable (elle affirme que l'affaire « ne concerne pas la question de l'autodétermination du genre » mais seulement celle de l'assignation à un sexe féminin ou masculin d'une personne « biologiquement intersexuée »²²¹³, mais indique pourtant plus loin qu'un « aspect essentiel de l'intimité de la personne » est en cause, à savoir l'identité de genre du requérant²²¹⁴), la Cour semble *in fine* associer nécessairement « l'intersexuation biologique » à « l'intersexuation psychologique » du requérant, la première étant la conséquence de la seconde²²¹⁵. Ce raisonnement en matière de reconnaissance d'un sexe neutre n'est pas isolé lorsqu'il est question d'intersexuation. La Cour constitutionnelle autrichienne reconnaît ainsi le droit pour les personnes présentant une variation du développement sexué « de faire reconnaître leur variation de genre comme une identité de genre distincte »²²¹⁶. Les caractéristiques sexuées de

A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands », art. cit, p. 287. V. également Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive et Hania Ouhnaoui, *Rapport au sujet de l'arrêt n°099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, Belgique, Equality Law Clinic, 2019, p. 11 et 19 : le système allemand prévoyait, avant une réforme de 2018, que l'acte de naissance d'un enfant intersexe pouvait ne pas mentionner le sexe et faire apparaître seulement une « case blanche » ; cette disposition a été dénoncée par les associations de protection des personnes intersexes, pour qui elle pressait les parents de faire sortir leur enfant de cette incapacité à être catégorisé (Loi du 7 mai 2013, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)*, art. 1, para.6(b)). Ainsi, « seulement 4% des enfants intersexes nés après l'entrée en vigueur de cette loi de 2013 ont été enregistrés sans que leur sexe ne soit mentionné dans leur acte de naissance » (*ibid.*, p. 19). Ce dispositif a été déclaré inconstitutionnel par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand dans une décision du 10 octobre 2017, car contraire au droit à la personnalité et au principe de non-discrimination protégés par la Loi fondamentale allemande ; selon le juge constitutionnel, la loi doit prévoir une mention *positive* en dehors de la bicatégorisation (toujours pour les personnes intersexes), alors que le cadre législatif en vigueur prévoyait seulement la possibilité *de ne pas renseigner* la mention du sexe alors « indéterminé » (Tribunal constitutionnel allemand, 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16 [<https://perma.cc/U8MH-N3QN>]). La dernière évolution en date est issue de la loi de 2024, qui offre désormais la possibilité à l'ensemble de la population (sans condition d'intersexuation) de faire indiquer la mention « masculin », « féminin », « divers », ou de ne faire figurer aucune mention, via une procédure déclarative (Loi sur l'autodétermination de genre (dite « SBGG »), 21 juin 2024, BGBl.I).

²²¹⁰ Cour EDH, 31 janvier 2023, *Y. c. France*, préc.

²²¹¹ J. Mattiussi et B. Moron-Puech, « Cour européenne des droits de l'homme - « Sexe neutre » à la Cour européenne : l'art du syllogisme inversé ? », art. cit.

²²¹² Cour EDH, *Y. c. France*, préc., para. 88.

²²¹³ *Ibid.*, para. 44.

²²¹⁴ *Ibid.*, para. 75.

²²¹⁵ On se permet de renvoyer ici à A. Boisgontier, « Absence de reconnaissance d'un « sexe neutre » », art. cit.

²²¹⁶ Cour constitutionnelle autrichienne, 15 juin 2018, G77/2018. L'affaire était relative à la requête d'une personne intersexe assignée de sexe masculin à la naissance qui souhaitait voir cette mention modifiée pour le terme « inter », « autre », ou « X », ce qui lui avait été refusée par le *registry office*.

la personne seraient donc directement liées à son identité de genre : une personne intersexe développerait une identité de genre non-binaire du fait de la non-conformité de ses caractéristiques sexuées avec les normes du sexe féminin et masculin. Cette possibilité d'attribuer une mention « sexe neutre » ou de laisser la mention non attribuée uniquement aux personnes qui présentent une variation du développement sexuel révèle l'ancrage du binarisme sexuel. Elle pointe du doigt que ces personnes n'ont pas un corps qui correspond suffisamment aux normes du féminin ou du masculin pour être assigné juridiquement à l'un ou l'autre sexe. Si obtenir une mention sexe neutre peut être une revendication et une forme de libération volontaire des normes de la binarité, elle peut aussi, au contraire, être la source d'une stigmatisation²²¹⁷ et de pathologisation²²¹⁸.

486. D'autres juridictions assignent automatiquement une certaine catégorie de la population à un sexe neutre. C'est donc leur particularité qui est reconnue par rapport aux normes de la binarité sexuelle. Ainsi, dans une décision fondamentale de 2014²²¹⁹, la Cour Suprême indienne semble reconnaître un droit à l'identité de genre basé sur le droit à l'autodétermination, y compris dans un cadre non-binaire car « le genre auto-identifié peut être masculin, féminin ou un troisième genre »²²²⁰. Toutefois, la reconnaissance de ce troisième sexe est *imposée* aux Hijras²²²¹ : ils doivent être reconnus à partir de ce sexe en tant que membres d'une communauté spécifique dans la société indienne. Par ailleurs, les Hijras ne peuvent selon la Cour s'identifier à un sexe féminin « en raison de l'absence d'organes génitaux féminins ou de capacités reproductives »²²²², alors même que certains membres de la communauté s'identifient au sexe féminin²²²³. L'intangibilité des catégories de sexe féminin et masculin n'est donc aucunement menacée par la reconnaissance d'une troisième catégorie de sexe fondée à partir de critères spécifiques pour une communauté particulière. Plus largement, la définition précise des

²²¹⁷ Une analogie peut être faite avec le processus de suppression de la mention du sexe pour une seule partie de la population, ici les personnes trans : en 1971, la ville de New-York avait mis en place une politique de reconnaissance du changement de sexe des personnes trans ; après avoir apporté la preuve d'une chirurgie (vaginoplastie ou phalloplastie), les personnes trans pouvaient faire une demande visant à modifier la mention de leur sexe sur leur acte de naissance. Toutefois, ce n'est pas la mention du sexe opposé qui leur était attribué ; les autorités supprimaient *toute* mention du sexe, rendant ainsi visible la transidentité de la personne ; aussi, « paradoxalement, la suppression de cette case rend le sexe juridique d'autant plus visible à travers son absence fortement marquée » (Paisley Currah et Lisa Jean Moore, « “We Won't Know Who You Are”: Contesting Sex Designations in New York City Birth Certificates », *Hypatia*, 2009, vol. 24, n° 3, p. 121).

²²¹⁸ Adnan Hossain, « The Paradox of Recognition: Hijra, Third Gender and Sexual Rights in Bangladesh », *Culture, Health & Sexuality*, 2017, vol. 19, n° 12, p. 1418-1431.

²²¹⁹ Cour Suprême indienne, *National Legal Services Authority (NALSA) v. Union of India and Ors*, 15 avril 2014, AIR 2014 SC 1863.

²²²⁰ *Ibid.*, para. 70.

²²²¹ Pour plus de développements sur la communauté Hijras, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²²²² Cour Suprême de l'Inde, *NALSA*, préc., para. 70.

²²²³ Aniruddha Dutta, « Contradictory Tendencies: The Supreme Court's NALSA Judgment on Transgender Recognition and Rights », *Journal of Indian Law and Society*, vol. 5, p. 230.

contours de la troisième catégorie de sexe (déterminés à partir de caractéristiques physiques et/ou socio-historiques) perpétue le processus de production de catégories de sexe stables, que l'ordre juridique est en mesure d'identifier et de contrôler.

Conclusion du Chapitre 2

487. Du sexe assigné à la naissance à l'identité de genre, le droit s'appuie sur différents critères qui permettraient d'identifier ce qui serait le véritable sexe des individus. Ce discours de vérité s'appuie sur le binarisme sexuel comme norme naturelle, empêchant le sexe d'être pleinement intégré à la sphère de l'autonomie individuelle. Le droit à l'autodétermination s'accommode en effet parfaitement de la bicatégorisation : lorsque les individus se voient reconnaître un droit à modifier la mention de leur sexe, cela n'implique pas nécessairement de se départir des catégories de sexe féminin et masculin. L'autonomie individuelle est donc contrainte à la binarité : seuls les sexes féminin et masculin existent, et en ce sens la demande de modification du sexe doit pleinement s'inscrire dans ce paradigme.

488. On a dès lors montré que l'ordre juridique n'est pas simplement *genré* – ce qui suppose un état passif du droit qui ne fait que constater une réalité déjà genrée (il serait alors, malgré lui, imprégné de ces normes) ; il est aussi, pour reprendre l'analyse de la juriste Joanne Conaghan, *genrant* – ce qui suggère davantage son rôle actif dans la production de ces normes de genre²²²⁴. Il participe ainsi pleinement à construire ce cadre de la bicatégorisation, qui impose en retour une conformation des individus aux normes de genre qui en découlent. Cette exigence s'inscrit directement dans les corps, tant lorsqu'il est question de l'assignation à un sexe (conformation chirurgicale des organes génitaux des personnes intersexes aux normes du féminin et du masculin telles qu'établies par le discours médical) que de la demande de modification de la mention du sexe (nécessité pour les personnes trans de conformer leur apparence aux normes du sexe revendiqué). La matérialité des corps est donc décisive à la détermination du sexe juridique, comme en témoigne la reconnaissance, par exception, du sexe neutre : cette reconnaissance ne vise pas ici une logique de droit à l'autodétermination, mais sert au contraire à identifier les corps qui ne se conforment pas aux normes de la binarité. Le sexe juridique est donc interprété au prisme de la bicatégorisation, que le droit à l'autodétermination n'a pas vocation à bousculer.

²²²⁴ J. Conaghan, *Law and Gender*, op. cit., p. 102. ; v. dans le même sens Dorothy E. Chunn et Dany Lacombe, *Law as a Gendering Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 272 p.

Conclusion du Titre 1

489. On a démontré que la liberté de disposer de son sexe reconnue par le droit des droits humains et le droit de la non-discrimination n'emporte pas pour autant une souveraineté individuelle quant à la reconnaissance juridique de ce sexe. Le droit à l'autodétermination n'est pas en ce sens nécessairement synonyme d'émancipation ; au contraire, il s'accommode d'un cadre structuré par l'ordre du genre. En d'autres termes, les individus se voient reconnaître un droit à modifier la mention de leur sexe uniquement dans la mesure où l'exercice de ce droit s'insère pleinement dans une matrice hétérosexuelle²²²⁵ dont découle le principe de la différence naturelle entre les sexes. D'une part, en effet, le droit à l'autodétermination s'incline face à la nécessité de préserver le modèle hétérosexuel. Lorsque, par exemple, une personne trans mariée à une personne du sexe opposé souhaite modifier la mention de son sexe juridique, elle n'est autorisée à le faire qu'à condition de rompre ses liens matrimoniaux, afin que cette modification n'entraîne pas la reconnaissance d'une union entre personnes de même sexe²²²⁶. D'autre part, la liberté de modifier la mention de son sexe juridique peut tout à fait s'exercer dans les limites fixées par le cadre de la bicatégorisation. En d'autres termes, la procédure peut s'avérer souple (simple déclaration devant l'officier d'état civil par exemple) sans pour autant que puisse être reconnue, pour les personnes non-binaires, une mention en dehors du sexe féminin ou masculin. Ce qui se joue dans ces deux cas (maintien de l'hétérosexualité et de la binarité), c'est la préservation du sexe comme norme naturalisée. On le voit notamment avec, dans certains cas, la mobilisation par l'ordre juridique du sexe assigné à la naissance alors même que le droit à l'autodétermination a été exercé ; or cette mention n'est autre que le reflet du sexe entendu comme biologique, c'est-à-dire naturel et immuable. Une part d'hétéronomie subsiste donc dans la définition de la personne juridique, dans la mesure où le droit à l'autodétermination ne peut être compris comme une véritable liberté de déterminer son identité.

²²²⁵ J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit.

²²²⁶ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09.

Titre 2 : Un droit à l'autodétermination affranchi de l'idéologie du sexe

490. Les outils développés par le droit des droits humains et le droit de la non-discrimination n'emportent pas nécessairement le dépassement de la structure hétéronormative dont découle directement la bicatégorisation. En effet, comme les chapitres précédents ont pu l'établir, le droit à l'autodétermination est ancré dans l'ordre du genre et participe directement au maintien de ce système. Il s'accommode de la préservation d'un modèle fondé sur l'hétérosexualité comme norme privilégiée²²²⁷ et sur la binarité des sexes comme norme naturelle et naturalisée²²²⁸, quitte à laisser à la marge les personnes qui ne s'intègrent pas à ce modèle. Se pose alors la question : « peut-on considérer que le droit puisse devenir un outil d'émancipation pour des groupes ou des individus minorisés par les institutions-mêmes qui produisent le discours juridique ? »²²²⁹. Pour le formuler autrement : « à quel moment l'identité articulée à travers les droits devient-elle la production et la régulation de l'identité à travers la loi et la bureaucratie ? »²²³⁰. Un certain paradoxe apparaît alors : le droit à l'autodétermination, qui vise à garantir une plus grande liberté des individus dans le choix de leur sexe juridique conformément à leur identité de genre, ne rompt pas avec l'institution hétéronorme du sexe. C'est ce que Wendy Brown entend lorsqu'elle décrit les droits comme « une forme paradoxale de pouvoir »²²³¹ : comme d'autres, le droit à l'autodétermination porte en effet en lui une certaine ambiguïté dans la mesure où, alors même qu'il affirme garantir aux individus une liberté en matière de détermination de leur identité, celle-ci ne saurait remettre en cause la binarité.

491. Les développements qui suivent partent donc de l'hypothèse suivante : le sexe en lui-même (et non pas seulement la binarité des sexes) est une *idéologie totalisante*, fondatrice de l'ensemble des rapports entre individus. Il ne sera pas question ici d'envisager un ordre juridique soustrait à l'idéologie du sexe, donc à l'idée d'un sexe « déjà-là », qui est nécessaire et existe – ce qui relève, à ce stade, de l'imaginaire, de la fiction. Plutôt, il s'agira de prendre au sérieux l'hypothèse du sexe comme idéologie afin d'appréhender, dans une approche

²²²⁷ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²²²⁸ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²²²⁹ A. Geslin, « L'apport des postcolonial studies à la recherche en droit international », art. cit, p. 166.

²²³⁰ W. Brown, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, op. cit., p. 131.

²²³¹ *Ibid.*, p. 21.

prospective réaliste²²³², les évolutions que ce changement de paradigme pourrait apporter d'un point de vue théorique et analytique. La question n'est donc pas tant de savoir, par exemple, si l'on peut sortir de l'idéologie du sexe, mais plutôt : quels changements opèrent lorsqu'on envisage le sexe *comme* idéologie ? Sous cet angle d'analyse, non seulement le sexe ne relève pas (ou plus) de l'évidence, mais encore son rapport à l'ordre juridique est questionné sous un nouveau jour. En effet, si le sexe n'existe pas en soi, la question de l'intérêt qui s'attache au fait de le maintenir au sein du droit se fait jour. D'autant plus que, comme nous le verrons, l'ordre juridique s'adapte largement à une forme de reconnaissance du sexe juridique qui dépasse tant la binarité (sexe neutre) que l'intangibilité (modifications multiples de la mention du sexe) ; ce n'est toutefois jamais sans admettre une pleine liberté pour les individus de déterminer leur identité. Une part d'hétéronomie persiste alors, même au-delà de la binarité sexuelle ; dans le cas contraire, le droit à l'autodétermination n'aurait plus lieu d'être puisque, justement, l'État n'exercerait plus aucun contrôle sur le sexe de la personne. Pour le dire avec Muriel Fabre-Magnan, « en l'absence totale d'hétéronomie dans l'attribution du sexe, il n'y a pas de sens à en faire une notion juridique »²²³³. L'autrice considère en effet que « si l'on veut pouvoir “librement” changer de sexe, au sens où l'on récuse totalement la capacité du droit à exercer quelque contrôle que ce soit ou à exiger quelque préalable que ce soit, le sexe doit alors cesser d'être un élément de l'état civil, et il doit même sortir du champ juridique » ; elle souligne qu'« il faut comprendre cependant qu'on ne pourra alors plus réclamer la parité ou l'égalité hommes-femmes, qui n'a plus de sens s'il n'y a plus d'hommes et de femmes au regard du droit »²²³⁴. La liberté pour les individus de déterminer eux-mêmes leur sexe aurait ainsi pour conséquence directe d'entraver la mise en œuvre des principes du droit de l'égalité et de la non-discrimination, au détriment notamment des femmes.

492. Il nous semble toutefois que cette affirmation doit être étoffée. L'autrice désigne ici la possibilité pour les individus de modifier la *mention* du sexe en toute autonomie, au regard de leur identité de genre. Si le sexe peut en effet sortir de l'état civil, cela ne signifie pas pour autant qu'il disparaît comme notion juridique (il pourrait ainsi notamment subsister, par exemple, comme motif du droit de la non-discrimination). En effet, considérer que l'idée sur laquelle se fonde la catégorie de sexe juridique est fictive (le sexe en tant qu'il est idéologie), n'empêche nullement de reconnaître que les rapports de forces, de hiérarchies et d'inégalités

²²³² On s'appuie ici sur la méthode développée par Davina Cooper, *Everyday Utopias: The Conceptual Life of Promising Spaces*, Durham, Duke University Press, 2014, 283 p.

²²³³ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 243.

²²³⁴ *Ibid.*, p. 24.

qui en découlent sont eux, bien réels. Le désengagement de l'État de l'idéologie du sexe serait ainsi la condition pour envisager « une société pluraliste en matière de genre »²²³⁵, sans que cela n'entraîne un désintérêt total quant au sexe, notamment lorsqu'il est question d'interdire les discriminations²²³⁶. Comme le suggère le juriste David B. Cruz, on pourrait imaginer, par analogie, qu'un tel désengagement opère sur le modèle de la séparation des Églises et de l'État²²³⁷. En ce sens, tout comme pour les croyances religieuses, « le gouvernement n'approuverait ni ne désapprouverait les croyances en matière de genre »²²³⁸ : il s'agirait d'adopter une position neutre, impartiale, sur ce qu'est le sexe (une norme naturelle, une construction sociale, etc.), sans privilégier une conception particulière²²³⁹. Cela rejoint les propositions d'auteurs relatives à un mouvement large de « décertification »²²⁴⁰ ou de « désétablissement » (*disestablishment*²²⁴¹) du sexe juridique, dans lesquelles est envisagé le retrait des autorités étatiques en matière de détermination de l'identité de genre des personnes.

493. On le verra, les solutions proposées ou envisagées – tant par les discours doctrinaux que de droit positif – se cristallisent autour d'une part, de la reconnaissance de la mention d'un sexe neutre sur la base de l'autodétermination²²⁴², et d'autre part, de la suppression de la mention du sexe comme moyen d'identification des individus. La réflexion ne doit toutefois pas s'arrêter à cette seule question, au risque de tomber dans ce que Benjamin Moron-Puech nomme le « piège

²²³⁵ Cynthia R Kern et al., « Gender Theory and Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered Empowerment », *Fordham Urban Law Journal*, 1999, vol. 27, n° 2, p. 373 (les propos sont ceux de Paisley Currah).

²²³⁶ Nipuna Varman, « What Gender Does: Decertification of Legal Gender in India », *feminists@law*, 25 septembre 2022, vol. 11, n° 1, p. 13.

²²³⁷ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit. ; v. également C.R. Kern et al., « Gender Theory and Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered Empowerment », art. cit, p. 372. (les propos sont ceux de Paisley Currah).

²²³⁸ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 1009.

²²³⁹ Cette hypothèse doit être distinguée de celle qui a pu être faite par la doctrine de l'assimilation de l'identité de genre d'une personne à une croyance ou une conviction qui pourrait être analysée au même titre qu'une croyance religieuse sur le plan juridique ; v. par ex. P. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », art. cit, p. 1890. L'auteur propose ici d'envisager « un sexe en disharmonie avec l'identité de genre comme une atteinte à la liberté de conscience » au prisme de l'article 9 de la Convention EDH.

²²⁴⁰ Qui diffère de la notion de « désenregistrement » (*deregistration*) ou encore de « déréglementation » (*deregulation*), v. Davina Cooper, Emily Grabham et Flora Renz, « Introduction to the Special Issue on the Future of Legal Gender: Exploring the Feminist Politics of Decertification », *feminists@law*, 11 août 2020, vol. 10, n° 2 ; Davina Cooper et Flora Renz, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », *Journal of Law and Society*, 2016, vol. 43, n° 4, p. 483-505, v. *infra*.

²²⁴¹ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit ; Paisley Currah, « Gender Pluralisms Under the Transgender Umbrella » dans *Transgender Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006, p. 24 ; C.R. Kern et al., « Gender Theory and Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered Empowerment », art. cit, p. 372 (les propos sont ceux de Paisley Currah).

²²⁴² À la différence des modèles évoqués précédemment qui reconnaissent la mention d'un sexe neutre uniquement pour les personnes intersexuées (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).

de l'état civil »²²⁴³. En effet, le sexe, en tant qu'objet social « interconnecté » (*networked*)²²⁴⁴, est constitutif d'une multitude de domaines qui participent à la sexuation de la personne juridique, qui doivent donc être pensés dans leur globalité. La mention du sexe à l'état civil n'est pas le déterminant ultime (l'origine initiale et commune) de l'ensemble des règles sexo-spécifiques, et lorsque c'est le cas, il est tout à fait possible d'envisager une déconnexion. En ce sens, Mathieu Maisonneuve envisage un « sexe sportif » différent du sexe juridique pour les athlètes de haut-niveau²²⁴⁵. Autrement dit, l'hypothèse de la suppression de la mention du sexe à l'état civil par exemple – formulée dès 2012 par Daniel Borrillo²²⁴⁶ – n'entraîne pas nécessairement ou automatiquement, dans ce qui serait un seul et même élan, une suppression des outils visant l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe²²⁴⁷. De plus, la mention du sexe à l'état civil (et plus généralement, sur les documents d'identité) n'est pas la seule marque de sexuation de la personne juridique²²⁴⁸, laquelle est bien plus largement ancrée dans un *système* de sexe. Cela conduit ainsi à considérer « comment les catégories de genre sont imposées à *tous les individus* d'une manière qui a des conséquences particulièrement dangereuses pour les personnes trans »²²⁴⁹. Ainsi, bien loin de se cantonner à la seule problématique de la mention du sexe à l'état civil, qui est toutefois une part déterminante de l'équation²²⁵⁰, s'interroger sur le dépassement des limites du droit à l'autodétermination s'inscrit donc dans une réflexion globale et structurelle de la fonction de la catégorie de sexe au sein de l'ordre juridique, à l'image de la dimension *totalisante* de l'idée sur laquelle elle se fonde.

494. On le voit, deux grandes thématiques se dessinent : celle de la liberté individuelle quant à la définition de son identité d'une part, mais aussi celle de la protection des individus en matière d'égalité et de non-discrimination quant à cette identité d'autre part. Cette question

²²⁴³ Benjamin Moron-Puech, « Suppression de la “mention du sexe” ou ajout du “sexe neutre” sur les cartes d'identité ou les passeports » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 56.

²²⁴⁴ Davina Cooper et Robyn Emerton, « Pulling the Thread of Decertification: What Challenges are Raised by the Proposal to Reform Legal Gender Status? », *feminists@law*, 2020, vol. 10, n° 2, p. 23.

²²⁴⁵ Mathieu Maisonneuve, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Revue de l'arbitrage*, octobre 2019, n° 3, p. 943. Cette proposition vise à pallier les difficultés de déterminer le sexe de certaines athlètes en raison de leurs caractéristiques sexuées, v. sur ce point Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²²⁴⁶ D. Borrillo, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », art. cit.

²²⁴⁷ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 2.

²²⁴⁸ Stéphanie Hennette-Vauchez, « Neutralisation des énoncés juridiques et égalité femmes-hommes » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 224 : « bien au-delà du sexe, ce sont nombre de catégories juridiques qui sont genrées ».

²²⁴⁹ Dean Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, Durham ; London, Duke University Press, 2015, p. 9 (nous soulignons).

²²⁵⁰ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 709.

classique²²⁵¹ de l'articulation entre les principes de liberté et d'égalité est souvent pensée, au sein de la doctrine libérale, à partir d'un rapport antagoniste : une plus grande liberté renforcerait les inégalités, et inversement²²⁵². Il s'agit ainsi dans les développements qui suivent de confronter l'analyse selon laquelle le développement du droit à l'autodétermination (la liberté de déterminer les détails de son identité) nuirait, en retour, à la recherche d'une plus grande égalité entre tous les individus, à la manière d'un jeu à somme nulle²²⁵³. Au contraire, l'hypothèse développée est que, au-delà d'un rapport d'opposition, les deux peuvent se renforcer mutuellement : une plus grande liberté accordée à l'individu dans le choix de la détermination de son identité peut aussi entraîner une plus grande égalité pour l'ensemble des individus. Dès lors, si une part d'hétéronomie dans la détermination des individus de leur sexe subsiste, c'est seulement en ce qu'elle est nécessaire pour instituer l'égalité entre les individus, non pour garantir la liberté individuelle (la liberté peut s'exercer sans institution des individus à partir d'un sexe) : la liberté passe par l'institution de l'égalité. Sur le plan théorique, une distinction peut être faite entre l'identité dans un rapport de soi à soi (ce qui relève de la liberté de déterminer son identité), et l'identité dans un rapport d'altérité (ce qui rejoint les problématiques d'égalité). Bien que ces deux dimensions soient intrinsèquement liées, il s'agira de s'intéresser en premier lieu à la question de l'assignation et de l'identification de l'individu à un sexe par l'ordre juridique (**Chapitre 1**), avant d'envisager l'encadrement par le droit de la dimension sexuée de la personne dans ses rapports à autrui (le genre comme processus relationnel²²⁵⁴) (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La liberté pour chacun d'établir les détails de son identité

Chapitre 2 : L'égalité réalisée dans le respect des identités

²²⁵¹ V. à ce sujet Elsa Fondimare et Robin Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 10.

²²⁵² Comme sur une courbe de Philipps, pour reprendre l'image développée par Wendy Brown (W. Brown, *Politiques du stigmatisé. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, op. cit., p. 19).

²²⁵³ Christopher Griffin, « Dispossessive Rights: Coloniality and Trans-Exclusion in Zero-Sum Politics », *The International Journal of Human Rights*, p. 1-25.

²²⁵⁴ L. Bereni et al., *Introduction aux études sur le genre*, op. cit. ; v. en ce sens les travaux d'Irène Théry : I. Théry, *La distinction de sexe*, op. cit., p. 12. ; Irène Théry, « Le genre : identité des personnes ou modalité des relations sociales ? », *Revue française de pédagogie. Recherches en éducation*, 1 juillet 2010, n° 171, p. 103-117.

Chapitre 1 : La liberté pour chacun d'établir les détails de son identité

495. Le droit à l'autodétermination a été construit par le droit des droits humains de telle sorte à garantir aux individus la libre détermination de leur identité personnelle, et notamment, de leur identité de genre. Or à considérer que « l'idée directrice qui sous-tend l'idéal d'autonomie personnelle est que les individus doivent être les artisans de leur propre existence »²²⁵⁵, les développements qui suivent montreront que la promesse du droit à l'autodétermination ne peut être tenue. Cela tient au fait que, aussi paradoxal que cela puisse sembler, la liberté de déterminer son identité est conçue comme ne pouvant que difficilement se passer d'une intervention étatique et donc, d'une forme d'hétéronomie. On souhaite alors s'interroger sur la manière dont l'État façonne et individualise les identités, autrement dit, sur « la manière dont un être humain se transforme en sujet »²²⁵⁶.

496. Selon certains auteurs, cette part d'hétéronomie serait, comme l'affirme Muriel Fabre-Magnan, la condition même de la liberté des individus²²⁵⁷, en ce que la liberté individuelle serait le fruit d'une soumission à l'ordre juridique²²⁵⁸. L'hétéronomie garantirait également la fonction d'*institution* du sujet par le droit, véritable « clé de voûte » sans laquelle « notre montage anthropologique s'effondre[rait] »²²⁵⁹. Pour Alain Supiot par exemple,

« le sujet de droit est certes un sujet *souverain*, c'est-à-dire un être qui naît « libre et doué de raison » [...]. Mais il n'accède à cette liberté que dans la mesure où il demeure un sujet au sens étymologique et premier du mot, c'est-à-dire un être *assujetti* au respect des lois [...]. Chez nous

²²⁵⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon press, 1986, p. 370.

²²⁵⁶ Michel Foucault, *Dits et écrits. Tome IV (1980-1988)*, Paris, Gallimard, 1994, p. 223.

²²⁵⁷ Selon l'autrice, s'il faut effectivement « veiller à ce que soient respectées l'autonomie des personnes et l'expression de leur libre volonté », cela s'accompagne d'une réflexion sur ce dont la liberté individuelle « a besoin pour être soutenue et même garantie, et ce afin d'éviter qu'elle ne se délite » M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 17. V. également A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 79. (« il n'est de sujet libre qu'assujetti à une loi qui le fonde »). Aussi, Alain Supiot regrette que « l'idéologie de la non-limite » (dont participe le droit au changement de la mention du sexe) « conduit à considérer la loi non plus comme une garantie de l'état des personnes, mais comme une contrainte dont il faut s'émanciper » (*Ibid.*, p. 78).

²²⁵⁸ La manière dont certains auteurs (Kant, Kafka, Althusser ou encore Lacan) adoptent ce positionnement est analysée par C. Douzinas, *The End of Human Rights*, op. cit., p. 226 ; dans le même sens, Isaiah Berlin rappelle les positions de nombreux auteurs sur cette contrainte nécessaire exercée sur les individus : « le sujet d'un État authentiquement démocratique n'est pas esclave, car en obéissant au commandement du souverain, il fait ce qui est utile au bien commun et par conséquent aussi à lui-même » (Spinoza) ; « là où il n'y a pas de loi, il n'est pas de liberté » (Locke) ; *a contrario* : « toute loi est une atteinte à la liberté » (Bentham), v. Isaiah Berlin, *Éloge de la liberté*, traduit par Jacqueline Carnaud et traduit par Jacqueline Lahana, Paris, Presses pocket, 1990, p. 195.

²²⁵⁹ A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 68 ; dans le même sens, v. Denis Salas, « Voyager dans l'autre sexe », *Revue des deux mondes*, août 2000, p. 162 (« le droit exerce une fonction instituante pour le sujet »). Les dangers sont (vaguement) identifiés : « considérer que la fonction du droit est d'être l'instrument de la liberté individuelle nous ferait glisser hors d'un monde commun » (*Ibid.*) ; il y aurait ainsi « un prix à payer par l'individu contemporain pour ce refus d'être en partie prédéterminé par des normes législatives » (A.-M. Savard, « Le droit, l'institution et la désinstitution du sujet », art. cit, p. 32).

comme ailleurs, il n'est pas de « je » possible sans une instance garante du « je », ou pour le dire en termes juridiques, sans une instance garante de l'état des personnes. Nul ne peut donc décider souverainement de sa filiation, de son sexe ou de son âge »²²⁶⁰.

L'assignation juridique des individus à un sexe participerait donc de cette fonction instituante du droit, jugée indispensable en ce qu'elle consisterait à « nouer le lien social et offrir aux individus les repères nécessaires à leur identité et à leur autonomie »²²⁶¹. Le risque au contraire serait de faire de l'État un simple « prestataire de services » (alors que, précisément, « le droit est institution avant d'être prestation »²²⁶²) qui répondrait aux « désirs individuels »²²⁶³ ou « aspirations individuelles », signe d'un « excès contemporain de l'individualisme »²²⁶⁴ et d'une véritable « dérive qui touche les droits fondamentaux »²²⁶⁵. Autrement dit, s'il faut « veiller à ce que soient respectées l'autonomie des personnes et l'expression de leur libre volonté », ce n'est toutefois pas sans garantir le cadre dans lequel elles s'exercent²²⁶⁶.

497. Ce cadre est celui tel que fixé, à l'heure actuelle, par le droit à l'autodétermination. En tant qu'élément d'identification des individus, le sexe résiste en effet à être pleinement admis dans la sphère privée, extérieure à toute intervention étatique. Le droit positif privilégie une multiplication et une diversification des modalités de reconnaissance du sexe juridique au nom du droit à l'autodétermination, plutôt qu'une suppression du sexe comme élément d'identification des individus. Autrement dit, loin d'être supprimée, la catégorie de sexe est reconfigurée. Deux questions peuvent être distinguées : d'une part, les catégories de sexe peuvent-elles se départir des « effets de naturalisation et d'essentialisation » de la catégorisation juridique²²⁶⁷, qui produisent un effet de « fixation » des identités²²⁶⁸ ? D'autre part, dans la négative, la *suppression* des catégories de sexe comme moyen d'identification des individus

²²⁶⁰ A. Supiot, *Homo juridicus*, op. cit., p. 58. L'auteur poursuit : « avant même d'accéder par l'hétéronomie du langage à l'autonomie de la parole, l'être humain accède ainsi par l'hétéronomie de la loi à la qualité de sujet de droit » (*ibid.*, p. 59).

²²⁶¹ A.-M. Savard, « Le droit, l'institution et la désinstitution du sujet », art. cit, p. 32 ; v. également M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 244 (« Le droit a pour rôle d'instituer et d'assurer les personnes de leur identité »).

²²⁶² D. Salas, « Voyager dans l'autre sexe », art. cit, p. 162.

²²⁶³ B. Mathieu, « Les droits fondamentaux, tels qu'invoqués aujourd'hui, affaiblissent la démocratie », art. cit.

²²⁶⁴ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 11. L'autrice s'appuie sur les travaux de Marcel Gauchet, de Michel Villey ou encore de Pierre Manent.

²²⁶⁵ B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, op. cit., p. 153.

²²⁶⁶ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 17 ; dans le même sens, v. A.-M. Savard, « Le droit, l'institution et la désinstitution du sujet », art. cit, p. 32.

²²⁶⁷ Véronique Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 204.

²²⁶⁸ Le philosophe Kwame Anthony Appiah parle ainsi du « syndrome de Méduse » pour évoquer cet effet de fixité, en référence au personnage du même nom dans la mythologie grecque qui avait le pouvoir de pétrifier quiconque croisait son regard (Kwame Anthony Appiah, *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 105).

serait-elle la condition de la réalisation du droit à l'autodétermination ? Ces questions suggèrent que le droit à l'autodétermination, tel qu'il est mis en œuvre actuellement, entrave nécessairement la liberté des personnes non-binaires²²⁶⁹ et/ou dont l'identité de genre est fluide de définir leur identité. Or on l'a vu²²⁷⁰, l'enjeu n'est pas simplement de déterminer s'il faudrait privilégier l'hypothèse de la multiplication des catégories de sexe en dehors du féminin et du masculin (ajout d'un sexe neutre) ou celle de la suppression de la mention du sexe²²⁷¹. La présente démonstration vise plutôt, d'un point de vue théorique et prospectif, à envisager la possibilité d'un changement de paradigme au sein de l'ordre juridique qui tendrait à prendre au sérieux l'hypothèse du sexe comme idéologie – c'est-à-dire comme croyance au fondement de la structure de l'ordre juridique²²⁷² – et les conséquences qui en découlent.

498. En ce sens, deux axes de réflexion sont proposés, qui s'articulent autour du degré d'implication de l'État dans la gouvernance du sexe des individus. Le premier vise à montrer que l'hypothèse, aujourd'hui privilégiée par le droit positif, de multiplier les formes de reconnaissance du sexe juridique et de l'identité de genre participe au maintien de l'idéologie du sexe (**Section 1**). Ensuite, le second propose d'explorer l'hypothèse, cette fois-ci théorique, de la suppression d'une logique d'assignation et d'identification des individus à un sexe, afin de remettre en question l'idée selon laquelle la personne juridique doit nécessairement être sexuée (**Section 2**).

Section 1 : L'hypothèse éprouvée de la diversification de la mention du sexe

Section 2 : L'hypothèse théorique de la suppression de la mention du sexe

²²⁶⁹ La non-binarité est ici entendue au sens large et inclus la diversité des expériences en dehors de la binarité, y compris les personnes agenre, v. *infra*.

²²⁷⁰ V. *supra*.

²²⁷¹ Ou pour le dire autrement, « si la meilleure solution pour prendre en compte la non-binarité se situe dans un plus de genre (avec la création d'un sexe neutre), ou dans un moins de genre (avec la neutralisation de toute référence au genre) », O. Bui-Xuan, *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, op. cit., p. 30.

²²⁷² V. l'introduction de la présente thèse.

Section 1 : L'hypothèse éprouvée de la diversification de la mention du sexe

499. La multiplication des formes de reconnaissance du sexe juridique peut poursuivre plusieurs objectifs. D'une part, on l'a vu, elle peut être un moyen d'identifier les individus dont le corps ne correspond pas aux normes du féminin et du masculin (personnes intersexuées)²²⁷³. D'autre part, elle peut aussi être vue comme une garantie du droit à l'autodétermination : cette multiplication vise alors à assurer, pour *l'ensemble* des individus qui s'identifient en dehors du féminin et du masculin, la reconnaissance de leur identité de genre non-binaire (sans condition d'intersexuation). Une question émerge alors : quel est l'intérêt d'un ordre juridique à garantir aux individus la possibilité d'être identifiés et reconnus selon leur propre choix ?

500. L'hypothèse développée est la suivante : l'idéologie du sexe commande le maintien *nécessaire* de la catégorie de sexe comme élément d'identification des individus. Ainsi, sous l'égide du droit à l'autodétermination, les fondements à la base de la détermination du sexe juridique tendent à être déstabilisés, laissant apparaître son potentiel subversif. Ce potentiel trouve toutefois une limite : l'idée de sexe elle-même. Il s'agira alors de montrer que le dépassement de la bicatégorisation (sexe neutre ou autre) fait apparaître la malléabilité de la catégorie de sexe, laquelle semble, à première vue, susceptible de répondre à un droit à l'autodétermination pour les personnes désignées comme minorités de genre (§1). Néanmoins, ce dépassement ne franchit pas les frontières du système de sexe. En d'autres termes, le fait de consacrer un sexe juridique autre que féminin ou masculin ne questionne pas le principe même d'assignation de tout individu à un sexe (§2).

§1. Une apparente libération

501. La reconnaissance de mentions de sexe en dehors de la bicatégorisation au nom du droit à l'autodétermination laisse à première vue apparaître un potentiel subversif. Les individus seraient libérés d'une contrainte, celle d'être reconnus nécessairement et perpétuellement en tant que femme ou homme par le droit. Dès lors, cette reconnaissance peut être vue comme une « subversion »²²⁷⁴. Le discours du droit positif, en particulier celui du droit des droits humains, semble ainsi s'attacher à bousculer les fondements mêmes de la bicatégorisation – c'est-à-dire,

²²⁷³ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²²⁷⁴ Marie-Xavière Catto, « Suppression de la mention du sexe ou ajout du sexe neutre à l'état civil ? » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 44.

la différence des sexes comme norme naturelle et intangible (A). Par ailleurs, certains États font preuve de souplesse afin de reconnaître la diversité des expériences relatives à l'identité de genre, et notamment celle de la fluidité de l'identité de genre ; cela implique de pouvoir modifier la mention du sexe à plusieurs reprises, remettant sérieusement en cause le caractère immuable de la mention du sexe²²⁷⁵ (B).

A. Dépasser la binarité des sexes

502. La binarité des sexes comme seule norme apparaît comme un horizon dépassable et dépassé. Désormais, certaines législations autorisent les individus à obtenir la mention d'un sexe neutre à l'état civil (1), quand d'autres reconnaissent une multiplicité de mentions afin de reconnaître la diversité des expériences relatives à l'identité de genre (2).

1. Au-delà de la binarité, le sexe neutre

503. La première manière dont les systèmes juridiques dépassent la binarité est celle de la reconnaissance d'une troisième catégorie de sexe (ou sexe neutre), au nom du droit à l'autodétermination des personnes trans non-binaires. En effet, dans la mesure où les personnes trans ont la possibilité de demander à modifier la mention de leur sexe du féminin vers le masculin et inversement, les personnes trans non-binaires doivent elles aussi pouvoir obtenir une reconnaissance juridique d'une mention de sexe en accord avec leur identité de genre²²⁷⁶. Si cette hypothèse est développée par la juriste états-unienne Mary C. Dunlap dès 1979²²⁷⁷, elle est mise en œuvre seulement depuis quelques années au sein du droit positif. À l'échelle de l'ONU, l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées

²²⁷⁵ Les développements qui suivent n'ont pas vocation à traiter exhaustivement de l'ensemble des législations qui ont intégré la mention d'un troisième sexe, tant l'évolution du droit à ce sujet est constante (dans un sens comme dans l'autre, c'est-à-dire dans l'ajout d'une catégorie supplémentaire de sexe, mais aussi dans la suppression de catégories ajoutées à celles de féminin et masculin). Les exemples cités ont une visée illustrative. Pour un état des lieux de la situation par pays sur cette question, se référer à la base de données d'ILGA World : <https://database.ilga.org/en>.

²²⁷⁶ La toute première reconnaissance juridique d'un sexe neutre a eu lieu, à notre connaissance, en Australie en 2003 (la mention « X » a en effet été indiquée sur le passeport d'Alex MacFarlane par les autorités australiennes, v. Julie Butler, « X Marks the Spot for Intersex Alex », *The West Australian*, 11 janvier 2003 [<https://perma.cc/2XKH-8QVZ>]).

²²⁷⁷ Mary C Dunlap, « The Constitutional Rights of Sexual Minorities: A Crisis of the Male/Female Dichotomy », *The Hastings Law Journal*, 1979, vol. 30, n° 4, p. 1138.

sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre recommandait par exemple, dès 2018, que toute procédure de modification de la mention du sexe repose sur un principe d'autodétermination, soit déclarative, accessible aux mineurs, sans conditions abusives de type traitement médical et puisse « reconnaître les identités non binaires, telles que les identités de genre ni “hommes” ni “femmes” »²²⁷⁸. Ces recommandations des organes de protection des droits humains ont été entendues et intégrées par un nombre croissant d'États de différentes manières²²⁷⁹. C'est le cas par exemple en Colombie, où la Cour constitutionnelle s'est prononcée le 4 février 2022 en faveur de la reconnaissance d'une mention de sexe non-binaire²²⁸⁰. Ces pays appliquent ou tendent à appliquer le modèle de référence en la matière recommandé par le droit des droits humains (*gold standard*²²⁸¹), à savoir une modification de la mention du sexe basée sur une simple déclaration de la personne, sans preuve supplémentaire à apporter²²⁸².

504. Cette reconnaissance juridique du sexe neutre est importante pour les personnes qui ne s'identifient pas au sexe féminin ou masculin et/ou dont l'expression de genre ne correspond pas aux normes de la binarité. Elle permet par exemple de faciliter certaines démarches (par exemple, dans une situation où un document est demandé pour justifier de son identité : location de voiture, inscription en bibliothèque ou encore retrait d'un colis à la poste) ; si la personne en charge de vérifier l'identité estime qu'elle fait face à une personne dont l'expression de genre ne correspond pas à la mention du sexe, elle pourrait soupçonner une tentative de fraude²²⁸³. Elle contribue aussi à *légitimer* l'existence d'un « groupe intermédiaire » (ni féminin, ni masculin) dont la réalité sociale ou la crédibilité est remise en question²²⁸⁴, et qui est davantage confronté à des situations de violence et de discrimination²²⁸⁵. Néanmoins, cette reconnaissance

²²⁷⁸ AGNU, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, A/73/152, para. 39.

²²⁷⁹ Dans certains États, la reconnaissance du sexe neutre pour les personnes non-binaires est le fruit de décisions judiciaires, et n'est pas (encore) intégrée dans les textes de loi, comme aux Pays-Bas par exemple (décision du Tribunal de Limburg du 28 mai 2018, C/03/232248 [<https://perma.cc/82DE-RG67>], puis décision du Tribunal d'Amsterdam du 21 juillet 2021, n° 3732 [<https://perma.cc/F2UJ-C4AS>]).

²²⁸⁰ Cour constitutionnelle colombienne, décision du 4 février 2022 n° T-033/2022 ; la décision a été suivie par l'annonce du Gouvernement en mars 2024 d'intégrer une mention non-binaire sur les documents d'identité afin de se conformer à la décision des juges constitutionnels.

²²⁸¹ Jens M. Scherpe et Peter Dunne, « Comparative Analysis and Recommendations » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 654.

²²⁸² I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 54.

²²⁸³ *Ibid.*, p. 690.

²²⁸⁴ Elias Tissandier-Nasom, « Effective Recognition and Protection of Non-Binary Gender Identities in the Council of Europe Framework: A Critical Analysis of Third Gender Marker Options From a Human Rights Law Standpoint », *University of Bologna Law Review*, 2023, vol. 8, n° 2, p. 117. L'auteur s'appuie ici sur les travaux de Sarah Emily Burke, laquelle analyse la situation des personnes bisexuelles et biraciales comme « groupes intermédiaires », pour faire un parallèle avec les personnes non-binaires.

²²⁸⁵ L'Expert indépendant rappelle en ce sens que « les personnes trans et les personnes de genre divers courent davantage de risques que les autres lorsque les informations relatives à leur nom et à leur sexe figurant sur des documents d'identité officiels ne correspondent pas à leur identité de genre ou à leur expression du genre » et

d'une mention en dehors de la binarité n'est pas sans susciter des difficultés. La mention de sexe neutre (qu'elle soit désignée sous le vocable « X » ou « non-binaire ») exclut nécessairement une part de la population qui ne s'identifie pas à cette mention ; c'est le cas par exemple des personnes agenres, qui ne s'identifient à aucune identité de genre²²⁸⁶. Elle risque également d'apparaître comme une catégorie « fourre-tout », utilisée afin de rassembler sous une catégorie uniforme une diversité de manifestation de l'identité²²⁸⁷. Il serait toutefois réducteur d'analyser le dépassement de la bicatégorisation au seul prisme du sexe neutre, tant le discours du droit positif a diversifié son approche.

2. Au-delà du sexe neutre, la multiplication des mentions

505. La deuxième manière de dépasser la binarité est celle de la multiplication des catégories de sexe. Prendre au sérieux le droit à l'autodétermination revient à reconnaître le droit pour chaque individu de faire reconnaître une mention du sexe conforme à son identité de genre, laquelle peut s'exprimer au-delà du seul sexe neutre. Certains organes de protection des droits humains recommandent ainsi le dépassement de la bicatégorisation par la multiplication des mentions juridiques de sexe disponibles afin de garantir une certaine diversité. En ce sens, les Principes de Jogjakarta, tant dans leur version initiale²²⁸⁸ qu'actualisée en 2017, recommandent aux États, « lorsque le sexe et le genre continuent d'être enregistrés », de « donner le choix entre des options multiples pour le choix du genre »²²⁸⁹. L'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre recommande dans le même sens, dans un rapport publié en 2021, de

« peuvent être davantage exposées à la violence et à des tentatives d'extorsion ; être exclues de l'établissement d'enseignement qu'elles fréquentaient ou du marché officiel du travail ; être privées de l'accès au logement, aux services de santé et à d'autres services sociaux, et ne pas pouvoir franchir les frontières » (AGNU, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, A/73/152, para. 36).

²²⁸⁶ Florence Ashley, « 'X' Why? Gender Markers and Non-binary Transgender People » dans Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs*, Cham, Springer International Publishing, 2021, vol. 54, p. 33-48.

²²⁸⁷ Heath Fogg Davis, *Beyond Trans : Does Gender Matter?*, New York, New York University Press, 2017, p. 46.

²²⁸⁸ Dans la version initiale des Principes de Yogyakarta de 2007, le Principe 3 relatif au droit à la reconnaissance devant la loi indique que les États doivent prendre les mesures nécessaires « pour assurer l'existence de procédures par lesquelles tous les documents émis par l'État indiquant l'identité de genre d'une personne — y compris les certificats de naissance, les passeports, les registres électoraux et d'autres documents — reflètent l'identité de genre profonde telle que définie par chacun pour soi-même », laissant ainsi entendre qu'une pluralité de mentions doit être prévue (Principe 3, para. C).

²²⁸⁹ Principes de Yogyakarta +10, 2017, Principe 31, para. C. ii.

« prévoir de multiples options quant au sexe à indiquer dans les documents officiels »²²⁹⁰. Au niveau régional, la Cour IADH encourage les États à garantir aux individus la possibilité de modifier, sans ingérence extérieure, la mention de leur sexe, ce qui « signifie nécessairement que ceux qui s'identifient à des identités de genre diverses doivent être reconnus comme tels »²²⁹¹. De son côté, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe encourage non seulement les États « à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent »²²⁹² mais leur recommande aussi, au-delà, de « veiller à ce qu'il existe un ensemble d'options pour tous »²²⁹³. Cette position est partagée tant par le Commissaire aux droits de l'Homme²²⁹⁴ que le Comité des Ministres, qui recommande aux États d'« explorer la possibilité d'ajouter, à titre facultatif et volontaire, des mentions supplémentaires du sexe ou du genre autres que “masculin” ou “féminin” »²²⁹⁵. L'assouplissement de la bicatégorisation est tel que certaines juridictions accordent aux individus le choix quant à la dénomination de la mention de leur sexe juridique. En Argentine par exemple, les juridictions ont reconnu le droit à Lara María Bertolini de faire apparaître la mention « *travesti femininity* » sur sa carte d'identité²²⁹⁶. D'autres États vont jusqu'à envisager de rendre la mention du sexe facultative.

506. L'ultime manière de dépasser de la bicatégorisation est en effet l'optionnalisation de la mention même de toute identité de sexe ou de genre. La mention du sexe n'est pas supprimée pour toute la population, mais seulement pour les individus qui en font la demande. Cette option a notamment été discutée par une résolution du Conseil de l'Europe ; l'idée est d'offrir aux individus le choix, lors de la création du titre d'identité ou ultérieurement, de mentionner une identité de genre (y compris non-binaire, voire de leur choix) ou *de ne rien faire apparaître*²²⁹⁷. Cette solution commence à apparaître au sein du droit positif²²⁹⁸. Ainsi, en Allemagne, la loi du

²²⁹⁰ AGNU, *Droit et inclusion. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, Victor Madrigal-Borloz, 3 juin 2021, A/HRC/47/27, para. 91 d).

²²⁹¹ Cour IDH, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, 24 novembre 2017, OC-24/17, para. 115.

²²⁹² APCE, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avril 2015, n° 2048, para. 6.2.4.

²²⁹³ APCE, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 octobre 2017, Résolution n° 2191, para. 7.3.3.

²²⁹⁴ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, Strasbourg, mars 2024, p. 9.

²²⁹⁵ Comité des Ministres, *Recommandation aux États membres sur l'égalité des droits des personnes intersexes*, 7 octobre 2025, CM/Rec(2025)7, Annexe, para. 40.

²²⁹⁶ Cité par F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 39.

²²⁹⁷ APCE, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 octobre 2017, Résolution n° 2191, para. 7.3.4.

²²⁹⁸ C'est au final ce que prévoit la loi maltaise, dans la mesure où la mention « X » équivaut à « non-déclaré », v. Lena Holzer, *Non-binary Gender Registration Models in Europe*, ILGA-Europe, 2018, p. 19.

21 juin 2024 sur l'autodétermination de genre – qui offre la possibilité aux personnes trans (y compris non-binaires) de modifier la mention de leur sexe grâce à une procédure administrative déclarative basée sur l'autoidentification – offre la possibilité d'indiquer la mention « masculin », « féminin », « divers », ou de ne faire figurer aucune mention relative au sexe à l'état civil (approche « opt-out »)²²⁹⁹. En Tasmanie, depuis 2019, toute information relative au sexe de l'enfant est indiquée sur l'acte de naissance *seulement* si les parents ou responsables légaux en font la demande (approche « opt-in »²³⁰⁰) ; l'information est toutefois nécessairement collectée, de sorte qu'une différence apparaît entre l'*enregistrement* de la naissance et l'*acte* de naissance²³⁰¹. Au Canada, dans la province de Saskatchewan, c'est la carte de santé (*Health Card*) qui peut être délivrée sur demande sans aucune mention du sexe²³⁰². La dimension binaire du sexe peut donc être dépassée de différentes manières, au point d'aboutir à un sexe juridique facultatif. C'est aussi sa dimension supposée immuable qui est remise en cause, dans la mesure où certains États interprètent le droit à l'autodétermination comme garant d'un droit à modifier à plusieurs reprises la mention du sexe.

B. Assouplir l'irréversibilité de la modification de la mention du sexe

507. De manière plus marginale, le dépassement de la bicatégorisation s'accompagne d'évolutions relatives à la fixité de la mention du sexe, c'est-à-dire, au caractère réversible de la modification de la mention du sexe. L'intangibilité du sexe a dans un premier temps été bousculée avec la consécration d'un droit pour les personnes trans à modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Nous l'avons vu, ce droit a été octroyé dès les années 1970 par certains États afin de répondre à ce qui était désigné comme une pathologie (le transsexualisme)²³⁰³, avant d'être reconnu comme un véritable droit à l'autodétermination par la Cour européenne à partir des années 2000, suivie par d'autres organes de protection des droits humains²³⁰⁴. Seulement, à ce stade, la modification de la mention s'effectue à « sens unique » : la procédure est supposée

²²⁹⁹ Loi sur l'autodétermination de genre (dite « SBGG »), 21 juin 2024, BGBl.I

²³⁰⁰ Tasmania Law Reform Institute (TLRI), *Legal Recognition of Sex and Gender. Final Report n° 31*, juin 2020, para. 2.2.149.

²³⁰¹ *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999*, Section 46 (3) (révisé par le *Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act 2019*) [<https://perma.cc/4US9-WZVM>]. À noter qu'en revanche, l'enregistrement du sexe à la naissance fait nécessairement référence au sexe féminin ou masculin *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999*, Section 16 (3). Un délai supplémentaire est prévu pour enregistrer la mention du sexe féminin ou masculin d'un enfant intersexe (120 jours au lieu de 60 jours après la naissance) (*ibid.*, Section 15 (1) (b)).

²³⁰² Gouvernement de Saskatchewan, *Change of Sex Designation* [<https://perma.cc/2524-H49U>].

²³⁰³ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²³⁰⁴ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

irréversible, et c'est d'ailleurs pour cela que jusqu'à récemment, elle était conditionnée à des traitements chirurgicaux et hormonaux de changement de sexe²³⁰⁵. C'est cette irréversibilité qui, dans un second temps, a fait l'objet de critiques de la part des personnes trans, et *a fortiori* par les personnes dont l'identité de genre est fluide.

508. En effet, pour les personnes dont l'identité de genre n'est pas fixe dans le temps et évolue au cours de la vie²³⁰⁶, plusieurs contraintes peuvent faire obstacle à leur droit à l'autodétermination. Les procédures de modification de la mention du sexe sont majoritairement conçues pour n'être utilisées qu'une fois, au nom de la sécurité juridique, mais aussi parce que, au cœur même des opérations par lesquelles le droit positif a accepté l'hypothèse du changement de sexe, la croyance essentialiste en une « vérité » de l'identité de genre n'a pas disparue²³⁰⁷. Les hypothèses de changement de sexe ont été bâties par exception à la règle (pensée comme « naturelle ») selon laquelle chaque individu dispose d'une « véritable » identité de genre dont il est en mesure de prouver l'authenticité ; et c'est seulement s'il prouve que c'est pour corriger une forme d'erreur d'enregistrement à la naissance destinée, précisément, à l'identifier sous son identité véritable, qu'il peut changer de sexe. De ce point de vue, le formulaire dédié à la demande de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance (mention qui peut être féminin, masculin, ou X) en vigueur dans l'État de New York est emblématique : il prévoit que la personne atteste de l'authenticité de sa demande, laquelle reflète sa « véritable identité de genre » et n'est pas « frauduleuse »²³⁰⁸. Tout aussi emblématiques sont les cas dans lesquels, en cas de modification ultérieure à un premier changement de la mention du sexe, des contraintes supplémentaires sont imposées. En Islande, la loi relative au droit à l'autodétermination consacre un article aux restrictions apportées au changement de la mention du sexe, qui prévoit que la modification n'est autorisée qu'une seule fois, « à moins qu'il n'existe des raisons particulières s'y opposant » ; lorsque la personne souhaite modifier de nouveau la mention du sexe, elle doit soumettre une déclaration écrite au registre national²³⁰⁹. De même, en Allemagne, une « période de blocage » d'un an est imposée

²³⁰⁵ Cette condition de chirurgie et notamment de stérilisation a été condamnée par la Cour européenne dans un arrêt de 2017 (Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13). V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²³⁰⁶ Dylan Wade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2005, vol. 11, p. 267. Comme le rappelle l'auteur « comme beaucoup de choses dans la vie, et en fait, comme à chaque instant de la vie, le genre peut changer, et il peut changer plus d'une fois ».

²³⁰⁷ Comme c'est le cas au sein des systèmes où seule la bicatégorisation est admise, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²³⁰⁸ NYC Health, *Application for Gender Marker Change on a NYC Birth Certificate*, VR 218 (Rev. 1/24).

²³⁰⁹ Loi sur l'autodétermination de genre (*Lög um kynrænt sjálfræði*), 18 juin 2019, n^o 80 /2019, art. 7 [<https://perma.cc/9USZ-V5S9>].

entre la modification (ou la suppression) de la mention du sexe et une demande qui viserait à apporter, de nouveau, une modification²³¹⁰.

509. À l'inverse, certains États envisagent de prendre en compte la fluidité de l'identité de genre, en reconnaissant la possibilité pour les individus de modifier à plusieurs reprises la mention de leur sexe juridique²³¹¹. C'est notamment ce que suggèrent les juges de la Cour constitutionnelle belge au législateur dans une décision du 19 juin 2019²³¹². La Cour était saisie d'un recours en annulation de la loi du 25 juin 2017²³¹³ qui permet de modifier la mention de sexe à l'état civil par le biais d'une simple déclaration devant l'officier d'état civil²³¹⁴. Des associations²³¹⁵ ont attaqué l'article 3 de ladite loi, lequel précisait que « la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance est en principe irrévocable »²³¹⁶. Le juge constitutionnel belge a déclaré cette disposition inconstitutionnelle : à l'aune d'un test de proportionnalité, la Cour constitutionnelle reconnaît une violation du droit à l'autodétermination, lu en combinaison avec le principe d'égalité²³¹⁷. Elle estime qu'il

« n'est pas raisonnablement justifié que contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire et non fluide, les personnes dont l'identité de genre est fluide soient obligées d'accepter un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre et soient soumises à

²³¹⁰ Loi sur l'autodétermination en matière de mention du sexe (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag, SBGG*), 19 juin 2024, BGBl. 2024, n° 206, para. 5.

²³¹¹ En Nouvelle-Zélande, aucune exigence supplémentaire n'est imposée lorsqu'une personne souhaite modifier la mention de son sexe à plusieurs reprises. La fluidité de l'identité de genre n'est pas explicitement reconnue dans le texte de loi entré en vigueur le 15 juin 2023, mais implicitement par cette précision apportée par le Gouvernement, v. Département des affaires intérieures de Nouvelle-Zélande, « Lancement du processus d'auto-identification » [<https://perma.cc/79Z5-VEDB>].

²³¹² Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n° 99/2019.

²³¹³ 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.

²³¹⁴ Code civil belge, art. 135/1, para. 1 : « Tout Belge majeur ou Belge mineur émancipé ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement peut faire déclaration de cette conviction à l'officier de l'état civil ».

²³¹⁵ Çavaria, Maison Arc-en-Ciel et Genres Pluriels. Les associations avaient également attaqué l'article 11 de la loi qui limitait l'enregistrement de la mention du sexe à la stricte binarité ; cette limitation de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance à un choix binaire sera jugée inconstitutionnelle, dans la mesure où la Constitution belge « n'implique pas que les catégories "homme" ou "femme" puissent être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge » (Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n° 99/2019, para. B.6.6).

²³¹⁶ Le texte poursuivait : « Moyennant la preuve de circonstances exceptionnelles, le tribunal de la famille peut autoriser une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance [...] » (Loi du 25 juin 2017, préc., art. 3, para. 10) ; les risques de tentatives de fraude ont été avancés afin de justifier cette disposition, v. Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, Chambre des représentants de Belgique, 4 avril 2017, n° 54 2403/001, p. 22.

²³¹⁷ Art. 10 de la Constitution belge. Selon la Cour, la différence de traitement entre les personnes dont l'identité de genre est binaire et celles dont l'identité de genre est non-binaire n'est pas raisonnablement justifiée, puisque ces dernières sont dans l'obligation d'accepter l'enregistrement d'un sexe à leur état civil qui ne correspond pas à leur identité de genre.

une procédure exceptionnelle devant le tribunal de la famille si elles souhaitent modifier plus d'une fois l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance »²³¹⁸.

Le juge s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne pour soutenir qu'« on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances »²³¹⁹. Ce raisonnement déployé au sujet des personnes trans est mobilisé par le juge constitutionnel belge, et étendu pour éclairer la portée du droit à l'autodétermination au-delà de la binarité des sexes²³²⁰ et de l'immutabilité de l'identité de genre. La loi du 20 juillet 2023 supprime l'irrévocabilité de principe du changement de la mention du sexe²³²¹, et désormais, « toute deuxième procédure ou procédure subséquente de modification de l'enregistrement du sexe pourra se dérouler selon la procédure 'ordinaire' devant l'officier de l'état civil »²³²². On le voit, le droit à l'autodétermination peut être mobilisé comme un outil visant à reconnaître et protéger la diversité des identités de genre, y compris lorsqu'elles sont évolutives. La mention du sexe juridique devient alors plus souple d'un point de vue formel. Si cette évolution participe indéniablement à favoriser le droit à l'autodétermination, elle fait en même temps apparaître des doutes quant à la pertinence du maintien de la mention même de sexe juridique.

§2. Une absurde subversion

510. L'ensemble des modèles qui encouragent ou reconnaissent une mention du sexe en dehors de la binarité ont donc pour point commun de ne pas remettre en question la pertinence même du sexe juridique. En cela, on se propose ici de considérer que la reconnaissance multiple et diverse de mentions du sexe n'est pas aussi subversive qu'on pourrait le croire dans un premier

²³¹⁸ Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n° 99/2019, para. B.8.8.

²³¹⁹ *Ibid.*, para. B.6.6 : la Cour constitutionnelle belge fait ici référence à la décision *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (Cour EHD, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 5680/94, para. 91).

²³²⁰ Le juge belge estime qu'il y a « pour remédier à cette inconstitutionnalité, plusieurs possibilités, parmi lesquelles la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne » (Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n°99/2019, para. B.7.3). Il confie au législateur la tâche de remédier à cette inconstitutionnalité, tout comme l'avait fait le juge constitutionnel allemand (E. Bribosia, I. Rorive et H. Ouhnaoui, *Rapport au sujet de l'arrêt n°099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, op. cit., p. 3).

²³²¹ Loi du 20 juillet 2023 modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, art. 4.

²³²² Circulaire du 25 septembre 2023 relative à la modification de l'enregistrement du sexe, n° 2023045569, p. 11.

temps, puisqu'elle ne conduit pas à la remise en cause de la pertinence du sexe comme critère d'identification des personnes. En d'autres termes, le sexe comme idéologie s'accommode de la pluralité de ses mentions ou de ses modifications. Sans occulter une volonté de reconnaître le droit à l'autodétermination des personnes non-binaires et l'importance de cette démarche, il faut aussi souligner l'effet de normalisation de la diversité des mentions du sexe. Cela constitue un exemple de ce que la juriste indienne Ratna Kapur nomme la « déradicalisation » de la théorie queer, dans la mesure où cette inclusion « n'est ni radicale ni transformatrice, mais régulatrice »²³²³. La reconnaissance par le droit positif des identités de genre non-binaires se fait donc toujours au prisme de l'exceptionnalisme (A). *In fine*, cette reconnaissance révèle au fur et à mesure qu'elle se déploie l'articulation impertinente entre le maintien de la mention du sexe et l'exercice du droit à l'autodétermination (B).

A. Le maintien de l'exception trans

511. Quel que soit le degré d'autonomie et de liberté accordé aux personnes en matière de droit à la modification de la mention du sexe, la pertinence de l'assignation d'un sexe à la naissance ne semble jamais être remise en question. Le principe selon lequel une personne développe une identité de genre conforme au sexe assigné à la naissance est donc intact. Assignation qui, par hypothèse, procède indépendamment de toute considération autonomiste (l'enfant à peine né ne pouvant déterminer lui-même son identité). Cette évidence constitue la pierre angulaire d'un système binaire²³²⁴ et cisnormatif, c'est-à-dire d'un système au sein duquel le corps sexué de la personne (et notamment l'apparence de ses organes génitaux) détermine *par principe* son identité de genre²³²⁵. Le dépassement de la bicatégorisation se révèle en ce sens être une « technique d'adaptation » ou d'assimilation²³²⁶ des personnes non-conformes de genre à un système profondément « ciscentrique » ; autrement dit, à un système où « chaque personne est

²³²³ Ratna Kapur, « The (im)possibility of Queering Human Rights » dans *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London, Routledge, 2018, p. 142. (nous soulignons). Dans son article, l'auteur prend plus spécifiquement l'exemple de l'intégration des droits des personnes LGBT dans le discours sécuritaire des droits humains.

²³²⁴ On parle bien ici d'un système binaire, autrement dit fondé sur la différence des sexes, dans la mesure où si on raisonne par analogie, même dans l'hypothèse d'une assignation à un sexe neutre en cas d'intersexuation constatée à la naissance, cette assignation n'est jamais associée à l'idée que l'enfant développera une identité de genre non-binaire : comme nous l'avons vu, la mention « intersexe » ou « indéterminée » sur l'acte de naissance est avant tout provisoire et doit faire figure d'exception (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

²³²⁵ Constaté qu'un nouveau-né à un pénis à la naissance revient à considérer qu'il s'identifiera au sexe masculin, qu'il se conformera naturellement aux normes de genre attendues au regard de cette identité, que cette identité est immuable (fixe et figée dans le temps) et qu'en ce sens, le droit doit l'assigner au sexe juridique masculin.

²³²⁶ R. Kapur, « The (im)possibility of Queering Human Rights », art. cit, p. 146.

supposée être cisgenre avant de prouver le contraire »²³²⁷, c'est-à-dire avoir une identité de genre qui correspond au sexe assigné à la naissance à partir de ses organes génitaux. Ainsi, en dépit d'une flexibilité accrue de la catégorie de sexe guidée par le droit à l'autodétermination, le principe même de l'assignation des individus à un sexe dès la naissance n'est pas questionné²³²⁸. La reconnaissance d'un sexe neutre, voire l'admission d'une multitude de mentions du sexe ne remet pas en cause l'idée selon laquelle que les personnes qui demandent à modifier la mention de leur sexe seraient « nées dans le mauvais corps », perpétuant l'idée qu'il existe une rupture constante entre la matérialité du corps d'une part et l'identité de genre d'autre part²³²⁹.

512. C'est que la pratique « consistant à assigner un sexe à la naissance est la performance de genre du droit lui-même »²³³⁰ ; elle participe en effet activement à créer un continuum entre les organes génitaux et l'identité de genre des individus, et, ce faisant, à nécessairement considérer les personnes trans comme une exception. Au sein de ce système, la pratique de l'assignation d'un sexe à la naissance conduit nécessairement pour les personnes trans à révéler publiquement et à de multiples reprises²³³¹ cette facette de leur identité, pourtant considérée comme relevant de la vie privée, contrairement aux personnes cisgenres : le juriste Ido Katri parle en ce sens de « *coming-out* juridique »²³³². Dès lors, le droit à l'autodétermination reconnaît certes la dimension ou le caractère privé de l'identité de genre, mais il le fait à travers un processus de reconnaissance *publique* de celle-ci²³³³. Même dans un cadre libéral (procédure déclarative, options multiples en dehors de la binarité, etc.), les personnes trans doivent effectuer des démarches afin de modifier la mention du sexe initialement assigné à la naissance, perpétuant ainsi une différence constante entre les personnes trans et cisgenres²³³⁴. Le droit de déterminer

²³²⁷ F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 43.

²³²⁸ Anna James Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2016, vol. 39, p. 494.

²³²⁹ D. Vade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », art. cit, p. 289. L'auteur parle d'une division « corps-esprit » imposée aux personnes trans, lesquelles ne seraient pas « entières » ; v. également I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 695.

²³³⁰ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 699.

²³³¹ Dans les situations par exemple où la présentation de l'acte de naissance est exigée et que celui-ci mentionne la modification de la mention du sexe. En effet, la mention *initiale* du sexe féminin ou masculin demeure sur l'acte de naissance (une annotation est indiquée en marge, il ne s'agit pas d'un nouvel acte de naissance, sans que cela ne soit remis en cause par les organes de protection des droits humains, v. par ex. Cour EDH, 17 février 2022, *Y c. Pologne*, n° 74131/14).

²³³² I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 701 (en référence aux travaux d'Eve Sedgwick).

²³³³ *Ibid.*, p. 700.

²³³⁴ F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 42.

les détails de sa propre identité ne peut se réaliser que dans un cadre qui continue à assigner un sexe dès la naissance.

513. Or quelles seraient les voies conduisant à atténuer la cisnormativité du sexe ? Certaines propositions ont pu être faites en ce sens, à l’instar de celle qui consisterait à reporter l’inscription de toute mention de sexe jusqu’à ce que la personne soit en mesure de déterminer son identité, formulée dès 1975 par le juriste canadien Robert P. Kouri²³³⁵. Elle s’inscrit notamment dans la logique où, si le droit à l’autodétermination désigne le droit pour chaque individu de déterminer lui-même sa propre identité de genre et d’avoir un sexe juridique en adéquation avec celle-ci, alors le fait de renseigner un sexe à un moment où la personne n’a pas la capacité d’exprimer son identité ne fait pas sens²³³⁶. Cette hypothèse s’appuie sur le fait qu’il y a peu de situations dans lesquelles le sexe juridique d’un mineur est nécessaire²³³⁷.

514. Cette hypothèse soulève par ailleurs des enjeux spécifiques pour les mineurs trans et intersexes. Pour les premiers, dans la mesure où les procédures de modifications de la mention du sexe ne sont majoritairement qu’accessibles à partir de la majorité²³³⁸, les obligeant ainsi à vivre toute leur minorité avec un sexe juridique qui ne correspond pas à leur identité de genre. Un sondage mené par l’Agence des droits fondamentaux de l’Union européenne révèle pourtant que 72% des personnes trans interrogées ont réalisé que leur identité de genre ne correspondait pas à leur sexe assigné à la naissance avant l’âge de 18 ans²³³⁹. La perspective du report de toute mention du sexe à l’état civil jusqu’à ce qu’ils soient en mesure de définir leur propre identité ferait alors automatiquement disparaître ces difficultés. Pour les seconds, le report de l’inscription de la mention du sexe à l’état civil pourrait constituer un important moyen de dissuasion, pour le corps médical et les parents, de pratiquer des actes de conformation sexuée dont on a vu qu’ils soulevaient de très sérieux problèmes au regard du droit des droits humains.

²³³⁵ Comme le remarque Florence Ashley, v. *Ibid.*, p. 43.

²³³⁶ Par analogie, c’est en vertu du principe d’autoidentification que l’identité dite ethno-raciale de l’enfant n’apparaît plus sur l’acte de naissance depuis 1989 aux États-Unis ; c’est désormais celle de la mère qui est déclarée (par autoidentification) et mentionnée sur l’acte de naissance dans la partie relative aux informations médicales (Olivier Richomme, « La classification « ethno-raciale » des Statistiques démographiques aux États-Unis », *Annales de démographie historique*, 2007, vol. 113, n° 1, p. 183.) ; v. également A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 529. À noter cependant que la question de l’autoidentification par les individus de leur identité de genre et de leur race ne sont pas équivalentes, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²³³⁷ La question pourrait se poser plus sérieusement pour les écoles non-mixtes, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²³³⁸ En Europe, 18 pays permettent aux mineurs d’accéder à une procédure de modification de la mention du sexe, avec des contraintes procédurales spécifiques (Commissaire aux droits de l’Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, p. 46) ; en Norvège par exemple, si la personne a entre 6 et 16 ans, la demande doit être faite conjointement avec les détenteurs de l’autorité parentale (CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d’examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, p. 30).

²³³⁹ Selon le même sondage, une personne trans sur trois déclare avoir été discriminée pendant sa scolarité (FRA, *LGBTI II Survey*, 2020 [https://perma.cc/8QRZ-6RHB])

Mais bien que cet argument soit souvent mis en avant par les personnes et organisations qui plaident pour cette solution, il est permis d'en douter. Comme on l'a vu, dans la grande majorité des cas, le corps médical identifie un sexe (féminin ou masculin) et pratique des actes médicaux dans le but de *conformer* (et non pas d'assigner) l'enfant à ce sexe²³⁴⁰.

515. Il faudra toutefois examiner les effets à long terme de ce modèle, qui a par exemple été retenu à Malte. Depuis la loi *Gender identity, gender recognition and sex characteristics Act* (GIGESC) du 14 avril 2015, l'article 278 du Code civil maltais prévoit en effet la possibilité de ne pas mentionner le sexe à l'état civil lorsque « l'identité de genre du mineur n'est pas encore déterminée »²³⁴¹. Dans cette hypothèse, la mention devra toutefois être déclarée dès la majorité (18 ans)²³⁴², la loi supposant ici que toute personne développe nécessairement une identité de genre avant cet âge – et que celle-ci doit être connue du droit. Ce faisant, la loi maltaise amoindrit la cisnormativité du sexe : cette possibilité de suspension de toute détermination en cas de doute ou d'incertitude jusqu'à ce que la personne puisse s'autodéterminer présente des avantages. Pour autant, cette suspension n'est que cela : elle est temporaire (c'est un report), et elle opère par exception (lorsque « l'identité de genre du mineur n'est pas encore déterminée »). En d'autres termes, elle ne remet en cause ni ne déstabilise le spectre du sexe juridique qui continue de planer sur les individus : le principe même d'identification à un sexe et de sexuation de la personne juridique demeure. Le sexe existe, et doit simplement être formalisé par le droit²³⁴³, alors même que la prise au sérieux du principe du droit à l'autodétermination révèle, comme on va le voir, l'absurdité de cette exigence.

B. Une normalisation de la diversité de genre

516. Poussée à son extrême, la logique du droit à l'autodétermination suggère que chaque individu puisse déterminer librement la mention du sexe qui correspond à son identité de genre. La plupart des États se contentent toutefois d'instaurer une troisième catégorie de sexe uniforme (1). Dans les rares cas où les mentions de sexe se multiplient, elles n'échappent pas à l'effet de fixation et d'uniformisation propre à la catégorisation juridique, questionnant ainsi la pertinence même du maintien de la mention du sexe et donc, du droit à l'autodétermination (2).

²³⁴⁰ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

²³⁴¹ Code civil maltais, art. 278 (1) (c) [<https://perma.cc/F6NS-QGGB>].

²³⁴² *Gender Identity, Gender Expression & Sex Characteristics Act*, Chapter, 14 avril 2015, art. 7 (4).

²³⁴³ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 6.

1. Les limites à la reconnaissance d'un sexe neutre

517. Reconnaître un sexe neutre revient à admettre que certains individus ne s'identifient pas au sexe féminin ou masculin. Pour autant, « cette pratique ne démantèle ni ne remet en cause de manière significative l'utilisation bureaucratique de la traditionnelle binarité sexuelle »²³⁴⁴. Créer une troisième catégorie pour l'ensemble des personnes qui ne s'identifient ni au féminin ni au masculin – tout comme permettre l'identification des femmes trans au sexe féminin et des hommes trans au sexe masculin – ne remet nullement en cause ni la pertinence ni la stabilité de la binarité traditionnelle des sexes²³⁴⁵. Au contraire, l'existence d'une seule option alternative au féminin et au masculin renforce l'idée que toutes les autres personnes appartiennent à une catégorie uniforme ; elle suppose une homogénéité qui fait fi de la réalité de la diversité des expériences vécues²³⁴⁶. Par ailleurs, cette mention unique peut contribuer, en parallèle, à renforcer les contours des catégories de sexe féminin et masculin ; le sexe neutre n'a de sens en effet que par rapport à ce dont il se distingue, en l'occurrence le sexe féminin et masculin, qu'il définit par les marges ou négativement. Le sexe neutre apparaît alors comme un moyen d'identifier sous une même mention toutes les personnes qui, par exception, ne se reconnaissent pas dans la bicatégorisation.

518. De plus, si la logique s'inscrit ainsi dans une reconnaissance juridique *active* de l'identité de genre non-binaire, le sexe neutre est souvent spécifié sur les actes d'état civil par la mention « X ». Cette marque traduit une difficulté à penser ce qui excède la binarité ; elle place les individus dont le sexe juridique n'est ni féminin ni masculin en quelque sorte en dehors du système, puisqu'on ne saurait les nommer. La mention peut ensuite poser des difficultés d'un point de vue pratique, notamment en matière de liberté de circulation. En l'absence d'uniformisation au niveau international, le fait d'avoir une mention « X » sur son passeport et/ou ses documents d'identité peut poser des difficultés pour entrer sur le territoire d'un autre État qui adopte une politique ouvertement discriminatoire à l'égard des personnes non-

²³⁴⁴ H. Fogg Davis, *Beyond Trans*, *op. cit.*, p. 46. ; v. dans le même sens I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », *art. cit.*, p. 692.

²³⁴⁵ F. Ashley, « 'X' Why? », *art. cit.*, p. 40.

²³⁴⁶ Pour une description de certaines de ces expériences ou ressentis, v. Jessica A. Clarke, « They, Them, and Theirs », *Harvard Law Review*, 2019, vol. 132, p. 905 ; D. Wade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », *art. cit.*, p. 265. À propos de la suggestion faite par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision de 2019 d'introduire une troisième catégorie de sexe, les auteurs soulignent le risque de voir apparaître une catégorie « fourre-tout », rassemblant toutes les identités jugées atypiques (Peter Dunne et Jule Mulder, « Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany? », *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n° 3, p. 644). Dans le même sens, l'auteur souligne le risque que la grande variété des identités soit réduite à un troisième sexe uniforme : Theodore Bennett, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », *UNSW Law Journal*, 2014, vol. 37, n° 3, p. 858.

binaires²³⁴⁷ et/ou ne reconnaît pas juridiquement le sexe neutre²³⁴⁸. Lena Holzer cite l'exemple des membres de la communauté des Khawaja Sira au Pakistan, qui n'adoptent pas la mention de sexe neutre reconnue par la législation nationale au risque de ne pas pouvoir se rendre dans des pays comme l'Arabie Saoudite pour effectuer un pèlerinage²³⁴⁹.

519. Enfin, la reconnaissance du sexe neutre est relativement isolée et restreinte au seul champ de l'état civil. En l'absence de réflexion et d'adaptation plus globale de l'ordre juridique dans son ensemble, de nombreuses règles sexo-spécifiques continuent d'être appliquées, ce qui impose aux personnes non-binaires de se conformer, *in fine*, à la norme binaire, même lorsque leur état civil est non-binaire. La loi allemande relative à l'autodétermination consacre par exemple des dispositions spécifiques relatives aux quotas « pour la composition des comités ou des organes », sans toutefois prévoir de disposition particulière pour les cas où la mention du sexe n'est ni féminin, ni masculin, ou que la mention est supprimée²³⁵⁰. La reconnaissance d'un sexe non-binaire semble avoir peu de poids face à la multitude d'institutions ou de règles façonnées à partir de la binarité des sexes, lesquelles n'ont pas été adaptées à une reconnaissance d'un sexe neutre²³⁵¹. Le sexe neutre pourrait même, dans certaines situations, être un *obstacle* à l'accès à certains droits²³⁵² ou certains espaces gouvernés ou façonnés à partir de la bicatégorisation²³⁵³. Le droit à l'autodétermination des personnes non-binaire achoppe ainsi sur l'effet de *structure* de la bicatégorisation, d'autant plus lorsque sa logique est poussée à son extrême.

²³⁴⁷ F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 42.

²³⁴⁸ Crainte soulignée par exemple par le *HM Passport Office* au Royaume-Uni dans un rapport qui envisage différentes options relatives au marqueur de sexe sur les passeports britanniques : HMPO, *Gender Marking in Passports Internal Review of Existing Arrangements and Possible Future Options*, 2014, p. 6 et 7. Une solution provisoire pourrait être de permettre aux individus concernés de détenir deux passeports (dont l'un porterait la mention sexe féminin ou sexe masculin). Au Danemark, le ministère des Affaires étrangères recommande ainsi à ses citoyens portant un marqueur « X » sur leurs passeports de contacter l'ambassade des États-Unis avant de voyager : Ashifa Kassam, « Denmark and Finland urge caution for US-bound transgender people », *The Guardian*, 21 mars 2025 [<https://perma.cc/BQ7X-HK34>].

²³⁴⁹ L. Holzer, *Non-binary Gender Registration Models in Europe*, op. cit., p. 20.

²³⁵⁰ Loi sur l'autodétermination en matière de mention du sexe (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag, SBGG*), 19 juin 2024, BGBl. 2024, n° 206, para. 7. Il est indiqué que la mention du sexe à l'état civil au moment de la nomination doit être prise en compte (le changement de la mention n'est pas pris en compte au cours d'un mandat).

²³⁵¹ En matière carcérale par exemple : à Malte, la politique carcérale prévoit que « dans le cas des détenus trans, à genre variant ou intersexués, ceux-ci sont affectés à une division ou à une section conformément à leur acte de naissance, leur carte d'identité, leur passeport ou tout document officiel d'identité, afin de garantir leur sécurité et leur bien-être » ; il n'est toutefois pas précisé si cela signifie qu'une section est spécialement réservée aux personnes intersexuées par exemple (Correctional Services, *Trans, Gender Variant & Intersex Inmates Policy*, 2023, PQ 10765, para. 3.2).

²³⁵² Lena Holzer cite dans son rapport les droits d'héritage au Pakistan qui sont plus élevés pour les hommes, ce qui décourage la communauté Khawaja Sira ne se reconnaissant pas dans la binarité à opter pour la mention du sexe neutre (L. Holzer, *Non-binary Gender Registration Models in Europe*, op. cit., p. 33).

²³⁵³ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 693. Sur ces différents espaces, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

2. Les limites à la reconnaissance d'une pluralité de mentions

520. Malgré l'« étirement » et l'assouplissement de la catégorie de sexe, le sexe juridique semble, à l'image de « catégories de Procuste »²³⁵⁴, toujours plus étroit au regard de la diversité des identités de genre²³⁵⁵. Aussi, à considérer que ce droit vise la détermination par chacun de son identité, une interrogation fondamentale émerge : « jusqu'où est-il politiquement, socialement et juridiquement opportun d'aller » dans la reconnaissance des identités²³⁵⁶ ? Aller au bout de cette hypothèse révèle « l'absurdité » de la mention du sexe et, d'une certaine manière, l'incompatibilité intrinsèque entre le droit à l'autodétermination et le maintien d'une mention du sexe²³⁵⁷. Comme le montre Florence Ashley, le droit à l'autodétermination poussé à l'extrême (la mention du sexe doit pouvoir refléter *toutes* les identités de genre) révèle qu'il n'a en réalité pas pour fonction de permettre aux individus de faire effectivement reconnaître juridiquement leur identité de genre. L'incohérence du droit apparaît alors, à moins d'envisager, par exemple, que toutes les lettres puissent être utilisées pour désigner la variété des identités de genre (en plus du F, du M, et du X)²³⁵⁸. L'ajout de différentes mentions du sexe a « pour fonction d'effacer une grande partie de ce qui est perturbateur dans la non-conformité de genre, à savoir sa multiplicité et son incohérence, en imposant des normes d'essentialisme et de

²³⁵⁴ Jessica A. Clarke, « Identity and Form », *California Law Review*, 2015, vol. 103, n° 4, p. 751. L'expression fait référence à un personnage de la mythologie grecque, Procuste, qui coupait les parties du corps des voyageurs dépassant du lit trop court dans lequel il les avait étendus.

²³⁵⁵ Dylan Vade utilise l'expression de « galaxie du genre » (*gender galaxy*) pour décrire la diversité des identités et expériences liées au genre (D. Vade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », art. cit, p. 273).

²³⁵⁶ V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 209. Aussi, selon l'autrice, « la prise au sérieux de la pluralité des expressions et des identités de genre [...] pose la question de savoir où arrêter l'initiative de leur singularisation juridique » (*Ibid.*).

²³⁵⁷ F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 40.

²³⁵⁸ Ce qui n'est toutefois pas l'option à privilégier selon Florence Ashley (*Ibid.*, p. 39). V. par ex. Dylan Vade qui rappelle « l'infinie variation » des identités de genre, parmi lesquelles « trans, tranny, trannyboy, trannygirl, transsexual, transgender, shinjuku boy, boi, grll, boy-girl, girl-boy-girl, papi, third gender, fourth gender, no gender, bi-spirit, butch, dyke-fag, fairy, elf girl, glitterboy, transman, transwoman » D. Vade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », art. cit, p. 266. Ou encore Florence Ashley qui cite aussi la diversité des identités derrière la non-binarité : « Agender, Alien, Ambiguously gendered, Ambiguously sexed, Androgyne/androgynous, Anomalous, Bear, Best of Both, Bigender, Birl, Blended, Boi, Both, BRRL, Bulldagger, Butch, Butch dyke, Challenged, Cross dreamer, Dyke, Dyke fag, Dysphoric, Extra, Female boy, Female dyke with a twist, Femisexual, Flexible, Fluctuating gender, FtA, FtX, Gender ambidextrous, Gender atheist, Gender bender, Gender blur, Gender deviant, Gender enhanced, Gender euphoric, Gender fabulous, Gender gifted, Gender neutral, Gender variant, Genderfluid, Gender-free, Genderfuck, Genderless, Genderqueer, Gendertrash, Gendertreyf, Girly male, Grilly boi, Human, In-between/in-betweenie, Incomplete gendered person, Intergender, Intersex/intersexed/intersexual, Jest me, Lesbian, Me, MtA, MtX, Neither, Neutrois, Nongendered, Non-genderspecific, Non-normatively gendered, Other, OtherWise, Pangender, Person, Polygenderal, Post-transgender, Queer, Queerboy, Questioning, Radical, Rebel, Skaneellog, Stud, Third gender, Third sex, T-person, Tranfem, Trannie/Tranny, Trannydyke genderqueer wombat fantastica, Transexed, Transfag, Transfeminine, Transie, Transmasculine, Transweird, Trigender, and Twidget » (F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 38).

stabilité »²³⁵⁹. Cela suggère indirectement que « toute entreprise de catégorisation relative à l'identité sexuelle » serait inévitablement vouée à être en crise²³⁶⁰. Le paradoxe du droit à l'autodétermination se révèle alors : il garantit aux individus le choix de déterminer leur identité de genre, tout en imposant, en amont, un choix limité de mentions possible, car les catégories sont prédéfinies. Pour le dire avec Alexandre Jaunait,

« l'entrée dans le jeu du droit, même libéral lorsqu'il habilite à se classer soi-même sans la médiation d'un juge, n'offre en revanche ni le choix des catégories classificatoires, ni leur nombre, ni la possibilité de ne pas se classer, dépolitisant ainsi les identités trans »²³⁶¹.

521. Malgré la très grande diversité des régimes – certains permettent certes de pluraliser la catégorie de sexe – un même constat s'impose : le maintien du sexe comme catégorie d'identification (plus ou moins hétéronome) des individus²³⁶². L'introduction de mentions du sexe allant au-delà de la bicatégorisation et de l'intangibilité repose malgré tout sur une volonté de maintenir le sexe comme une « catégorie gérée » (et gérable) par l'État et maintient – voire accroît²³⁶³ – explicitement le pouvoir des autorités étatiques en la matière²³⁶⁴. Ainsi, en Australie, l'État de Tasmanie permet depuis 2019 que la mention du sexe se réfère à « un mot ou une expression utilisée pour indiquer la perception qu'a une personne d'elle-même comme n'étant ni entièrement homme ni entièrement femme »²³⁶⁵. Le choix n'est toutefois pas totalement libre, puisque le texte précise ensuite que le registraire peut refuser la mention choisie²³⁶⁶. De même, en Nouvelle-Zélande, depuis 2021, la procédure d'autoidentification permet de choisir « tout autre sexe ou genre spécifié dans les règlements »²³⁶⁷ sur l'acte de naissance²³⁶⁸, et de renseigner la mention de son choix pour l'inscription au sein des registres du permis de conduire grâce à un champ de texte libre. Or lorsqu'une mention est librement

²³⁵⁹ F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 43.

²³⁶⁰ Sam Bourcier, « Des "femmes travesties" aux pratiques transgenres: repenser et queeriser le travestissement », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1999, n° 10, p. 132.

²³⁶¹ Alexandre Jaunait, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, 2020, vol. 105, n° 2, p. 449 (nous soulignons).

²³⁶² I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 702.

²³⁶³ A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 491.

²³⁶⁴ Eric A. Stanley, « Gender Self-Determination », *TSQ: Transgender Studies Quarterly*, 2014, vol. 1, n° 1-2, p. 89.

²³⁶⁵ *Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act*, 8 mai 2019, Section 14, 3A, (1) (f), [<https://perma.cc/4US9-WZVM>].

²³⁶⁶ *Ibid.*, Section 14, 3A, (3).

²³⁶⁷ *Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Bill*, 15 décembre 2021, Section 22B (1)(a) (entrée en vigueur le 15 juin 2023).

²³⁶⁸ À noter qu'en parallèle existe la possibilité d'indiquer la mention « indéterminée » sur l'acte de naissance : elle peut être indiquée à la naissance en cas d'impossibilité pour le personnel médical de déterminer un sexe féminin ou masculin, ou par une personne intersexe dont le sexe enregistré à la naissance était féminin ou masculin (dans ce cas, il s'agit d'une procédure de rectification). Le marqueur de sexe peut alors renvoyer tant aux caractéristiques sexuelles qu'à l'identité de genre de la personne.

indiquée par la personne, elle est ensuite requalifiée sous le vocable générique « genre divers »²³⁶⁹. Le droit à l'autodétermination en dehors de la binarité participe alors pleinement au maintien de l'identification des individus à un sexe : même lorsque la catégorie de sexe s'étire pour dépasser les frontières de la binarité et de l'immuabilité, elle demeure intrinsèquement emprisonnée au sein de l'idéologie du sexe.

522. En dépit de ces difficultés, la suppression de la mention du sexe semble néanmoins être une mesure trop radicale pour certains auteurs, qui estiment qu'elle devrait être conservée temporairement sur les documents d'identité en parallèle de sa suppression sur l'acte de naissance²³⁷⁰. Deux raisons principales sont invoquées. La première est relative à l'importance que représente, d'un point de vue personnel et symbolique, la reconnaissance officielle de l'identité (notamment pour les personnes trans²³⁷¹). La seconde touche au caractère protecteur de la mention, tant l'identité de genre des personnes trans peut être remise en question²³⁷². Sortir du système d'identification du sexe pourrait en effet s'avérer être une source potentielle de violence pour les personnes dont le sexe (et plus précisément l'identité de genre) est contesté²³⁷³. C'est notamment le cas pour les personnes racisées, davantage confrontées à des contrôles d'identité discriminatoires, comme des contrôles au faciès²³⁷⁴. Face à ces situations, « le fait de disposer d'un statut de genre officiel peut constituer une ressource faisant autorité »²³⁷⁵. On peut toutefois douter du caractère réellement protecteur de la mention du sexe juridique à l'encontre des traitements discriminatoires. L'ambivalence du droit à l'autodétermination réapparaît alors²³⁷⁶ : certes, la mention du sexe peut être utile afin de protéger les personnes non-conformes de genre face à des doutes émis quant à leur appartenance

²³⁶⁹ NZ Transport Agency, *Gender on the Driver Licence Register*, 2025 [<https://perma.cc/6R8Q-W37M>].

²³⁷⁰ A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 540.

²³⁷¹ T. Bennett, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », art. cit, p. 866. On pourrait toutefois envisager que l'enjeu en termes de reconnaissance officielle pourrait par ailleurs être amoindri en cas de suppression généralisée pour l'ensemble de la population (v. *infra*).

²³⁷² Dunne, « Towards Trans and Intersex Equality : Conflict or Complementarity ? ».

²³⁷³ M.-X. Catto, « Suppression de la mention du sexe ou ajout du sexe neutre à l'état civil ? », art. cit, p. 47 ; D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 5 ; A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 541.

²³⁷⁴ En France, cette pratique a été très largement documentée, et reconnue par le Conseil d'État dans une décision du 11 octobre 2023 (CE, 11 octobre 2023, *Amnesty International France et autres*, n° 454836). Les contrôles au faciès sont majoritairement accompagnés de fouilles corporelles : Human Rights Watch fait état de « palpations intrusives et fouilles illégales » (v. HRW, « *Ils nous parlent comme à des chiens* ». *Contrôles de police abusifs en France*, juin 2020, 50 p.) ; v. également D. Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, op. cit., p. 34 s.

²³⁷⁵ D. Cooper et F. Renz, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », art. cit, p. 496. V. également T. Bennett, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », art. cit, p. 866.

²³⁷⁶ V. *supra*.

à la catégorie de sexe (comme preuve de l'authenticité de leur identité) ; pour autant, elle peut aussi être source de discrimination lorsque l'expression de genre de la personne est jugée trop éloignée des normes associées à son sexe juridique.

523. Dans son rapport à la mention du sexe, le droit à l'autodétermination produit donc des effets ambivalents. D'un côté, il donne aux individus une impression de liberté de choix dans la détermination de leur identité ; de l'autre, il est la manifestation d'une plus grande ingérence de l'État dans la vie privée des individus. Le droit à l'autodétermination apparaît alors comme la manifestation d'un pouvoir régulateur, enfermant les individus dans une « cage de plastique » pour reprendre l'expression de la politiste Wendy Brown²³⁷⁷. Le droit à l'autodétermination participe ainsi du maintien de la catégorie de sexe. Les évolutions apportées au droit positif quant aux catégories dans lesquelles s'exprime le sexe montrent qu'elles préservent, en dernier ressort, le maintien de la capacité à pouvoir sexuer la personne juridique. Une interrogation majeure semble alors mise de côté : qu'en est-il du droit à *ne pas* être identifié à un sexe juridique ? Dans quelle mesure le sexe juridique comme marqueur d'identification est-il nécessaire pour les autorités étatiques, et dans quelle mesure cette fonction n'est-elle pas contradictoire avec la redéfinition des catégories de sexe comme renvoyant à une conviction intime propre à chaque individu ? Quel est l'intérêt pour un État de reconnaître qu'une personne ne s'identifie pas aux catégories du sexe féminin et masculin ? À l'inverse, quels éléments iraient à l'encontre d'une suppression du sexe comme élément d'identification (voire, d'institution) de l'individu ? La question de la pertinence du maintien de la mention du sexe se pose donc, ce qui invite à éprouver l'hypothèse théorique de sa suppression – et donc de l'affranchissement du droit positif vis-à-vis de l'idéologie du sexe.

²³⁷⁷ W. Brown, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, op. cit., p. 41.

Section 2 : L'hypothèse théorique de la suppression de la mention du sexe

524. Les développements qui précèdent ont montré l'ambivalence du droit à l'autodétermination : derrière une liberté accrue pour les individus de maîtriser leur sexe juridique, tant dans sa dénomination (sexe neutre ou autre) que dans sa modification (changements multiples), se manifeste une ingérence (maintenue, voire accrue) de l'État dans ce qui est pourtant juridiquement défini comme relevant de la sphère privée. En d'autres termes, le droit à l'autodétermination peut certes mener à une déstabilisation de la bicatégorisation, mais ne remet pas en question l'idée même du sexe juridique comme élément d'identification de la personne : quelles que soient les modifications apportées à la catégorie de sexe, l'idéologie du sexe demeure intacte.

525. Ainsi, au regard des limites imposées aux individus pour déterminer leur identité, on souhaite ici explorer, dans une approche prospective, l'hypothèse théorique de la suppression de la mention du sexe comme élément d'identification et de catégorisation des individus. Certains auteurs se sont déjà intéressés à cet « imaginaire normatif alternatif »²³⁷⁸, en envisageant la perspective d'une suppression de la mention du sexe juridique²³⁷⁹. Il s'agira, à la lumière de ces travaux, d'analyser les arguments qui laissent supposer que le droit à l'autodétermination ne peut conduire en réalité à la libre détermination par les individus de leur identité. Autrement dit, on pourrait tout aussi bien considérer que le droit à l'autodétermination, dans sa version la plus radicale, ne consiste pas à revendiquer auprès de l'État la mise en œuvre de moyens destinés à reconnaître son identité ; il s'agit, plutôt, d'envisager un *désengagement* de l'État dans l'assignation et l'identification des individus. Dès lors, à l'inverse du mouvement observé au sein du droit des droits humains qui cherche à renforcer toujours plus ce *droit à l'autodétermination*, se dessine la perspective d'une *liberté* de définir son identité²³⁸⁰. Cette

²³⁷⁸ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 639.

²³⁷⁹ V. par ex. F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit ; D. Borrillo, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit ; D. Borrillo, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », art. cit ; Lila Braunschweig, « Abolishing gender registration: A feminist defence », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 30 juillet 2020, vol. 1, n° 1, p. 76-97 ; Andrea Büchler et Michelle Cottier, « Intersexualität, Transsexualität und das Recht: Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption », *Freiburger FrauenStudien*, 2005, vol. 17, p. 115-140 ; A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit ; E. Tissandier-Nasom, « Effective Recognition and Protection of Non-Binary Gender Identities in the Council of Europe Framework », art. cit. ; *Contra*, v. par ex. Philippe Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'Homme*, 21 novembre 2015 ; C. Pomart, « Sexe, état civil et immutabilité de l'état des personnes », art. cit.

²³⁸⁰ Cette distinction entre « droit à » et « liberté » importe peu « du point de vue des protections et garanties juridiques » dans la mesure où « il y a des droits très mal protégés et des libertés bien mieux protégées » (ici à propos de l'inscription de l'IVG au sein de la Constitution française : Nathalie Bajos, Camille Froidevaux-Metterie

liberté ne serait pas entendue au sens d'une liberté qui doit être instituée²³⁸¹, mais qui, au contraire, s'exercerait en dehors de toute intervention étatique. Or si envisager un ordre juridique exempt de la mention du sexe à l'état civil et sur les documents d'identité (ou comme « catégorie d'État »²³⁸²) demande une certaine puissance d'imagination, cela ne relève pas de la pure fiction. D'abord parce que, comme a pu l'établir Danièle Lochak, « ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques : la division *juridique* des sexes ne va pas de soi »²³⁸³. Ensuite, parce que cet horizon est d'ores et déjà recommandé par les organes de protection des droits humains, et sérieusement envisagé au sein de certains États²³⁸⁴.

526. Afin d'explorer cette perspective, on prendra appui sur notre hypothèse de départ, à savoir que le sexe *est* une idéologie ; il s'agit, autrement dit, de « prendre l'idéologie au sérieux »²³⁸⁵. Le désengagement de l'État quant à l'assignation des individus à un sexe serait alors justifié par une exigence de neutralité vis-à-vis de l'idéologie du sexe. En effet, le processus d'assignation d'une personne à un sexe juridique à partir de l'apparence de ses organes génitaux à la naissance entretient une conception particulière de ce qu'est le sexe : une conception « naturelle » qui découle de la binarité sexuelle et définie, par principe, un groupe de femmes et un groupe d'hommes au regard de leurs caractéristiques physiques. Un positionnement neutre exigerait, au contraire, de ne pas encourager une croyance particulière relative à l'idée de

et Stéphanie Hennette-Vauchez, « Le droit à l'IVG dans la Constitution, une « arnaque à la liberté » », *Le Monde*, 14 février 2023 [<https://perma.cc/7LYW-P4V2>] ; en revanche, d'un point de vue conceptuel, tandis que le *droit* à l'autodétermination impliquerait nécessairement une relation entre le titulaire du droit (l'individu) et le débiteur de l'obligation (l'État), la *liberté* de déterminer son sexe renverrait à une prérogative que peut exercer l'individu seul, pour reprendre la « parabole de Robinson » développée par Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, qui met en lumière le fait que « tandis que l'exercice de la liberté peut bien être solitaire, il y a, dans la notion même de droit, une condition essentielle d'altérité » (Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, *Droit des libertés fondamentales et droits humains*, 6e éd., Paris, Lefebvre Dalloz, 2025, p. 12).

²³⁸¹ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, *op. cit.* ; pour une discussion de la position de l'autrice au regard du droit à l'autodétermination, v. *infra*.

²³⁸² D. Borrillo, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit.

²³⁸³ D. Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit », art. cit, p. 75. Véronique Champeil-Desplats ajoute qu'il en va de même pour les catégories relatives à l'orientation sexuelle : « la division juridique des sexes, des genres et des formes de sexualités ne va pas de soi » (V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 206). Dans la même sens, D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 1003 (« Certes, il existe des différences physiques entre les hommes et les femmes. Mais cela ne signifie pas que ces différences justifient nécessairement ou même fréquemment des différences en droit »).

²³⁸⁴ L'hypothèse de la suppression de la mention du sexe à l'état civil a été formulée par les cours constitutionnelles allemande et belge : selon la Cour constitutionnelle allemande, le fait de se passer de toute mention du sexe à l'état civil était une option pour le législateur afin de mettre le cadre législatif en conformité avec la Constitution (Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne (BVerfG), 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16, para. 65) ; la voie de l'autodétermination sur la base d'un modèle déclaratif a toutefois été privilégiée (v. *supra*).

²³⁸⁵ Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, p. 20.

sexe²³⁸⁶, et reviendrait à renoncer à la quête de la « vérité du sexe » telle qu'identifiée par Michel Foucault²³⁸⁷. Le retrait de l'État rejoindrait alors le modèle de « décertification » (*decertification*) proposé notamment par la juriste britannique Davina Cooper²³⁸⁸, entendu comme « un changement de réglementation par lequel l'État se retire de l'enregistrement (ou de l'assignation) du sexe à la naissance et donc, aussi, des procédures ultérieures de requalification du sexe/genre »²³⁸⁹. Au-delà du seul rapport au droit des minorités sexuées et de genre au sein du système de sexe, il s'agit donc bien de repenser d'un point de vue global et structurel le rapport du droit au concept de sexe.

527. Deux mouvements en découlent : d'une part, une simplification des modes d'utilisation du sexe juridique (supprimer toute référence à l'idée de sexe dès lors qu'elle n'est pas utile), et d'autre part, une complexification du cadre herméneutique qui entoure la notion de sexe (décomposer l'ensemble des éléments qui façonnent l'idée de sexe). Si certains éléments relatifs à la dimension sexuée de la personne apparaissent en effet pertinents pour l'ordre juridique (§1), d'autres semblent en revanche entretenir le simple maintien de l'idéologie du sexe, sans réelle pertinence (§2).

§1. Conserver l'usage du sexe en tant qu'élément matériel

528. Le désengagement de l'État quant à l'identification sexuée des individus ne signifie pas nécessairement la suppression de toute information relative au sexe. Comme le souligne Theodore Bennett, « dé-mentionner » (*De-Emphasising*) le sexe peut s'appréhender à travers une « approche mixte » (*blended approach*) qui envisage et distingue les situations dans lesquelles cette information apparaît pertinente²³⁹⁰. En l'occurrence, la mention du sexe peut être mobilisée tant à des fins de santé qu'à des fins de statistiques. Un travail d'interprétation doit alors être engagé (ie. ce qui constitue la dimension herméneutique) afin de préciser l'information recherchée, tout en questionnant la pertinence de la rendre publique. Ainsi, les données relatives au sexe seraient envisagées comme des données confidentielles ou personnelles (2), lesquelles seraient renseignées sous le vocable de caractéristiques sexuées (1).

²³⁸⁶ V. *supra*.

²³⁸⁷ M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 128 et s. ; sur ce point, v. l'introduction de la présente thèse.

²³⁸⁸ Le modèle est au centre du projet de recherche collectif « *Future of Legal Gender* » dirigé par Davina Cooper, dont le rapport final a été publié en 2022 : Davina Cooper et al., *Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law Reform*, King's College London., UK, Future of Legal Gender Project, 2022, 46 p.

²³⁸⁹ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 2.

²³⁹⁰ T. Bennett, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », art. cit, p. 867.

A. Isoler les caractéristiques sexuées du concept de sexe

529. L'assignation d'un sexe juridique à la naissance présume que le corps (en particulier les organes génitaux) détermine non seulement l'identité mais aussi l'expression de genre de la personne. Le désengagement de l'État quant à cette conception particulière du sexe n'empêcherait pas, en revanche, que continue d'être prise en considération la matérialité des corps et que soient ainsi renseignées les caractéristiques sexuées de la personne²³⁹¹. En effet, au-delà d'une fonction d'identification, la mention du sexe permet également de produire des informations en matière de santé publique (politiques de dépistage organisées en fonction du sexe à l'état civil par exemple) ; or dans cette perspective, ce sont bien les données relatives à la *matérialité* des corps qui importent.

530. Sur le plan pratique, la mention des caractéristiques sexuées de la personne apparaît plus précise et plus adaptée que celle du sexe, qui ne renseigne pas automatiquement sur les caractéristiques physiques de la personne. Une personne peut en effet avoir des testicules en étant enregistrée comme de sexe féminin, ou un utérus tout en ayant un acte de naissance qui indique la mention de sexe masculin (ou tout autre variation comparable)²³⁹². Sur le plan théorique, une rupture apparaît alors : la mention des caractéristiques sexuées ne vise pas à *identifier* la personne, mais à indiquer sur son acte de naissance des informations utiles du point de vue de la production de statistiques en matière de santé. Ce n'est donc plus l'idée de sexe qui est renseignée ici, mais bien une donnée physique, matérielle, commune à l'ensemble des individus²³⁹³. Cette perspective produirait ainsi une forme de mise à distance de la logique cisnormative précédemment identifiée²³⁹⁴ qui gouverne l'idéologie du sexe et distingue, comme on l'a vu, d'une part, le sexe assigné à la naissance (biologique, déterminé à partir des organes

²³⁹¹ Anna James Neuman Wipfler suggère quant à elle de remplacer la mention du sexe sur l'acte de naissance par celle de « l'apparence des organes génitaux » (*apparent genital status*) A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 532.

²³⁹² Ainsi, à propos de la volonté de l'administration Trump d'avoir recours au sexe assigné à la naissance dans tous les domaines relatifs à l'identification des individus, Paisley Currah rappelle : « les épidémiologistes qui étudient la prévalence du cancer de l'utérus n'incluent que les personnes ayant un utérus dans leurs calculs. Exiger que les personnes assignées au sexe de naissance soient le dénominateur inclurait les personnes ayant subi une hystérectomie et aboutirait à des résultats qui sous-estimeraient la prévalence des cancers de l'utérus. Pour les femmes noires, qui ont des taux d'hystérectomie plus élevés, l'utilisation du sexe à la naissance sous-estime les taux de cancer du col de l'utérus jusqu'à 44 % » (Paisley Currah, « Full-Throated Explicit Dehumanization », 10 février 2025, *N+1* [<https://perma.cc/4ATQ-YVE8>]).

²³⁹³ Dans la mesure où, comme le rappelle Marie-Xavière Catto, toute personne présente bien une variation du développement génital (M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 20.)

²³⁹⁴ V. *supra*, Section 1.

génitaux, comme donnée qui serait neutre, binaire, naturelle et immuable²³⁹⁵), et d'autre part l'identité de genre de la personne (qui, par exception, est parfois contradictoire, participant ainsi au récit selon lequel les personnes trans sont « nées dans le mauvais corps »²³⁹⁶). Les mentions envisagées pourraient ainsi être multiples (« F » pour caractéristiques sexuées de type féminin, « M » pour caractéristiques sexuées de type masculin, ou « I » pour caractéristiques sexuées intersexes, cette nomenclature pouvant être adaptée et les mentions multipliées en fonction de ce qui paraît le plus pertinent du point de vue de la production de statistiques en matière de santé).

531. Toutefois, la suppression d'une notion (ici le sexe) n'entraîne pas par définition la suppression de toute référence à celle-ci. Même supprimée, elle pourrait continuer de « constituer le référent implicite d'autres catégories juridiques qui font en quelque sorte office d'équivalents fonctionnels du mot absent »²³⁹⁷. Le remplacement de la mention « sexe » par celle de « caractéristiques sexuées » ne signifie pas en soi que les attentes des tiers quant à l'expression de genre de la personne ne soient pas constamment dépendantes de celle-ci, c'est-à-dire qu'une mention « caractéristiques sexuées de type féminines » implique que la personne est censée s'identifier et adopter les normes de genre associées au sexe féminin²³⁹⁸. Faire apparaître publiquement cette information sur l'acte de naissance pourrait perpétuer la visée identificatrice du corps qui se joue à l'heure actuelle avec le renseignement de la mention du sexe (un enfant né avec un pénis sera par principe un homme par exemple), voire la renforcer²³⁹⁹. C'est pourquoi en parallèle de cette précision quant à ce que désigne la mention des caractéristiques sexuées, son statut doit également être modifié pour en faire une donnée confidentielle.

²³⁹⁵ Ce qui est perçu comme « la vérité objective des corps physiques » (I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 639).

²³⁹⁶ *Ibid.*, p. 705.

²³⁹⁷ D. Lochak, « La race », art. cit, p. 292 (à propos de la race dans le texte).

²³⁹⁸ On pense par exemple aux parents, bien que cette option (tout comme n'importe quelle option concernant la mention du sexe à l'état civil) n'empêche pas d'élever un enfant comme fille ou garçon, ou bien de manière la plus neutre possible ; certains parents s'engagent en effet dans cette voie éducative (v. par ex. le mouvement « theybies » qui consiste à élever son enfant de manière neutre afin de lui laisser le choix de son identité de genre ; à ce sujet, v. l'ouvrage Kyl Myers, *Raising Them: Our Adventure in Gender Creative Parenting*, USA, Amazon Publishing, 2020, 254 p. et la nouvelle publiée en 1972 par l'écrivaine Lois Gould, « X: A Fabulous Child's Story », *Ms.*, 1972).

²³⁹⁹ Se rapprochant ainsi du modèle du « sexe assigné à la naissance » adopté par certains pays, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

B. Rendre confidentielle une donnée de santé

532. Les informations relatives aux caractéristiques sexuées, en tant que donnée de santé, ne seraient plus publiques mais confidentielles car utilisées seulement à des fins médicales et statistiques²⁴⁰⁰. Cet « ajustement radical » (*radical tweak*) a été envisagé dès 2005 par la juriste Elizabeth Reilly, qui avait souligné combien cette simple modification quant au statut des données collectées sur l'acte de naissance pourrait introduire un changement profond²⁴⁰¹. Sans pour autant prétendre que cet ajustement serait une réponse à toutes les difficultés (légales et/ou sociales) rencontrées notamment par les personnes intersexes²⁴⁰², il s'agirait d'un basculement fort d'un point de vue conceptuel : les informations relatives au sexe à la naissance perdraient leur fonction identificatrice. Certains éléments renseignés au sein des registres de l'état civil peuvent d'ailleurs avoir un statut confidentiel. C'est le cas aux États-Unis où depuis 1949, une « ligne de démarcation » a été ajoutée sur les actes de naissance visant à distinguer entre les éléments à visée d'identification (partie supérieure, publique) et ceux « réservé à un usage médical et de santé » (partie inférieure, confidentielle)²⁴⁰³. En particulier, les données relatives à l'origine ethnique ou raciale des parents par exemple, ont ainsi été transférées de la partie supérieure vers la partie inférieure²⁴⁰⁴ – donnée qui est d'ailleurs basée sur l'autoidentification²⁴⁰⁵ – afin notamment de limiter les discriminations fondées sur cette information²⁴⁰⁶. Il s'agirait donc d'en faire de même avec la mention des caractéristiques sexuées de l'enfant, qui n'apparaîtrait pas sur la copie de l'acte de naissance²⁴⁰⁷. Cette

²⁴⁰⁰ Vadim M. Shteyler, Jessica A. Clarke et Eli Y. Adashi, « Failed Assignments - Rethinking Sex Designations on Birth Certificates », *The New England Journal of Medicine*, 17 décembre 2020, vol. 383, n° 25, p. 2400. Cela « permet que l'assignation à un sexe soit utilisée aux deux fins pour lesquelles elle est raisonnablement utile et non indûment nuisible – des raisons de santé publique et des raisons sociales » (Elizabeth A. Reilly, « Radical Tweak: Relocating the Power to Assign Sex from Enforcer of Differentiation to Facilitator of Inclusiveness: Revising the Legal Response to Intersexuality », *Cardozo Women's Law Journal*, 2005, vol. 12, p. 297).

²⁴⁰¹ E.A. Reilly, « Radical Tweak », art. cit.

²⁴⁰² *Ibid.*, p. 309 ; V.M. Shteyler, J.A. Clarke et E.Y. Adashi, « Failed Assignments - Rethinking Sex Designations on Birth Certificates », art. cit, p. 2401. La pression exercée quant à la nécessité de pratiques des actes de conformation sexuée sur les enfants intersexes pourrait ainsi être amoindrie, sans toutefois en faire une solution permettant l'arrêt complet de la pratique des actes de conformation sexuée.

²⁴⁰³ A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 531.

²⁴⁰⁴ V.M. Shteyler, J.A. Clarke et E.Y. Adashi, « Failed Assignments - Rethinking Sex Designations on Birth Certificates », art. cit, p. 2399.

²⁴⁰⁵ E.A. Reilly, « Radical Tweak », art. cit. L'acte de naissance indique la ou les origines raciales de la mère, donnée récoltée à partir de ce qu'elle considère être le plus juste (v. *Birth Edit Specifications for the 2003 Revision of the U.S. Standard Certificate of Birth*, juin 2021, p. 54).

²⁴⁰⁶ A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 532.

²⁴⁰⁷ Le recours à l'acte de naissance ne doit en ce sens pas être sous-estimé : le document est régulièrement demandé pour toute sorte de procédures administratives (obtenir une carte d'identité, actes notariaux), et dans certains États, il constitue souvent le seul document officiel pour les personnes à faible revenu, v. *Ibid.*, p. 537.

hypothèse est suggérée tant par des médecins que des juristes²⁴⁰⁸. Par exemple, l'*American Medical Association* (AMA) suggère qu'afin de protéger la vie privée des personnes et prévenir le risque de discrimination, la mention du sexe n'apparaisse plus sur la partie « publique » de l'acte de naissance. L'information ne figurerait que parmi les données confidentielles, à destination seulement du personnel médical et à des fins de statistiques²⁴⁰⁹. Des initiatives similaires ont d'ores et déjà été intégrées au sein du droit positif. Au Canada par exemple, l'Ontario permet aux individus de demander un acte de naissance dans lequel le champ relatif au marqueur de sexe n'apparaît pas²⁴¹⁰. Cette donnée serait ainsi mobilisée uniquement lorsqu'elle est nécessaire à des fins d'étude, dans un objectif plus global de précision de données recueillies.

533. La collecte d'informations relatives au sexe de la personne sert en effet différents objectifs, que ce soit le calcul du sexe-ratio à la naissance ou encore les différences de mortalité selon le sexe²⁴¹¹. La question qui doit être posée est donc celle de l'objectif et de l'information recherchée par l'étude : pour reprendre les exemples formulés par Davina Cooper et Robyn Emerton, l'information renseignée ne sera pas la même selon que l'objectif est d'aboutir à des statistiques en fonction de capacités procréatives de la personne ou de la relation entre son identité de genre vécue et le salaire²⁴¹². En ce sens, lorsqu'il est question d'établir des statistiques en lien avec les caractéristiques sexuées des personnes (calcul de l'espérance de vie ou de la part de population intersexe par exemple), l'information pourrait être déterminée à partir des données renseignées au sein des actes de naissance ou sur la base de données récoltées dans le cadre du recensement de la population. Lorsqu'il est question d'établir des statistiques

²⁴⁰⁸ V. par ex. V.M. Shteyler, J.A. Clarke et E.Y. Adashi, « Failed Assignments - Rethinking Sex Designations on Birth Certificates », art. cit, p. 2399.

²⁴⁰⁹ American Medical Association (AMA), « AMA announced policies adopted on final day of Special Meeting, 16 juin 2021 » [<https://perma.cc/TY8M-J4EN>]. Les données relatives au sexe pourraient ainsi continuer d'être transmises au *National Center for Health Statistics* (NCHS) aux États-Unis ; en France, on pourrait prendre l'exemple de l'INSEE, qui reçoit tous les mois les bulletins statistiques de l'état civil (relatifs aux naissances, décès, reconnaissances et mentions portées en marge des actes de naissance) envoyés par les communes, ensuite centralisés au sein du Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP) (L. Hérault, *Etat civil de demain et transidentité*, op. cit., p. 248), v. *infra*.

²⁴¹⁰ La mention du sexe continue en revanche d'apparaître sur les registres de l'état civil, v. « Changing your sex designation on your birth registration and birth certificate », 3 février 2025 [<https://perma.cc/TE7R-XKUG>].

²⁴¹¹ Department of Economic and Social Affairs Statistics Division (ONU), *Principles and Recommendations for a Vital Statistics System: Revision 3*, 2014, Series M n° 19/Rev.3, para. 114.

²⁴¹² D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 20. Une analogie est faite également avec l'orientation sexuelle : le questionnaire préalable au don du sang a été adapté, les conditions sont désormais identiques pour l'ensemble des donneurs, tandis qu'auparavant, les hommes ayant eu des relations sexuelles avec d'autres hommes devaient répondre à des critères spécifiques ; ainsi, en France, « le critère d'accès au don faisant référence aux partenaires sexuels sera désormais le même pour toutes et tous, impliquant donc un mono partenariat réciproque dans les quatre mois précédant le don », v. Établissement français du sang, « Levée de l'ajournement au don de sang des hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes », 16 mars 2022 [<https://perma.cc/JL89-H5F5>].

en lien avec l'identité de genre vécue (la part de la population trans dans la population générale par exemple), l'information serait obtenue via les informations renseignées dans le recensement de la population générale sur la base de l'autoidentification des personnes²⁴¹³. Sur la base de l'autodétermination, les individus renseigneraient ainsi leur identité de genre (en cochant l'une des options proposées, y compris en dehors de la binarité²⁴¹⁴, ou en renseignant l'information dans un champ libre²⁴¹⁵). En Nouvelle-Zélande, l'organisation gouvernementale chargée des statistiques officielles du pays (*Statistics New Zealand*) a ainsi publié un guide relatif à la collecte de données relatives au « sexe, à l'identité de genre et aux variations du développement sexué ». Il décrit la méthode suivante : une première étape consiste à s'interroger sur la nécessité de récolter une information relative au sexe ou à l'identité de genre de la personne ; en cas de réponse positive, la seconde étape consiste à se demander si ces deux dimensions sont

²⁴¹³ Laissant ainsi le choix à une personne de déterminer ce qui définit sa transidentité : en l'absence d'un sexe assigné à la naissance, une personne pourrait ainsi se déclarer trans en raison d'un décalage ressenti entre le genre dans lequel elle a été élevée et son identité de genre. Une autre manière d'obtenir cette information serait de relever les cas où il existe une inadéquation entre la mention des caractéristiques sexuées renseignée sur l'acte de naissance et la mention de l'identité de genre renseignée sur le recensement par l'individu ; cela entretient toutefois un système cisnormatif et l'idée selon laquelle les organes génitaux et plus largement les caractéristiques sexuées déterminent, par principe, l'identité de genre de la personne. V. par ex. la pratique du Bureau australien des statistiques (*Australian Bureau of Statistics*, ABS), qui prévoit la possibilité de récolter des données relatives au sexe (assigné à la naissance : féminin, masculin ou autre), à l'identité de genre (femme, homme, non-binaire, autre, non-enseigné), aux caractéristiques sexuées et à l'orientation sexuelle ; les personnes trans sont identifiées à partir d'une méthode en « deux-étapes » (*two-step process*), en croisant les informations relatives au sexe assigné à la naissance et à l'identité de genre (par exemple, lorsqu'une personne indique avoir été assignée au sexe féminin à la naissance, et qu'elle s'identifie à une identité de genre non-binaire) (ABS, *Standard for Sex, Gender, Variations of Sex Characteristics and Sexual Orientation Variables*, 14 janvier 2021 [<https://perma.cc/M6E9-LXZ4>]). La méthode est également utilisée au Canada : depuis 2021, figurent ainsi deux questions au sein du recensement : la première, « quel était le sexe à la naissance de cette personne ? » (à laquelle il est possible de répondre par « féminin » ou « masculin ») et la seconde, « quel est le genre de cette personne ? » (à laquelle il est possible de répondre « féminin », « masculin », ou toute autre mention en cochant l'option « veuillez préciser le genre de cette personne ») (Statistique Canada, *Guide de référence sur l'âge, le sexe à la naissance et le genre. Recensement de la population, 2021*, 27 avril 2022, p. 4).

²⁴¹⁴ Par analogie, aux États-Unis, les catégories ethnoraciales disponibles lors du processus de recensement ont évolué. En 1790, on trouvait ainsi les catégories « blanc », « autres personnes libres » et « esclave ». La catégorie « noir » (*Black*) apparaît pour la première fois en 1850. La catégorisation fut complexifiée par la suite : en 1890, on retrouve ainsi la catégorie « noir », mais aussi « mulattos », « ocotoons », ou encore « quadroons » (*i.e.* un individu avec un huitième ou un quart de sang noir). Aujourd'hui, il existe cinq catégories (*American Indian or Alaska Native, Asian, Black or African American, Native Hawaiian or Other Pacific Islander, White*, v. Robin Dembroff et Dee Payton, *Why We Shouldn't Compare Transracial to Transgender Identity*, <https://www.bostonreview.net/articles/robin-dembroff-dee-payton-breaking-analogy-between-race-and-gender/>, 18 novembre 2020).

²⁴¹⁵ Pourraient ainsi figurer les mentions féminin, masculin, non-binaire, genre fluide, pangenre, agenre, ainsi que d'autres catégories spécifiques à certaines cultures, et une case « autre ». Une part d'hétéronomie subsiste alors, puisque pour des raisons pratiques et afin de produire des résultats cohérents, toutes les identités de genre ne peuvent être prises en compte (requalification par l'autorité). En Nouvelle-Zélande par exemple, les personnes ont la possibilité de préciser lorsqu'ils déclarent appartenir à un autre genre que féminin ou masculin, mais toutes les réponses seront codées sous la catégorie « autre » ; de même, une personne qui précise être un homme trans verra sa réponse codée sous la catégorie « homme » : Stats NZ, *Data standard for gender, sex, and variations of sex characteristics*, Wellington, avril 2021, p. 12. Pour une comparaison avec les catégories ethnoraciales aux États-Unis, v. O. Richomme, « La classification « ethno-raciale » des Statistiques démographiques aux États-Unis », art. cit, p. 185.

nécessaires et si la population trans doit être identifiée. Dans la négative, seule l'identité de genre est demandée. Enfin, une troisième considération est liée à la nécessité de récolter des informations relatives à l'intersexuation de la personne (dans l'affirmative, une question doit être spécifiquement prévue)²⁴¹⁶. La prise en compte de la dimension matérielle du sexe (des caractéristiques sexuées), parfois associée à l'identité de genre vécue de la personne sous un prisme autonomiste, ne nécessite donc pas d'avoir recours à une *assignation* des individus à un sexe. Il en va de même en matière d'*identification* des individus, dont le processus peut se passer de la mention de sexe juridique.

§2. S'abstenir de l'usage du sexe en tant que donnée personnelle

534. La question de l'intérêt que représente pour l'État le fait d'assigner les individus à un sexe dès la naissance, puis de les identifier à partir de cette catégorie tout au long de leur vie, a déjà pu être soulevée²⁴¹⁷. La perspective de la suppression du sexe comme élément d'identification n'est pas nouvelle dans le discours sur le droit²⁴¹⁸, ni dans les revendications du monde militant (bien qu'il soit loin d'être unanime sur ce point²⁴¹⁹). S'il a pu être admis par certaines autrices qu'il n'y a « pas d'obstacle théorique à ce qu'on décide de se passer du sexe comme élément pertinent de l'état civil »²⁴²⁰, il convient d'aborder tant les implications conceptuelles **(A)** que pratiques **(B)** que cela implique.

A. Un changement de paradigme conceptuel

535. Ce changement de paradigme conceptuel répond à deux logiques : d'une part, la mention de sexe est supposée refléter l'identité de genre des personnes, laquelle est une donnée qui relève de la vie privée ; d'autre part, et par conséquent, son utilisation doit être limitée au strict nécessaire au risque de provoquer une ingérence injustifiée des autorités publiques.

²⁴¹⁶ Stats NZ, *Data standard for gender, sex, and variations of sex characteristics*, Wellington, avril 2021, p. 9.

²⁴¹⁷ T. Bennett, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », art. cit, p. 863. H. Fogg Davis, *Beyond Trans*, op. cit.

²⁴¹⁸ En France, v. not. D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit, p. 273 ; P. Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art. cit. ; J. Hauser, « Le mystère du chevalier d'Eon », JCP G, 2015, p. 1157 ; M.-X. Catto, « Suppression de la mention du sexe ou ajout du sexe neutre à l'état civil ? », art. cit ; B. Moron-Puech, « Suppression de la "mention du sexe" ou ajout du "sexe neutre" sur les cartes d'identité ou les passeports », art. cit.

²⁴¹⁹ Certaines personnes revendiquent en effet la volonté d'être reconnues par l'État selon le sexe qu'elles revendiquent (reconnaissance institutionnelle, v. *infra*).

²⁴²⁰ D. Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit », art. cit, p. 75.

536. Dans l'hypothèse où la seule mention des caractéristiques sexuées est maintenue, le sexe sortirait de l'état des personnes et perdrait sa fonction identificatrice (il n'*institue* pas l'individu) ; il pourrait cependant continuer d'être pris en compte par le droit à des fins de statistique ou de protection contre les discriminations²⁴²¹. Il deviendrait, en d'autres termes, une catégorie juridique similaire à la race, la religion ou encore l'orientation sexuelle. En ce sens, Muriel Fabre-Magnan estime ainsi qu'il est « essentiel [...] que le droit garantisse l'absence de discrimination selon les pratiques sexuelles, mais cela n'implique nullement, d'un point de vue de technique juridique, d'en faire une typologie, et encore moins de faire de celles-ci un élément de l'identité des personnes »²⁴²², notamment dans la mesure où cela conduirait à « essentialiser et à enfermer dans des catégories et sous des étiquettes ce qui au contraire devrait rester mobile, ouvert, indéterminé »²⁴²³. Elle questionne même : « a-t-on besoin de l'assentiment du droit et de l'État pour avoir la sexualité de son choix et pour en changer ? »²⁴²⁴. Par analogie, a-t-on besoin de l'assentiment du droit et de l'État pour avoir l'identité de genre de son choix et pour en changer ? Or ce que l'autrice de ces lignes entend par « pratiques sexuelles » fait référence en réalité à « l'identité de genre »²⁴²⁵. Il semble ainsi que, paradoxalement, son analyse va dans le sens d'une plus grande liberté des individus quant à la détermination, sans intervention de l'État, de leur identité de genre.

537. Partant, pour Muriel Fabre-Magnan,

« il n'y a en revanche pas de “droit” à l'autodétermination, car on ne pourrait par hypothèse poursuivre aucune personne devant les tribunaux afin de revendiquer qu'elle nous “autodétermine”, ou qu'elle nous fasse “mener notre vie comme on l'entend”. Il faut en effet, pour qu'il y ait un “droit”, un débiteur tenu d'exécuter quelque chose »²⁴²⁶.

Or c'est sans compter que la consécration d'un droit implique également une obligation d'*abstention*²⁴²⁷. Dans le cadre de la jurisprudence européenne, le droit à l'autodétermination, qui relève de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée)²⁴²⁸, pourrait ainsi être envisagé non plus sous l'angle d'une obligation *positive* des États membres à prévoir une procédure de modification de la mention du sexe, mais d'une obligation *négative*, à savoir

²⁴²¹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²⁴²² M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 260.

²⁴²³ *Ibid.*, p. 259.

²⁴²⁴ *Ibid.*, p. 260.

²⁴²⁵ Elle désigne en effet dans ce passage la « revendication consistant à faire reconnaître par le droit des pratiques sexuelles sous le vocable d'une “identité de genre” » *Ibid.*, p. 259. L'autrice considère toutefois que « la question du sexe » doit relever « de l'état (au sens de l'état des personnes) et donc de l'identité des personnes » (*ibid.*)

²⁴²⁶ *Ibid.*, p. 251.

²⁴²⁷ Laurie Marguet, « De l'existence d'un droit à l'IVG en France » dans *De haute lutte: la révolution de l'avortement*, Paris, CNRS éditions, 2025, p. 21.

²⁴²⁸ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

s'abstenir d'identifier les individus à un sexe juridique en dehors d'un intérêt légitime²⁴²⁹. Il s'agit alors davantage de garantir l'absence d'ingérence de l'État dans ce qui relève de la sphère privée²⁴³⁰, lequel interviendrait en revanche en matière de protection contre les discriminations fondées sur le sexe²⁴³¹.

538. Poursuivons l'analogie avec le traitement juridique de l'orientation sexuelle. L'interdiction des relations homosexuelles est examinée sous l'angle de l'obligation négative des États (ingérence)²⁴³², et elle coexiste avec l'obligation positive qui pèse simultanément sur eux de réprimer toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle²⁴³³. Il en va de même au regard de la mention de la religion sur les cartes d'identité. Dans une affaire mettant en cause la mention de la religion des individus sur les cartes d'identité en Turquie, la Cour de Strasbourg avait conclu à une violation de l'article 9 de la Convention (liberté de pensée, de conscience et de religion), estimant qu'elle était contraire à la liberté de ne pas manifester sa religion ou sa conviction (qu'elle soit obligatoire ou facultative), car elle menait à « la divulgation d'un des aspects les plus intimes de l'individu »²⁴³⁴. Le fait pour les autorités d'imposer la mention de la religion sur les cartes d'identité, y compris lorsqu'elle indique l'absence de religion²⁴³⁵, viole en effet le droit de ne pas avoir à dévoiler ses convictions religieuses. L'affaire a ainsi été examinée « sous l'angle de l'aspect négatif de la liberté de religion et de conscience, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de manifester ses convictions »²⁴³⁶. La Cour note également qu'au regard « de l'usage fréquent de la carte d'identité », cette mention « risque de conduire à des situations discriminatoires dans les relations avec l'administration »²⁴³⁷. Transposé à la mention du sexe, qui est susceptible de renvoyer à l'identité de genre des

²⁴²⁹ Lena Holzer, « Legal gender recognition in times of change at the European Court of Human Rights », *ERA Forum*, octobre 2022, vol. 23, n° 2, p. 165-182 ; v. aussi l'opinion dissidente de la juge Šimáčková dans la décision de la Cour EDH relative à l'introduction d'un sexe neutre à l'état civil, pour qui cela relève d'une « obligation négative de l'État de ne pas s'ingérer » dans la vie privée de la personne concernée (Cour EDH, 31 janvier 2023, *Y. c. France*, n° 76888/17, opinion dissidente de la juge Šimáčková, para. 9).

²⁴³⁰ Cette hypothèse pourrait être rattachée, plus généralement, à la distinction faite par Isaiah Berlin entre liberté négative et liberté positive, v. I. Berlin, *Éloge de la liberté*, *op. cit.* Le rapprochement est également évoqué par Muriel Fabre-Magnan, v. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 255 : « la liberté négative est celle qui permet de garantir à l'agent une sphère de non-interférence ; il s'agit d'une liberté comme absence de contrainte externe. [...] Dans cette sphère ainsi protégée, la liberté positive permet à l'agent d'être son propre maître et de s'autodéterminer, en d'autres termes de choisir la vie qu'il souhaite mener ».

²⁴³¹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²⁴³² Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

²⁴³³ V. par ex. Cour EDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08.

²⁴³⁴ Cour EDH, 2 février 2010, *Sinan Işık c. Turquie*, n° 21924/05, para. 51 et 52.

²⁴³⁵ La Cour explique en effet que le fait de laisser la case relative à la religion vide « a inévitablement une connotation spécifique » (*ibid.*).

²⁴³⁶ *Ibid.*, para. 41.

²⁴³⁷ *Ibid.*, para. 43.

individus, c'est-à-dire l'un des aspects les plus intimes de la personnalité²⁴³⁸, le raisonnement illustre la manière dont elle est susceptible de conduire à des situations de discrimination. Pour certains auteurs, au nom du « pluralisme démocratique », il ne serait pas viable d'imposer à l'ensemble des individus une absence d'identification à un sexe juridique, mais préférable de proposer plusieurs options d'identification (y compris celle de la non-identification)²⁴³⁹. Autrement dit, les individus auraient le choix entre plusieurs mentions, laquelle serait facultative. On comprend dès lors que cette configuration risquerait de perpétuer la situation de discrimination et de stigmatisation des personnes identifiées en dehors de la binarité puisque pour reprendre les mots de la Cour européenne à propos de la religion, laisser une case vide « a inévitablement une connotation spécifique »²⁴⁴⁰.

539. Des acteurs de la protection des droits humains, tout comme certaines associations militant pour les droits des personnes LGBTQIA+²⁴⁴¹, questionnent ainsi la pertinence du marqueur de sexe et se prononcent en faveur d'une limitation de la mention du sexe sur les documents d'identité²⁴⁴². Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe encourage ainsi les États membres, dans une recommandation de 2025 relative à l'égalité des droits des personnes intersexes, à explorer « la possibilité de ne pas déclarer volontairement le sexe ou le genre sur les documents d'identité »²⁴⁴³. Il s'agirait de prévoir une référence au sexe sur les documents

²⁴³⁸ P. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », art. cit. L'auteur propose de considérer « un sexe en disharmonie avec l'identité de genre comme une atteinte à la liberté de conscience » de l'article 9 ; en effet, bien que l'aspect religieux soit au cœur de cette disposition, la Cour a précisé à plusieurs reprises que son article 9 ne s'arrête pas aux « seules convictions religieuses », mais « englobe les idées, les conceptions philosophiques de toute sorte, avec la mention expresse des conceptions religieuses d'une personne, sa propre manière d'appréhender sa vie personnelle et sociale » (Division de la recherche, Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion, Cour européenne des droits de l'Homme, 2013, p. 6) ; dans sa jurisprudence, le juge européen associe le terme « conviction » à « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » (Cour EDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76, para. 36), ce qui pourrait rejoindre la conviction des individus d'appartenir à un sexe ou de s'identifier à une identité de genre.

²⁴³⁹ Geoffrey Willems, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *RTDH*, octobre 2020, n° 124, p. 918. (À propos du cadre législatif belge).

²⁴⁴⁰ *Sinan Işık c. Turquie*, para. 52.

²⁴⁴¹ V. par ex. le « Darlington Statement », une déclaration commune d'associations de défense des droits des personnes intersexes australiennes et néo-zélandaises (Darlington Statement, mars 2017, para. 8 [<https://perma.cc/6PP9-FX4G>]).

²⁴⁴² *Human Rights and Gender Identity and Expression*, op. cit., p. 10, recommandation n° 5 de la Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe : « examiner la nécessité et la proportionnalité de l'inclusion de marqueurs de genre dans les documents officiels » ; Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion (CDADI), *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, 7 juillet 2022, 45 p.

²⁴⁴³ Comité des Ministres, *Recommandation aux États membres sur l'égalité des droits des personnes intersexes*, 7 octobre 2025, CM/Rec(2025)7, Annexe, para. 38.

officiels ou administratifs seulement lorsqu'une telle information apparaît nécessaire²⁴⁴⁴, au même titre que les données à caractère personnel²⁴⁴⁵ ; ces données sont soumises à un principe de minimisation²⁴⁴⁶, ce qui implique par exemple que le numéro de sécurité sociale d'un candidat n'a pas besoin d'être recueilli lors d'un entretien d'embauche, mais seulement à l'établissement de son contrat de travail²⁴⁴⁷. Les Principes de Yogyakarta recommandent ainsi aux États de « 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 par conséquent, de cesser « 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 »²⁴⁴⁸. Cette recommandation vise ainsi à faire du sexe non pas une donnée automatiquement récoltée à la naissance par les États, mais mentionnée seulement lorsque nécessaire²⁴⁴⁹ et à titre confidentiel. Pour l'Expert indépendant de l'ONU sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, « les États doivent s'abstenir de collecter et de publier des données s'ils ne poursuivent pas un but légitime, proportionné et utile » et exprime ainsi « de sérieux doutes quant à la nécessité réelle d'indiquer systématiquement le genre des personnes dans les documents officiels ou non officiels »²⁴⁵⁰. Il s'agirait ainsi, en pratique, de limiter toute forme d'identification et de désignation des individus à partir du sexe.

²⁴⁴⁴ V. en ce sens, Défenseur des droits, 20 février 2017, *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, p. 15 (« toute personne devrait avoir le droit de ne pas renseigner la mention de son sexe sur les documents de la vie courante »).

²⁴⁴⁵ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981 du Conseil de l'Europe (art. 6 : « Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoient des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales »).

²⁴⁴⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGDP), art. 5, para. 1. c). Le règlement précise également que les données doivent être exactes (*ibid.*, para. 1. d), à ce sujet v. *infra* concernant les titres de civilité.

²⁴⁴⁷ On peut également citer avec la CNIL cet exemple : « collecter et conserver le statut marital d'un salarié n'apparaît pas nécessaire à l'activité RH ».

²⁴⁴⁸ Principes de Yogyakarta +10, 2017, Principe 31, para. A.

²⁴⁴⁹ AGNU, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, A/73/152, para. 38.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, para. 37.

B. Des adaptations pratiques mesurées

540. Au regard de l'intégration du sexe dans la sphère du droit à la vie privée, la question de la pertinence de son utilisation comme élément d'identification se pose²⁴⁵¹. En effet, le sexe n'est pas nécessaire à l'identification des individus par les autorités **(1)** : celle-ci peut être assurée, sous réserve de certaines adaptations, sans référence à une quelconque dimension sexuée de leur personne **(2)**.

1. Identifier sans sexe

541. Identifier les individus sans référence à l'idée de sexe ne pose pas de difficultés pratiques majeures, que ce soit sur les documents d'identité ou via les numéros d'identification nationaux. Au contraire, à considérer que les documents d'identité ont vocation à s'appuyer sur des éléments suffisamment stables dans le temps et utiles à une identification certaine de la personne²⁴⁵², la mention du sexe apparaît, en plus d'être discriminatoire, superflue – si ce n'est inutile – pour répondre à cet objectif. Une mention superflue d'abord : dans quelles mesures la mention du sexe permet-elle de vérifier qu'une personne est bien celle qu'elle prétend être ? Sa fonction consiste, *in fine*, à déduire de cette mention une certaine apparence de la personne. Par exemple, lorsqu'un officier de police procède à un contrôle d'identité et constate la mention « M » sur le document qui lui est présenté, il constatera la véracité de l'identité de la personne sera si son apparence physique lui semble correspondre aux normes de genre du masculin. Or n'est-ce pas déjà l'objet de la photo d'identité ? Une mention inutile ensuite : tant pour les personnes cis que les personnes trans²⁴⁵³, la mention du sexe ne renseigne sur aucune donnée pertinente en matière d'identification. Le politologue Heath Fogg Davis rapporte en ce sens la situation à laquelle a été confrontée Charlene Arcila, une femme trans afro-américaine qui s'est vu refuser l'accès à un bus à deux reprises, ayant utilisé soit un titre de transport avec la mention de sexe « F » soit avec la mention de sexe « M » ; les chauffeurs de bus ont considéré, chacun à leur manière et de façon contradictoire, que la mention du sexe sur sa carte de transport ne

²⁴⁵¹ Daniel Borrillo, « Comment articuler droits des femmes et droits des non-binaires ? » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 259.

²⁴⁵² Ce qui rejoint le concept d'identité *mêmeté* développé par Paul Ricoeur, à distinguer de l'identité *ipsité* qui est constitutive de l'identité narrative, à savoir la faculté pour la personne de se raconter soi-même (dont l'identité de genre serait déterminante en ce sens, mais non pertinente pour le droit) (Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, 427 p).

²⁴⁵³ C. Ezie, « Deconstructing the Body », art. cit ; D. Spade, « Documenting Gender », art. cit.

correspondait pas à son apparence physique²⁴⁵⁴. La mention conduit seulement à vérifier l'identité de la personne à partir de stéréotypes de genre, lesquels n'ont aucune valeur probante. Il s'agit en effet de vérifier que la personne dont le document d'identité mentionne un sexe « féminin » a l'apparence d'une femme au regard de son expression de genre (que ce soit sa manière de s'habiller, de se coiffer ou encore de se comporter), ce qui entraîne davantage de difficultés pour les personnes trans dont la mention du sexe n'a pas encore été modifiée²⁴⁵⁵. Une suspicion de fraude est en effet automatiquement dirigée vers les personnes dont l'apparence est jugée non conforme à la mention de leur sexe²⁴⁵⁶.

542. La pertinence de la mention doit enfin être interrogée au regard du dépassement de la bicatégorisation (sexe neutre et/ou modification à plusieurs reprises de la mention). En quoi l'inscription d'un « sexe neutre » ou « X » (ou autre) est-elle utile à l'identification des individus ? L'intégration de la mention « X » sur les passeports suggère d'ailleurs que la mention du sexe n'est pas indispensable en matière d'identification des individus, puisqu'elle correspond à la mention « non-spécifié »²⁴⁵⁷. Plus encore, quelle est la différence entre la reconnaissance d'un sexe neutre ou « X » et la suppression de la mention du sexe ? Le développement de procédés d'identification biométriques laisse penser que des moyens d'identification plus fiables que la mention du sexe peuvent être utilisés afin de vérifier l'identité de la personne²⁴⁵⁸. C'est le cas notamment de la photographie ou encore des

²⁴⁵⁴ H. Fogg Davis, *Beyond Trans*, op. cit., p. 1 et s.

²⁴⁵⁵ Une mention contradictoire peut d'ailleurs apparaître sur différents documents d'identité, notamment dans les États de type fédéral, comme aux États-Unis, où les titres ou documents d'identité relèvent de la compétence de différentes agences selon des critères variés (D. Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, op. cit., p. 79).

²⁴⁵⁶ V. par ex. la situation d'une personne trans qui avait écopé d'une amende par la SNCF au motif que la mention de son sexe sur ses documents d'identité ne correspondait pas à son apparence physique selon les contrôleurs (Le Monde, « Une transsexuelle sanctionnée par la SNCF parce qu'elle "s'appelle Monsieur" », 20 novembre 2013 [<https://perma.cc/P6AQ-MKMR>]). Plus largement, les modifications apportées à l'état civil peuvent être instrumentalisées à des fins sécuritaires, v. par exemple la création d'un fichier de police visant à recenser les changements de noms et de prénoms ; ce n'est certes pas la mention du sexe qui est directement visée, mais le changement de prénom révèle un changement opéré par une personne trans (et le changement du prénom/nom par une personne étrangère), sous-entendant qu'une personne pourrait changer volontairement les éléments de son état civil dans le seul but d'échapper aux services de police (Arrêté du 19 décembre 2023 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « table de correspondance des noms et prénoms » ; pour une analyse, v. La Quadrature du Net, « La France crée un fichier des personnes trans », 30 janvier 2024 [<https://perma.cc/Q49W-22WV>]).

²⁴⁵⁷ V. les lignes directrices de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) en la matière, laquelle précise qu'il revient à chaque État de décider de l'ajout de cette option « X ». La simple suppression de toute information relative au sexe sur un passeport délivré par un État le rendrait en revanche « illisible » en l'absence d'adaptation préalable des appareils lecteurs de passeports (A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit, p. 517). En revanche, une révision des normes internationales en la matière pourrait envisager la suppression de la mention du sexe (ou la rendre éventuellement facultative pour les États qui souhaitaient la conserver), comme c'est le cas pour les cartes d'identité au sein de l'UE par exemple (v. *supra*).

²⁴⁵⁸ Selon la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), la biométrie « regroupe l'ensemble des procédés automatisés permettant de reconnaître un individu à partir de la quantification de ses caractéristiques

empreintes digitales, déjà largement utilisées²⁴⁵⁹. En ce sens, en dehors du fait que certains États produisent déjà des documents d'identités qui ne font pas mention du sexe des individus²⁴⁶⁰, mention qui n'a pas toujours existé²⁴⁶¹, d'autres envisagent ou font le choix de supprimer la mention au vu de son « inutilité »²⁴⁶². Au Costa Rica, compte tenu de l'avis consultatif de la Cour interaméricaine²⁴⁶³, le Tribunal suprême électoral a de son côté ordonné la suppression de la mention du sexe sur les cartes d'identité (la mention du sexe assigné à la naissance étant uniquement conservée dans les bases de données)²⁴⁶⁴. Au regard de la pertinence limitée de cette mention et de son potentiel discriminatoire sérieux, envisager sa suppression généralisée sur les documents d'identité paraît dès lors un choix raisonnable.

physiques, physiologiques ou comportementales (empreintes digitales, réseau veineux, iris, etc.). Ces caractéristiques sont qualifiées de « données biométriques » par le RGPD, parce qu'elles permettent ou confirment l'identification unique de cette personne » (CNIL, *Reconnaissance faciale. Pour un débat à la hauteur des enjeux*, 15 novembre 2019, p. 3). Le développement de l'utilisation de la biométrie n'est toutefois pas sans poser de difficultés du point de vue de la protection des libertés, v. Shoshana Magnet, *When Biometrics Fail: Gender, Race, and the Technology of Identity*, Durham, Duke University Press, 2011, 224 p. Cela implique notamment de porter une attention particulière au risque d'atteinte au droit au respect de la vie privée, et au fait que l'utilisation de la biométrie suppose de prendre en compte la situation des personnes dont le corps n'est pas considéré comme « valide » (H. Fogg Davis, *Beyond Trans*, *op. cit.*, p. 52 : l'auteur précise à ce titre que « tout le monde n'a pas d'empreintes digitales ou d'iris »).

²⁴⁵⁹ D'autres techniques sont développées comme celle de la reconnaissance faciale, des scans de la rétine, de la reconnaissance de l'iris ou encore de l'ADN (James McGrath, « Are You a Boy or a Girl? Show Me Your REAL ID », *Nevada Law Journal*, 2009, vol. 9, p. 404 ; D. Spade, « Documenting Gender », *art. cit.*, p. 807).

²⁴⁶⁰ C'est le cas de l'Allemagne par exemple ; à noter que le droit de l'Union européenne n'impose pas aux États membres d'inclure la mention du sexe sur les cartes d'identité ni sur les documents de séjour (Règlement (UE) 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, para. 24).

²⁴⁶¹ En France, le sexe est mentionné sur les cartes d'identité seulement depuis 1987, alors que la carte nationale d'identité (CNI) a été instaurée en 1955 (laquelle n'est par ailleurs pas *de jure* obligatoire) ; v. Danièle Lochak, « Le droit / les droits à l'épreuve de la non-binarité. Réflexions conclusives » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 270. Dans certains États, la mention du sexe au sein des documents d'identité a en revanche gagné en intérêt et été instrumentalisée au nom d'une politique sécuritaire, comme aux États-Unis après la période qui a suivi les attentats du 11 septembre 2001 avec notamment l'adoption du *Real ID Act* de 2005 qui vise à harmoniser au niveau fédéral les règles relatives à l'identification des individus (et notamment aux informations nécessaires sur les documents d'identité afin d'embarquer à bord d'un avion et prévenir les immigrants sans papier d'obtenir des documents d'identité) ; à ce sujet, v. D. Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁶² Les Pays-Bas ont annoncé leur volonté de supprimer la mention du sexe des individus sur les cartes d'identité à partir de 2024. La ministre de l'Éducation, de la culture et des sciences a indiqué que cette mention, désormais « inutile », serait toutefois présente sur les passeports conformément au droit de l'Union européenne (Lettre du ministre de l'Éducation, de la Culture et des Sciences, 19 août 2020, n° 145 [<https://perma.cc/P268-2BCA>]).

²⁴⁶³ Cour IADH, 24 novembre 2017, *Avis consultatif sur l'identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, OC-24/17, préc.

²⁴⁶⁴ Tribunal suprême électoral du Costa Rica (*Tribunal Supremo de Elecciones*), 14 mai 2018, n° 7-2018, art. 3. [<https://perma.cc/BF2C-T5DD>] ; un recours a été formé devant la Chambre Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice, rejeté au regard de la compétence du Tribunal suprême électoral en la matière et de l'absence de violation des droits fondamentaux. D'autres pays, comme l'Argentine, font état de suppressions ponctuelles sur les cartes d'identité via des décisions administratives : Soledad Vallejos, « DNI sin indicación de sexo y como un trámite », *Página/12*, 3 novembre 2018 [<https://perma.cc/9DWJ-3G3B>].

543. Il va en de même pour le numéro d'identification national. À l'heure actuelle, dans de nombreux États, un numéro d'identification unique est attribué à chaque individu qui, le plus souvent, permet aussi d'indiquer le sexe de la personne. En France, le numéro d'inscription au répertoire national (NIR, qui correspond au numéro de sécurité sociale²⁴⁶⁵) a une visée d'*identification* des individus²⁴⁶⁶. Il est attribué à chaque personne dès la naissance. Le premier chiffre (le « code sexe ») renseigne le sexe de la personne (1 pour sexe masculin et 2 pour sexe féminin²⁴⁶⁷). Il est établi directement grâce aux éléments mentionnés à l'état civil : il y a inscription au Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP), lequel est tenu par l'INSEE, puis *identification*, c'est-à-dire attribution d'un NIR²⁴⁶⁸. L'usage du NIR est varié et vise par exemple le domaine du social, de l'éducation et de la santé (pensions de retraite, vérification de l'identité de la personne)²⁴⁶⁹. Le NIR pose les mêmes difficultés que la mention du sexe sur un document d'identité, à savoir le risque de révéler la transidentité d'une personne (*outing*) dont le premier chiffre ne correspond pas à son identité de genre et/ou son expression de genre, et la non-reconnaissance de la non-binarité. Une même solution peut être appliquée, à savoir la suppression du premier chiffre qui détermine le sexe féminin ou masculin d'un individu, dans une optique notamment de protection de la vie privée des personnes. Comme le montre Marie Mesnil, cette perspective est réalisable²⁴⁷⁰ dans la mesure où la suppression du chiffre lié au sexe n'est pas en soi un obstacle à la finalité du NIR, à savoir pouvoir identifier

²⁴⁶⁵ Contrairement au NIR toutefois, le numéro de sécurité sociale peut correspondre à plusieurs individus lorsque la personne a des ayants-droits. Ce numéro est également utilisé comme Identité Nationale de Santé (INS), obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2021.

²⁴⁶⁶ Et ne vise pas en revanche à « certifier l'identité de la personne » (Marie Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 90). La certification « consiste à vérifier et compléter les informations liées au Numéro d'inscription au Répertoire (NIR) d'une personne déjà identifiée, à savoir les nom, prénom(s), le sexe, la date et le lieu de naissance et les filiations » tandis que l'identification « consiste à s'assurer qu'à une identité correspond une personne et une seule » et à « attribuer à un individu un Numéro d'Inscription au Répertoire (NIR) ou un Numéro identifiant d'Attente (NIA) » (INSEE, *Guide de l'identification*, p. 5).

²⁴⁶⁷ Ce codage correspond à la norme ISO 5218 de l'Organisation internationale de normalisation, qui comprend également le 0 pour inconnu et le 9 pour sans objet. À noter que d'autres administrations utilisent leur propre identifiant, sans nécessairement indiquer le sexe (c'est le cas par exemple de l'Éducation nationale avec le NUMEN, ou encore le NIF (numéro d'identification fiscale) utilisé par les administrations fiscales (M. Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale », art. cit, p. 92).

²⁴⁶⁸ Décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif au répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIP), cité par M. Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale », art. cit, p. 93.

²⁴⁶⁹ V. Décret n° 2019-341 du 19 avril 2019 relatif à la mise en œuvre de traitements comportant l'usage du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques ou nécessitant la consultation de ce répertoire.

²⁴⁷⁰ M. Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale », art. cit, p. 101. L'autrice envisage également l'hypothèse de l'ajout de mentions de sexe supplémentaires dans le NIR, qu'elles soient basées sur les caractéristiques sexuées (3 pour les personnes intersexes) ou l'identité de genre (3 pour toutes les personnes non-binaires, qu'elles soient intersexes ou non).

un individu de manière certaine²⁴⁷¹. Il s'agirait alors soit de supprimer le premier chiffre du NIR, soit de le remplacer par un autre chiffre « fixe pour que l'identification soit fiable et pérenne » et qui renvoie à « un élément arbitraire et insignifiant »²⁴⁷². Le NIR ne serait donc plus composé d'un chiffre relatif au sexe de l'individu, mais les données relatives aux caractéristiques sexuelles seraient toujours présentes au sein du RNIPP et du Système national de gestion des identifiants (SNGI)²⁴⁷³ (car présentes au sein du registre de l'état civil²⁴⁷⁴). Le désengagement de l'État en matière d'identification des individus à partir d'un sexe se ferait aussi, en toute logique, sur le terrain de la désignation des personnes ; autrement dit, de la manière dont l'État s'adresse aux individus, laquelle tendrait à être la plus neutre possible.

2. Désigner sans sexuer

544. Bien qu'encore relativement ponctuelles²⁴⁷⁵, certaines initiatives laissent à penser qu'un mouvement émerge au sein du droit positif quant à la suppression de toute mention relative au sexe juridique²⁴⁷⁶. En témoignent certaines évolutions relatives à l'usage des civilités (communément Madame ou Monsieur²⁴⁷⁷), qui ne sont pas liées à l'état civil, et dont l'usage n'est donc pas en soi obligatoire²⁴⁷⁸. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la civilité « correspond à une identité de genre masculine ou féminine » et « peut être qualifiée de « donnée à caractère personnel » lorsqu'elle se rapporte à une personne

²⁴⁷¹ Certains pays adoptent cette approche, v. le rapport du Sénat, *Le numéro unique d'identification des personnes physiques*, Étude de législation comparée n° 181, décembre 2007. Certains États ont en effet un système d'identification de leurs citoyens basé sur un numéro unique, lequel n'indique pas le sexe des individus. Au Costa Rica par exemple, le numéro d'identification (*numero de cédula*) est composé d'un chiffre indiquant la province de naissance, du numéro de volume (quatre chiffres) et du numéro de siège (quatre chiffres) dans lesquels la naissance a été enregistrée aux fins du registre civil. En Islande, le *kennitala* est composé de dix chiffres qui renvoient au jour de naissance, à un chiffre aléatoire, une somme de contrôle, et au siècle de naissance.

²⁴⁷² M. Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale », art. cit, p. 104. L'autrice prend pour exemple « la saison ou le jour de la semaine lors de la naissance de la personne ».

²⁴⁷³ Créé en 1988, le SNGI est géré par la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) et contient les mêmes données que le RNIPP ; il vise notamment à transmettre aux organismes de protection sociale l'état civil et le NIR des individus (v. Décret n° 2018-390 du 24 mai 2018 relatif à un traitement de données à caractère personnel dénommé « système national de gestion des identifiants »).

²⁴⁷⁴ V. *supra*.

²⁴⁷⁵ En France, en 2022, la Direction générale des finances publiques (DGFIP) a demandé à ses agents de ne plus utiliser les civilités afin de s'adresser aux contribuables.

²⁴⁷⁶ Certains auteurs font l'hypothèse que ces initiatives ponctuelles pourraient entraîner un mouvement plus ample de « neutralisation de la mention du sexe », v. Olivia Bui-Xuan, « De quoi la suppression de “Madame/Monsieur” est-elle le nom ? », *AJDA*, 2022, p. 1649.

²⁴⁷⁷ Le titre de civilité « Mademoiselle » a été largement supprimé (en Suisse en 1973, au Québec en 1976, en France et au Luxembourg en 2012).

²⁴⁷⁸ Le Défenseur des droits rappelle que « le titre de civilité ne constitue pas un élément de l'état civil et qu'aucune obligation législative ou réglementaire n'impose d'en faire usage » (Défenseur des droits, *Décision MLD-2015-228 du 6 octobre 2015 relative au cadre juridique applicable aux établissements bancaires concernant l'identification de leurs clients transgenres*, p. 3).

identifiée »²⁴⁷⁹, conformément au Règlement Général sur la Protection des Données personnelles (RGPD) de l'Union européenne²⁴⁸⁰. Or la Cour de justice s'est prononcée, au nom de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, sur le caractère non nécessaire de la collecte des données relatives aux civilités des clients (mentions « Madame » ou « Monsieur ») d'une entreprise de transport française (en l'espèce, la SNCF) pour l'exécution d'un contrat²⁴⁸¹. La personnalisation de la communication commerciale fondée sur l'identité de genre ne saurait être une finalité recevable²⁴⁸², notamment au regard du principe de minimisation des données²⁴⁸³. Il est tout à fait envisageable selon le juge de l'Union d'opter « pour une communication reposant sur des formules de politesse génériques, inclusives et sans corrélation avec l'identité de genre présumée des clients »²⁴⁸⁴. Aussi, « un risque de discrimination fondée sur l'identité de genre » prévaut sur un éventuel intérêt légitime à traiter cette donnée à caractère personnel²⁴⁸⁵. Il semble ainsi qu'en dehors des cas où l'identité de genre de la personne est nécessaire à l'exécution du contrat, la mention de la civilité de la personne doit disparaître²⁴⁸⁶. On pourrait ainsi appliquer ce raisonnement à d'autres documents comme les diplômes, où la mention du sexe ne semble pas poursuivre un objectif légitime (et peut, au contraire, être source de discrimination en matière de recherche d'emploi par exemple) ; elle pourrait ainsi être supprimée sans conséquences majeures²⁴⁸⁷.

²⁴⁷⁹ CJUE, 9 janvier 2025, *Mousse c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), SNCF Connect*, C-394/23, para. 30.

²⁴⁸⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, préc. On peut par ailleurs s'interroger sur la qualification des données relatives à l'identité de genre de la personne (mention du sexe, civilité) comme données personnelles et non comme données sensibles (origine ethnique ou orientation sexuelle par exemple), lesquelles sont recueillies uniquement avec le consentement exprès de la personne.

²⁴⁸¹ Le contentieux trouve son origine dans la saisine de la CNIL par plusieurs associations, dont Mousse, qui considérait que le recueil automatique par la SNCF de la civilité de ses clients (« Madame » ou « Monsieur ») était contraire aux dispositions du RGPD. Suite au rejet de la réclamation par la CNIL, le Conseil d'État fut saisi et interrogea la CJUE via deux questions préjudicielles.

²⁴⁸² CJUE, 9 janvier 2025, *Mousse*, préc.

²⁴⁸³ RGPD, art. 5, para. 1, c).

²⁴⁸⁴ CJUE, 9 janvier 2025, *Mousse*, préc., para. 40.

²⁴⁸⁵ *Ibid.*, para. 64.

²⁴⁸⁶ Dans les cas où le traitement des données relatives à l'identité de genre est jugé nécessaire, le principe d'exactitude (RGPD, article 5, para. 1, d)) exige que toute personne soit en droit de demander à une autorité nationale (en l'espèce, l'autorité hongroise en charge de l'asile) chargée de la tenue d'un registre public de rectifier les données à caractère personnel relatives à son identité de genre, cette rectification ne pouvant être subordonnée à la preuve d'un traitement chirurgical (CJUE, 13 mars 2025, *Deldits*, C-247/23). Cette harmonisation est d'autant plus importante au regard de la grande diversité des procédures relatives à la modification de la mention du sexe au sein des États membres de l'UE.

²⁴⁸⁷ Cette solution a été retenue dans une affaire portée par la militante kenyane Audrey Mbugua (Haute Cour du Kenya, 7 octobre 2014, *Audrey Mbugua v. Kenya National Examinations Council*, n° 147). En France, à l'heure actuelle, la mention « Madame / Monsieur » peut être supprimée à la demande de l'intéressé (Circulaire du 7 mai 2023, Modalités d'élaboration et de délivrance des diplômes nationaux et de certains diplômes d'État par les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche).

545. Enfin, à un niveau bien plus global, c'est la question du langage et notamment de l'écriture inclusive qui devrait être approfondie. En effet, l'hypothèse ici explorée invite à repenser la manière dont s'écrit le droit et dont celui-ci communique avec les justiciables, dans un but d'inclusion de l'ensemble des individus. Si par exemple, utiliser l'expression « la personne requérante » lors d'une procédure ne pose pas de difficultés, il faut toutefois reconnaître que pour certaines langues (comme le français ou encore l'allemand) où il n'existe pas (officiellement) de pronom neutre pour désigner les personnes, l'utilisation d'un langage inclusif peut rencontrer certains obstacles²⁴⁸⁸. L'importance de cette réflexion à mener n'est pas à minimiser, puisque, pour reprendre les mots de Monique Wittig, la suppression du « genre (en tant que catégorie de sexe) de la langue » est une transformation qui « aurait un impact encore plus grand que le fait de cesser de répertorier les êtres humains par sexe dans le statut civil »²⁴⁸⁹. À l'heure actuelle, le langage juridique peut, à minima, se référer à une personne selon la marque de genre désirée.

²⁴⁸⁸ À noter tout de même que de nombreux travaux de recherche en linguistique proposent diverses approches afin de rendre le langage inclusif ; en France, v. les travaux d'Alpheratz, linguiste non binaire qui a développé un modèle du français inclusif (Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Châteauroux, Vent solars, 2018, 440 p.), utilisé par Benjamin Moron-Puech dans ses travaux (par ex. B. Moron-Puech, « Suppression de la “mention du sexe” ou ajout du “sexe neutre” sur les cartes d'identité ou les passeports », art. cit.).

²⁴⁸⁹ M. Wittig, *La pensée straight*, op. cit., p. 143.

Conclusion du Chapitre 1

546. La perspective d'une suppression de la mention du sexe comme identification est une hypothèse non seulement crédible mais aussi envisagée par certains États. Selon cette perspective, le sexe serait devenu obsolète en tant que donnée fiable et pertinente permettant l'identification des individus. Plus encore, cette mention pose problème face aux atteintes aux droits fondamentaux des personnes trans non-binaires que peut provoquer l'assignation et l'identification obligatoire à un sexe. La réflexion ne s'arrête toutefois pas là. Le sexe comme catégorie à l'état civil et critère d'identification est en effet loin d'être le seul fondement de la dimension sexuée de la personne juridique, et sa suppression n'entraîne pas, à elle seule, la désexuation des individus, ni la disparition des inégalités entre les sexes²⁴⁹⁰. Supprimer la mention du sexe juridique ne signifie pas supprimer la représentation sociale : modifier le discours ne suffit pas en soi à modifier la réalité des rapports sociaux²⁴⁹¹. Au contraire, un ensemble de règles contribuent dessiner des frontières qui placent les individus d'un côté ou de l'autre de la binarité sexuelle, lesquelles peuvent être pensées indépendamment du sexe à l'état civil. En cas de suppression du sexe comme élément d'identification, comment envisager les règles – encore nombreuses – dont l'application est (in)directement dépendante de la définition de la personne juridique à partir du sexe ? Cette liberté pour les individus de déterminer en toute autonomie leur identité de genre serait-elle, en parallèle, un obstacle à l'application des mécanismes en matière d'égalité et de non-discrimination ? Est-ce la voie vers une neutralisation de l'ordre juridique du point de vue du genre, et notamment une neutralisation des énoncés, et donc, une incapacité à saisir les inégalités qui se nichent au sein des formulations universelles ? Cet ultime chapitre a pour objectif de se saisir de ces questionnements en analysant le rapport du droit à la dimension cette fois-ci relationnelle du genre.

²⁴⁹⁰ Tout comme la suppression de la race comme catégorie d'identification des individus aux États-Unis n'a pas supprimé l'oppression systématique des personnes racisées, la suppression du sexe juridique ne mettra pas un terme au sexisme, à la transphobie ou encore aux violences contre les personnes intersexes (Olga Tomchin, « Bodies and Bureaucracy : Legal Sex Classification and Marriage-Based Immigration for Trans* People », *California Law Review*, 2013, vol. 101, p. 829).

²⁴⁹¹ C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit, p. 307.

Chapitre 2 : L'égalité assurée dans le respect des identités

547. L'hypothèse du sexe comme idéologie conduit à explorer un modèle au sein duquel l'ordre juridique adopterait une position de neutralité au regard du sexe des individus. En ce sens, l'État ne l'utiliserait pas à des fins d'identification des personnes, en ce qu'il ne privilégierait pas une conception particulière du sexe, garantissant la liberté « pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »²⁴⁹². Or comme le rappelle Danièle Lochak, « la liberté ne suppose pas l'absence de normes »²⁴⁹³. De cette affirmation découlent deux conséquences : d'une part, « les règles sont nécessaires pour garantir la liberté contre les ingérences d'autrui » ; d'autre part, « elles sont là, également, pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit et concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société »²⁴⁹⁴. Appliqués à notre objet, ces développements mettent en avant un aspect essentiel du sexe, à savoir qu'il ne se limite pas à un rapport de *soi à soi*, et donc, à la seule liberté pour les individus de pouvoir établir ce qui détermine leur identité.

548. Bien au contraire, une autre facette du sexe est indispensable à prendre en compte pour compléter l'analyse, en ce qu'elle implique de prendre en considération sa dimension profondément relationnelle²⁴⁹⁵, c'est-à-dire comme élément déterminant dans les rapports à autrui. Deux niveaux sont à distinguer ici, l'un structurel et l'autre interpersonnel. Le premier se réfère au fait que si le sexe n'existe pas, il est pourtant bien réel²⁴⁹⁶ : autrement dit, bien que le sexe n'existe pas *en soi* (c'est une idée, un construit social), il n'en demeure pas moins une réalité très concrète²⁴⁹⁷. Les individus sont situés au sein de structures sociales déterminées par le sexe, et les rapports de hiérarchisation, d'oppression et de domination systémiques qui découlent de cette idée existent, et ne sauraient être balayés du seul fait de son appréhension

²⁴⁹² Cour EDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, para. 90.

²⁴⁹³ Danièle Lochak, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » dans *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 15.

²⁴⁹⁴ *Ibid.* ; v. dans le même sens Danièle Lochak, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, 1998, p. 15-30.

²⁴⁹⁵ V. Partie 2, Titre 2.

²⁴⁹⁶ Par analogie avec les travaux de Colette Guillaumin sur la race : « Non, la race n'existe pas. Si, la race existe. Non certes, elle n'est pas ce qu'on dit qu'elle est, mais elle est néanmoins la plus tangible, réelle, brutale, des réalités » (Colette Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir : l'idée de nature*, Paris, Côté-femmes, 1992, p. 217).

²⁴⁹⁷ Pour le rappeler avec Christine Delphy, « un construit social – que ce soit une institution particulière ou l'ensemble de l'organisation d'une société et d'une culture – ne fait pas qu'avoir des effets sur une réalité qui lui préexisterait : il est la réalité, la seule réalité » (C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit.) ; dans le même sens, v. D. Vade, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », art. cit, p. 282.

comme idéologie. Le second désigne les conflits qui peuvent intervenir entre les personnes à un niveau interindividuel, au regard d'une pluralité de croyances quant à l'idéologie du sexe. En ce sens, comme le rappelle la philosophe Katharine Jenkins, « l'oppression a également beaucoup à voir avec la manière dont les autres nous traitent et dont nous sommes positionnés dans les structures sociales, et cela peut se déployer d'une manière qui ne correspond pas à l'identité de genre d'une personne »²⁴⁹⁸. Apparaît alors la question de l'égalité : en effet, à compter que « la véritable liberté suppose l'égalité »²⁴⁹⁹, la neutralité de l'État quant au sexe implique tout de même son intervention afin « d'instituer l'égalité » et de réguler les rapports entre individus au regard du principe de non-discrimination.

549. Or l'hypothèse d'une suppression de la mention du sexe comme facteur d'identification, en vue de faire déployer toutes les potentialités du principe d'autonomie, ne serait-elle pas de nature à faire obstacle à la mise en œuvre des mécanismes du droit de l'égalité et de la non-discrimination ? De même, les mécanismes de parité et d'égalité fondés sur le sexe voire, plus généralement, les règles juridiques relatives aux droits des femmes, ne seraient-elles pas également fragilisées ou remises en cause par cette hypothèse²⁵⁰⁰ ? En d'autres termes, l'aspiration à une égalité entre les individus n'implique-t-elle pas de conserver une part d'hétéronomie dans la détermination du sexe des personnes (qui serait donc institué par l'État) ? Autrement dit, dans quelle mesure la liberté de définir son identité – qui, pour reprendre les mots de la Cour constitutionnelle colombienne, « impose à la société et à l'État le devoir de répondre à cette conception autoréférentielle de la personne et de la traiter d'une manière cohérente et respectueuse de la vision qu'elle a d'elle-même »²⁵⁰¹ – entre-t-elle en conflit avec le droit de l'égalité et de la non-discrimination, voire avec l'exercice d'autres libertés ?

550. C'est en effet à travers une approche conflictuelle (entre liberté et égalité, entre l'exercice de différentes libertés, entre la protection des droits de différents individus) que se cristallisent les débats relatifs à la reconnaissance d'une plus grande autonomie au regard du sexe, faisant

²⁴⁹⁸ Katharine Jenkins, *Ontology and Oppression: Race, Gender, and Social Reality*, New York, US, Oxford University Press, 2023, p. 214.

²⁴⁹⁹ Danièle Lochak, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » dans *Homosexualité et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 55.

²⁵⁰⁰ Pour Philippe Guez par exemple, la mise en œuvre des mesures de discrimination positive « impose de pouvoir faire facilement la preuve de son état », ce qui s'oppose à la suppression de la mention du sexe, P. Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art. cit., para. 12 ; v. également l'avis du Défenseur des droits, qui exprimait des réticences quant à la suppression du sexe à l'état civil au regard de la lutte contre les discriminations (Défenseur des droits, 20 février 2017, *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, p. 10).

²⁵⁰¹ Cour constitutionnelle colombienne, 4 février 2022, T-033/22, para. 28 (en ligne : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/t-033-22.htm>).

apparaître des « concurrences de revendications »²⁵⁰². La protection des droits des femmes est ainsi régulièrement opposée à celle de la liberté pour les personnes trans de définir leur propre identité, tant au sein du droit positif²⁵⁰³ que par certains auteurs²⁵⁰⁴. C'est aussi la liberté pour chacun de définir son propre rapport au sexe comme il l'entend (on pourrait dire, de croire à cette idéologie) qui serait menacée. Au contraire, l'identification des individus à un sexe juridique – a fortiori binaire et sous un prisme hétéronome – serait garante d'un certain ordre voire d'une paix sociale.

551. On souhaite ici faire l'hypothèse que non seulement la suppression du sexe comme marqueur d'identification hétéronome n'est pas, en tant que telle, une menace pour l'efficacité des mécanismes qui tendent à garantir l'égalité entre les sexes. La neutralité de l'État au regard du sexe invite à penser non pas en termes de conflit et d'opposition mais plutôt de coexistence entre différentes conceptions relatives au sexe. L'objet de ce chapitre est donc de démontrer qu'envisager le sexe *comme* une idéologie tend vers la réalisation de l'égalité. Plus précisément, il s'agit de confronter la critique souvent formulée à l'égard du développement du droit à l'autodétermination, selon laquelle lorsqu'il s'exerce en dehors de toute hétéronomie, il serait une menace directe à la poursuite de l'égalité entre les sexes. Au contraire, l'enjeu est de montrer, comme le supposait déjà en 1979 la juriste Mary C. Dunlap, que la poursuite de cet objectif va de pair avec le principe de libre définition de son identité²⁵⁰⁵, à condition d'adopter une analyse au prisme du genre. Il serait en effet « illusoire de considérer que l'égalité est

²⁵⁰² V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 211.

²⁵⁰³ La Cour constitutionnelle bulgare indiquait ainsi dans sa décision relative à l'incompatibilité entre la Constitution et la Convention d'Istanbul que « lorsque la société perd sa capacité à distinguer entre la femme et l'homme, la lutte contre les violences faites aux femmes demeure un engagement purement formel et inapplicable » (Cour constitutionnelle bulgare, décision du 27 juillet 2018, n° 13 [<https://perma.cc/5UQC-8AJ2>]). Sur cette décision, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁰⁴ Kathleen Stock, « Changing the concept of “woman” will cause unintended harms », *The Economist*, 6 juillet 2018 ; Muriel Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2023, p. 243 ; Robert Wintemute, *Transgender Rights vs. Women's Rights: From Conflicts to Co-Existence*, New Jersey, Wiley, 2025, 228 p. Pour un état des lieux des enjeux régulièrement évoqués en la matière, v. Olivia Bui-Xuan, « Le droit au défi des identités de genre », *RDLF*, 2022, n° 19 ; v. également Diane Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 232. (L'autrice cite ici les revendications du collectif féministe espagnol *Movimiento Feminista*).

²⁵⁰⁵ Mary C. Dunlap questionnait ainsi l'application du principe d'égalité à la lumière de l'hétéronomie qui réside dans l'assignation des individus à un sexe en ces termes : « Un gouvernement peut-il assurer l'égalité de traitement à toutes les personnes sans distinction de sexe lorsque la toute première relation entre l'autorité légale et l'individu consiste en la catégorisation par l'autorité légale de l'individu en tant qu'homme ou femme ? » (p. 1139) ; elle poursuit « tant que le gouvernement conserve le pouvoir de prescrire l'identité sexuée par le biais de la loi, il conserve la possibilité de pratiquer une discrimination fondée sur le sexe, quel que soit l'objet particulier de la discrimination à une époque donnée » (p. 1147), M.C. Dunlap, « The Constitutional Rights of Sexual Minorities: A Crisis of the Male/Female Dichotomy », art. cit.

atteinte lorsque les énoncés sont neutralisés »²⁵⁰⁶ : ni la suppression du sexe à l'état civil, ni plus largement la neutralité de l'État au regard du sexe n'équivalent nécessairement à l'avènement d'une société aveugle au genre (*genderblind*)²⁵⁰⁷ ou « postgenriste » (*postgenderism*)²⁵⁰⁸. Autrement dit, supprimer le sexe ne veut pas dire se passer du genre (c'est-à-dire d'une analyse au prisme du genre)²⁵⁰⁹, en ce qu'il serait « utile dans l'effort de reconstruction, et pas seulement dans l'effort destructeur »²⁵¹⁰.

552. Dès lors, au regard de cette hypothèse, il convient dans un premier temps d'analyser comment la mise en œuvre des outils du droit de la non-discrimination pourrait être conciliée avec une approche qui appréhende le sexe comme idéologie : si le sexe n'existe pas en soi, et que l'État adopte une position neutre à son égard, l'interdiction des discriminations fondées sur le motif du sexe peut-elle perdurer, et si oui dans quelle mesure ? (**Section 1**). Les éléments de réponse apportés guideront, dans un second temps, une analyse contextuelle ; autrement dit, il s'agira d'analyser l'organisation de différents espaces gouvernés à partir du sexe (comme les prisons par exemple) afin d'envisager comment le sexe, lorsqu'il est envisagé comme idéologie, pourrait être mobilisé concrètement en soutien à l'égalité entre les individus (**Section 2**).

²⁵⁰⁶ S. Hennette-Vauchez, « Neutralisation des énoncés juridiques et égalité femmes-hommes », art. cit., p. 219.

²⁵⁰⁷ A.J. Neuman Wipfler, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », art. cit., p. 494.

²⁵⁰⁸ Tel que développé par Shulamith Firestone, *La dialectique du sexe*, Paris, Stock, 1972, 306 p.

²⁵⁰⁹ Joan C Williams, « Deconstructing Gender », *Michigan Law Review*, 1989, vol. 87, n° 4, p. 839.; v. aussi S. Haslanger, *Resisting Reality*, op. cit., p. 49 : « on pourrait soutenir que nous devrions œuvrer à l'avènement d'une société libérée du genre au sens matérialiste — c'est-à-dire une société où l'oppression fondée sur le sexe n'existe pas — tout en admettant que les différences sexuelles et reproductives doivent être prises en compte dans une société juste ».

²⁵¹⁰ Sally Haslanger, « Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them To Be? », *Noûs*, 2000, vol. 34, n° 1, p. 49.

Section 1 : Repenser le sexe en droit de la non-discrimination

553. Nous l'avons vu, le droit de la non-discrimination a accompagné le mouvement initié par le droit des droits humains d'un développement du droit à l'autodétermination²⁵¹¹. Il participe à protéger les individus non seulement des discriminations fondées sur le sexe tel qui leur a été *assigné* à la naissance, mais aussi des discriminations fondées sur les *choix* individuels qu'ils réalisent quant à ce sexe juridique (apparence physique, changement de la mention du sexe, etc.). L'hypothèse de la suppression complète du processus d'identification des individus à un sexe par l'ordre juridique ne semble donc pas, *a priori*, en contradiction avec la dynamique observée de l'évolution du droit de la non-discrimination. Toutefois, la mise en œuvre des outils du droit de la non-discrimination peut-elle se départir complètement de l'assignation hétéronome des individus à un sexe juridique ? Que recouvre le motif de sexe en matière de non-discrimination s'il est détaché de *toute* référence à la mention du sexe à l'état civil²⁵¹² ? Dans la mesure où « un énoncé juridique ne reçoit sa force normative qu'au terme d'une interprétation »²⁵¹³, il convient d'envisager les différentes évolutions qui pourraient advenir en matière de protection des individus contre les discriminations lorsque la personne juridique n'est plus sexuée par l'ordre juridique. Il est d'autant plus intéressant de repenser l'égalité entre les sexes que malgré le développement d'outils juridiques en la matière depuis le siècle dernier, elle reste un objectif encore loin d'être atteint à l'échelle globale²⁵¹⁴.

554. Ainsi, l'appréhension du sexe comme idéologie questionne la pertinence même du maintien des dispositifs de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe : n'entretiennent-ils pas l'idée qu'il existe un sexe (§1) ? Il semble toutefois que le droit de la non-discrimination peut s'adapter à une logique au sein de laquelle les inégalités de traitement illégitimes seraient ciblées tout en adoptant une approche critique vis-à-vis du sexe juridique (§2).

²⁵¹¹ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²⁵¹² À propos de l'identité de genre par exemple, Marie-Xavière Catto rappelait l'importance de penser l'introduction de l'identité de genre comme motif de non-discrimination au sein de la législation française, sans pour autant reconnaître cette notion à l'état civil, M.-X. Catto, « Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) », art. cit.

²⁵¹³ S. Hennette-Vachez, « Neutralisation des énoncés juridiques et égalité femmes-hommes », art. cit, p. 222.

²⁵¹⁴ Plus généralement, en dehors de la seule égalité entre les sexes, l'introduction de cet ouvrage remarque que les inégalités sont en hausse à l'échelle globale et que jusqu'ici, aucune société n'a atteint l'égalité entre les individus Elif Askin et Hanna Stoll (eds.), *Contested Equality. International and Comparative Legal Perspectives*, Cheltenham, UK, Elgar, 2024, 282 p.

§1. Questionner la pertinence du motif de sexe en droit de la non-discrimination

555. L'absence de toute identification des personnes à un sexe juridique suggère une totale liberté dans la détermination des identités, et ainsi, une redéfinition des contours de la catégorie de sexe en droit de la non-discrimination. En effet, comme l'a montré Elsa Fondimare le principe d'égalité – qui se trouve au cœur du droit de la non-discrimination – entretient un rapport ambivalent avec la différence des sexes : si « la différence des sexes est appréhendée par le droit, sous l'angle égalitaire, pour remettre en cause le genre comme système hiérarchique à l'origine des inégalités, il apparaît que, simultanément, la différence des sexes est elle-même construite par le droit, avec pour effet contraire de perpétuer le genre comme système de division binaire entre les sexes »²⁵¹⁵. La logique actuelle entrerait alors en contradiction avec un principe de libre détermination par les individus de leur sexe juridique.

556. L'hypothèse de la suppression du sexe comme élément de définition de la personne juridique conduit ainsi à une double analyse au regard de la logique antidiscriminatoire actuelle : elle révèle à quel point le droit de la non-discrimination est structuré à partir de l'idée d'un sexe cisnormatif, en contradiction avec une logique de libre détermination de l'identité individuelle **(A)**. Pour autant, cela ne suggère pas, dans l'absolu, une suppression des outils qui visent à lutter contre les discriminations fondées sur le sexe **(B)**.

A. Le droit de la non-discrimination confronté à la logique de l'autonomie individuelle

557. Dès 1995, la juriste Katherine Franke expliquait que la distinction opérée entre le sexe et le genre représente une « erreur majeure » du droit de la non-discrimination, en ce qu'il prend pour acquis et reproduit l'idée d'un sexe biologique²⁵¹⁶. S'interroger sur la mise en œuvre des outils du droit de la non-discrimination en l'absence d'un sexe assigné à la naissance – et plus largement, d'un sexe attaché à la personne juridique – révèle avec éclat leur ancrage au sein d'une logique structurée à partir de cette distinction entre sexe et identité de genre, et donc, de la cisnormativité du sexe. On peut alors parler avec Julia Serano de « cissexisme »²⁵¹⁷ ou encore, avec Alexandre Baril, de « cis(genre)normativité », pour faire référence à un concept qui « postule que les personnes qui s'accommodent du genre assigné à leur naissance sont plus

²⁵¹⁵ E. Fondimare, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 892.

²⁵¹⁶ K.M. Franke, « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », *art. cit.*

²⁵¹⁷ J. Serano, *Whipping Girl*, *op. cit.*, p. 12.

normales que les personnes qui décident de vivre dans un autre genre et qui effectuent des transitions de sexe »²⁵¹⁸. En effet, le motif du sexe apparaît comme la « cheville ouvrière » d'un système où les individus sont naturellement différenciés en fonction du sexe assigné à la naissance, différenciation qui reste hors d'atteinte des considérations du droit de la non-discrimination²⁵¹⁹. Dès lors, la protection du droit à l'autodétermination des personnes trans par le droit de la non-discrimination est nécessairement appréhendée à la lumière du sexe, et donc de la cisnormativité, tant lorsque cette protection passe par le motif de sexe **(1)** que par celui de l'identité de genre **(2)**.

1. La protection de l'autonomie individuelle à cause du sexe cisnormatif

558. Comme cela a été analysé précédemment, l'une des logiques développées par certaines juridictions consiste à s'appuyer sur le motif du sexe afin de justifier une protection des individus contre les discriminations fondées sur l'identité de genre – et par là, de leur autonomie ou de leur liberté de définir leur propre identité²⁵²⁰. Or cette perspective conséquentialiste (selon laquelle une discrimination à l'encontre d'une personne trans est *nécessairement* une discrimination fondée sur le sexe), adoptée par exemple par la Cour suprême des États-Unis dans la décision *Bostock* de 2020²⁵²¹, repose entièrement sur l'interprétation du motif de sexe au prisme de la cisnormativité.

559. Les juges de la Cour suprême considèrent en effet que le motif du sexe énoncé au Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 protège les personnes trans contre les discriminations fondées sur leur identité de genre, mais seulement dans la mesure où la différence de traitement résulte inévitablement de la prise en considération du sexe de la personne (« *because of sex* »)²⁵²². Il n'est donc pas question ici de considérer qu'une discrimination au regard de l'identité de genre est une discrimination fondée sur le sexe *per se*. La jurisprudence de la Cour suprême impose au contraire de se référer au sexe de la personne tel qu'assigné à la naissance, lequel renvoie « aux différences biologiques entre les hommes et les femmes »²⁵²³. Plus précisément, les juges

²⁵¹⁸ Alexandre Baril, « Transsexualité et privilèges masculins : fiction ou réalité ? » dans *Diversité sexuelle et constructions de genre*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 284.

²⁵¹⁹ Il s'agit alors d'une « différence ontologique » qui « est un problème hors du champ de vue de la justice » pour reprendre les mots de Wendy Brown, alors que « l'injustice surgit lorsque ceux qui sont considérés comme étant les mêmes sont traités différemment » (Wendy Brown, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, PUF, 2016, p. 200).

²⁵²⁰ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²⁵²¹ Cour suprême des États-Unis, 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County*, n° 17–1618.

²⁵²² Le même raisonnement est appliqué aux discriminations à raison de l'orientation sexuelle des individus.

²⁵²³ *Bostock v. Clayton County*, p. 5.

se réfèrent au sexe *identifié* à la naissance, faisant référence à un processus qui serait objectif, contrairement à l'usage du terme « assigné » qui met en exergue un processus qui *impose* une mention de sexe²⁵²⁴. Ce raisonnement à partir d'une approche dite textuelle de la loi est donc entièrement structuré à partir d'un sexe cisnormatif : chaque individu possède un sexe biologique qui le définit en tant que femme ou homme, et certains d'entre eux vont avoir une identité de genre qui entre en contradiction avec ce sexe. Cette interprétation n'était pourtant en rien inéluctable. D'autres juridictions inférieures ont au contraire adopté une « approche inclusive » du motif de sexe, pour reprendre la typologie développée par Noa Ben-Asher²⁵²⁵ ; cette approche considère qu'une discrimination relative à l'identité de genre de la personne se suffit en elle-même afin de mobiliser le motif de sexe, sans recourir au sexe assigné à la naissance. En effet, « l'identité de genre étant une composante du sexe, la discrimination fondée sur l'identité de genre est une discrimination fondée sur le sexe »²⁵²⁶.

560. Cette construction, par le droit positif, d'une différence entre ce qui constituerait le sexe biologique d'une part et l'identité de genre d'autre part crée inévitablement et par principe une distinction entre personnes cis et trans. Si cette distinction n'empêche pas nécessairement la protection des personnes trans, elle n'est en revanche pas questionnée par le droit de la non-discrimination. En témoigne une autre décision états-unienne dans laquelle le même raisonnement est adopté, cette fois-ci à partir du Titre IX, concernant le refus opposé à un élève trans d'utiliser les toilettes de son établissement en accord avec son identité de genre. En 2022, la Cour d'appel pour le onzième circuit a jugé que l'identité de genre ne pouvait être assimilée au sexe des individus, car « cela reviendrait à réfuter la reconnaissance de longue date par la Cour suprême du fait que “le sexe, comme la race et l'origine nationale, est une caractéristique immuable déterminée uniquement par le hasard de la naissance” »²⁵²⁷. Dès lors, le refus opposé à un élève transgenre d'accéder aux toilettes pour garçons ne viole pas le Titre IX, puisque cela ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe, lequel doit être entendu au sens de sexe biologique²⁵²⁸. Au contraire, selon les juges, la reconnaissance en l'espèce d'une discrimination

²⁵²⁴ J.A. Clarke, « Sex Assigned at Birth », art. cit, p. 1860.

²⁵²⁵ N. Ben-Asher, « Transforming Legal Sex », art. cit, p. 46.

²⁵²⁶ Cour de district des États-Unis pour le district de Columbia, 19 septembre 2008, *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293. Pour d'autres décisions en ce sens, v. *Ibid.*, p. 46 et s.

²⁵²⁷ Cour d'appel pour le onzième circuit, décembre 2022, *Adams ex rel. Kasper v. School Board of St. Johns County, Florida*, 57 F.4th 791, 840, p. 27.

²⁵²⁸ Cette décision est une illustration du *backlash* à l'encontre de « l'approche inclusive » qui intègre l'identité de genre comme composante du sexe selon Noa Ben-Asher, v. N. Ben-Asher, « Transforming Legal Sex », art. cit, p. 49.

fondée sur le sexe risquerait de discriminer les élèves cisgenres, leur imposant de partager les toilettes ou vestiaires avec des élèves qui n'ont pas le même sexe assigné à la naissance²⁵²⁹.

561. Le raisonnement adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Bostock* suggère par ailleurs que la protection de l'autonomie individuelle via le motif de sexe est ici restreinte au cadre de la bicatégorisation, c'est-à-dire aux femmes trans et aux hommes trans, ainsi qu'aux femmes lesbiennes et aux hommes gays lorsqu'il est question de l'orientation sexuelle. En effet, comme le remarque le juriste Guha Krishnamurthi, qu'en est-il des situations dans lesquelles le « sexe identifié à la naissance » n'est pas déterminant dans le raisonnement tel que développé par la Cour, ne pouvant ainsi conclure à une discrimination fondée sur le sexe²⁵³⁰ ? Un employeur décide par exemple, après avoir appris sa transidentité, de licencier une personne non-binaire assignée de sexe féminin à la naissance. Or si la politique menée au sein de l'entreprise consiste à licencier toutes les personnes qui ne s'identifient pas au sexe féminin ou masculin, une personne non-binaire assignée au sexe masculin à la naissance sera elle aussi licenciée : il n'y a donc pas de discrimination fondée sur le sexe au sens de la décision *Bostock*, puisque l'un des deux sexes n'est pas désavantagé par rapport à l'autre ; le processus de comparaison est ineffectif²⁵³¹. Autre exemple concernant cette fois-ci l'orientation sexuelle : une femme pansexuelle (dont l'orientation sexuelle est indifférente vis-à-vis du sexe et de l'identité de genre de la personne) est licenciée par son employeur. En suivant le raisonnement du *but-for test* développé dans la décision *Bostock* – qui consiste à envisager si la situation en cause n'aurait pas eu lieu sans la prise en compte du facteur protégé –, il semble que le juge ne pourrait aboutir à la conclusion d'une discrimination fondée sur le sexe, dans la mesure où la comparaison de sa situation avec celle d'un homme lui aussi pansexuel ne révèle pas une discrimination *à cause* du sexe²⁵³². Autrement dit, dans ces exemples, si le sexe de la personne

²⁵²⁹ Cour d'appel pour le 11^{ème} circuit, décembre 2022, *Adams ex rel. Kasper v. School Board of St. Johns County*, préc., p. 42.

²⁵³⁰ Guha Krishnamurthi, « Not the Standard You're Looking for: But-for Causation in Anti-Discrimination Law », *Virginia Law Review*, 2022, vol. 108, p. 11. V. également Ryan T. Anderson, *Symposium: The simplistic logic of Justice Neil Gorsuch's account of sex discrimination*, <https://perma.cc/JJF8-4AUA>, 16 juin 2020, (consulté le 4 août 2021).

²⁵³¹ Rachel Eric Johnson, « Discrimination Because of Sex[ual Orientation and Gender Identity]: The Necessity of the Equality Act in the Wake of *Bostock v. Clayton County* », *Brigham Young University Law Review*, 2022, vol. 47, n° 2, p. 702.

²⁵³² L'auteur mobilise également l'exemple d'une personne bisexuelle, et aboutit à la même conclusion : « Xander est (1) un homme et (2) attiré par les hommes et les femmes (bisexuel). Ainsi, pour le comparateur *X*, nous modifions une chose : le sexe de Xander, d'homme à femme. Le comparateur *X* est (1) une femme et (2) attiré par les hommes et les femmes (bisexuel). Cependant, le comparateur *X* serait tout de même licencié en vertu de cette politique. Ainsi, le sexe de Xander – être un homme – n'est pas une cause de licenciement », v. G. Krishnamurthi, « Not the Standard You're Looking for: But-for Causation in Anti-Discrimination Law », art. cit, p. 12. Pour une analyse qui estime que la décision *Bostock* pourrait tout de même s'appliquer aux personnes bisexuelles : Nancy C Marcus, « *Bostock v. Clayton County* and the Problem of Bisexual Erasure », *Northwestern University Law Review*, 2020, vol. 115, p. 223-239.

discriminée avait été différent, l'issue aurait été la même : cela ne révèle pas de discriminations fondées sur le sexe. Ainsi, dès lors que le paradigme de la différence biologique entre les sexes n'est pas déterminant, les personnes sont exclues de la protection du Titre VII²⁵³³. L'analyse du raisonnement mené par la Cour suprême montre ainsi, paradoxalement, que le sexe assigné à la naissance est déterminant dans le processus de discrimination à l'encontre des personnes trans, et plus largement des minorités sexuelles et de genre, mais qu'il demeure largement non questionné dans la logique actuelle²⁵³⁴.

2. La protection de l'autonomie individuelle au prisme du sexe cisnormatif

562. Une autre logique développée en droit de la non-discrimination afin de protéger le droit à l'autodétermination des personnes trans a été de mobiliser un motif *spécifique*, destiné à saisir ce qui serait une forme particulière de discrimination, à savoir les discriminations fondées sur l'identité de genre (ou le changement de sexe)²⁵³⁵. Certaines juridictions ont ainsi intégré explicitement ce motif à la liste des motifs prohibés²⁵³⁶, tandis que d'autres ont considéré qu'une logique de liste ouverte permettait de prendre en compte la situation des personnes trans²⁵³⁷. De toute évidence, cette « stratégie libérale »²⁵³⁸ a conduit à la visibilité accrue des discriminations à l'encontre des personnes trans ; toutefois, en contrepartie, la catégorie de sexe dans son acceptation cisnormative en sort renforcée.

563. En effet, dans un système où les motifs prohibés sont clairement distincts, le motif de l'identité de genre vise à protéger spécifiquement les personnes trans contre les discriminations, laissant ainsi le motif du sexe aux situations relatives aux personnes cis, entendu comme le sexe biologique de la personne. L'*Equality Act* de 2010 au Royaume-Uni distingue par exemple parmi les motifs prohibés le sexe et le changement de sexe (*Gender reassignment*)²⁵³⁹. Le

²⁵³³ *A contrario*, v. Rachel Slepoi, « Bostock's Inclusive Queer Frame », *Virginia Law Review*, 2021, vol. 107, p. 67-83. Catherine MacKinnon semble également voir dans l'approche textualiste une possibilité de protéger les personnes bisexuelles contre le harcèlement sexuel, v. Catharine A MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2023, vol. 34, n° 2, p. 93.

²⁵³⁴ I. Katri, « Transitions in Sex Reclassification Law », art. cit, p. 707. À noter que la jurisprudence *Price Waterhouse v. Hopkins* de 1989 sur la non-conformité de genre mobilisée notamment pour la protection du droit à l'autodétermination des personnes trans s'appuie, elle aussi, sur le sexe assigné à la naissance (SCOTUS, 1^{er} mai 1989, *Price Waterhouse c. Hopkins*, n° 87-1167, 490 U.S. 228, v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

²⁵³⁵ Dans le même sens, l'ajout des caractéristiques sexées (ou statut intersexe) comme motif prohibé de discrimination vise à protéger spécifiquement les personnes intersexes contre les discriminations, renforçant une distinction de principe entre les personnes dyadiques et intersexes.

²⁵³⁶ v. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et l'annexe de la présente thèse.

²⁵³⁷ C'est la position adoptée par la Cour européenne par exemple (v. par ex. Cour EDH, 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09).

²⁵³⁸ I. Katri, « Transgender Intra-sectionality », art. cit, p. 62.

²⁵³⁹ *Equality Act 2010*, Part 2, Chapter 1, para. 4.

premier se réfère au fait que des individus soient femme ou homme, au sens de la différence naturelle entre les sexes²⁵⁴⁰, tandis que le second vise la situation spécifique des personnes trans qui s'identifient à un sexe différent de celui assigné à la naissance²⁵⁴¹. Toutefois, selon la Cour suprême du Royaume-Uni, une telle interprétation n'affaiblit pas la protection des personnes trans, puisqu'une femme trans sera toujours en mesure de porter plainte pour discrimination fondée sur le *sexe* si un employeur la perçoit comme une femme ayant été assignée au sexe féminin à la naissance (et n'a donc pas connaissance de sa transidentité)²⁵⁴². Ce raisonnement s'applique donc uniquement aux personnes trans qui ont un *passing*²⁵⁴³ en tant que femme ou homme au regard des normes de genre attendues de la binarité sexuelle. Dans le cas contraire, le fondement de la plainte pour discrimination sera celui du changement de sexe, autrement dit le motif consacré pour les personnes trans parce qu'elles sont perçues comme telles, justifiant potentiellement, là aussi, une différence de traitement au regard de la différence de situation entre cis et trans selon le droit²⁵⁴⁴. En effet, l'absence de comparaison entre la situation des personnes trans et cis (qui empêche l'application du principe de non-discrimination) tient souvent au fait que « la situation [des personnes trans] et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre »²⁵⁴⁵.

564. La reconnaissance juridique du concept d'identité de genre et du motif associé en droit de la non-discrimination produit ainsi un effet d'essentialisation de cette même identité²⁵⁴⁶, laquelle est très nettement distinguée de ce qui lui est opposé, à savoir le sexe biologique. Or cette distinction sexe / (identité de) genre perpétue la différenciation entre cis et trans, d'autant plus que ce motif est mobilisé uniquement pour les personnes trans, alors même que toute personne a, par définition, une identité de genre. En ce sens, le motif de sexe suggère qu'il vise seulement les « véritables » femmes et hommes²⁵⁴⁷. Loin de remettre en cause la différenciation faite entre les personnes cis et les personnes trans, le motif de l'identité de genre joue le jeu de la cisnormativité sur laquelle se structure le droit de la non-discrimination²⁵⁴⁸. Dès lors, quelle

²⁵⁴⁰ V. par ex. Cour suprême du Royaume-Uni, 16 avril 2025, *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, UKSC/2024/0042, para. 171 : « La définition du sexe dans l'Equality Act de 2010 indique clairement que le concept de sexe est binaire : une personne est soit une femme, soit un homme ».

²⁵⁴¹ Toujours selon le juge de la Cour suprême du Royaume-Uni, une femme trans est « un homme biologique qui vit selon le genre féminin » (*ibid.*, para. 207). D'autres juridictions ont décrit le motif du changement de sexe comme « un spectre qui s'éloigne du sexe assigné à la naissance », v. Employment Tribunal, 14 septembre 2020, *Taylor v. Jaguar Land Rover Ltd*, n° 1304471/2018, para. 178.

²⁵⁴² *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, para. 251.

²⁵⁴³ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁴⁴ V. *supra*.

²⁵⁴⁵ Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, para. 103.

²⁵⁴⁶ N. Ben-Asher, « Transforming Legal Sex », art. cit, p. 62.

²⁵⁴⁷ I. Katri, « Transgender Intrasexuality », art. cit, p. 75.

²⁵⁴⁸ *Ibid.*

que soit la logique antidiscriminatoire déployée pour protéger l'autonomie individuelle (utilisation du motif de sexe ou consécration du motif spécifique de l'identité de genre), elle l'est à la lumière du sexe cisnormatif. En toute logique, dans l'hypothèse où serait consacrée la liberté pour les individus de déterminer leur propre identité (suppression de la sexuation de la personne juridique), les raisonnements analysés jusqu'ici déployés par les juridictions n'auraient plus lieu d'être en l'état.

B. L'hypothèse écartée de la suppression du sexe comme catégorie du droit de la non-discrimination

565. Une suppression du sexe comme moyen d'identification entraînerait-elle en conséquence une suppression du motif de sexe en droit de la non-discrimination, et plus largement, de toute référence au sexe ? Si cette voie peut être théoriquement envisagée, elle semble toutefois, au regard d'une perspective conséquentialiste, largement inadaptée à l'hypothèse formulée quant à la nécessité de *soutenir* l'égalité entre les individus. La neutralité du droit quant au sexe des individus n'est pas synonyme d'un aveuglement ou d'une ignorance de l'ordre juridique vis-à-vis des rapports de genre lorsqu'ils sont source d'inégalité **(1)**. En revanche, cette position soulève une interrogation majeure : comment saisir les discriminations fondées sur le sexe sans pour autant réifier l'idée de sexe ? **(2)**.

1. Une suppression inadaptée : distinguer la neutralité de l'indifférence

566. La liberté pour les individus de déterminer leur propre identité (absence du sexe juridique comme moyen d'identification) ne signifie pas nécessairement la suppression du sexe en matière d'égalité et de non-discrimination. Cette hypothèse serait celle identifiée (et écartée) par Davina Cooper et Robyn Emerton comme étant le degré le plus fort de décertification²⁵⁴⁹, conduisant « la législation nationale à ne plus prévoir de recours en cas de discrimination, à ne plus collecter de données sur les inégalités fondées sur le sexe et à ne plus autoriser l'utilisation de termes liés au sexe pour animer publiquement les services, les organisations, les décisions

²⁵⁴⁹ Pour rappel (v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1), le modèle de la « décertification » développé au sein du *Future of Legal Gender (FLaG)* dirigé entre autres par Davina Cooper fait référence à un système dans lequel l'État n'assigne ni n'identifie un sexe aux personnes juridiques, autrement dit à « une mesure réglementaire par laquelle l'État se retire de l'enregistrement (ou de l'assignation) du sexe à la naissance et, par conséquent, des procédures ultérieures de recertification du sexe/genre », D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 2.

politiques, etc. »²⁵⁵⁰, en somme, à une suppression totale du sexe comme notion juridique. L'une des justifications apportées en faveur de la mise en œuvre d'une telle politique serait celle, parfois mobilisée à propos de la catégorie juridique de race, du nécessaire abandon par l'ordre juridique de toute référence à une notion qui essentialise l'identité des individus à partir d'une caractéristique dont l'absence de fondement biologique et le caractère construit ont pourtant été démontrés²⁵⁵¹. En effet, si le sexe n'existe pas en soi et qu'il est à la source même des inégalités entre les individus, alors il faudrait, par analogie avec la catégorie de race, déduire de la construction sociale du sexe que les outils de discrimination positive du type quotas, par exemple, devraient être démantelés, au nom du risque de reproduction d'une essentialisation des identités et une stigmatisation des individus à partir de cette caractéristique isolée²⁵⁵².

567. Une autre justification serait celle fondée sur le respect de l'intimité de la personne : si le sexe (ou l'identité de genre) est un élément qui fait partie intégrante de l'identité personnelle, et que l'intervention de l'État quant à sa définition est exclue, alors l'utilisation de cette donnée va à l'encontre du respect de la dignité de la personne, quand bien même elle poursuit un objectif d'égalité entre les individus²⁵⁵³. La suppression du sexe juridique peut donc être mobilisée par un discours « anti-inclusion ». Enfin, comme la reconnaissance accrue des identités raciales dites mixtes n'est pas nécessairement synonyme d'une voie vers la fin du racisme²⁵⁵⁴, la reconnaissance du droit à l'autodétermination et de la légitimité des identités de genre en dehors de la binarité n'entraîne pas automatiquement un mouvement

²⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

²⁵⁵¹ V. en ce sens, comme le mentionnent les autrices dans l'article précité, le projet constitutionnel visant la suppression du mot race au sein de la Constitution française au motif que le terme « est scientifiquement infondé et juridiquement inopérant » ; il avait ainsi été proposé de le remplacer par le terme sexe, qui « faisait donc figure, à l'inverse, de terme renvoyant à une catégorie scientifiquement fondée et juridiquement opérante », M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 3. Sur les tentatives de suppression du mot « race » dans la Constitution, v. L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », art. cit, p. 16.

²⁵⁵² Julie A. Greenberg, « Deconstructing Binary Race and Sex Categories: A Comparison of the Multiracial and Transgendered Experience », *San Diego Law Review*, 2002, p. 937. L'autrice montre ainsi qu'aux États-Unis, un discours conservateur a pu s'appuyer sur la construction sociale de la race pour se prononcer en faveur de la suppression de mécanismes de discrimination positive et autres programmes en faveur des personnes racisées, dans l'objectif de tendre vers une société « indifférente à la couleur » (*colorblind*), v. L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », art. cit, p. 38 ; v. en ce sens la décision récente de la Cour suprême des États-Unis relative à l'interdiction de prendre en compte la race dans le processus de sélection à l'université : SCOTUS, 29 juin 2023, *Students For Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, n° 20-1199, commenté par Margaux Bouaziz, « L'interdiction de la prise en compte de la race dans la sélection à l'université aux États-Unis : la majorité conservatrice de la cour suprême poursuit son activisme politique », *JP blog*, 17 juillet 2023. [<https://perma.cc/8W25-4A57>].

²⁵⁵³ Tanya K. Hernández, *Multiracials and Civil Rights: Mixed-Race Stories of Discrimination*, New York, New York Univ. Press, 2018, p. 116.

²⁵⁵⁴ L'autrice relève que pour certains discours médiatiques, la multiracialité est synonyme d'une évolution vers une « harmonie raciale » (*Ibid.*, p. 3) ; en droit positif, cela peut se traduire par une baisse voire une suppression des mécanismes de type discrimination positive au motif que la reconnaissance accrue des identités multiraciales ne justifie plus leur légitimité (*Ibid.*, p. 4).

d'indifférenciation au regard du sexe, et avec lui, une éradication ni même une baisse du sexisme, justifiant ainsi le maintien d'outils juridiques visant à lutter à son encontre.

568. Or une « désinstitutionalisation » du sexe²⁵⁵⁵ et une neutralité de l'État quant à la définition du sexe ne signifient pas une ignorance des rapports de genre (*gender-blindness*)²⁵⁵⁶, mais suggèrent, au contraire, la nécessité de les saisir afin de démanteler la structure genrée de l'ordre juridique, sans prendre pour acquise l'idéologie du sexe²⁵⁵⁷. À ce titre, lorsque David B. Cruz propose en 2002 un modèle de séparation du sexe de l'État, il précise que sa démarche n'est pas guidée par « le désir naïf de faire disparaître le sexe en refusant de l'envisager » ; au contraire, « le refus général de “voir” le sexe affaiblirait la capacité du gouvernement à “voir” le genre »²⁵⁵⁸. En ce sens, si le sexe n'existe pas en tant que tel, les effets matériels produits par cette idéologie sont eux, bien réels, que ce soient des rapports de genre qui traduisent une hiérarchisation, une domination ou encore une exclusion des individus au regard de ce qui est désigné comme leur sexe. Le droit de l'égalité et de la non-discrimination doit donc en prendre connaissance afin, justement, de neutraliser ces effets (condamner les discriminations fondées sur les stéréotypes de genre par exemple), dans la mesure où « supprimer les mots du droit pour prétendre supprimer les discriminations est un leurre »²⁵⁵⁹. La « désinstitutionalisation » n'est pas un obstacle en soi, dans la mesure où le droit de la non-discrimination protège déjà très largement contre les discriminations fondées sur des critères qui ne sont pas juridiquement assignés aux personnes, tels que la race, l'orientation sexuelle ou encore la religion²⁵⁶⁰. De plus, des exemples de droit positif montrent que le sexe juridique de la personne n'est pas déterminant en matière de protection contre les discriminations fondées sur l'identité de genre, y compris en dehors de la binarité. Ainsi, au Royaume-Uni, bien que le sexe neutre ne soit pas reconnu²⁵⁶¹, le motif du changement de sexe (*gender reassignment*) mentionné au sein de l'*Equality Act* de 2010 protège les personnes trans non-binaires et/ou dont l'identité de genre est fluide contre les discriminations²⁵⁶². Apparaît toutefois un autre enjeu : si l'hypothèse de la

²⁵⁵⁵ J.C. Williams, « Deconstructing Gender », art. cit.

²⁵⁵⁶ O. Tomchin, « Bodies and Bureaucracy », art. cit, p. 861.

²⁵⁵⁷ J.C. Williams, « Deconstructing Gender », art. cit, p. 840.

²⁵⁵⁸ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 116.

²⁵⁵⁹ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 247.

²⁵⁶⁰ D. Cooper et al., *Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law Reform*, op. cit., p. 9. D. Borrillo, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », art. cit, p. 24.

²⁵⁶¹ Sur le refus de reconnaître un sexe neutre, v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁵⁶² Employments Tribunals, 14 septembre 2020, *Taylor v. Jaguar Land Rover Ltd*, n° 1304471/2018, para. 178. En l'espèce, la personne requérante avait révélé à ses collègues sa fluidité de genre, ce qui avait entraîné des insultes et moqueries de leur part qualifiées de harcèlement (par exemple quant à sa manière de s'habiller, ou à l'utilisation des toilettes séparées en fonction des sexes féminin et masculin).

suppression des outils du droit de la non-discrimination fondés sur le sexe est écartée, comment poursuivre un objectif d'égalité et de non-discrimination entre les individus sans pour autant s'appuyer sur ce qui est dénoncé, à savoir le sexe ?

2. Une prise en compte nécessaire : le paradoxe de la reconnaissance

569. Le droit de la non-discrimination est-il en mesure de saisir les effets de l'idéologie du sexe sans pour autant se référer et donc distinguer les individus en fonction du sexe, autrement dit sans reproduire ni instituer la légitimité du sexe comme une donnée naturelle qui existe *ontologiquement* ? Cette interrogation rejoint ce qui a été identifié par la juriste Martha Minow en 1990 comme « le dilemme de la différence », c'est-à-dire le fait que la prise en compte d'une situation d'inégalité ou de discrimination nécessite, paradoxalement, de reconnaître la différence qui est pourtant dénoncée, au risque de l'ignorer et de produire de la stigmatisation²⁵⁶³. Selon l'autrice, ce dilemme est intrinsèquement lié au processus de catégorisation des individus, et à leur réduction à une seule et même caractéristique (comme la race ou la religion)²⁵⁶⁴. En effet, la logique catégorielle du droit de la non-discrimination est indissociable d'un effet de naturalisation ou d'essentialisation. Or pour le dire avec Véronique Champeil-Desplats, « l'entreprise de catégorisation juridique porte en effet à fixer les situations en vue de leur assigner des conséquences et tend inexorablement à réduire aux critères définissant la catégorie des identités ou des états plus complexes, éventuellement mouvants et évolutifs »²⁵⁶⁵. En ce sens, le droit de la non-discrimination est un « pouvoir régulateur », en ce qu'il produit et « fixe » les identités comme étant inhérentes à un groupe social dominé²⁵⁶⁶.

²⁵⁶³ Martha Minow, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 2016, p. 20. L'historienne Joan Scott utilise quant à elle le terme de « paradoxe », lequel est formulé en ce sens : « les termes de l'exclusion sur lesquels se fonde la discrimination sont, en même temps, refusés et reproduits dans les revendications d'inclusion », v. Joan Wallach Scott, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre*, 2002, vol. 33, n° 2, p. 21. La politiste Wendy Brown se réfère également à la notion de « paradoxe » : « le paradoxe est donc que les droits qui impliquent une spécification de notre souffrance, de notre préjudice ou de notre inégalité nous enferment dans l'identité définie par notre subordination, alors que les droits qui évitent cette spécificité non seulement maintiennent l'invisibilité de notre subordination, mais la renforcent même potentiellement », W. Brown, « Suffering Rights as Paradoxes », art. cit., p. 232.

²⁵⁶⁴ M. Minow, *Making All the Difference*, op. cit., p. 22.

²⁵⁶⁵ V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit., p. 204.

²⁵⁶⁶ Sur ce pouvoir de régulation de l'ordre juridique dans son ensemble, v. notamment J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 61 et s. : « la construction politique du sujet se fait à des fins précises de légitimation et d'exclusion, et ces processus politiques se trouvent effectivement masqués et naturalisés par toute analyse politique qui les fonderait dans les structures juridiques. Le pouvoir juridique « produit » incontestablement ce qu'il prétend simplement représenter ; c'est pourquoi la politique doit s'occuper de cette double fonction du pouvoir : juridique et productive. En effet, la loi produit l'idée d'un « sujet avant la loi », puis fait disparaître cette formation discursive avant de la convoquer à titre de prémisses fondatrices naturalisées pour légitimer en retour l'hégémonie régulatrice de cette même loi ».

570. Avant de s'intéresser à la catégorie de sexe, une analogie avec celle de la race est éclairante. Véronique Champeil-Desplats questionne ainsi, à propos de la mobilisation de la catégorie de race en droit français :

« faut-il inscrire dans le droit un critère d'identification et de catégorisation des individus pour les protéger contre toutes sortes d'actes et de propos haineux, discriminatoires ou stigmatisants, alors que ce critère a été construit pour légitimer et asseoir des rapports de domination et que sa correspondance à une réalité biologique, culturelle ou sociale a largement été déconstruite ? »²⁵⁶⁷.

Aussi, est-ce à dire que « prohiber et punir les discriminations fondées sur la race revient logiquement à postuler que de telles discriminations sont concevables, et donc, par voie de conséquence, que les races existent »²⁵⁶⁸ ? Au contraire, il peut être admis que la « volonté de ne pas faire référence ouvertement à des caractéristiques raciales n'empêche pas les processus de stigmatisation, de hiérarchisation ou de domination qui sont au cœur du processus de racisation »²⁵⁶⁹ et que « tout comme s'interdire de penser les catégories raciales ne les fait pas disparaître, les nommer ne revient ni à les créer ni à les valider »²⁵⁷⁰. Il faudrait ainsi tenir compte de « l'idéalisme qu'il y a à croire que le problème peut être réglé par la seule suppression du mot et le déni qui consiste à considérer l'évitement comme la solution »²⁵⁷¹. Ainsi, dans le contexte français, « le discrédit lié à l'emploi explicite du mot « race » n'a pas entraîné mécaniquement la fin du racisme : au contraire, il a sans doute contribué à produire un racisme sans « race » »²⁵⁷². Dès lors, pour reprendre la formule de Lionel Zevounou, si le simple fait de prohiber les discriminations fondées sur le sexe conduirait à reconnaître l'existence même du sexe, contribuant ainsi à maintenir l'idéologie en place, pour autant, la suppression de la catégorie de sexe ou le discrédit de l'emploi explicite du mot « sexe » n'entraînerait pas mécaniquement la fin du sexisme et des oppressions basées sur le genre²⁵⁷³. Ce paradoxe de la reconnaissance engage ainsi une réflexion quant à la logique même qui gouverne le droit

²⁵⁶⁷ V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 205. Dans le même sens, Gerhard Maré, *Declassified: Moving Beyond the Dead End of Race in South Africa*, Auckland Park, South Africa, Jacana Media, 2014, 200 p.

²⁵⁶⁸ D. Lochak, « La race », art. cit, p. 293.

²⁵⁶⁹ M. Bessone, *Sans distinction de race ?*, op. cit., p. 11 et s.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 12.

²⁵⁷¹ Sarah Mazouz, *Race*, Paris, Anamosa, 2020, p. 57. V. également Patricia J. Williams, *Seeing a Color-Blind Future: The Paradox of Race*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1998, 74 p.

²⁵⁷² L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », art. cit, p. 10.

²⁵⁷³ L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de « race » en droit français », art. cit.; v. en ce sens F. Renz, *Gender Recognition and the Law. Troubling Transgender Peoples' Engagement with Legal Regulation*, op. cit., p. 15.

antidiscriminatoire²⁵⁷⁴, et notamment, sur le cadre herméneutique qui régit le motif de sexe. En effet, si le sexe doit être mobilisé par le droit afin de soutenir l'égalité entre les individus et proscrire les discriminations fondées sur le sexe (l'identité de genre, l'expression de genre, les caractéristiques sexuées, etc.), il convient toutefois de (re)penser la manière dont il pourrait être interprété, et par là, sa fonction.

§2. Questionner le cadre herméneutique du motif de sexe en droit de la non-discrimination

571. En l'absence d'hétéronomie dans la détermination du sexe juridique, le principe d'autonomie individuelle prévaut : les individus décident librement de leur identité sexuée. Or cette désinstitutionnalisation du sexe juridique n'entraîne pas, avec elle, une disparition des discriminations fondées sur le sexe²⁵⁷⁵, tout comme elle n'emporte pas la suppression des mécanismes de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe – et plus largement, des différentes composantes de l'identité sexuée de la personne²⁵⁷⁶. Au contraire, selon l'hypothèse formulée, les outils du droit de la non-discrimination sont essentiels au soutien de la libre définition par les individus de leur propre identité. Cela implique, néanmoins, une redéfinition de la logique qui régit ces mécanismes, dont on a vu que si elle accompagne le développement du droit à l'autodétermination, c'est toujours à l'aune du spectre de l'idée d'un sexe naturel ou « prédiscursif »²⁵⁷⁷. Comment, dès lors, « briser le dispositif idéologique appelé “sexe” »²⁵⁷⁸, tout en préservant un mécanisme en mesure de saisir les *effets* discriminatoires de cette idéologie ? Quelles sont les modifications qui devraient être apportées au raisonnement et à l'analyse du droit de la non-discrimination si le sexe était envisagé *comme* idéologie ?

572. Les développements qui suivent proposent différentes pistes de réflexion qui ont toutes en commun d'envisager un droit de la non-discrimination qui ne se contente pas de condamner

²⁵⁷⁴ Maria Y. Lee, « Being Wary of Categories: Is It Possible to Move Away from Categorisations in Anti-Discrimination Law? », *University of Vienna Law Review*, 2017, vol. 1, p. 115. Sur l'opportunité de se saisir des outils juridiques dans la lutte pour les droits des personnes catégorisées comme minorités de genre, v. A. Aguado et I. Zdanowicz, « L'usage du droit dans le mouvement d'émancipation trans », art. cit, p. 89. (« Peut-on attendre et exiger de l'État, via le droit, qu'il protège les catégories sexuées minorisées et garantisse de manière juste les chances de vie malgré les catégories erronées et dépolitisées qu'il produit ? »).

²⁵⁷⁵ Par analogie, « ce n'est pas parce que le droit et les institutions ignorent l'origine ou la religion des individus, qu'il n'existe pas de discriminations fondées sur ces critères », Olivia Bui-Xuan, « Introduction générale » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 28.

²⁵⁷⁶ *Contra*, v. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 24. : « il faut comprendre cependant qu'on ne pourra alors plus réclamer la parité ou l'égalité hommes-femmes, qui n'a plus de sens s'il n'y a plus d'hommes et de femmes au regard du droit » (à propos de la suppression du sexe juridique).

²⁵⁷⁷ J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 69.

²⁵⁷⁸ M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 22.

les discriminations fondées sur la « signification sociale du sexe » (stéréotypes de genre par exemple), mais qui plus encore, s'attelle à renverser la stabilité du sexe lui-même. Dans cette perspective, le droit de la non-discrimination ne participe pas à produire et perpétuer l'idéologie du sexe mais peut, au contraire, devenir un outil subversif qui engage un processus de « désidéologisation ». Il s'agit ainsi de discuter l'hypothèse selon laquelle l'interprétation du motif du sexe comme renvoyant à une essence ou à un « sexe biologique » serait nécessaire afin, notamment, d'assurer la protection des femmes contre les discriminations, ou encore le maintien d'espaces en non-mixité. Dès lors, les réflexions autour de la redéfinition des motifs prohibés **(A)** invitent, *in fine*, à repenser plus largement la logique sur laquelle repose le droit de la non-discrimination **(B)**.

A. Modifier la logique des motifs prohibés en droit de la non-discrimination

573. Penser la suppression du sexe assigné à la naissance met en évidence l'ancrage du droit de la non-discrimination dans un ordre structuré à partir de l'idéologie du sexe, et invite, par la même occasion, à envisager une nouvelle logique herméneutique derrière le motif du sexe. L'approche constructiviste adoptée au sein des développements qui suivent part de la prémisse selon laquelle le sexe, en tant que construction sociale, est « la seule réalité »²⁵⁷⁹ (il n'existe pas d'essence ontologique du sexe, ni même quelque chose à découvrir sous l'ordre du genre), mais que celle-ci n'est pas inévitable²⁵⁸⁰. Dès lors, comment envisager des motifs prohibés de discrimination qui, sans réifier l'idée de sexe, accompagnent la libre détermination par les individus de leur identité ? Plusieurs logiques se dessinent selon qu'elles visent à identifier les différents éléments qui composent l'identité de la personne **(1)**, ou au contraire, à les unifier afin de rendre compte de leur synergie **(2)**.

1. Une logique de multiplication

574. La suppression du processus d'assignation des individus à un sexe juridique – et plus généralement, de l'identification des personnes à partir d'un sexe – entraîne inévitablement, en

²⁵⁷⁹ C. Delphy, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, op. cit. V. également à propos de la catégorie de race John A. Powell, « The Colorblind Multiracial Dilemma: Racial Categories Reconsidered », *University of San Francisco Law Review*, 1997, vol. 31, p. 791.

²⁵⁸⁰ Pour reprendre la formule développée par Ian Hacking, « dans l'état actuel des choses » (*i.e.* dans l'état actuel du droit positif), « X est tenu pour acquis ; X apparaît comme inévitable » ; de même, « le sexe (ou l'idée de sexe) est tenu pour acquis ; le sexe (l'idée de sexe) apparaît comme inévitable », v. I. Hacking, *Entre science et réalité*, op. cit., p. 28.

retour, un changement de paradigme de la logique antidiscriminatoire. D'une part, elle suggère une multiplication des motifs prohibés, lesquels verraient, d'autre part, leur propre logique questionnée. En effet, se passer de l'idée de sexe impliquerait, afin de saisir les différents éléments qui constituent l'identité sexuée de la personne, de décomposer (ou « désagréger ») les éléments qui composent « l'unité fictive »²⁵⁸¹ qu'est le sexe, dans la poursuite d'un mouvement déjà observé de multiplication des motifs prohibés de discrimination²⁵⁸². Il s'agirait alors d'interdire les discriminations fondées sur l'identité de genre, l'expression de genre, l'orientation sexuelle ou encore les caractéristiques sexuées – comme c'est déjà le cas dans certaines législations²⁵⁸³ – mais sans se référer au sexe comme composante déterminante pour l'interprétation de ces motifs. Effectivement, l'interprétation des critères qui protègent, au sens large, l'identité sexuée de la personne est intrinsèquement liée à l'existence d'un sexe.

575. C'est le cas, en premier lieu, du motif de l'identité de genre, dont la logique découle, comme cela a pu être analysé dans les développements précédents, de l'existence même d'un rapport d'opposition avec un sexe entendu comme « biologique ». Pour faire évoluer cette interprétation, il s'agirait d'accepter sa mobilisation non plus seulement en référence à la situation des personnes trans, mais plus généralement, à l'ensemble des individus discriminés du fait de cette identité, quelle qu'elle soit et dans toute leur diversité, sans être opposée à l'idée d'un sexe²⁵⁸⁴. C'est également le cas du motif de l'orientation sexuelle, puisqu'il est compris comme « comme faisant référence à la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus »²⁵⁸⁵, et il s'agit, pour certaines juridictions, de comprendre ici ces références au sexe comme renvoyant *uniquement* au sexe « biologique ». Une personne lesbienne est une femme (au sens biologique du terme) attirée par d'autres femmes (au sens biologique du terme) : comme l'a jugé la Cour suprême britannique, une femme cis attirée par une femme trans ne serait donc pas lesbienne aux yeux du droit, même si son sexe juridique est féminin²⁵⁸⁶. Aucun doute, donc, sur le fait

²⁵⁸¹ M. Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, op. cit., p. 204.

²⁵⁸² V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁸³ V. Annexe.

²⁵⁸⁴ Les personnes trans ne seraient donc plus désignées comme des personnes dont l'identité de genre « diffère des attentes sociales prédominantes fondées sur le sexe assigné à la naissance », donc à l'état civil (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, mars 2024, Strasbourg, p. 19). L'expression pourrait en revanche désigner les personnes dont l'identité de genre diffère des attentes sociales prédominantes fondées sur le sexe identifié ou imposé à la naissance par ses responsables légaux, autrement dit « qui ne se reconnaissent pas dans la catégorie sociale de sexe qui leur a été assignée et qui entreprennent d'en changer » (Emmanuel Beaubatie, *Ne suis-je pas un·e féministe ?*, Paris, Seuil, 2024, 54 p).

²⁵⁸⁵ Principes de Yogyakarta, Introduction.

²⁵⁸⁶ *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, préc., para. 204.

qu'une modification de ce qui est désigné derrière le concept de sexe impacte la définition retenue de l'orientation sexuelle d'une personne.

576. Pour certains auteurs, l'accroissement de la liste des motifs prohibés de discrimination est essentiel tant du point de vue symbolique que de celui de l'effectivité du droit antidiscriminatoire, en ce qu'il assure explicitement l'interdiction des discriminations fondées sur des critères précis²⁵⁸⁷ ; pour d'autres, au contraire, ce foisonnement se traduirait par une décrédibilisation, voire un affaiblissement, de la notion même de discrimination²⁵⁸⁸, et conduirait à un risque de *backlash* à l'encontre des outils antidiscriminatoires²⁵⁸⁹. En effet, cette logique de désagrégation des motifs prohibés interroge du fait de cet effet de cloisonnement qu'elle entraîne. Le droit tend en effet à « compartimenter » les différents aspects de l'identité d'une personne, produit l'illusion que ces motifs ne sont pas « inextricablement lié[s] »²⁵⁹⁰, et renforce ainsi une logique de fixité des critères désignés ainsi que des catégories qui s'y rapportent. La personne requérante doit alors faire le choix du motif, alors même que le fait qu'une discrimination ait lieu clairement au regard du motif de l'orientation sexuelle et non pas sur l'identité de genre par exemple ne va pas de soi, les deux pouvant être intrinsèquement liés²⁵⁹¹. Enfin, les discriminations fondées sur un trait précis et isolé suggèrent une similitude de situation entre toutes les personnes victimes de discrimination pour ce même motif, et donc, potentiellement, une exclusion des personnes qui n'ont pas le profil de la « bonne victime » ; on pense par exemple aux personnes trans qui s'identifient au genre masculin sans pour autant avoir une apparence qui correspond aux normes de la masculinité ; leur identité pourra alors être remise en question. Ce cloisonnement occulte ou invisibilise des formes particulières de discrimination, laissant ainsi intactes les structures d'oppression qui marginalisent des groupes

²⁵⁸⁷ V. par ex. en Europe le rapport du Réseau européen des organismes de lutte contre les discriminations (Equinet) : Sarah Ganty et Juan Carlos Benito Sanchez, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Belgique, Equinet, European Network of Equality Bodies, 2021, p. 89.

²⁵⁸⁸ Iyiola Solanke, *Discrimination as stigma: a theory of anti-discrimination law*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017, p. 61. ; Delphine Tharaud, « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus... », *Revue générale du droit*, 2019, n° 30226.

²⁵⁸⁹ À ce sujet, v. Actes du colloque Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives, Paris, Défenseur des droits, 2018, p. 16 ; v. également R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, *op. cit.*

²⁵⁹⁰ I. Katri, « Transgender Intrasectionality », art. cit, p. 77. V. également R. Slepoy, « Bostock's Inclusive Queer Frame », art. cit, p. 76.

²⁵⁹¹ Ido Katri souligne ainsi que la discrimination peut être liée, dans un seul et même mouvement, à la non-conformité d'une personne à la norme hétérosexuelle et/ou cisgenre I. Katri, « Transgender Intrasectionality », art. cit, p. 78. À ce sujet, v. Francisco Valdes, « Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society: Foreword », *California Law Review*, 1995, vol. 83, n° 1, p. 3-10.

d'individus du fait de leur positionnement à l'intersection de dynamiques de pouvoir multiples²⁵⁹².

2. Une logique d'unification

577. À l'inverse d'une logique de multiplication des motifs prohibés, une autre voie consiste à réparer une « erreur » du droit de la non-discrimination – à savoir la distinction entre le sexe et le genre²⁵⁹³ – de la manière suivante : en mobilisant un seul et même motif afin de saisir l'ensemble des rapports qui découlent du système de sexe²⁵⁹⁴. Deux propositions théoriques sont discutées, lesquelles se distinguent au regard de la stratégie adoptée : centrer la logique antidiscriminatoire tantôt sur l'autoidentification, tantôt sur la matérialité des corps.

578. En l'absence de l'assignation hétéronome d'un sexe juridique aux individus, le principe de l'autonomie individuelle guiderait en effet la détermination de l'identité sexuée de la personne. L'approche catégorielle du droit de la non-discrimination ne fait pas obstacle, en soi, à la saisie par le droit de cette diversité des identités : elle consiste en effet à isoler des traits – des *critères* ou *motifs* prohibés – sans les définir précisément en amont. En somme, il n'est pas question de prohiber des discriminations contre un groupe ciblé (les femmes par exemple)²⁵⁹⁵, mais fondées sur des caractéristiques abstraites (le sexe)²⁵⁹⁶. Aussi, tout comme le droit de la non-discrimination protège les individus des discriminations fondées sur la religion (motif générique ou caractéristique abstraite) quelque que soit la religion à laquelle ils appartiennent, n'appartiennent pas, ou sont supposés appartenir (expérience vécue), il peut aussi, en théorie, protéger les individus contre les discriminations fondées sur l'identité de genre à laquelle ils s'identifient, ne s'identifient pas, ou sont supposés s'identifier, dans toute leur

²⁵⁹² Sur cette notion d'intersectionnalité, v. *infra*.

²⁵⁹³ K.M. Franke, « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », art. cit.

²⁵⁹⁴ V. en ce sens la proposition formulée à propos du droit britannique au sein du *Future of Legal Gender Project* : les motifs de sexe et de changement de sexe seraient fusionnés et remplacés par le seul motif de « genre » ; le motif serait envisagé comme un « terme parapluie » ou « générique », qui viserait l'ensemble des différences de traitements fondées sur le sexe entendu au sens matériel (*bodily sex*), la non-conformité aux normes de genre ou encore la transition de genre, et ce quelque que soit le sexe ou l'identité de genre à laquelle s'identifient les individus (les autrices font le parallèle avec le motif de la race au sein de l'*Equality Act 2010* au Royaume-Uni, lequel vise tout à la fois la couleur, la nationalité et l'origine ethnique), D. Cooper et al., *Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law Reform*, op. cit., p. 37. ; Flora Renz et Davina Cooper, « Reimagining Gender Through Equality Law: What Legal Thoughtways Do Religion and Disability Offer? », *Feminist Legal Studies*, 2022, p. 27.

²⁵⁹⁵ J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 951.

²⁵⁹⁶ T.K. Hernández, *Multiracials and Civil Rights*, op. cit., p. 14 ; D. Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit », art. cit, p. 67.

diversité²⁵⁹⁷. Les individus auraient ainsi ce qui s'apparenterait à un « droit au libre exercice du genre » (*right to the free exercise of gender*), sur le modèle de la liberté de conscience et de religion²⁵⁹⁸. Chaque personne serait libre de définir sa propre identité et de l'exprimer selon ses propres choix, sans interférence extérieure au regard de la neutralité de l'État en la matière²⁵⁹⁹. L'autoidentification est alors le principe, lequel serait amené à être encadré lorsque nécessaire à l'aune de la « sincérité » de l'identité exprimée²⁶⁰⁰.

579. Différents éléments pourraient être pris en compte par les juridictions, que ce soit via des attestations de personnes tierces ou le comportement de la personne, telle que la « consistance » avec laquelle l'identité de genre a été exprimée²⁶⁰¹. Aussi, même à supposer que le standard appliqué serait peu exigeant²⁶⁰², le raisonnement repose tout de même sur la preuve à apporter de son identité, ce qui suppose la prise au sérieux de stéréotypes de genre²⁶⁰³ (les personnes non-binaires seraient par exemple amenées à prouver leur non-conformité aux normes du sexe féminin et masculin). De même, cela peut poser des difficultés pour les personnes jugées non-conformes de genre, dont l'apparence ne correspond pas aux normes attendues de leur identité, et lorsque l'identité n'apparaît pas « cohérente » aux yeux des juridictions²⁶⁰⁴. Autrement dit, selon cette approche, l'identité de genre « consisterait en une vérité de l'individu contre une perception sociale, validée par autrui [...]. La construction d'un moi sexué se heurterait ainsi toujours à la contradiction entre une perception interne et une perception externe, dans la dramaturgie urbaine du regard des autres »²⁶⁰⁵. Afin d'éviter cet écueil, une autre perspective consiste à s'appuyer directement sur la matérialité des corps.

²⁵⁹⁷ J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 951 ; de même, le traitement des discriminations fondées sur la race ne concernent pas seulement un groupe particulier de la population (les personnes noires) mais vise aussi la multiracialité (personnes métisses), v. T.K. Hernández, *Multiracials and Civil Rights*, op. cit.

²⁵⁹⁸ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 1028.

²⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 1037.

²⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 1035. Katie Reineck, « Running from the Gender Police: Reconceptualizing Gender to Ensure Protection for Non-Binary People », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2017, vol. 24, n° 2, p. 283.

²⁶⁰¹ K. Reineck, « Running from the Gender Police », art. cit, p. 291. L'autrice cite des exemples comme des attestations de personnes tierces confirmant que la personne se présente selon cette identité de genre, ou encore un mail informant ses collègues quels sont ses pronoms (*ibid.*, p. 301).

²⁶⁰² En comparaison avec la jurisprudence en matière de vérification de la sincérité d'une croyance religieuse (*Ibid.*, p. 285).

²⁶⁰³ L'autrice prend entre autres l'exemple d'un homme trans exclu de son université pour avoir utilisé les vestiaires pour hommes ; en application du modèle de l'autoidentification, « le tribunal examinera si le plaignant a exprimé son genre d'une manière généralement associée à ce genre » (*Ibid.*, p. 293).

²⁶⁰⁴ Par exemple pour une personne non-binaire et de genre fluide qui utilise des pronoms féminin et neutre mais dont l'apparence est considérée comme reflétant les normes attendues du sexe masculin (son identité serait alors remise en question par un juge), à l'inverse d'un employé trans dont l'apparence correspond aux normes attendues de la masculinité qui utilise des pronoms masculins et dont les collègues ont connaissance de sa relation de longue date avec une partenaire de sexe féminin ; v. en ce sens I. Katri, « Transgender Intrasexuality », art. cit, p. 77.

²⁶⁰⁵ S. Batteux, « Autonomie & autodétermination », art. cit, p. 91.

580. Marie-Xavière Catto propose en effet de mobiliser, en droit français, le motif des caractéristiques sexuées dans une optique d'unification des critères de discrimination²⁶⁰⁶. Selon l'autrice, ce seul motif – décliné en deux dimensions, à savoir les « caractéristiques sexuées au sens physiologique » d'une part, et les « caractéristiques socialement sexuées » d'autre part – suffirait à saisir l'ensemble des rapports sociaux identifiés par les motifs du sexe, de l'identité de genre ou encore de l'orientation sexuelle. L'instauration de ce motif reviendrait ainsi à supprimer, en premier lieu, le motif du sexe, lequel – contrairement aux caractéristiques sexuées – « ne dit pas le corps mais la place »²⁶⁰⁷, et par là, à reconnaître que tous les individus – et pas seulement les personnes intersexes – ont une variété de caractéristiques sexuées²⁶⁰⁸. Il entraînerait aussi la suppression du motif de l'identité de genre, puisque les « caractéristiques socialement sexuées (telles que l'habillement, la manière de se conduire, etc.) » seraient saisies par ce critère, ainsi que celui de l'orientation sexuelle, dans la mesure où celle-ci « relève toujours d'une discrimination selon les caractéristiques sexuées des membres de la relation »²⁶⁰⁹.

581. Le fait que cette information soit confidentielle²⁶¹⁰ n'est pas un obstacle dans la mesure où le droit de la non-discrimination protège aussi les individus au regard de la *perception* par autrui de certaines caractéristiques. En effet, la discrimination peut être reconnue y compris lorsqu'elle intervient sur la base de l'appartenance *supposée* de la personne à une catégorie en raison d'un motif²⁶¹¹. Une précision indispensable serait ainsi d'ajouter « que ces caractéristiques peuvent être “vraies ou supposées” »²⁶¹², afin de prendre par exemple en compte la situation d'une femme lesbienne discriminée par son employeur car il suppose que sa partenaire et elle ont les mêmes caractéristiques sexuées (ce qui peut ne pas être le cas). Une discrimination pourra par exemple être retenue lorsqu'un employeur refuse d'embaucher une personne qui s'identifie au genre masculin parce qu'il suppose que ses caractéristiques sexuées sont de type féminin. Enfin, selon l'autrice, le recours aux caractéristiques sexuées peut

²⁶⁰⁶ M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 22.

²⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 21.

²⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 22.

²⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 23.

²⁶¹⁰ Puisque mentionnée seulement sur l'acte de naissance à des fins de santé, v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

²⁶¹¹ Une personne peut être protégée même lorsqu'elle ne possède pas la caractéristique en question (y compris en l'absence de supposition) ; v. par ex. la décision de la Cour de justice de l'Union européenne *Coleman c. Attridge Law* (relative à une discrimination fondée sur le handicap) : « il ne ressort pas de ces dispositions de la directive 2000/78 que le principe de l'égalité de traitement qu'elle vise à garantir soit limité aux personnes ayant elles-mêmes un handicap au sens de cette directive. Au contraire, celle-ci a pour objet, en ce qui concerne l'emploi et le travail, de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur le handicap. » (CJUE [GC], 17 juillet 2008, *Coleman c. Attridge Law*, C-303/06, para. 38).

²⁶¹² M.-X. Catto, « En finir avec le sexe ? », art. cit, p. 23.

entraîner une suppression de la catégorie de sexe, et par là, la disparition d'un bon nombre de pratiques sociales fondées sur « le sexe comme dispositif de pouvoir »²⁶¹³.

582. Cela conduit notre analyse à une interrogation essentielle : si le droit de la non-discrimination semble pouvoir s'adapter à une disparition de l'idéologie du sexe pour s'appuyer sur une libre détermination des individus de leur identité de genre et/ou de leurs caractéristiques sexuées, ces outils sont-ils à même de saisir la dimension *structurelle* et *systémique* des effets produits par le système de sexe ? Autrement dit, dans quelle mesure le droit de la non-discrimination peut-il dépasser une approche individuelle (basée sur un trait spécifique de l'individu) pour saisir non pas seulement les différences de traitement imposées aux individus du fait de leur identité ou de leurs caractéristiques sexuées (dans une optique de protection de leur autonomie individuelle), mais plus largement, la différenciation des individus produite par un ordre social et juridique *structuré* à partir de l'idée de sexe ? Au-delà de l'interprétation des motifs prohibés en droit de la non-discrimination, c'est donc la logique même qui guide le droit de la non-discrimination qui doit être interrogée.

B. Modifier la logique qui façonne le droit de la non-discrimination

583. Le droit de l'égalité et de la non-discrimination repose sur une logique de type libérale²⁶¹⁴ : ainsi, « plutôt qu'à des groupes ou des collectifs déterminés par des positions sociales, la lutte contre les discriminations vise avant tout des individus appréhendés par certaines de leurs caractéristiques personnelles »²⁶¹⁵. La critique du droit de la non-discrimination comme aveugle face aux inégalités structurelles ou systémiques n'est pas récente²⁶¹⁶ ; elle est même « récurrente »²⁶¹⁷. Pour le dire avec le juriste Dean Spade, le modèle

²⁶¹³ Que ce soit l'agencement des toilettes selon une position assis / debout ou l'annonce du sexe de l'enfant à l'issue d'une échographie (*Ibid.*, p. 27).

²⁶¹⁴ Elsa Fondimare et Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges » dans *Préférences et discriminations*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 13.

²⁶¹⁵ Véronique Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », *La Revue des Droits de l'Homme*, 11 février 2016, n° 9, p. 11.

²⁶¹⁶ V. par ex. à propos des discriminations raciales Alan David Freeman, « Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine », *Minnesota Law Review*, 1978, vol. 62, p. 1049-1119.

²⁶¹⁷ E. Fondimare et Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », art. cit, p. 16. V. par ex. Dean Spade qui évoque un effet d'individualisation du droit antidiscriminatoire en s'appuyant sur les travaux d'Alan Freeman : D. Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, op. cit., p. 42 et s., ou encore I. Katri, « Transgender Intrasectuality », art. cit, p. 79. Pour le dire avec Gayatri Chakravorty Spivak, « il est difficile d'admettre que l'individualisme libéral est une habilitation violente » (Gayatri Chakravorty Spivak, *Outside in the Teaching Machine*, Hoboken, Taylor and Francis, 2012, p. 44).

« individuel / intentionnel » sur lequel est structuré le droit de la non-discrimination n'est pas seulement un obstacle à la saisie par le droit de discriminations systémiques : il est une manière de *perpétuer* ces structures de pouvoir²⁶¹⁸. Ainsi, bien que le motif prohibé des discriminations fondées sur l'identité de genre vise à protéger le droit à l'autodétermination, « cette approche n'ouvre aucune perspective au sujet des expériences de domination qui relient les sujets trans comme classe »²⁶¹⁹. Comment dès lors « réaffirmer l'unité du genre comme rapport social »²⁶²⁰ et envisager « le genre comme une relation structurée d'inégalité plutôt que comme un droit personnel à s'exprimer »²⁶²¹ ? Le droit de la non-discrimination peut-il servir d'outil afin d'identifier et de démanteler les structures qui *créent* les différences et pas seulement aux comportements individuels basés sur une caractéristique individuelle²⁶²² ? L'approche adoptée consiste à souligner que ce n'est pas seulement l'autodétermination de la personne qui importe d'un point de vue du droit de la non-discrimination²⁶²³, mais au contraire, qu'il est indispensable de saisir ce droit au sein d'un ensemble de processus sociaux et de conditions matérielles qui créent les conditions d'une inégalité de traitement structurelle²⁶²⁴.

584. Certains auteurs ont proposé de soustraire le droit de la non-discrimination de sa logique catégorielle, pour en faire un droit « post-catégoriel »²⁶²⁵, au sens où celui-ci ne serait plus construit sur des critères spécifiques visant à identifier une caractéristique individuelle. Différentes approches ont été développées. Au lieu de placer l'identité au centre du raisonnement (comme « proxy »²⁶²⁶), il s'agirait de s'intéresser en premier lieu aux *effets* (de subordination, d'exclusion, etc., à l'inverse d'une démarche fondée à partir du « point de vue de l'auteur »²⁶²⁷), afin de déterminer si un acte ou un comportement est discriminant (*i.e.* sexiste, raciste, validiste, etc.)²⁶²⁸. Pour d'autres, ce n'est pas tant la logique catégorielle qui fait

²⁶¹⁸ D. Spade, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, op. cit., p. 52.

²⁶¹⁹ S. Batteux, « Autonomie & autodétermination », art. cit, p. 91.

²⁶²⁰ *Ibid.*, p. 92.

²⁶²¹ F. Renz et D. Cooper, « Reimagining Gender Through Equality Law », art. cit, p. 4. ; Philippa Arpin, « Histoire critique de la notion d'identité de genre » dans *Matérialismes trans*, Hystériques & Associés, 2021, p. 249-280.

²⁶²² M. Minow, *Making All the Difference*, op. cit.

²⁶²³ Cela ne remet pas en cause la validité et la légitimité de l'identité de genre des individus ; il s'agit ici de questionner sa pertinence en tant que concept juridique dans l'application d'une logique antidiscriminatoire.

²⁶²⁴ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 101.

²⁶²⁵ Susanne Baer, « Geschlecht und Recht. Zur Diskussion um die Auflösung der Geschlechtergrenzen », *Österreichische Richterzeitung*, 2014, n° 1, p. 5-11.

²⁶²⁶ Lauren Sudeall Lucas, « Identity as Proxy », *Columbia Law Review*, 2015, vol. 115, n° 6, p. 1605-1674. L'autrice développe une « approche fondée sur la valeur » (*value-based approach*) dans une optique d'identifier davantage les rapports de force structurels.

²⁶²⁷ A.D. Freeman, « Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine », art. cit. (l'auteur utilise l'expression « *perpetrator perspective* »).

²⁶²⁸ M.Y. Lee, « Being Wary of Categories », art. cit, p. 118. V. également Amanda Nuttall, « Reformulating the Categorical Approach to Discrimination Law » (« le principe n'est pas de savoir s'il peut être démontré qu'une décision ou une action a été prise en raison d'une caractéristique particulière mais que la décision ou l'action a été prise arbitrairement sur la base d'un critère sans rapport avec l'action ou la décision [...] Il y aurait une certaine

obstacle à l'appréhension des rapports de pouvoirs structurels, que la logique même qui guide le droit de la non-discrimination²⁶²⁹.

585. Ainsi, pour la juriste Iyiola Solanke, ce n'est pas l'utilisation *per se* des catégories en droit de la non-discrimination qui est problématique (logique qui ne lui est d'ailleurs pas inhérente mais relèverait d'un certain « pragmatisme juridique »²⁶³⁰), mais davantage la logique qui décide de leur création²⁶³¹. Elle propose en ce sens de s'appuyer sur la notion de stigmatisme (*stigma*) – laquelle a été développée dans un premier temps en sociologie pour désigner un « écart à la norme »²⁶³² ou « toute personne qui ne correspond pas à ce qu'on attend d'une personne considérée comme normale »²⁶³³ – et de développer un « principe anti-stigmatisation » (*anti-stigma principle*), qui ferait office de guide afin de déterminer si une différence de traitement relève ou non d'une discrimination²⁶³⁴. Selon cette théorie, le droit de la non-discrimination n'aurait pas besoin de s'appuyer sur une liste prédéfinie de motifs prohibés, dans la mesure où la protection « d'un trait, d'une condition ou d'un attribut » est établie au regard d'une analyse contextuelle et conséquentialiste à la lumière du processus de stigmatisation²⁶³⁵. Dans cette perspective, le droit de la non-discrimination dépasse largement la dimension identitaire et individuelle. La notion de stigmatisme met ainsi en lumière les « structures sociales » qui subsistent dans l'angle mort de la logique actuelle du droit de la non-discrimination²⁶³⁶, comme les « accommodements structurels » qui font que « nos espaces communs et nos institutions ont été conçus en fonction des besoins » des groupes les plus privilégiés, « qui font que leurs intérêts et leurs besoins semblent normaux et naturels et que les

référence à une catégorie dans une certaine mesure, mais une catégorie illégitime n'a pas besoin d'être définie »); Kate Malleson, « Equality Law and the Protected Characteristics », *The Modern Law Review*, 2018, vol. 81, n° 4, p. 618. L'autrice cite une affaire de la Cour suprême canadienne de 1995 dans laquelle la juge L'Heureux-Dubé identifie une « approche basée sur les effets » (*effects-based approach*), qui se concentre sur l'effet discriminatoire et s'appuie sur les motifs identifiés comme moyen d'y répondre. Les motifs sont mobilisés au regard du contexte et non comme « catégories abstraites ».

²⁶²⁹ V. également les travaux de Deborah Hellman qui proposent de penser la discrimination comme une différence de traitement injustifiée qui *dévalorise* ou *humilie* la personne (D. Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, op. cit.).

²⁶³⁰ I. Solanke, « Putting Race and Gender Together », art. cit., p. 723.

²⁶³¹ *Ibid.*, p. 737.

²⁶³² I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 17 et s. L'autrice cite notamment les travaux d'Erving Goffman et en particulier son ouvrage *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity* de 1963.

²⁶³³ Corinne Rostaing, « Stigmatisme » dans *Les 100 mots de la sociologie*, Paris, PUF, 2015, p. 100.

²⁶³⁴ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 84. *Contra.* : Deborah Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, Cambridge, MA, Harvard Univ. Press, 2011, p. 26 (pour l'autrice la notion sert davantage à regarder les conséquences ou les effets d'une classification, ce qui n'est pas l'objet de sa théorie, car une mauvaise classification ne se réduit pas (seulement) aux effets néfastes qu'elle produit).

²⁶³⁵ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 161. L'autrice propose en ce sens une liste de dix questions afin de déterminer si une caractéristique est protégée par le droit antidiscriminatoire guidé par le principe d'anti-stigmatisation (*ibid.*, p. 162).

²⁶³⁶ *Ibid.*, p. 150.

intérêts des autres groupes paraissent exceptionnels »²⁶³⁷. Le principe anti-stigmatisation met en lumière le fait qu'une discrimination est le résultat d'un processus (une signification sociale attribuée à un trait ou une caractéristique), et insiste sur l'importance capitale des normes sociales à l'origine du phénomène discriminatoire²⁶³⁸. Il garantit ainsi l'appréhension d'une discrimination à plusieurs niveaux, tant interpersonnel qu'institutionnel, mais aussi dans toute sa complexité, à la lumière du concept d'intersectionnalité²⁶³⁹, lequel ne peut être mobilisé au sein d'une approche catégorielle²⁶⁴⁰. Au contraire, comme le souligne l'autrice,

« l'objectif de la discrimination intersectionnelle n'est donc pas de créer une nouvelle hiérarchie de catégories mutuellement exclusives, mais d'améliorer la protection contre la discrimination en exposant les aveuglements structurels inhérents à la conception du droit antidiscriminatoire. L'intersectionnalité vise à « perturber » les récits dominants du droit antidiscriminatoire, à rendre visible le pouvoir et, par là même, certaines formes de discrimination subies par des groupes situés aux confins des catégories »²⁶⁴¹.

Le droit de la non-discrimination ne s'appuierait donc pas sur une liste de motifs prohibés préétablie, chaque trait ou attribut pouvant être appréhendé à la lumière de la notion de stigmatisation. Tant le motif de l'identité de genre que des caractéristiques sexuées pourraient ainsi, en théorie, être mobilisés à la lumière du principe développé par Iyiola Solanke. Lorsqu'il est question du sexe, il pourrait par exemple être analysé comme « classe sociale »²⁶⁴² conformément à la proposition de la juriste Naomi Schoenbaum. L'autrice propose d'« utiliser un terme ancien d'une nouvelle manière »²⁶⁴³ au sein du droit positif, et d'interpréter le sexe au

²⁶³⁷ Sophia Moreau, « Faces of Gender Inequality » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, 1st edition., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2023, p. 22.

²⁶³⁸ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 92.

²⁶³⁹ Une discrimination intersectionnelle « se produit lorsque les formes de discrimination ne peuvent être séparées en motifs distincts » : Iyiola Solanke, « The Anti-Stigma Principle-Centralising Intersectionality in the Theory of Anti-Discrimination Law », Paris, 2018, p. 143. Le concept d'intersectionnalité est théorisé par la juriste Kimberlé Crenshaw à la fin des années 1980, notamment dans cet article : Kimberlé W. Crenshaw, « Démarginaliser l'intersection de la race et du sexe : une critique féministe noire du droit antidiscriminatoire, de la théorie féministe et des politiques de l'antiracisme », *Droit et société*, traduit par Sophie Beaulieu, traduit par Isabelle Aubert et traduit par Magali Bessone, 2021, vol. 108, n° 2, p. 465-487.

²⁶⁴⁰ La logique intersectionnelle est celle qui tend le plus à se défaire d'un raisonnement purement catégoriel, et ainsi à « déségmenter l'identité des personnes » (Alexandrine Guyard-Nedelec, « Sexe, race, intersectionnalité : un "gâteau marbré" ? », *Alizés : Revue angliciste de La Réunion*, 2017, p. 30.) ; sur les difficultés des juridictions à s'emparer de l'approche intersectionnelle, v. *Actes du colloque Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, Paris, Défenseur des droits, 2018, p. 34.

²⁶⁴¹ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 143.

²⁶⁴² Naomi Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », *UC Davis Law Review*, 2024, vol. 58, p. 906. Pour une analyse en termes de classe sociale, v. également S. Haslanger, « Gender and Race », art. cit, p. 37.

²⁶⁴³ S. Haslanger, « Gender and Race », art. cit, p. 48.

sens de la théorie féministe matérialiste²⁶⁴⁴, autrement dit « non pas comme une réalité métaphysique, mais comme une catégorie sociale qui, comme la race, est construite par des forces sociales, culturelles, politiques et juridiques »²⁶⁴⁵.

586. Par conséquent, la matérialité des corps est détachée de l'idée de sexe : lorsque nécessaire, le droit se saisit strictement d'un fait physiologique (par exemple, la grossesse), sans le rattacher à l'idée ou au prisme du sexe (la grossesse comme fait vécu seulement par les femmes)²⁶⁴⁶. Le sexe, en tant que classe, est une position sociale traversée par des rapports de pouvoir, d'oppression, de subordination, façonnée par les « effets contraignants des normes de genre »²⁶⁴⁷. Dès lors, la focale n'est pas placée sur ce qu'est le sexe par essence (ce qui reviendrait par exemple à se demander si les femmes trans sont de « vraies femmes » et peuvent bénéficier de la même protection que les femmes cis), mais bien sur les effets matériels qui découlent de l'appartenance (ou de la non-appartenance) à une « classe de sexe »²⁶⁴⁸, impliquant un regard critique sur la logique même à l'origine de la catégorie²⁶⁴⁹. L'hypothèse semble ainsi pouvoir être rattachée au concept de « transitude » développé par la philosophe Pauline Clohec, lequel fait référence au « passage d'une position sociale, en l'occurrence d'une classe de sexe, à une autre »²⁶⁵⁰, à partir d'une approche du « fait trans [...] comme un phénomène social prenant place dans la division et la hiérarchisation sociales en sexes »²⁶⁵¹. Les femmes trans sont alors considérées comme femmes au même titre que les femmes cisgenres d'un point de vue juridique du fait de leur expérience commune (mais chacune spécifique, selon qu'elles soient par exemple en situation de handicap et/ou racisée) des rapports

²⁶⁴⁴ Pour le rappeler avec Catharine MacKinnon, « l'oppression des femmes s'exerce par le biais du genre, et plus précisément de la hiérarchie de genre, qui est un arrangement social et politique, et non biologique », C.A. MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », art. cit, p. 90.

²⁶⁴⁵ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 912. Les travaux de la juriste Tanya K. Hernández à propos du motif de la race en droit de la non-discrimination adoptent une approche similaire : elle suggère « le passage d'une approche axée sur la reconnaissance de l'identité individuelle à une approche axée sur les réalités raciales basées sur le groupe », en adoptant « une perspective explicite de la race comme « sociopolitique » pour analyser les questions de discrimination » (T.K. Hernández, *Multiracials and Civil Rights*, op. cit., en particulier le Chapitre 7 de l'ouvrage).

²⁶⁴⁶ J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 954. Sur ce point, v. *infra*. Section 2. Dans la même optique, Catharine MacKinnon soutient que la cause de l'oppression des femmes n'est pas dû à leur « sexe biologique » (leurs caractéristiques sexuées) en tant que tel, mais bien au rapport de hiérarchisation opéré par le genre, c'est-à-dire à la signification et aux représentations apposées sur les différences matérielles entre les corps (C.A. MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », art. cit, p. 90).

²⁶⁴⁷ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1015.

²⁶⁴⁸ Pauline Clohec, *Après l'identité : Transitude & féminisme*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2023, 160 p.

²⁶⁴⁹ J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 933. Dans le même sens, v. Sophie Noyé, *Pour un féminisme matérialiste et queer*, Paris, La Dispute, 2025, 250 p.

²⁶⁵⁰ Pauline Clohec, « Du spectre du matérialisme à la possibilité de matérialismes trans » dans *Matérialismes trans*, Fellerling, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 41. V. également Emmanuel Beaubatie, *Transfuges de sexe*, Paris, La Découverte, 2021, 192 p.

²⁶⁵¹ P. Clohec, « Du spectre du matérialisme à la possibilité de matérialismes trans », art. cit, p. 43.

d'oppression subis du fait de l'appartenance à cette classe de sexe²⁶⁵². Cette perspective du sexe comme classe sociale appréhendée au regard du principe anti-stigmatisation invite ainsi à envisager la possibilité pour le droit de la non-discrimination de saisir la dimension *structurelle* et *systémique* des inégalités. Aussi, se dessine la perspective de résoudre le « dilemme de la différence »²⁶⁵³ : loin d'adopter une position *gender-blind* qui se refuserait, au prétexte de la neutralité de l'ordre juridique au regard du sexe, de saisir les rapports de pouvoir qui découlent du processus de sexuation des individus, le droit de la non-discrimination adopterait au contraire une approche à même d'identifier et de questionner les effets matériels de la catégorisation sociale, à l'aune de la diversité et de la richesse des identités individuelles²⁶⁵⁴. Il s'agirait ainsi de protéger toutes les personnes qui subissent les effets de l'ordre du genre, et pas seulement les femmes²⁶⁵⁵.

587. En somme, il s'agirait alors d'appréhender le motif du sexe sur le modèle des « jeux de langage » développé par Ludwig Wittgenstein. Selon cette théorie, les mots n'ont pas de signification en tant que telle : leur sens dépend toujours de leur usage, du contexte dans lequel ils sont mobilisés, à l'encontre d'une vision simpliste et réductrice qui tendrait à faire correspondre un concept à une catégorie précisément définie dans le monde des faits²⁶⁵⁶. Cette théorie a été mobilisée notamment par Linda Nicholson à propos du terme femme²⁶⁵⁷. Elle explique que le féminisme n'a pas besoin d'une signification claire et spécifique du mot femme, lequel dépend d'un ensemble complexe de caractéristiques²⁶⁵⁸, au risque d'exclure

²⁶⁵² N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1006 ; C.A. MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », art. cit, p. 92.V. en ce sens les propos d' Alyson Escalante, cités par P. Clochec, « Du spectre du matérialisme à la possibilité de matérialismes trans », art. cit, p. 46 : « les femmes trans doivent être incluses dans le féminisme non pas du fait d'une notion abstraite d'identité de genre, ou parce que la structure de notre cerveau ferait de nous des femmes, mais parce que nous partageons des expériences matérielles et des buts avec les autres femmes. Les femmes en tant que classe partagent l'expérience d'être modelées comme des personnes qui sont exploitées, soumises et opprimées par les intérêts et la domination des hommes en tant que classe ».

²⁶⁵³ M. Minow, *Making All the Difference*, op. cit.

²⁶⁵⁴ V. en ce sens la position de Joan W. Scott : « La résolution du « dilemme de la différence » ne consiste ni à ignorer ni à accepter la différence telle qu'elle est normativement constituée. Il me semble plutôt que la position féministe critique doit toujours impliquer deux démarches. La première est la critique systématique des opérations de la différence catégorielle, la révélation des types d'exclusions et d'inclusions – les hiérarchies – qu'elle construit, et le refus de leur « vérité » ultime. Un refus, toutefois, non pas au nom d'une égalité impliquant la similitude ou l'identité, mais plutôt (et c'est la deuxième démarche) au nom d'une égalité fondée sur les différences – des différences qui confondent, perturbent et rendent ambiguë la signification de toute opposition binaire figée » (Joan W. Scott, « Deconstructing Equality-Versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism » dans Steven Seidman (ed.), *The Postmodern Turn*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 297).

²⁶⁵⁵ J.C. Williams, « Deconstructing Gender », art. cit, p. 802. D. Rosenblum, « Unsex Cedaw, or What's Wrong with Women's Rights », art. cit.

²⁶⁵⁶ Joyce Davidson et Mick Smith, « Wittgenstein and Irigaray: Gender and Philosophy in a Language (Game) of Difference », *Hypatia*, 1999, vol. 14, n° 2, p. 74.

²⁶⁵⁷ V. également l'ouvrage collectif Nancy E. Baker et al. (eds.), *Feminist Interpretations of Ludwig Wittgenstein*, University Park, PA, Penn State University Press, 2021, 488 p.

²⁶⁵⁸ Linda Nicholson, « Interpreting Gender », *Signs*, 1994, p. 101.

constamment certaines personnes de cette catégorie (*normativity problem*²⁶⁵⁹) voire de « réifier » les rapports de genre²⁶⁶⁰. Une telle position ne suppose pas une signification ancrée dans le temps ni dans l'espace (géographique) : elle est évolutive, et prend en considération les éléments de définition qui participent à constituer la catégorie femme²⁶⁶¹. Cette « instabilité » – ou plutôt, cette ouverture²⁶⁶² – apparaît essentielle au regard des différentes significations apportées aux catégories de sexe en fonction du contexte et des évolutions sociales²⁶⁶³, constamment sujettes à une « négociation collective » de la part des groupes concernés quant à la définition à (ne pas) adopter²⁶⁶⁴. Ainsi, non seulement le motif du sexe n'a pas de signification ontologique en droit de l'égalité et de la non-discrimination en dehors du « jeu de langage » (du contexte) dans lequel il intervient, mais il peut donc renvoyer à différents éléments qui ont des similitudes sans avoir une essence commune (une « ressemblance familiale »). À partir de ces développements théoriques, on souhaite désormais explorer, à partir d'une approche contextuelle et spatiale, l'incidence que pourrait avoir cette interprétation du sexe sur différents espaces gouvernés justement à partir de la sexuation des personnes.

²⁶⁵⁹ S. Haslanger, « Gender and Race », art. cit.

²⁶⁶⁰ J. Butler, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 73 : « La construction de la catégorie « femme » comme un sujet cohérent et stable n'est-elle pas, à son insu, une régulation et une réification des rapports de genre ? [...] ».

²⁶⁶¹ L. Nicholson, « Interpreting Gender », art. cit, p. 101.

²⁶⁶² Kathryn McNeilly, « Gendered Violence and International Human Rights: Thinking Non-discrimination Beyond the Sex Binary », *Feminist Legal Studies*, 1 décembre 2014, vol. 22, n° 3, p. 278. L'autrice s'appuie sur le concept de « traduction culturelle » de Butler pour suggérer que le droit de l'égalité et de la non-discrimination doit rester ouvert quant à la signification des identités de sexe/genre afin de « stimuler le débat démocratique ».

²⁶⁶³ J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 933. L'autrice soutient qu'il faut « résister à l'exigence de définir le sexe et le genre avec précision », et qu'au contraire « ces termes sont et devraient être contestés culturellement, et qu'ils doivent être définis en tenant compte de chaque contexte juridique ».

²⁶⁶⁴ S. Haslanger, « Gender and Race », art. cit, p. 48.

Section 2 : Envisager la désexuation des espaces gouvernés par le sexe

588. On peut donc considérer que la prise au sérieux du sexe comme idéologie dont découle la neutralité de l'État au regard du sexe n'empêche pas, et même encourage, le maintien de dispositifs de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe dans une perspective globale (tant au niveau individuel que structurel). Dès lors, il convient d'analyser dans quelle mesure cette proposition théorique peut, concrètement, interagir avec des domaines ou espaces qui dépendent *directement* d'une différenciation des individus à partir du sexe : dans la mesure où, selon notre proposition, le sexe – en tant qu'idéologie – n'a pas d'existence ontologique, comment le droit peut-il régir ou encadrer ces rapports entre individus à la lumière du principe d'égalité et de non-discrimination²⁶⁶⁵ ? Quels sont les sphères ou les espaces au sein desquels une distinction fondée sur le sexe peut (encore) opérer ? Qu'est-ce qui justifie que dans certains lieux précis et identifiés, les individus sont séparés ou différenciés en fonction du sexe, alors même qu'ils coexistent le reste du temps (ils sont « ensemble et séparés »²⁶⁶⁶) ?

589. Ces questionnements n'apportent pas une réponse univoque. Au contraire, la méthode retenue consiste à procéder par « touches »²⁶⁶⁷, à la manière des impressionnistes, afin, ensuite, de prendre du recul pour obtenir une vue d'ensemble. Il est donc question d'adopter une approche contextuelle²⁶⁶⁸, et, comme le suggère Véronique Champeil-Desplats, « une démarche pragmatique, domaine par domaine »²⁶⁶⁹. L'enjeu consiste ainsi à « repérer des espaces institutionnels et sociaux dans lesquels la mention du genre apparaît juridiquement inutile, source de discrimination, d'exclusion ou de stigmatisation et d'autres, où elle apparaît à l'inverse protectrice et valorisante, en prêtant attention à ce que la reconnaissance des un.e.s n'obère pas celle des autres »²⁶⁷⁰. Ce repérage se veut le plus large possible, dans la mesure où le droit de la non-discrimination offre « une couverture quasi-totale des espaces sociaux »²⁶⁷¹, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité (auraient aussi pu être intégrées à l'analyse les

²⁶⁶⁵ La démarche ici n'est donc pas (seulement) d'interroger la prise en compte de la non-binarité (sexe neutre ou autre) au sein des différents mécanismes, institutions et espaces régit par le droit ; pour une démarche en ce sens dans le contexte du droit français, v. *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité* (dir. Olivia Bui-Xuan), Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, 278 p.

²⁶⁶⁶ Erving Goffman, *L'arrangement des sexes*, traduit par Hervé Maury, Paris, La Dispute, 2002, 115 p.

²⁶⁶⁷ Elsa Fondimare et Robin Medard Inghilterra (dir.), *Préférences et discriminations*, op. cit., p. 10.

²⁶⁶⁸ Dans le même sens, v. J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 936.

²⁶⁶⁹ V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 216.

²⁶⁷⁰ *Ibid.*

²⁶⁷¹ E. Fondimare et Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », art. cit, p. 13 et s.

questions relatives au service militaire, des offres d'emplois réservées à un sexe²⁶⁷², des bureaux de vote réservés aux femmes ou encore aux mesures liées à la gestion du confinement lié au Covid-19²⁶⁷³). Les exemples mobilisés, qu'on empruntera ici encore à différents ordres juridiques, peuvent être envisagés comme autant « d'utopies quotidiennes », au sens du concept développé par la juriste Davina Cooper²⁶⁷⁴, afin non seulement d'envisager de nouvelles manières d'encadrer les relations entre individus, mais aussi de prendre du recul sur les formes actuelles²⁶⁷⁵. L'utopie permet en effet d'imaginer la création de nouvelles formes de vie en société²⁶⁷⁶, de dépasser le sens commun et de reconnaître les obstacles à la mise en œuvre d'objectifs communs²⁶⁷⁷.

590. Les espaces identifiés seront ici distingués en fonction de leur régulation par la puissance publique ou par des acteurs privés ; les premiers étant gouvernés par un principe de neutralité au regard du sexe, et les seconds par un principe de pluralité de croyances relatives à l'idéologie du sexe, dans la mesure où, sur le modèle de la liberté religieuse, les individus sont libres d'adopter n'importe quelle croyance relative au sexe²⁶⁷⁸. Or comment concilier différentes approches, l'une qui se fonde par exemple sur la matérialité des corps (souvent qualifiée d'objective) et l'autre sur l'identité de genre ressentie par la personne (souvent qualifiée de subjective)²⁶⁷⁹ ? Il s'agira de démontrer que si ces différentes conceptions ou croyances peuvent cohabiter, elles nécessitent néanmoins d'être encadrées ou régulées par le droit, au regard des conflits qui peuvent résulter de ce pluralisme²⁶⁸⁰. L'analyse se concentre alors tant sur les sphères gouvernées par un rapport vertical entre l'État et les individus (§1), que sur celles qui reposent sur des relations interpersonnelles entre les individus (§2).

²⁶⁷² Hypothèse de *bona fide occupational qualification* (BFOQ) ou *genuine occupational qualification* (GOQ) J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 974.

²⁶⁷³ Dans certains pays comme le Panama ou le Pérou, la politique mise en œuvre voulait que les femmes puissent sortir à une certaine période de la journée ou pendant certains jours de la semaine, et les hommes à d'autres Jessica Tueller et Alice M Miller, « Notes on a theme: Indirect discrimination on bases including sexual orientation and gender identity in the context of health and in light of commitments to cross-movement solidarity », 2021.

²⁶⁷⁴ D. Cooper, *Everyday Utopias*, op. cit.

²⁶⁷⁵ M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, op. cit., p. 232 : « Parfois, une nouvelle vision, même si elle est utopique, est précieuse simplement parce qu'elle nous oblige à regarder d'anciennes relations sous un nouvel angle et à comprendre ainsi certaines choses sur la manière dont nous percevons le naturel ou le normal, ainsi que sur la manière dont nous créons le déviant ».

²⁶⁷⁶ D. Cooper, *Everyday Utopias*, op. cit.

²⁶⁷⁷ G. Maré, *Declassified*, op. cit., p. 132.

²⁶⁷⁸ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 999.

²⁶⁷⁹ K. Jenkins, *Ontology and Oppression*, op. cit., p. 205.

²⁶⁸⁰ F. Renz et D. Cooper, « Reimagining Gender Through Equality Law », art. cit.

§1. Encadrer les rapports verticaux

591. Les développements qui suivent tendent à analyser différentes sphères dont la régulation nécessite une intervention directe de l'État, qui sont traversés en partie par le principe d'égalité et de non-discrimination. Deux logiques peuvent être distinguées pour tendre vers cet objectif d'égalité entre les individus : l'une de neutralisation des énoncés, et l'autre de désignation spécifique. Le principe de neutralité de l'État suggère ainsi, afin de tendre vers un objectif d'égalité entre les individus, tant de *se passer* de l'idée de sexe pour s'appuyer directement sur la matérialité des corps **(A)**, que de *se saisir* de l'idée de sexe afin de pallier les inégalités engendrées par cette croyance **(B)**.

A. Une logique de découplage : le sexe neutralisé

592. La séparation entre l'État et l'idéologie de sexe suggère de se passer du sexe comme intermédiaire (on pourrait dire, comme proxy²⁶⁸¹) dans la mise en œuvre de diverses normes. La neutralité de l'État vis-à-vis du sexe pourrait s'exprimer sous la forme d'un « découplage », à savoir d'une séparation des caractéristiques sexuées (de la matérialité des corps) de l'idée de sexe²⁶⁸², ce que Naomi Schoenbaum appelle la « régulation somatique » (« réglementer sur la base de la biologie directement plutôt que par la voie détournée du sexe »²⁶⁸³). En l'absence du prisme du sexe, les énoncés sont donc neutralisés, ce qui implique néanmoins de porter une attention particulière aux « logiques herméneutiques qui façonnent les catégories juridiques » sur lesquelles ces énoncés reposent²⁶⁸⁴, au risque d'aboutir à un universalisme ou une neutralité aveugle au genre reproduisant des inégalités systémiques entre les sexes²⁶⁸⁵. Cette logique de découplage est donc particulièrement adaptée aux règles qui impliquent la prise en compte nécessaire de la matérialité des corps, que ce soit au regard de la filiation **(1)** ou des droits reproductifs **(2)**.

²⁶⁸¹ L.S. Lucas, « Identity as Proxy », art. cit.

²⁶⁸² J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 942.

²⁶⁸³ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 989. L'autrice fait l'analogie suivante : « un groupe a cappella peut limiter ses membres à ceux qui ont une voix de ténor, de baryton ou de basse, plutôt qu'à des hommes uniquement ».

²⁶⁸⁴ S. Henneville-Vaucher, « Neutralisation des énoncés juridiques et égalité femmes-hommes », art. cit, p. 227.

²⁶⁸⁵ Ce qui était analysé et critiqué par Martha A. Fineman comme un cadre conduisant à renforcer les normes patriarcales au détriment des femmes M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, op. cit.

1. Filiation et congés parentaux

593. On l'a vu, dans de nombreux États ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne, l'établissement des liens de filiation des parents trans se fait en fonction de leur sexe assigné à la naissance, en dépit de la modification de leur sexe à l'état civil²⁶⁸⁶. On se pose alors la question de savoir si l'établissement de liens de filiation entre parent(s) et enfant(s) qui n'engagent pas un processus de sexuation de la personne juridique²⁶⁸⁷ participerait à dépasser un droit de la filiation structuré par une conception hétéronormative de la famille et des liens de parenté. L'hypothèse de la neutralité de l'État quant au sexe des individus invite à explorer qu'un lien de filiation puisse être désigné sans imposer un sexe juridique à la personne (la mère d'un enfant est une personne de sexe féminin, le père de sexe masculin), ce qui interroge en parallèle quant aux règles relatives à l'établissement de ce lien juridique.

594. En ce qui concerne le mode de désignation de la parenté, une première option consisterait à conserver les catégories de mère et de père, en ajoutant celle de parent, lesquelles seraient déconnectées des fonctions reproductives des individus. L'hypothèse est ici celle de Darren Rosenblum, qui envisage de « désexuer » (*unsex*) les liens de parenté, en admettant que chaque personne puisse acquérir ce statut et endosser le rôle associé, indépendamment de son « sexe biologique » (*biosex*)²⁶⁸⁸. Appliquée plus spécifiquement à notre hypothèse de suppression du sexe de la personne juridique, cette proposition mènerait à permettre à chaque personne de choisir, lors de l'établissement du lien de filiation avec l'enfant, si elle souhaite être juridiquement désignée comme sa mère, son père ou son parent²⁶⁸⁹. Il s'agit alors d'étendre chacune de ces catégories à toute la population, et non plus seulement par exemple la catégorie de mère aux personnes qui (en principe) ont accouché²⁶⁹⁰. C'est d'ailleurs ce que prévoit depuis 2021 la loi en Nouvelle-Zélande : à la naissance de l'enfant, les parents peuvent choisir d'apparaître comme « la mère, le père ou le parent » sur l'acte de naissance²⁶⁹¹. Si cette rupture

²⁶⁸⁶ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²⁶⁸⁷ À noter que la suppression de l'assignation d'un sexe aux personnes juridiques n'entraîne pas, nécessairement, une modification des règles actuelles en matière de filiation ; il serait tout à fait possible de conserver les catégories de mère et père et/ou de maintenir la règle selon laquelle la personne qui accouche est la mère de l'enfant.

²⁶⁸⁸ Darren Rosenblum, « Unsex Mothering: Toward a New Culture of Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2012, vol. 35, p. 78. L'analyse et la proposition de Darren Rosenblum s'inscrivent dans un objectif de justice distributive (retirer à la maternité son statut de rôle parental principal afin d'équilibrer les rôles).

²⁶⁸⁹ Darren Rosenblum suggère en effet d'ajouter la possibilité d'être reconnu comme « parent », sans toutefois en faire la seule catégorie légale disponible, afin notamment de permettre aux parents d'exprimer s'ils le souhaitent leur identité à travers leur rôle parental, v. *Ibid.*, p. 80 : « Si l'on considère les hypothèses binaristes et hétéronormatives de « mère » et « père » d'un côté du spectre parental et l'androgynie universelle de l'autre, le maternage (et le paternage) non sexué se situe au milieu, permettant la fluidité entre les sexes quant à l'identité de la mère, sans obliger les parents à laisser leurs identités sexuelles à la porte ».

²⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 83.

²⁶⁹¹ *Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Bill*, 15 décembre 2021, préc., Section 12 (2A).

entre la désignation du lien de parenté et les fonctions reproductives se veut subversive en ce qu'elle permet à chaque individu de s'appropriier le rôle de parent qu'il souhaite, bouleversant ainsi les normes traditionnelles relatives à la maternité et à la paternité, elle interroge toutefois quant à la persistance de normes et de stéréotypes ancrés dans le principe de la différence des sexes²⁶⁹². N'y a-t-il pas un risque par exemple que la catégorie de mère reste associée aux stéréotypes de la personne qui subvient principalement aux besoins de l'enfant ?

595. D'autres auteurs suggèrent en ce sens de rendre complètement neutre la désignation des catégories du droit de la filiation pour conserver uniquement la mention de parent²⁶⁹³, terme qui confère un « niveau d'abstraction » suffisamment élevé pour inclure une multitude de manières d'être parent²⁶⁹⁴ en fonction de la préférence de chacun²⁶⁹⁵. Toutefois, face au risque d'aboutir à un droit de la filiation aveugle au genre (*gender-blind*) qui promeut une égalité formelle (les individus peuvent être reconnus comme parents indépendamment de leur sexe) sans remettre en question les inégalités structurelles qui incombent particulièrement aux femmes²⁶⁹⁶, il semble que cette perspective doit s'accompagner, en parallèle, de mesures visant à dégenrer les rôles de la parentalité²⁶⁹⁷, par exemple en termes de congés parentaux²⁶⁹⁸. Par ailleurs, comment envisager l'établissement des liens de filiation si la seule catégorie de parent est reconnue ?

²⁶⁹² V. par ex. Suzanne A. Kim, « Heterosexed Parenting A Response to Darren Rosenblum's Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012 ; Kimberly M. Mutcherson, « Unsex Care: Beyond Gendered Parenting Terms A Response to Darren Rosenblum's Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012. Pour une discussion de l'article de Darren Rosenblum, v. les contributions écrites recensées dans la revue *Harvard Journal of Law & Gender* disponibles à l'adresse suivante : <https://journals.law.harvard.edu/jlg/2012/02/unsex-mothering-online-colloquium/>.

²⁶⁹³ D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit, p. 274 ; M. van den Brink et J. Tigchelaar, « The Equality of the (non) Trans-Parent: Women Who Father Children », art. cit, p. 259 ; Sheelagh McGuinness et Amel Alghrani, « Gender and Parenthood: The Case for Realignment », *Medical Law Review*, 2008, vol. 16, n° 2, p. 282 ; A. Sørli, « Governing (Trans) Parenthood – The Tenacious Hold of Biological Connection and Heterosexuality », art. cit, p. 189. *Contra.*, v. par ex. Isabelle Corpart, « Sexe et perte de repères en droit », *La Pensée*, 2019, vol. 397, n° 1, p. 22 (l'autrice estime que la disparition des catégories de père et mère) risque de voir émerger « les êtres humains supplantés par des machines, des robots, en particulier pour enfanter à la place des mères qui n'existeront plus »).

²⁶⁹⁴ Theodore Andrew Myhre, « Meaning Matters: Hypersex Parenting A Response to Darren Rosenblum's Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012.

²⁶⁹⁵ Jens M. Scherpe rappelle en ce sens que les catégories sociales ne disparaissent pas pour autant, et que chaque individu reste libre d'être reconnu socialement comme la mère ou le père de ses enfants, Jens M. Scherpe et Peter Dunne, « Comparative Analysis and Recommendations » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 660.

²⁶⁹⁶ Forme de neutralisation qui était critiquée dans l'ouvrage de Martha A. Fineman : M.A. Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, op. cit.

²⁶⁹⁷ D. Alaattinoğlu et A. Margaria, « Trans Parents and the Gendered Law », art. cit, p. 20. Alice Margaria suggère ainsi que « dégenrer » les rôles attribués à la maternité et à la paternité doit être une première étape avant d'aboutir à un modèle de désignation neutre de la parenté (Alice Margaria, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, n° 34, p. 246).

²⁶⁹⁸ V. *infra*.

596. Il semble que deux modèles peuvent être distingués. Le premier vise à maintenir les règles en place relatives au lien biologique qui existe entre parent et enfant, lesquelles seraient toutefois là aussi indifférentes au sexe de la personne. Une sous-distinction pourrait ainsi être envisagée en désignant sur l'acte de naissance la personne qui a accouché (*delivering parent* ou *birth parent*) d'une part, et le second parent d'autre part. C'est le modèle qui a été choisi en Ontario, où la loi²⁶⁹⁹ est formulée en ces termes : le « parent de naissance » est la personne qui donne naissance à l'enfant²⁷⁰⁰, et « la personne dont le sperme a mené à la conception d'un enfant par relation sexuelle est parent de l'enfant et est reconnue comme tel en droit »²⁷⁰¹. Le modèle développé est ici relativement proche des règles qui existent déjà en matière de filiation dans la mesure où le lien biologique est aussi (mais pas uniquement²⁷⁰² ni automatiquement²⁷⁰³) pris en considération. La loi reconnaît ainsi une diversité d'établissement de liens de parenté²⁷⁰⁴, que ce soit à partir d'un lien biologique ou social, sans référence au sexe des individus. Le second modèle fonde quant à lui l'établissement du lien de filiation sur la *volonté* de porter le projet parental. Il s'agirait alors de « généraliser » le modèle de la filiation adoptive qui, étant basé sur la « volonté », serait un gage de « stabilité des liens familiaux »²⁷⁰⁵. Le critère du projet parental et donc de l'engagement serait aussi gage d'une plus grande égalité entre les sexes, en ce qu'il valorise l'implication des hommes dans la sphère reproductive, et met à distance l'évidence de la liaison entre femme et maternité²⁷⁰⁶. Ce modèle n'est toutefois pas sans

²⁶⁹⁹ Ontario, Loi de 2016 sur l'égalité de toutes les familles (modifiant des lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes), L.O. 2016, Chapitre 23, Projet de loi 28.

²⁷⁰⁰ Avec une exception prévue en cas de gestation pour autrui (art. 6, para. 1).

²⁷⁰¹ Une exception est prévue dans les cas de don de sperme, *i.e.* lorsque deux personnes ont une relation sexuelle en vue de concevoir un enfant, mais conviennent au préalable par écrit que la personne qui fournit le sperme n'a pas l'intention d'être parent de l'enfant, v. art. 7.

²⁷⁰² Est aussi maintenue la présomption de parenté dans certaines situations, par exemple lorsque « la personne était le conjoint du parent de naissance à la naissance de l'enfant » (art. 7, para. 2).

²⁷⁰³ L'article 5 de la loi précise que « toute personne qui fournit du matériel reproductif ou un embryon en vue de son utilisation pour la conception d'un enfant par procréation assistée n'est pas parent de l'enfant ni reconnue comme tel en droit, à moins d'être parent aux termes de la présente partie » (hypothèse du don de sperme).

²⁷⁰⁴ Cela rejoint la proposition qui avait été faite par le juriste Kees Waaldijk de fusionner les dispositions du Code néerlandais relatives à l'établissement du lien de filiation maternel et paternel afin de reconnaître l'établissement d'un lien de parenté dans les cas suivants : lorsque la personne accouche de l'enfant, qu'elle le reconnaît, qu'elle est liée par le mariage ou un partenariat enregistré avec la personne l'ayant mis au monde (sauf si reconnaissance par un tiers), si la filiation est établie judiciairement, ou encore via une procédure d'adoption : Kees Waaldijk, « Vijftien jaar openstelling huwelijk - Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht », *Ars Aequi*, avril 2016, p. 245, cité par L. Hérault, *État civil de demain et transidentité*, *op. cit.*, p. 51.

²⁷⁰⁵ D. Borrillo, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art. cit, p. 274. *Contra.* : P. Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art. cit. À noter toutefois que la volonté, bien qu'elle soit le fondement indiscutable du lien de filiation adoptive, n'est pas la seule condition requise : l'établissement du lien se fait selon un cadre strict, susceptible de contrôles, notamment administratifs avec la nécessité d'obtenir un agrément (M. Pichard, « Filiation », art. cit, p. 144).

²⁷⁰⁶ Marie Mesnil, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018, p. 491 et s. L'autrice s'appuie sur les travaux de la juriste Marjorie Maguire Shultz pour souligner que le critère de l'intention est « neutre du point de vue du genre » (p. 493).

difficulté : comment par exemple arbitrer lorsque plusieurs personnes sont en désaccord quant à l'établissement d'un lien de filiation avec le même enfant²⁷⁰⁷ ?

597. La neutralité de l'ordre juridique au regard du sexe des personnes conduirait enfin à détacher les règles en matière de politique familiale de l'idée de sexe. Les congés liés à la naissance d'un enfant sont un exemple type en la matière²⁷⁰⁸. Il s'agirait ici de soustraire par exemple le congé maternité du prisme de l'idée de sexe, afin de s'appuyer uniquement sur un fait physiologique²⁷⁰⁹ : toute personne qui accouche serait en mesure de bénéficier de ce congé²⁷¹⁰. Toutefois, là aussi, la neutralisation du mécanisme au regard du sexe de la personne doit s'accompagner d'une analyse et d'une interprétation au prisme du genre. Sans cela, pour reprendre l'exemple de la jurisprudence du juge de l'UE en matière d'octroi du congé maternité déjà évoqué²⁷¹¹, le raisonnement serait le même : une personne qui allaite son enfant et avec qui elle a un lien génétique, sans toutefois avoir accouché (hypothèse d'une gestation pour autrui) n'est pas concernée par la directive relative à l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, et n'aurait donc pas le droit à un congé maternité²⁷¹². Au-delà, il s'agit donc bien de la *fonction* d'un tel congé qui doit être interrogée, au risque d'entériner par exemple le stéréotype selon lequel un lien spécifique et privilégié existe entre l'enfant et la personne qui en est la gestatrice²⁷¹³. Ainsi, comme le suggère Diane

²⁷⁰⁷ M. Pichard, « Filiation », art. cit, p. 145.

²⁷⁰⁸ La plupart des législations distinguent entre le congé maternité, le congé paternité, et le congé parental : « Le congé maternité est un congé protégé pour les femmes salariées, qui débute généralement juste avant l'accouchement (ou l'adoption dans certains pays). Le congé paternité est un congé protégé pour les pères au moment de la naissance de l'enfant ou peu après. Le congé parental est un congé protégé pour les parents salariés, qui suit généralement le congé de maternité. Il est généralement plus long que le congé de maternité et moins bien rémunéré, voire pas du tout » (Anna Gromada et Dominic Richardson, *Where do rich countries stand on childcare?*, Italie, UNICEF, 2021, p. 9) ; un autre exemple aurait été celui de législations qui prévoient le versement d'une rente au conjoint survivant : la Grande Chambre de la Cour EDH a estimé que la loi suisse qui prévoit des modalités différentes selon que le conjoint survivant est de sexe féminin ou masculin est une discrimination fondée sur le sexe en ce qu'elle contribue « à perpétuer des préjugés et des stéréotypes concernant la nature ou le rôle des femmes au sein de la société et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes », v. Cour EDH [GC], 11 octobre 2022, *Beeler c. Suisse*, n° 78630/12, para. 113.

²⁷⁰⁹ D. Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes », art. cit, p. 241. En dehors du congé maternité, Naomi Schoenbaum cite l'exemple du *Pregnant Workers Fairness Act* (PWFA) aux États-Unis qui est rédigé en termes neutres, et prévoit la mise en œuvre « d'aménagements raisonnables » pour les employés concernés par une grossesse, un accouchement ou des problèmes de santé connexes, sans se référer au sexe de l'employé (N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 989).

²⁷¹⁰ V. en ce sens l'article 8 de la loi islandaise sur l'autodétermination : « Les règles qui s'appliquent à une femme qui porte et donne naissance à un enfant s'appliquent également à une personne qui porte et donne naissance à un enfant après que la mention du sexe a été modifiée » (Loi sur l'autodétermination de genre, 18 juin 2019, préc., art. 8, al. 4).

²⁷¹¹ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²⁷¹² CJUE, 18 mars 2014, affaires C-167/12 et C-363/12.

²⁷¹³ Julie C. Suk, « Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict », *Columbia Law Review*, 30 mars 2009, vol. 110, n° 1, p. 49. L'autrice fait ce constat à propos des modèles européens (et notamment français) en matière de congé maternité, par comparaison avec le système

Roman, la question de la pertinence de la distinction opérée entre un congé spécifique pour la personne enceinte et celle qui ne l'est pas se pose²⁷¹⁴, et conduit à s'interroger sur la mise en œuvre d'un congé parental unique, commun aux parents, indépendamment de leur sexe²⁷¹⁵.

598. Plusieurs arguments peuvent être développés, et notamment celui du traitement analogue des parents : sans nier la spécificité, d'un point de vue *physiologique*, de la grossesse et de l'accouchement²⁷¹⁶, il s'agirait de reconnaître à un même niveau l'ensemble des processus qui accompagnent l'arrivée d'un enfant (que ce soit avant ou après la naissance), lesquels ne sont pas nécessairement liés à une condition physique. Les parents bénéficient chacun du congé parental pour créer un lien avec leur enfant, peu importe s'il existe un lien biologique ou non, et pour développer des compétences en tant que parents²⁷¹⁷ ou encore pour mener diverses tâches administratives (choix de la maternité, inscription en crèche, etc.). Une telle mesure s'insère ainsi dans l'optique de favoriser un mouvement déjà entamé²⁷¹⁸ de répartition plus équitable entre les parents en matière de responsabilité dans le travail de soin et l'éducation apportés à l'enfant²⁷¹⁹. Par exemple, bien que l'allaitement soit majoritairement le fait de la personne gestatrice²⁷²⁰, il peut être également pris en charge d'un point de vue logistique par le parent qui n'allait pas au sens physiologique, dans une optique de « mutualisation » ou de partage de la fonction de soin²⁷²¹ et de l'implication que chacun peut avoir en dehors du seul fait

états-unis qui ne propose pas de congé maternité en tant que tel. Traduction de l'article : S. Hennette-Vauchez, M. Möschel et D. Roman, *Ce que le genre fait au droit*, op. cit., p. 205.

²⁷¹⁴ D. Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes », art. cit, p. 242.

²⁷¹⁵ Par exemple, depuis 1974, la Suède a remplacé le congé maternité par un congé parental. Chaque parent a droit à 480 jours de congé parental rémunéré à la naissance ou à l'adoption d'un enfant (dont 90 jours de congé parental exclusivement réservés pour chacun d'entre eux, sans possibilité de les transférer à l'autre parent). Il est toutefois intéressant de noter que la mise en œuvre de ce mécanisme qui se veut neutre du point de vue du sexe des parents trouve justement son origine dans la reconnaissance de la différence entre les sexes, ayant pour objectif de ne pas laisser l'enfant se développer uniquement dans un environnement « féminin » auprès de la mère (J.C. Suk, « Are Gender Stereotypes Bad for Women? », art. cit, p. 50) ; pour une analyse du système suédois, v. D. Rosenblum, « Unsex Mothering: Toward a New Culture of Parenting », art. cit, p. 108.

²⁷¹⁶ S. Haslanger, « Gender and Race », art. cit, p. 49.

²⁷¹⁷ Naomi Schoenbaum et David Fontana, « Unsexing Pregnancy », *Columbia Law Review*, 2019, vol. 119, n° 2, p. 328. Parmi les exemples cités, on retrouve le fait d'assister à des cours de préparation à la naissance.

²⁷¹⁸ Comme le soulignait la Cour européenne en 2012 dans la décision *Konstantin Markin c. Russie*, dans laquelle « elle avait pris note de l'évolution progressive de la société vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants » (Cour EDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, para. 139).

²⁷¹⁹ Le préambule de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes appelait en ce sens à avoir à l'esprit que « l'éducation des enfants exige le portage des responsabilités entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble » (CEDEF, 18 décembre 1979).

²⁷²⁰ Ce qui n'est pas toujours le cas : une personne peut produire du lait et ainsi allaiter sans pour autant avoir été enceinte ; c'est également (bien que rarement) le cas chez les hommes cisgenre, v. à ce sujet Mathilde Cohen, « The Lactating Man » dans Mathilde Cohen et Otomo Yoriko (eds.), *Making Milk. The Past, Present and Future of Our Primary Food*, London, Bloomsbury, 2017, p. 141-160.

²⁷²¹ La loi espagnole prévoit ainsi un congé d'allaitement (désormais appelé congé pour soins) qui peut être pris indifféremment par les deux parents et permet à la personne salariée de s'absenter de son lieu de travail pendant

physiologique²⁷²². En ce sens, le congé parental – lorsqu’il est accompagné de mesures incitatives²⁷²³ – encourage de manière globale une égalité réelle entre les individus et vise à amoindrir les stéréotypes de genre, à répartir la charge entre l’ensemble des individus (au lieu d’en faire une question sexo-spécifique, qui touche exclusivement aux droits des femmes) avec l’idée selon laquelle il existe une *dépendance* de la sphère publique à ces questions généralement assignées à la sphère privée (et donc aux femmes)²⁷²⁴, lesquelles doivent donc être prises en charge par l’ensemble de la communauté.

2. Droit à la santé sexuelle et reproductive

599. En l’état actuel du droit positif, la mention du sexe à l’état civil peut être considérée comme pertinente en termes d’accès aux soins, alors même que la majorité des règles en matière de santé concernent, en principe, plutôt la matérialité du corps que l’identité de genre de la personne. En conséquence, les personnes trans ayant modifié la mention de leur sexe à l’état civil peuvent se retrouver « exclues des campagnes de prévention sexospécifiques », et ce « alors qu’elles sont justement particulièrement exposées aux inégalités sociales de santé »²⁷²⁵. La difficulté semble ici assez simple à surmonter : les campagnes de prévention seraient adressées en fonction des renseignements relatifs aux caractéristiques sexuelles indiquées sur l’acte de naissance²⁷²⁶. Le Gouvernement australien indique en ce sens que « la nécessité d’un service médical ou d’un avantage associé doit être déterminée par le besoin physique de ce service ou de cet avantage, *quel que soit le sexe et/ou le genre enregistré d’une personne* »²⁷²⁷.

600. Les questions relatives aux droits sexuels et reproductifs illustrent particulièrement la justification de différences de traitement sur le fondement de la différence des sexes et/ou de la

une heure par jour ou de réduire son temps de travail d’une demi-heure (Loi sur le statut des travailleurs, 13 novembre 2015, art. 37, para. 4).

²⁷²² N. Schoenbaum et D. Fontana, « Unsexing Pregnancy », art. cit. L’article montre notamment que l’allaitement est un « processus social » loin de désigner le seul fait d’allaiter un enfant et concerne donc tous les parents (allant de la participation à un cours d’allaitement à l’alimentation du nouveau-né avec du lait maternel exprimé) ; v. également en ce sens M. Cohen, « The Lactating Man », art. cit.

²⁷²³ On pense par exemple à l’octroi obligatoire d’un nombre de jours de congés minimum équivalent pour chaque parent, sans possibilité de transfert à l’autre parent, afin à la fois de répartir la charge entre les individus mais aussi de minimiser le risque de discrimination à l’emploi pour les femmes ; v. en ce sens J.C. Suk, « Are Gender Stereotypes Bad for Women? », art. cit, p. 67.

²⁷²⁴ Martha Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York London, The New Press, 2004, 387 p.

²⁷²⁵ M. Mesnil, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale », art. cit, p. 100.

²⁷²⁶ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

²⁷²⁷ *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, novembre 2015, para. 17 [<https://perma.cc/M2QG-LE7C>] (nous soulignons). V. également l’article 8 de la loi islandaise sur l’autodétermination : « toute personne a droit aux services de soins de santé selon ses caractéristiques sexuelles, quelle que soit la mention du sexe » (Loi sur l’autodétermination de genre, 18 juin 2019, préc., art. 8, al. 3).

cisnormativité, et ainsi, l'intérêt de réfléchir à partir du sexe comme idéologie. La logique dominante du droit des droits humains et du droit de la non-discrimination lie intrinsèquement les questions reproductives aux femmes, et surtout, à une *représentation* spécifique de la femme comme sujet reproductif²⁷²⁸. Si elles doivent être protégées contre les discriminations en la matière, ce n'est toutefois pas sans reconnaître leur différence au regard de la spécificité du corps féminin : pour le dire avec la juriste Joanna N. Erdman, « la binarité des sexes est maintenue tandis que la hiérarchie de genre s'effondre »²⁷²⁹. Pourtant, l'égalité de traitement entre les individus semble pouvoir être assurée via l'appréhension de la protection des droits sexuels et reproductifs en partant directement de la matérialité des corps, sans passer par le prisme du sexe²⁷³⁰. En ce qui concerne les règles en matière d'assistance médicale à la procréation, il serait possible de s'appuyer sur les caractéristiques sexuées de la personne. Un homme trans ayant conservé son utérus pourrait ainsi bénéficier d'un don de sperme, comme l'accorde déjà la loi allemande du 19 juin 2024 qui précise que « les lois et règlements qui encadrent la grossesse, la capacité de procréer, l'insémination artificielle ainsi que la collecte ou le transfert d'ovules ou d'embryons s'appliquent quel que soit le sexe de la personne en question tel qu'il est inscrit au registre de l'état civil [...] »²⁷³¹. Le droit à l'interruption volontaire de grossesse serait lui aussi appréhendé non pas en fonction de la mention du sexe à l'état civil²⁷³², mais des capacités procréatrices de la personne. Autrement dit, le droit à l'IVG serait consacré pour toute personne enceinte, indifféremment de son sexe/identité de genre, comme c'est déjà le cas dans certains pays²⁷³³ : en Tasmanie, une loi précise ainsi que toute

²⁷²⁸ Dans la mesure où les normes en matière de droit sexuels et reproductifs encouragent une représentation type du sujet reproductif ; par exemple, en France, les hommes trans n'ont pas accès aux techniques d'AMP (v. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

²⁷²⁹ Joanna N. Erdman, « The Reproductive Subject: The Reproductive Subject and the Embodied State of International Human Rights Law » dans Stéphanie Hennette-Vauchez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 207.

²⁷³⁰ M.-X. Catto, « Suppression de la mention du sexe ou ajout du sexe neutre à l'état civil ? », art. cit, p. 51.

²⁷³¹ Loi sur l'autodétermination du genre (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag* (SBGG)), 19 juin 2024, BGBl. 2024, n° 206, para. 7.

²⁷³² V. par ex. l'approche choisie par Amnesty International, rappelant que « toute personne pouvant être enceinte, y compris les personnes intersexuées, les hommes et garçons transgenres, ainsi que les personnes aux identités de genre variées ayant biologiquement la possibilité d'être enceintes, peut avoir besoin de recourir à ces services » [<https://perma.cc/6XTJ-JLHG>].

²⁷³³ En France, la formulation retenue dans le texte de la Constitution française, faisant ainsi de la France le premier pays au monde à inscrire le droit à l'avortement dans un texte à valeur constitutionnelle, fait référence à un droit réservé aux femmes (et plus précisément, à « la femme », v. l'art. 34 de la Constitution française : « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse », Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse) ; toutefois, dans un avis relatif à cette modification constitutionnelle, le Conseil d'État se prononce en faveur de l'interprétation du mot « femme » comme visant toute personne enceinte, indépendamment de son sexe à l'état civil, Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, 7 décembre 2023, n° 407667, para. 15).

disposition législative relative au droit à l'avortement d'une femme ou d'une personne de sexe féminin inclut toute personne d'un autre sexe juridique²⁷³⁴.

601. Les droits du « sujet reproductif »²⁷³⁵ peuvent ainsi être protégés sans pour autant qu'il soit assigné à un sexe, au prisme des rapports de genre. La juriste Joanna N. Erdman montre, à partir d'une décision rendue par le Comité des droits de l'Homme onusien relative au droit à l'avortement en Irlande, qu'une telle analyse n'est pas complètement étrangère au droit international des droits humains²⁷³⁶. Dans cette affaire, deux femmes avaient été contraintes de se rendre à l'étranger afin d'avorter à la suite d'une anomalie fœtale fatale diagnostiquée. Le Comité « estime que le traitement différencié auquel l'auteure a été soumise par rapport aux autres femmes se trouvant dans une situation comparable n'a pas suffisamment tenu compte de ses besoins médicaux et de sa situation socioéconomique »²⁷³⁷ ; il conclut à une discrimination fondée sur le sexe non pas à partir d'une comparaison de la situation des femmes avec celle des hommes (ce qui suggère que la grossesse est propre aux femmes et naturalise la différence des sexes), mais au regard de l'inégalité de traitement entre les femmes qui souhaitent poursuivre une grossesse non-viable avec celles qui souhaitent avorter (les premières pouvant bénéficier de soins et d'un accompagnement par le système de santé irlandais, contrairement aux secondes²⁷³⁸). En ce sens, la discrimination est caractérisée parce que la loi irlandaise construit et perpétue le stéréotype selon lequel une femme enceinte, même lorsque le fœtus est non viable, est supposée agir en tant que mère et adopter un comportement « maternel » en menant sa grossesse à terme²⁷³⁹. Ce raisonnement ouvre la voie à une analyse des droits reproductifs au prisme d'un corps « bio-social », sur lequel est projeté une multitude de normes de genre, dépassant ainsi le cadre classique de la binarité des sexes dans lequel le sujet reproductif est synonyme de la catégorie femme²⁷⁴⁰.

B. Une logique de promotion : le sexe mobilisé

602. Contrairement aux domaines au sein desquels la matérialité des corps est centrale à la régulation juridique, le fonctionnement des mécanismes d'action positive n'est pas corrélé aux corps mais uniquement à la matérialité des rapports sociaux de sexe. Une autre logique peut

²⁷³⁴ *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999*, Section 28D, para. (3) (b).

²⁷³⁵ J.N. Erdman, « The Reproductive Subject », art. cit.

²⁷³⁶ Comité des droits de l'Homme, 17 novembre 2016, *Mellet c. Ireland*, communication n° 2324/2013.

²⁷³⁷ *Ibid.*, para. 7. 11.

²⁷³⁸ *Ibid.*, para. 7.10.

²⁷³⁹ J.N. Erdman, « The Reproductive Subject », art. cit, p. 217.

²⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 220.

alors être envisagée, qui consiste cette fois-ci non pas à se passer de l'idée de sexe, mais à s'en saisir afin de pallier les inégalités structurelles qui en découlent. La question n'est donc pas tant d'identifier les critères qui définissent le sexe comme catégorie biologique, mais plutôt, les rapports matériels (et notamment, de *subordination*) qui le délimitent comme catégorie sociale – en tant que classe²⁷⁴¹. La suppression de la mention du sexe à l'état civil n'entraîne donc pas nécessairement avec elle la suppression des mesures d'action positive qui visent à favoriser l'égalité entre les sexes, mais encourage en revanche à questionner leur logique (1). Dès lors, si ces mécanismes sont maintenus, leur mise en œuvre peut être adaptée à une logique d'autonomie individuelle (2).

1. Suppression du sexe et maintien des actions positives

603. La neutralité de l'ordre juridique au regard du sexe des individus (qui serait matérialisée, dans l'hypothèse ici examinée, par la suppression de la mention du sexe à l'état civil) interroge quant au devenir des mécanismes d'actions positives au soutien à l'égalité entre les sexes. Le droit reconnaît en effet que, par exception, afin de tendre vers l'égalité entre les individus, des mécanismes de différenciation peuvent être mis en place²⁷⁴² via des actions positives²⁷⁴³, c'est-à-dire des « mesures préférentielles prises dans le cadre d'une politique volontariste visant à réduire les inégalités de fait, et qui favorisent une catégorie ou un groupe de personnes en vue de compenser les désavantages liés à leur situation »²⁷⁴⁴. Elles sont ainsi mobilisées comme des

²⁷⁴¹ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 998.

²⁷⁴² V. par ex. CEDEF, 1979, art. 4, al. 1^{er}.

²⁷⁴³ Cette expression est la traduction du terme « *affirmative action* » utilisé aux États-Unis depuis le début des années 1960, lequel « désigne un ensemble de pratiques consistant à accorder aux membres de certains groupes précédemment soumis à un régime juridique discriminatoire et statistiquement sous-représentés dans les échelons les plus élevés de la hiérarchie socio-professionnelle un *traitement préférentiel* dans la répartition des emplois (publics et privés), des places à l'université (dès lors qu'il s'agit d'établissements sélectifs) et des marchés publics » : Daniel Sabbagh, « La remise en cause de l'affirmative action dans l'enseignement supérieur aux États-Unis : rupture ou faux-semblant ? », *Mouvements*, 2003, vol. 25, n° 1, p. 103.

²⁷⁴⁴ Danièle Lochak, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen » dans *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 55. Pour une analyse comparative des différents termes utilisés, v. dans le même ouvrage Miyoko Tsujimura, « Les paradoxes de la "discrimination positive" : notions et mesures de "positive action" en droit comparé » dans *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 21-37.

outils au service du principe de l'égalité entre les sexes²⁷⁴⁵, à l'instar des quotas²⁷⁴⁶ (imposer un certain nombre ou pourcentage de femmes au sein d'une instance²⁷⁴⁷) ou des politiques de parité²⁷⁴⁸ (imposer une présence égalitaire de femmes et d'hommes sur les listes électorales²⁷⁴⁹). Dès lors, si l'ordre juridique ne connaît plus de femmes (ni aucun sexe) à l'état civil, peut-il pour autant mettre en œuvre des actions positives qui visent à encourager l'égalité entre les sexes, au-delà de la seule binarité ? Théoriquement envisageable, l'hypothèse de la suppression de ces mécanismes semble toutefois peu pertinente en pratique, puisqu'elle « constituerait un rétropédalage risqué eu égard aux inégalités de fait qui continuent à affecter les femmes »²⁷⁵⁰, notamment en matière de représentation²⁷⁵¹. La suppression du sexe invite plutôt à (ré)interroger la logique du mécanisme.

604. À ce titre, on souhaite s'appuyer sur les travaux de Iyiola Solanke qui propose, à la lumière de son principe d'anti-stigmatisation²⁷⁵², d'appréhender les actions positives comme des actions *publiques*. L'objectif serait alors « de remettre en question la stigmatisation publique afin qu'elle cesse d'exister en tant que ressource pour la discrimination structurelle et interpersonnelle »²⁷⁵³. En effet, à considérer qu'à l'image d'un virus à éradiquer, la

²⁷⁴⁵ En droit de l'UE par ex. : « en vue d'assurer une pleine égalité entre les hommes et les femmes dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés au sexe » (Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, art. 6 consacré au mécanisme d'action positive).

²⁷⁴⁶ Qu'ils soient imposés par la législation nationale ou volontairement admis au sein des partis politiques (M. Tsujimura, « Les paradoxes de la "discrimination positive" : notions et mesures de "positive action" en droit comparé », art. cit., p. 32). En France, les quotas sont parfois désignés par l'expression « représentation équilibrée », à distinguer de celle de « représentation proportionnée », laquelle désigne « la transposition, dans les instances représentatives, de la proportion de femmes et d'hommes dans un métier, corps ou cadre d'emplois » (Jimmy Charruau, « Mixité des institutions et égalité » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 116).

²⁷⁴⁷ En France, depuis 2011, la loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance impose un quota d'au moins 40% de femmes au sein de ces structures (Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, dite Copé-Zimmermann).

²⁷⁴⁸ D'autres exemples d'actions positives peuvent être cités : « il peut s'agir de formations professionnelles dédiées à une population particulière, de subvention ou d'incitation financière, de service de conseil ou de soutien, etc. » Morgan Sweeney, « Action positive » dans *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 20.

²⁷⁴⁹ L'article L. 191 du Code électoral précise par exemple que « les électeurs de chaque canton du département élisent au conseil départemental deux membres de sexe différent, qui se présentent en binôme de candidats ».

²⁷⁵⁰ Elisa Crosset Dechany, « Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2023, vol. 135, n° 3, p. 746.

²⁷⁵¹ Au 1^{er} janvier 2023 à l'échelle mondiale, le pourcentage des pays avec des femmes cheffes d'État est de 11,3% et le pourcentage de femmes au sein des parlements (toutes chambres confondues) est de 26,5% (Union interparlementaire et ONU Femmes, *Femmes en politique : 2023*, infographie, 2023).

²⁷⁵² V. *supra* Section 1.

²⁷⁵³ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, op. cit., p. 132.

discrimination prolifère à différents niveaux²⁷⁵⁴, l'approche se veut globale et passe notamment par la mise en œuvre d'actions visant à favoriser une représentation des populations stigmatisées au sein de l'environnement social (ou « domaine social collectif »²⁷⁵⁵). Cette expérience d'une stigmatisation sociale commune pourrait ainsi servir de socle à l'identification d'un groupe social (à la différence d'une logique qui consiste à partir directement de l'identification d'un groupe spécifique au sein de la population²⁷⁵⁶). Cette perspective rejoint celle engagée dans les travaux de la philosophe Marion Iris Young sur la notion de représentation, qui montrent que les mécanismes favorisant l'inclusion de groupes socialement marginalisés dans les instances représentatives n'ont pas une visée identitaire et n'impliquent pas nécessairement une logique d'essentialisation (les femmes représenteraient les intérêts des femmes par exemple)²⁷⁵⁷. Elle propose de penser ces groupes sociaux à partir de ce qu'elle nomme une « perspective sociale »²⁷⁵⁸ : il ne s'agit pas d'identifier les membres d'un groupe comme des individus qui partagent tous un ou des attributs communs (logique identitaire), mais plutôt, de concevoir leur *positionnement social* et les relations structurelles qui les lient les uns aux autres (ancrées par exemple dans un processus de stigmatisation), à l'origine de leur exclusion (logique relationnelle)²⁷⁵⁹. L'appréhension du sexe comme idéologie non seulement permet mais encore *justifie* le maintien des outils d'action positive, puisque le sexe n'est pas appréhendé comme une essence, mais comme un système à l'origine d'inégalités structurelles entre les individus.

2. Suppression du sexe et mise en œuvre des actions publiques

605. En l'absence de sexe à l'état civil, dans une perspective à la fois non-essentialiste et attachée principe de libre détermination de son identité, l'autoidentification est la logique qui guide l'application des actions publiques. Il ne s'agit donc pas de répondre à une logique de type « identitaire »²⁷⁶⁰, mais bien de garantir aux individus la possibilité d'exprimer leur

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 128.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 103.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 128.

²⁷⁵⁷ Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford university press, 2000, p. 126.

²⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 136.

²⁷⁵⁹ *Ibid.* Ainsi, « dans une conceptualisation relationnelle, ce qui fait d'un groupe un groupe est moins un ensemble d'attributs partagés par ses membres que les relations qu'ils entretiennent avec les autres » (*Ibid.*, p. 90).

²⁷⁶⁰ Des critiques sont souvent adressées à l'encontre des mécanismes d'action positive en ce qu'ils encourageraient des « politiques identitaires » ; selon cette optique, ces outils vont à rebours du principe d'égalité dans sa forme abstraite, « puisque cela revient à reconnaître des droits non pas aux hommes en général, mais aux hommes en tant qu'ils appartiennent à des communautés, à des minorités », v. B. Mathieu, « Les droits fondamentaux, tels qu'invoqués aujourd'hui, affaiblissent la démocratie », art. cit.

positionnement social en tant que membre d'un groupe dont l'appartenance implique des discriminations systémiques ancrées dans des rapports d'oppression à un niveau structurel.

606. Cette logique de l'autoidentification est également celle retenue par Diane Roman. L'autrice passait ainsi en revue les différentes options possibles pour déterminer l'appartenance des individus à la catégorie femme. Elle évoquait ainsi la mise en œuvre d'un contrôle médical (délivrance par le corps médical d'un « certificat d'identité sexué »), d'un contrôle médico-administratif (sur le modèle des politiques du handicap), puis d'un contrôle purement administratif (ce qui demanderait de fournir divers justificatifs de son identité comme des attestations de proches), avant de retenir – car « plus réaliste » – le principe de l'autodéclaration, « sans qu'aucune vérification ne soit effectuée pour en contrôler le bien-fondé »²⁷⁶¹. À titre d'exemple, au Canada, la loi sur l'équité en matière d'emploi repose sur ce modèle, en prévoyant que les individus peuvent remplir un questionnaire d'*autoidentification* afin de renseigner leur appartenance à l'un de ces groupes dans l'objectif de favoriser leur représentativité : les femmes, les personnes en situation de handicap, les personnes appartenant à une minorité visible (personnes racisées), et les personnes autochtones²⁷⁶². Ainsi, conformément à la neutralité de l'ordre juridique vis-à-vis du sexe, le principe de l'autodéclaration permet à chaque individu de déterminer ce qui, selon lui, constitue (ou non) son appartenance à une catégorie de sexe²⁷⁶³. Reste ensuite à déterminer quelles sont les catégories identifiées pour la mise en œuvre d'actions publiques.

607. Une première possibilité consiste à maintenir les dispositifs actuels (quotas pour les femmes, mécanismes de parité femmes / hommes). Le sexe pourrait alors être appréhendé en tant que classe sociale²⁷⁶⁴, les mécanismes de quotas réservés aux femmes ou les politiques de parité femmes / hommes étant mis en œuvre afin de pallier la subordination sociale des femmes

²⁷⁶¹ D. Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes », art. cit, p. 245 et s.

²⁷⁶² *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, ch. 44.

²⁷⁶³ À noter que ce raisonnement ne s'applique pas automatiquement à d'autres groupes sociaux, par exemple relatif à la race : à titre d'exemple, l'affaire Rachel Dolezal concerne une femme qui bien qu'issue d'une famille blanche, s'identifiait comme afro-américaine et avait un *passing* en tant que métisse ; elle était à ce titre présidente d'un chapitre de la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), avant que ne soient révélées ses origines ; Rachel Dolezal confirme toutefois encore aujourd'hui son identité raciale et s'autoidentifie à une personne noire. Pour certains auteurs, « puisque nous devons accepter la décision des transgenres de changer de sexe, nous devons également accepter la décision des transraciaux de changer de race » (Tuvel, « In Defense of Transracialism », *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, 2017, vol. 32, n° 2, p. 263-278) ; pour d'autres, au contraire, cette « présomption d'équivalence » qui suppose une similarité ontologique entre race et genre n'est pas justifiée (K. Jenkins, *Ontology and Oppression*, op. cit., p. 236), notamment dans la mesure où les femmes trans subissent au même titre que les femmes cis l'oppression patriarcale, tandis que les personnes transraciales « évitent une grande partie du poids de l'oppression anti-noire et de la suprématie blanche » transmise de manière intergénérationnelle (R. Dembroff et D. Payton, « Why We Shouldn't Compare Transracial to Transgender Identity », art. cit).

²⁷⁶⁴ V. *supra*. N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 912.

en tant que membre de cette classe²⁷⁶⁵. En toute logique, les femmes trans pourraient bénéficier de ces mesures : elles sont en effet, bien que de manière spécifique (d'autant plus si elles sont racisées)²⁷⁶⁶, soumises aux mêmes rapports d'oppression structurels que les femmes cis²⁷⁶⁷. Toutefois, les personnes qui ne s'identifient pas aux catégories femme et homme seraient contraintes de s'identifier à l'une ou l'autre de ces catégories²⁷⁶⁸. Une politique de parité (entendue au sens d'une égalité numérique stricte entre femmes et hommes) pourrait ainsi être envisagée davantage comme une politique de mixité, afin de favoriser la diversité des groupes représentés²⁷⁶⁹.

608. Une seconde hypothèse consiste alors à introduire, toujours sur le principe de l'autodétermination, une troisième catégorie de personnes qui s'identifient en dehors de la binarité. Une autre variante consiste à simplement exiger que les deux candidats s'identifient à un genre différent. C'est la position adoptée par le Parti démocrate de l'État de New-York, qui exige désormais que se présentent deux « personnes qui ne s'identifient pas au même genre, sauf s'ils s'identifient tous les deux à un genre non-binaire »²⁷⁷⁰. Dans le cadre de la mise en œuvre de quotas, un pourcentage ou nombre minimal de personnes non-binaires devrait ainsi être respecté²⁷⁷¹, en plus du quota réservé aux femmes. Quid toutefois des personnes qui ne s'identifient pas à l'une ou l'autre de ces catégories (femme ou non-binaire) mais subissent tout de même des rapports d'oppression en raison de leur sexe ? En effet, comme le souligne la philosophe Katherine Jenkins, « l'oppression a également beaucoup à voir avec la manière dont les autres nous traitent et dont nous sommes positionnés dans les structures sociales, et cela peut se faire d'une manière qui ne correspond pas à l'identité de genre d'une personne »²⁷⁷². Il serait alors envisageable de créer des actions publiques en faveur plus généralement des personnes « sexisées », c'est-à-dire de toutes les personnes dont la « perspective sociale »²⁷⁷³

²⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 998.

²⁷⁶⁶ C.A. MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », art. cit, p. 94.

²⁷⁶⁷ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1006.

²⁷⁶⁸ E.C. Dechany, « Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », art. cit, p. 745.

²⁷⁶⁹ L'article 1^{er} de la Constitution française pourrait ainsi être formulé de la manière suivante : « la loi favorise l'égal accès de toutes les personnes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales, indépendamment de leur sexe ».

²⁷⁷⁰ Cité par D. Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes », art. cit, p. 248.

²⁷⁷¹ Seuil qui serait par exemple fixé au regard de la part de personnes non-binaires au sein de la population selon les données recueillies lors du recensement national.

²⁷⁷² K. Jenkins, *Ontology and Oppression*, op. cit., p. 214.

²⁷⁷³ I.M. Young, *Inclusion and Democracy*, op. cit., p. 126.

les positionne au sein d'un groupe structuré en partie par des rapports d'oppression qui découlent de normes (cis)sexistes²⁷⁷⁴.

609. Enfin, un dernier point doit être pris en considération : celui, souvent pointé du doigt²⁷⁷⁵ bien que difficile à prendre au sérieux²⁷⁷⁶, du risque de « fraude », c'est-à-dire de cas où des individus s'identifieraient à une catégorie de sexe dans le seul objectif de bénéficier des mesures d'actions positives²⁷⁷⁷. Une procédure de contrôle (par exemple judiciaire²⁷⁷⁸) pourrait ainsi être envisagée tant pour déceler ces quelques cas d'individus qui souhaitent bénéficier d'un système ou le contester en y ayant recours²⁷⁷⁹, que pour protéger les personnes qui seraient dénoncées pour ne pas appartenir « en réalité » à la catégorie visée. Quoiqu'il en soit, la question posée ne devrait pas être le fait de savoir si une femme trans par exemple est *vraiment* une femme, dans la mesure où cela soulève un questionnement d'ordre ontologique qui n'est pas pertinent en la matière. Comment toutefois décider de critères qui permettent d'établir l'existence d'une expérience commune d'oppression ou de stigmatisation, sans s'appuyer sur et reproduire des stéréotypes de genre ? Cela questionne plus généralement le conflit qui peut

²⁷⁷⁴ Cela présenterait aussi l'avantage pour les personnes dont l'identité de genre est fluide de ne pas avoir à s'identifier de manière fixe dans une catégorie de sexe précise et prédéterminée.

²⁷⁷⁵ V. par ex. P. Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art. cit., para. 14.

²⁷⁷⁶ D. Roman, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes », art. cit., p. 249.

²⁷⁷⁷ Ainsi, en Espagne, des dispositions législatives prévoient notamment une augmentation de 15% des salaires dans l'armée pour les femmes afin d'encourager la féminisation ; or 41 militaires et policiers ont ainsi ouvertement utilisé la procédure de modification de la mention du sexe (masculin vers féminin) – basée sur l'autodétermination – dans le seul objectif de bénéficier de ces avantages. L'« Association des trans non normatifs » (*Asociación Trans No Normativos*), qui compterait près de 1500 membres, a ainsi été créée par des militaires et policiers (assignés de sexe masculin à la naissance) dans le but de protéger leur droit à modifier la mention de leur sexe sans discrimination (v. Sandrine Morel, « En Espagne, les « trans non normatifs » soupçonnés de saboter la loi sur la transition de genre », *Le Monde*, 23 mars 2024 [<https://perma.cc/5DL3-KPPC>]).

²⁷⁷⁸ Le recours au juge a également été mobilisé pour vérifier la véracité de l'appartenance des individus à une race (v. notamment l'affaire des frères Malone aux États-Unis, deux individus qui ont déclaré être descendants de personnes noires afin de bénéficier des mesures d'*affirmative action* dans la procédure de recrutement des sapeurs-pompiers de Boston ; les juridictions conclurent au fait qu'ils étaient blancs, v. Sup. Jud. Ct. for Suffolk County, 25 juillet 1989, *Malone v. Haley*, n° 88-339, cité par Tseming Yang, « Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society », *Michigan Journal of Race & Law*, 2005, vol. 11, p. 367-417.

²⁷⁷⁹ Ce fut le cas par exemple lors de élections législatives au Mexique, en 2018 : dans l'État mexicain d'Oaxaca, des hommes avaient déclaré appartenir à la communauté Muxe et désiraient être enregistrés comme femmes dans le cadre des élections afin de bénéficier de la règle constitutionnelle qui impose une parité stricte entre femmes et hommes depuis une réforme de 2013. Ainsi, sur les dix-neuf personnes inscrites comme Muxe sur les listes électorales, quinze furent disqualifiées par le tribunal électoral. Selon le tribunal, si aucune preuve afin d'authentifier l'identité de genre d'un candidat, en cas de doute, il revient à la personne qui la conteste d'apporter les preuves nécessaires. En l'espèce, les membres de la communauté Muxe qui avaient formé un recours devant l'Institut national de participation électorale et citoyenne d'Oaxaca (IEEPCO) ont apporté les preuves que les candidats avaient d'abord tenté de s'enregistrer en tant qu'hommes (v. la décision du Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 21 juin 2018, n° SUP-JDC-304/2018, en ligne : <https://electionjudgments.org/en/entity/492xlz5bgvh?page=1>).

opposer l'autoidentification des personnes d'une part et leur identification par les tiers d'autre part au sein de relations interpersonnelles.

§2. Encadrer les relations interpersonnelles

610. D'autres espaces sont gouvernés par une logique de relations interpersonnelles entre individus : ce sont ceux où il n'est pas seulement question du sexe de la personne juridique (de son statut), mais où le sexe apparaît comme un véritable mode de régulation de lieux où la sexualité détermine l'interaction aux autres. Pour reprendre les mots de la Cour de cassation italienne, ce sont des « lieux de contact, comme les prisons, les hôpitaux et autres [...] normalement structurés par genre »²⁷⁸⁰. Cette régulation peut intervenir soit sur le mode de la ségrégation par sexe (où la séparation est obligatoire, comme c'est le cas au sein des prisons), soit de la non-mixité (où la séparation est choisie, comme au sein de certains événements associatifs). Or à quoi répond cet impératif de penser certains espaces à partir du sexe ? Dans quelle mesure se passer du prisme du sexe pour réguler ces espaces participe à la poursuite du principe d'égalité ? Il convient de distinguer selon les espaces soumis à une logique de ségrégation par sexe où l'État intervient *directement* pour réguler les relations interpersonnelles **(A)**, de ceux gouvernés par les personnes privées selon une logique d'exclusion où l'intervention de l'État n'est qu'*indirecte*. Il a alors la charge de réguler la manière dont les personnes privées (fédérations sportives, associations, etc.) encadrent l'exclusion de certains individus en raison de leur sexe **(B)**.

A. Séparer pour mieux protéger ? Vers une logique de déségrégation

611. Certains espaces (qu'on pourrait qualifier de « récalcitrants ») sont soumis à une logique de ségrégation par sexe : ils font exception à un principe qui veut que l'ensemble des individus vivent ensemble en société. Ce sont des espaces où, ponctuellement, femmes et hommes sont obligatoirement séparés²⁷⁸¹ (c'est par exemple le cas au sein des vestiaires où des lieux de privation de liberté). La ségrégation par sexe est entendue ici comme la régulation par le droit

²⁷⁸⁰ Corte costituzionale, 23 juillet 2024, Sentenza 143/2024, para. 5.5 (décision relative notamment à l'introduction d'une troisième mention de sexe à l'état civil).

²⁷⁸¹ Cette situation est à distinguer clairement de « l'apartheid de genre » ou « apartheid sexiste », appliqué dans certains États comme l'Afghanistan ou l'Iran par exemple, qui désigne une « politique de discrimination et ségrégation systématique à l'égard des femmes » qui peut être désigné comme un crime contre l'humanité en droit international, Yasin Ghulami-Yamin, « La politique d'apartheid de genre sous le régime des Talibans en Afghanistan », *La Revue des droits de l'homme*, 1 juin 2024, n° 26.

d'espaces à partir d'un principe de séparation des individus selon la bicatégorisation²⁷⁸². Elle est juridiquement acceptée en tant que différence de traitement justifiée notamment par un objectif de *protection* des femmes. La Cour suprême du Royaume-Uni estime en ce sens que les femmes trans, tout comme les hommes, peuvent être exclues des espaces réservés aux femmes, et ce malgré une modification de la mention de leur sexe juridique pour le sexe féminin²⁷⁸³.

612. Pourtant, en parallèle, nombre de critiques ont pu être formulées à l'encontre de ces espaces qui maintiennent les individus « séparés et inégaux »²⁷⁸⁴, reproduisent très largement les normes de genre et excluent les personnes qui ne s'y conforment pas. Comment dès lors penser l'organisation de ces espaces de manière à en faire des lieux d'inclusion pour l'ensemble des individus ? Ces espaces « hypergenrés »²⁷⁸⁵ représentent un défi majeur pour un ordre juridique neutre au regard du sexe, dans la mesure où ils ont été pensés initialement pour les besoins d'un groupe (les hommes) et à partir de l'hétéronormativité et la différence des sexes comme norme naturelle²⁷⁸⁶ (ce sont des espaces pensés pour qu'aucune sexualité ne s'y exprime²⁷⁸⁷). Si la protection des individus contre les violences est l'un des éléments qui doit guider la gouvernance ces espaces, l'analyse diffère selon qu'elle s'applique aux espaces destinés à préserver l'intimité (1) ou à priver les individus de leur liberté (2).

1. Les espaces publics d'intimité

613. Comment envisager la régulation des « espaces publics d'intimité »²⁷⁸⁸ lorsqu'est admis un principe de neutralité de l'ordre juridique vis-à-vis du sexe ? À la différence des lieux de

²⁷⁸² David S. Cohen, « The Stubborn Persistence of Sex Segregation », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, vol. 20, n° 1, p. 7. Il sera ainsi seulement question de la ségrégation *de jure*, et non pas *de facto* (comme en matière d'emploi par exemple où les femmes occupent majoritairement les emplois à temps partiel et/ou dans certains secteurs d'activité comme le *care*) ; pour une approche qui intègre ces deux dimensions, v. Jessica Tueller, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, Not a Protection », *Yale Journal of Law & Feminism*, 2024, vol. 35, n° 1, p. 67-158.

²⁷⁸³ Cour suprême du Royaume-Uni, 16 avril 2025, *For Women Scotland Ltd v The Scottish Minister*, [2025] UKSC 16. Pour une analyse des arguments mobilisés par la Cour, v. *infra*.

²⁷⁸⁴ Laurel Westbrook et Kristen Schilt, « Doing Gender, Determining Gender: Transgender People, Gender Panics, and the Maintenance of the Sex/Gender/Sexuality System », *Gender and Society*, 2014, vol. 28, n° 1, p. 32-57.

²⁷⁸⁵ Formule utilisée à propos des prisons : Victoria Patrickson, *A 'Double Punishment': Placement and protection of transgender people in prison*, 30 septembre 2020 [<https://perma.cc/RCW9-PD6C>].

²⁷⁸⁶ L. Westbrook et K. Schilt, « Doing Gender, Determining Gender », art. cit, p. 49.

²⁷⁸⁷ Naomi Schoenbaum, « Heteronormativity in Employment Discrimination Law », *Washburn Law Journal*, 2017, vol. 56, p. 248.

²⁷⁸⁸ V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres », art. cit, p. 214.

privation de liberté²⁷⁸⁹, l'accès à ces espaces n'est pas nécessairement conditionné par un quelconque document officiel, mais par une forme d'acceptation sociale. La ségrégation par sexe peut être prévue et encadrée par le droit, comme le montre par exemple l'article R. 4228-18 du Code du travail qui prévoit que « dans les établissements employant un personnel mixte, les cabinets d'aisance sont séparés pour le personnel féminin et masculin »²⁷⁹⁰. Toutefois, ce sont ensuite un ensemble de normes ou conventions sociales qui vont réguler l'accès de ces espaces aux individus, en fonction notamment de leur expression de genre²⁷⁹¹. Si chacun de ces espaces devraient être analysés séparément au regard des enjeux spécifiques qu'ils soulèvent (que ce soient les vestiaires²⁷⁹², les dortoirs²⁷⁹³ ou encore les chambres d'hôpital²⁷⁹⁴), les développements qui suivent se concentrent sur les toilettes, « espaces publics ultimes de ségrégation entre les sexes »²⁷⁹⁵. Le droit apparaît comme un levier privilégié pour penser ces espaces²⁷⁹⁶, et leur accès – qui relève parfois d'un privilège²⁷⁹⁷ – soulève d'importants enjeux en matière de protection des droits et libertés²⁷⁹⁸, tant il façonne une multitude de facettes de notre existence²⁷⁹⁹. Aussi, parmi les nombreuses problématiques relatives à l'accès aux

²⁷⁸⁹ V. *infra*.

²⁷⁹⁰ Art. R. 4228-18 du Code du travail, second alinéa.

²⁷⁹¹ Alex Sharpe, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights and Lead to an Increase in Harms? », *The Modern Law Review*, 2020, vol. 83, n° 3, p. 557. ; Henri Bony, Benjamin Moron-Puech et Léa Mosconi, « La (dé)ségrégation des toilettes », *Techniques & Culture*, 18 juillet 2022, vol. 77, n° 1, p. 77.

²⁷⁹² Sur le sujet, v. J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 982.

²⁷⁹³ Au sein des établissements scolaires et/ou dans le cadre de sorties extra-scolaires par exemple ; pour les établissements de type auberges de jeunesse, des chambres mixtes existent déjà, ce qui n'exclut pas la possibilité de prévoir des chambres séparées en non-mixité (v. *infra*).

²⁷⁹⁴ Dans la très grande majorité des hôpitaux, les chambres sont non-mixtes afin de prévenir le risque de violences sexuelles envers les femmes ; les seuls espaces où les patients sont mélangés indistinctement sont les salles de réveil ou les soins intensifs, là où ils ne peuvent se déplacer et sont constamment surveillés par le personnel hospitalier (v. par ex. Lara Gross Etter, « Des chambres (re)pensées selon le genre ? », Hôpital de Fribourg, Suisse, 5 avril 2024 [<https://perma.cc/68PT-MWPU>]).

²⁷⁹⁵ Clara Greed, « Join the queue: Including women's toilet needs in public space », *The Sociological Review*, 2019, vol. 67, n° 4, p. 909.

²⁷⁹⁶ L'autrice relève ainsi que c'est à travers le droit que les toilettes séparées en fonction de la race ont été abolies, ou encore que les toilettes ont été rendues accessibles aux personnes en situation de handicap Martine Aliana Rothblatt, *The Apartheid of Sex: A Manifesto on the Freedom of Gender*, 1st ed., New York, Crown Publishers, 1995, p. 95.

²⁷⁹⁷ Pour une large partie de la population, il s'agit d'une problématique quotidienne, alors même que l'accès à des sanitaires est fondamental ; Oxfam rappelle ainsi que « 3,5 milliards de personnes dans le monde, soit la moitié de la population mondiale, ne disposent pas d'un accès à des installations sanitaires gérées en toute sécurité » (Oxfam France, « Accès aux toilettes : à travers le monde, des réalités bien différentes », 18 novembre 2021, [<https://perma.cc/ZM5V-E9RP>]).

²⁷⁹⁸ Les principes de Yogyakarta précisent par exemple que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant, notamment à une alimentation suffisante, un accès aux services d'eau salubre, une hygiène et un habillement adéquats, et à une amélioration constante de ses conditions de vie, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre » (Principe 14).

²⁷⁹⁹ Et révèle à ce titre « une des dimensions les plus immédiates et universelles de la dépendance comme caractéristique de la condition humaine » (Stéphanie Hennette-Vauchez, « Julien Damon, Toilettes publiques. Essai sur les commodités urbaines, Presses de Sciences Po, 2023 », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, 7 juin 2024, n° 1) ; v. également Harvey Luskin Molotch et Laura Norén, *Toilet: Public Restrooms and the*

toilettes²⁸⁰⁰, celle de la ségrégation par sexe est des plus saillantes, tant au regard de son ancrage historique²⁸⁰¹ que des enjeux soulevés (accès à l'espace public²⁸⁰² ou à l'emploi²⁸⁰³).

614. Parmi les différents motifs qui justifient cette ségrégation, deux principaux peuvent être identifiés. Le premier est relatif à la préservation de l'intimité (*privacy* ou *gender privacy exception*) des individus, au regard notamment d'une différence biologique entre les sexes qui serait en toute logique matérialisée par la séparation des toilettes entre femmes et hommes²⁸⁰⁴. Les organes de protection des droits humains encouragent en ce sens les États à prendre des mesures afin d'équiper les écoles de « toilettes séparées pour filles », dans le but de leur permettre un égal accès à l'éducation ou à répondre à leurs besoins spécifiques (notamment ceux liés aux menstruations)²⁸⁰⁵. Le second argument est relatif à la protection du droit à l'égalité des femmes et au maintien de leur sécurité²⁸⁰⁶, dont le raisonnement apparaît néanmoins réversible. Il semble en effet contradictoire avec l'idée généralement admise selon laquelle la présence d'autrui est gage de sécurité²⁸⁰⁷ ; ce serait au contraire cette « illusion » de la sécurité grâce à la ségrégation qui représenterait un « danger en lui-même »²⁸⁰⁸.

Politics of Sharing, New York, New York University Press, 2010, 316 p. (rappelant que sans ces aménagements, « nous ne sommes presque littéralement rien dans ce monde ») (p. 2).

²⁸⁰⁰ On pense notamment à l'accès aux sanitaires pour les personnes en situation de handicap, et/ou pour les personnes qui n'ont pas de domicile, et donc de toilettes à disposition (sur ce point, v. Jeremy Waldron, « Homelessness and the Issue of Freedom », *UCLA Law review*, 1991, vol. 39, p. 295-324), pour les personnes en situation de précarité qui résident dans des zones où un accès sûr à des sanitaires n'est pas garanti, avec des problématiques spécifiques pour les personnes menstruées (v. Conseil des droits de l'Homme, 12 juillet 2024, *Gestion de l'hygiène menstruelle, droits humains et égalité des sexes*, A/HRC/RES/56/11).

²⁸⁰¹ Au sein des thermes romains, les toilettes étaient séparées en fonction du sexe (Julien Damon, *Toilettes publiques. Essai sur les commodités urbaines*, Paris, Presses de Sciences Po, 2023, p. 93).

²⁸⁰² H.L. Molotch et L. Norén, *Toilet, op. cit.* Il a ainsi fallu attendre 1994 pour que les locaux de la Cour suprême des États-Unis aient des toilettes pour femmes (H. Fogg Davis, *Beyond Trans, op. cit.*, p. 66).

²⁸⁰³ N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1004.

²⁸⁰⁴ S.P. Minter, « “Déjà Vu All Over Again”: The Recourse to Biology by Opponents of Transgender Equality », art. cit, p. 1196.

²⁸⁰⁵ V. par ex. CEDEF, *Observations finales concernant le rapport unique valant quatrième et cinquième rapports périodiques de l'Inde*, 24 juillet 2014, CEDAW/C/IND/CO/4-5, para. 27 a) ; CEDEF, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Népal*, 14 novembre 2018, CEDAW/C/NPL/CO/6, para. 33 b).

²⁸⁰⁶ Cet argument a pu être utilisé par le passé afin de justifier la ségrégation des toilettes en fonction de la race des individus ; aux États-Unis, sous la période Jim Crow, la ségrégation appliquée aux espaces publics entre les personnes blanches et racisées visait notamment la protection des femmes et des enfants non-racisées : Amara Chaudhry, « Lessons from Jim Crow: What Those Seeking Self-Determination for Transgender Individuals Can Learn from American's History with Racial Classification Categories », *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2009, vol. 18, p. 505.

²⁸⁰⁷ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 14. N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1003.

²⁸⁰⁸ J. Tueller, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, Not a Protection », art. cit, p. 143.

615. Ce sont par ailleurs ces mêmes arguments qui sont régulièrement invoqués (intimité²⁸⁰⁹ et sécurité) en faveur de l'exclusion des femmes trans des toilettes pour femmes²⁸¹⁰, ce qui perpétue l'idée selon laquelle les femmes trans seraient, *par définition*, des potentielles agresseuses²⁸¹¹. Analysant cet argument, le juriste Aleardo Zanghellini montre qu'il s'agit d'un sophisme *secundum quid* : ce qui est vrai pour le tout (les individus assignés au sexe masculin) l'est aussi pour une partie du tout (les femmes trans assignées au sexe masculin)²⁸¹². La ségrégation par sexe des toilettes se révèle fondée sur des stéréotypes de genre²⁸¹³ et source de violence et de discriminations pour les personnes trans. Elle représente nécessairement des enjeux spécifiques pour les personnes non-conformes de genre²⁸¹⁴, et en particulier pour celles dont le *passing* ne correspond pas aux normes du féminin et du masculin²⁸¹⁵, et pourrait s'apparenter à un *outing* dans l'espace public. En l'absence de toilettes non-genrées, les individus non-conformes de genre choisissent (lorsqu'elles ne s'abstiennent pas de les utiliser²⁸¹⁶) celles qui reflètent le mieux leur apparence et/ou qui représentent le moins de risque pour leur sécurité, au risque d'être exposé à des actes de violence²⁸¹⁷, voire à une arrestation²⁸¹⁸.

²⁸⁰⁹ Il est pourtant difficile de concevoir en quoi l'utilisation par une femme trans des toilettes pour femmes constituerait une telle atteinte à l'intimité des autres utilisatrices. V. en ce sens une décision relative à l'utilisation des toilettes par les étudiants trans dans laquelle la juridiction souligne que « la Commission ignore la réalité de la façon dont un enfant transgenre utilise les toilettes : en entrant dans une cabine et en fermant la porte », citée par N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 1002.

²⁸¹⁰ V. par ex. Kathleen Stock.

²⁸¹¹ Aucune preuve n'a jusqu'ici été apportée quant à un risque accru pour les femmes cis lorsque les femmes trans utilisent les mêmes toilettes, v. cette étude conduite sur les toilettes et vestiaires publiques dans le Massachusetts qui adopte une politique de non-discrimination fondée sur l'identité de genre et permet ainsi aux personnes trans d'accéder à ces lieux selon le principe d'autodétermination : Amira Hasenbush, Andrew R. Flores et Jody L. Herman, « Gender identity nondiscrimination laws in public accommodations: A review of evidence regarding safety and privacy in public restrooms, locker rooms, and changing rooms », *Sexuality Research & Social Policy: A Journal of the NSRC*, 2019, vol. 16, n° 1, p. 70-83.

²⁸¹² Aleardo Zanghellini, « Philosophical Problems With the Gender-Critical Feminist Argument Against Trans Inclusion », *Sage Open*, 2020, vol. 10, n° 2, p. 5.

²⁸¹³ À titre d'exemple, les installations prévues pour les enfants en bas âge sont souvent prévues dans les sanitaires réservés aux femmes, perpétuant l'idée qu'elles ont principalement la charge du travail de *care*.

²⁸¹⁴ Sheila L. Cavanagh, *Queering Bathrooms: Gender, Sexuality, and the Hygienic Imagination*, Toronto, University of Toronto press, 2010, 295 p.

²⁸¹⁵ Ce qui peut aussi concerner les femmes cisgenre, comme les femmes lesbiennes *butch* par exemple N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 927. Leslie Feinberg l'évoquait à travers le personnage de Jess dans son roman *Stone Butch Blues* (Leslie Feinberg, *Stone Butch Blues*, Condé, Hystériques & AssociéEs, 2019, 539 p).

²⁸¹⁶ Certaines personnes déclarent en effet éviter toute utilisation des toilettes au sein de l'espace public, alors même que cela peut entraîner des risques pour la santé (J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 981).

²⁸¹⁷ Allant de simples remarques à des agressions physiques. Dans un sondage datant de 2015, il est ainsi indiqué que 12% des personnes trans interrogées déclarent avoir été agressées verbalement, physiquement et/ou sexuellement pour avoir utilisé des toilettes en fonction de leur identité de genre ; selon le même sondage, 59% des personnes trans interrogées évitent d'utiliser des toilettes publiques, et 32% ajustent leur consommation d'eau et de nourriture afin de ne pas avoir à utiliser ces espaces (Sandy E. James et al., *Report of the 2015 U.S Transgender Survey*, National Center for Transgender Equality, Washington DC, 2016, p. 224 et s.).

²⁸¹⁸ Le juriste Dean Spade témoigne ainsi de son arrestation pour « fausse accusation d'intrusion » après avoir voulu utiliser des toilettes publiques Dean Spade, « Resisting Medicine/Remodeling Gender », *Berkeley Women's Law Journal*, 2003, vol. 18, p. 17.

616. De nombreuses études ont ainsi été menées sur la manière de repenser la conception et l'accès des toilettes²⁸¹⁹. Là encore, penser sans le prisme du sexe ne veut pas dire se départir d'une analyse au prisme du genre²⁸²⁰. Concrètement, il serait par exemple possible de prévoir plusieurs modèles de cabines individuelles au sein d'un seul espace, aménagées autour de lavabos et miroirs collectifs : des cabines « simples », accessibles aux personnes en situation de handicap, au sein desquelles on retrouverait les mêmes équipements et dispositifs (robinet d'eau²⁸²¹, poubelle, distributeur de dispositifs menstruels, miroir²⁸²²) ; des cabines « familiales », prévues pour les personnes qui accompagnent des enfants. Si la mixité semble pouvoir être adaptée à des espaces publics d'intimité comme les toilettes, d'autres types de lieux appellent en revanche à une autre organisation afin de préserver le principe d'égalité et de non-discrimination.

2. Les lieux de privation de liberté

617. L'hypothèse de la neutralité de l'ordre juridique vis-à-vis du sexe invite également à repenser la structure des lieux de privation de liberté²⁸²³ – ces « institutions totales »²⁸²⁴ – et l'affectation des détenus, dans une perspective globale qui dépasse la seule prise en considération de la situation des personnes trans (dont les personnes trans non-binaires)²⁸²⁵. La ségrégation par sexe des lieux de privation de liberté a progressivement été mise en œuvre²⁸²⁶,

²⁸¹⁹ V. par ex. H. Bony, B. Moron-Puech et L. Mosconi, « La (dé)ségrégation des toilettes », art. cit ; H.L. Molotch et L. Norén, *Toilet, op. cit.* Certains établissements scolaires adoptent ainsi une séparation des toilettes non pas en fonction du sexe des élèves, mais de l'âge (Olivia Bui-Xuan, « L'appréhension de la non-binarité dans les établissements scolaires et d'enseignement supérieur » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 143).

²⁸²⁰ Autrement dit, « adopter des toilettes mixtes ne signifie pas simplement ouvrir les toilettes hommes et femmes existantes à tout le monde sans rien changer aux dispositifs spatiaux eux-mêmes » (H. Bony, B. Moron-Puech et L. Mosconi, « La (dé)ségrégation des toilettes », art. cit, p. 87).

²⁸²¹ Certaines propositions envisagent des lavabos communs uniquement à l'extérieur des cabines individuelles, ce qui semble moins compatible avec les besoins des personnes qui utilisent des protections périodiques.

²⁸²² Afin notamment que les personnes qui portent un voile puisse le réajuster (proposition formulée par le Collectif Syndicat étudiant et faïtière universitaire (CUAE), v. leur *Fanzine pour des toilettes non-genrées*).

²⁸²³ Les développements qui suivent ont une visée théorique générale et s'appliquent à l'ensemble des établissements pénitentiaires, centres de rétention administrative (CRA), centre éducatif fermé (CEF), etc.

²⁸²⁴ Pour reprendre la formule utilisée par Goffman (Erving Goffman, *L'arrangement des sexes*, préc.).

²⁸²⁵ V. en ce sens la métaphore de Darren Rosenblum du canari utilisé par les mineurs pour avertir d'un danger : la situation des personnes trans dans le milieu carcéral serait aussi à prendre comme une forme d'avertissement pour la population dans son ensemble (Darren Rosenblum, « “Trapped” in Sing-Sing: Transgendered Prisoners Caught in the Gender Binarism », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2000, vol. 6, p. 499-571).

²⁸²⁶ Loin d'être seulement envisagée comme une mesure de protection envers les détenues, il s'agissait aussi de « punir » doublement leurs homologues masculins de l'absence d'une présence féminine durant leur peine, tout en empêchant la « débauche » des femmes (Mélodie Renvoisé, « Histoire de la (non-)mixité en prison », *Métropolitiques*, 7 décembre 2020, p. 2). Pour davantage de développements d'un point de vue historique, v. la thèse de la même autrice Mélodie Renvoisé, *Du « mélange des sexes » à la « mixité » : une analyse sociohistorique et ethnographique de la coprésence des hommes et des femmes en prison*, Université de Nantes, 2023, 589 p.

au sein d'un espace initialement pensé pour le sexe masculin²⁸²⁷ et « d'un point de vue androcentrique »²⁸²⁸. Aujourd'hui, cette règle est, selon le droit international des droits humains, un principe au fondement de l'organisation des lieux de privation de liberté, qui concerne tant les détenus²⁸²⁹ que les employés²⁸³⁰, dans un objectif notamment de protection des femmes contre les violences²⁸³¹. Pourtant, cette ségrégation soulève précisément des enjeux en la matière.

618. En effet, sans écarter la légitimité de la poursuite de cet objectif, une telle politique répond à un raisonnement essentialiste et hétéronormé qui suggère que seules les femmes sont victimes de violences, perpétrées uniquement par des hommes qui ne seraient pas concernés²⁸³², produisant ainsi des angles morts dans la protection des détenus contre les violences²⁸³³. De plus, l'incarcération des femmes en non-mixité se révèle être une « double peine »²⁸³⁴ d'un point de vue matériel. Les lieux de privation de liberté n'accueillent pas à parts égales des femmes et des hommes²⁸³⁵, ce qui implique des enjeux spécifiques en matière de non-mixité.

²⁸²⁷ Le CPT rappelle ainsi que « l'infrastructure matérielle, l'agencement, le régime et le fonctionnement des établissements pénitentiaires ont été conçus à l'origine en fonction des besoins des hommes, qui ont toujours constitué la grande majorité des détenus et des personnes qui travaillent en prison », Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *33e rapport général. Activités 2023*, avril 2024, 73 p.

²⁸²⁸ Cour IDH, Avis consultatif, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty*, 30 mai 2022, OC-29/22, para. 237.

²⁸²⁹ Les règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (dites Règles Nelson Mandela) indiquent que « les hommes et les femmes doivent être détenus dans la mesure du possible dans des établissements différents » et que « dans un établissement recevant à la fois des hommes et des femmes, l'ensemble des locaux destinés aux femmes doit être entièrement séparé » (AGNU, *Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 2015*, 8 janvier 2016, A/RES/70/175, règle 11, para. a)). V. également les Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes du 21 décembre 2010 (dites Règles de Bangkok). Il en va de même au niveau régional : la Cour interaméricaine rappelle ainsi que « toutes les femmes privées de liberté doivent être placées dans un espace physiquement séparé de celui des hommes et, de plus, dans des blocs ou des sections moins restrictifs et avec un niveau de sécurité moindre, ce qui répond au faible niveau de risque que les femmes représentent » (Cour IADH, Avis consultatif, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty*, 30 mai 2022, OC-29/22, para. 135), et le Conseil européen que « la décision de placer un détenu dans une prison ou une partie de prison particulière doit tenir compte de la nécessité de séparer [...] les détenus de sexe masculin des détenus de sexe féminin » (Règles pénitentiaires européennes, Conseil de l'Europe, juin 2006, règles 18.8.b).

²⁸³⁰ Règles Nelson Mandela, *préc.*, règle 81, al. 2 : « Aucun membre du personnel de sexe masculin ne doit pénétrer dans la section réservée aux femmes sans être accompagné d'un membre du personnel de sexe féminin ».

²⁸³¹ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 11. À cet objectif de protection des femmes contre les violences s'ajoute aussi celui de garantir les bonnes mœurs (*i.e.* empêcher les relations sexuelles dans l'enclenche de la prison), C. Rostaing, *La relation carcérale*, p. 41.

²⁸³² Alors même que les femmes détenues en prison pour femmes sont victimes de violence tant de la part d'autres détenues, mais aussi de la part du personnel pénitentier qui peuvent être des hommes, C.A. MacKinnon, « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », art. cit, p. 89.

²⁸³³ J. Tueller, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, Not a Protection », art. cit, p. 123.

²⁸³⁴ François Bès, « Prisons pour femmes : la double peine », *Observatoire international des prisons*, 18 février 2020 [<https://perma.cc/6EEE-LYCQ>].

²⁸³⁵ Sur 108 pays, les hommes adultes représentent plus de 90 % des personnes détenues entre 2003 et 2016 (Conseil économique et social (ECOSOC), *Tendances et nouveaux problèmes en matière de criminalité dans le monde et mesures de prévention du crime et de justice pénale visant à y faire face*, 4 mars 2019, E/CN.15/2019/10, para. 25) ; au sein de l'UE, les femmes représentent seulement 5,4% de la population carcérale (Eurostat, *Adult*

L'incarcération des détenues dans un nombre limité d'institutions entraîne notamment un éloignement géographique avec leur entourage²⁸³⁶, mais aussi « un moindre accès à l'unité sanitaire, aux locaux scolaires ou encore aux formations, activités socio-culturelles, sportives et professionnelles »²⁸³⁷. Cette ségrégation soulève également des enjeux spécifiques pour les personnes trans et/ou intersexes, tant du point de vue de leur affectation que de leurs conditions de détention²⁸³⁸.

619. Plusieurs choix politiques peuvent en effet être identifiés quant aux critères d'affectation, qui sont à géométrie variable et peuvent varier au « cas par cas »²⁸³⁹ : l'affectation peut être décidée tant en fonction du sexe assigné à la naissance²⁸⁴⁰, que de l'identité de genre de la personne détenue²⁸⁴¹ (obligeant les personnes non-binaires à s'identifier dans le cadre de la binarité, et les personnes dont l'identité de genre est fluide à choisir de manière potentiellement définitive). Concernant leurs conditions d'incarcération, les établissements choisissent de les placer en détention ordinaire mais avec encellulement individuel²⁸⁴², à l'isolement²⁸⁴³ ou de

prisoners by sex, 2023 [<https://perma.cc/29WB-U5GB>]) ; à l'échelle mondiale, elles représentent 6,9% des détenus.

²⁸³⁶ Cour IADH, Avis consultatif, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty*, préc., para. 136 ; OIP, Contribution en vue de l'examen du neuvième rapport périodique de la France (86ème session) de l'Observatoire international des prisons – section française à l'attention du Comité onusien pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, septembre 2023, p. 3.

²⁸³⁷ Observatoire international des prisons, « Trois pour cent de la population carcérale oubliée », 8 mars 2024 [<https://perma.cc/VAP5-VVUW>] ; les activités proposées peuvent par ailleurs répondre à des stéréotypes de genre J. Tueller, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, Not a Protection », art. cit, p. 124.

²⁸³⁸ On pense par exemple au refus d'accès à des traitements liés à une transition de genre (ce qui pourrait s'apparenter à une thérapie de conversion, v. Cianán Russell, « Analysis of the effects of legal sex markers in detention: Single-sex detention facilities, conversion therapy, and violations of human rights », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, vol. 1, n° 1).

²⁸³⁹ Anne Jennequin et Corinne Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 178. À Hesse, l'un des États fédéraux allemands, la loi prévoit que « dans le cas de personnes qui ne peuvent être assignées ni au sexe masculin ni au sexe féminin, ou si la sécurité ou l'ordre de l'établissement l'exige, un logement sera prévu en tenant compte des circonstances de chaque cas » (Loi pénitentiaire de Hesse (HStVollzG), 28 juin 2010, § 70, (2)). Il revient ainsi parfois au juge de décider du placement des détenus.

²⁸⁴⁰ Au Royaume-Uni, une femme trans qui a conservé ses organes génitaux masculins doit être par principe détenue dans une prison pour homme, indépendamment de son sexe juridique (Ministère de la Justice, *The Care and Management of Individuals who are Transgender*, 31 octobre 2019, para. 4). À noter que selon le CPT, « le placement de personnes transgenres dans un quartier pénitentiaire hébergeant des personnes d'un sexe différent de celui avec lequel elles s'identifient augmente aussi intrinsèquement les risques de violences ou d'intimidation à leur encontre » (33e rapport général. Activités 2023, Strasbourg, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 2024, p. 42).

²⁸⁴¹ Cette règle est celle privilégiée par les acteurs de protection des droits humains : v. par ex. les Règles Nelson Mandela (règle 7 a))

²⁸⁴² A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 179. Comme le souligne les autrices, cette solution ne protège pas les personnes concernées des autres détenus, et crée une situation d'injustice par rapport au reste de la population incarcérée dans des chambres collectives, d'autant plus en regard de la surpopulation carcérale de certains établissements.

²⁸⁴³ Pratique observée et dénoncée par les organes de protection des droits humains, v. par ex. Comité contre la torture, *Neuvième rapport annuel du Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 22 mars 2016, CAT/C/57/4, para. 78. C'est le cas par exemple au Kenya pour

créer un espace ou des aménagements²⁸⁴⁴ qui leur sont réservés²⁸⁴⁵, tant pour assurer leur protection²⁸⁴⁶ que celle des autres détenus. L'argument de la protection des femmes cisgenres est en effet régulièrement mobilisé afin de justifier d'une politique *spécifique* à l'égard des femmes trans détenues, pouvant mener soit à leur inclusion au sein des prisons pour femmes, soit à leur exclusion²⁸⁴⁷, et ce alors même qu'« il n'y a pas de raison valable, sur le plan de la sécurité, pour qu'une évaluation équilibrée des risques individuels effectuée lors de l'admission d'une personne transgenre en prison diffère de celle effectuée lors de l'incarcération d'une personne cisgenre »²⁸⁴⁸. Les femmes trans peuvent ainsi être affectées au sein des prisons pour hommes malgré les risques que cela comporte pour leur sécurité²⁸⁴⁹, les détenus trans étant très largement victimes de violences sexuelles en prison par rapport à la population carcérale globale, tant par leurs codétenus que le personnel pénitentiaire²⁸⁵⁰. Ainsi, selon les données recueillies par le bureau des statistiques du ministère de la Justice aux États-Unis, entre 2011 et

les personnes intersexes : N. Pikramenou, *Intersex Rights*, op. cit., p. 83. V. l'affaire *Richard Muasya*, dans laquelle une personne intersexe avait été placée à l'isolement suite à la découverte de son intersexuation par le personnel pénitentiaire, ce qui ne constitue pas une violation de ses droits fondamentaux selon les juridictions kenyanes, mais une décision prise dans son intérêt en réponse à son besoin de traitement spécial (Haute Cour du Kenya, 2 décembre 2010, *Richard Muasya v. the Hon. Attorney General*, para. 153 et s.). Un traitement similaire a été réservé à une détenue intersexe dans l'État du Wyoming (Cour d'appel des États-Unis pour le 10^{ème} circuit, 24 janvier 2007, *Estate of Dimarco v. Wyoming Department of Corrections Division of Prisons*, n° 04-8024).

²⁸⁴⁴ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 179. Les autrices citent l'exemple d'établissements qui prévoient un « encellulement individuel » pour les personnes trans.

²⁸⁴⁵ En effet, « de nombreux États ont développé au fil du temps une pratique qui prévoit un hébergement séparé pour les détenus transgenres, mais qui encourage leur participation à certaines activités avec d'autres détenus du même sexe » (33^e rapport général. Activités 2023, op. cit., p. 40). Un tel projet a été envisagé pour la première fois en Italie (à Pozzale) en 2010. C'est aussi ce que recommande au Brésil le *Federal Penitentiary Department* (v. Ministère de la justice et de la sécurité, Note technique du 8 août 2021, 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, para. 52).

²⁸⁴⁶ Ce qui n'est toutefois pas sans engendrer d'autres problématiques : « isolement du reste de la population carcérale, stigmatisation et « sentiment d'anormalité » dans un milieu où les canons de la virilité sont très puissants, moindres accès au travail et aux activités, plus grand éloignement du domicile familiale [...] » (A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 179).

²⁸⁴⁷ L'Écosse prévoit par exemple un cadre juridique spécifique pour l'admission des détenus trans : l'évaluation porte, pour les femmes trans, sur le « risque » potentiel ou avéré qu'elles représentent pour les autres détenues (une femme trans est admise dans un établissement réservé aux femmes à condition qu'elle ne réponde pas aux « critères de violence contre les femmes et les filles » (*Violence Against Women and Girls (VAWG) Criteria*); en revanche, pour les hommes trans, il est question d'évaluer leur « vulnérabilité » (un homme trans est admis dans un établissement réservé aux hommes s'il n'existe aucune crainte relative à sa santé, sa sécurité et son bien-être), v. Scottish Prison Service, *SPS Policy for the Management of Transgender People in Custody. Operational Guidance*, février 2024, p. 10.

²⁸⁴⁸ 33^e rapport général. Activités 2023, op. cit., p. 40. Ainsi, au Royaume-Uni, tant les femmes cisgenre que les femmes trans peuvent être transférées dans une prison pour hommes dès lors que leur profil représente un danger pour les autres détenues (v. *Care and Management of Transgender Offenders prison policy*, cité par A. Sharpe, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights and Lead to an Increase in Harms? », art. cit, p. 546).

²⁸⁴⁹ Cour IADH, Avis consultatif, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty*, préc., para. 230 ; Lorena Sosa et al., *Written Opinion Regarding the Request for an Advisory Opinion on "Differentiated Approaches to Persons Deprived of Liberty"*, Pays-Bas, Utrecht University, 2021, p. 8.

²⁸⁵⁰ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 176.

2012, 33,1% des détenus trans ont été sexuellement agressés par un autre détenu au sein des prisons fédérales et des prisons d'État²⁸⁵¹, contre 2% pour l'ensemble de la population carcérale²⁸⁵².

620. Une hypothèse serait alors de supprimer le filtre obligatoire du sexe, et d'évaluer l'admission des détenus au regard d'une pluralité de paramètres, incluant notamment (mais pas seulement) l'identité de genre au prisme de l'autoidentification et une analyse au prisme du genre²⁸⁵³. Il serait ainsi possible de s'appuyer sur des éléments déjà pris en compte par les établissements, que ce soit l'âge (mineur/majeur), la nature de la peine (civile/pénale), ou encore le statut (prévenu/condamné). D'autres indications serviraient également à « évaluer la dangerosité et la vulnérabilité de la personne » (par exemple selon son état de santé)²⁸⁵⁴. La ségrégation par sexe n'est d'ailleurs pas toujours envisagée de manière absolue : certains établissements prévoient la tenue d'activités en commun²⁸⁵⁵, voire une détention (en partie) commune²⁸⁵⁶. En pratique, au regard de la composition de la population carcérale, il existerait toujours *de facto* des établissements constitués majoritairement d'hommes cisgenres ; certains toutefois pourraient par exemple être incarcérés au sein d'établissements incluant des personnes s'identifiant à un autre genre, lorsque leur vulnérabilité et leur niveau de dangerosité le justifieraient. Quelle que soit l'affectation décidée, le droit au respect de l'expression de genre serait garanti pour chaque détenu (liberté de choisir son apparence, accès à certains produits²⁸⁵⁷). La composition du personnel pénitentiaire devrait elle aussi être adaptée : les détenus pourraient exprimer une préférence quant à la personne en charge de procéder aux

²⁸⁵¹ Allen J. Beck, *Sexual Victimization in Prisons and Jails Reported by Inmates, 2011–12, Supplemental Tables: Prevalence of Sexual Victimization Among Transgender Adult Inmates*, Bureau of Justice Statistics, décembre 2014, Table 2.

²⁸⁵² Allen J. Beck et al., *Sexual Victimization in Prisons and Jails Reported by Inmates, 2011–12*, Bureau of Justice Statistics, mai 2013, p. 10.

²⁸⁵³ Le CPT semble également émettre des doutes quant à la pertinence du système actuel, considérant que « si la violence entre détenus cisgenres demeure un problème très important dans de nombreux États membres, rien ne laisse penser que ce problème de sécurité est mieux appréhendé sous l'angle de la dimension du genre » (donc de la séparation par sexe des détenus) *33e rapport général. Activités 2023, op. cit.*, p. 40.

²⁸⁵⁴ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 190.

²⁸⁵⁵ V. en France, l'ordonnance n° 2022-1336 du 19 octobre 2022 relative aux droits sociaux des personnes détenues.

²⁸⁵⁶ Par exemple, de 1971 à 1988, un établissement carcéral pour détenus au Texas appliquait une politique de mixité pour les détenus à « bas risque » : les cellules étaient séparées entre femmes et hommes, mais durant la journée, les activités étaient en mixité Michael Welch, *Corrections: A Critical Approach*, 3^e éd., London, Routledge, 2011, p. 283. ; au Danemark, la politique carcérale prévoit dans certains cas une incarcération mixte des personnes détenues, mais avec des dortoirs séparés en fonction du sexe ; le Rapporteur onusien souligne toutefois que cette politique est « unique » et qu'elle ne saurait « servir de modèle à d'autres pays » où les conditions particulières observées ne sont pas réunies (Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 18 février 2009, A/HRC/10/44/Add.2, para. 63).

²⁸⁵⁷ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 186. Les autrices évoquent ainsi la possibilité d'un « catalogue de cantine commun ».

fouilles²⁸⁵⁸, en concertation avec le personnel administratif²⁸⁵⁹. Le principe de neutralité au regard du sexe invite donc à approfondir les critères de prise en charge et d'affectation des détenus selon une perspective complexe et exigeante, à la hauteur de l'objectif poursuivi par ces lieux, qui se veulent (aussi) être des espaces de réinsertion. Il invite enfin, au regard des difficultés soulevées, à envisager sérieusement des alternatives à l'incarcération²⁸⁶⁰.

B. Exclure pour atteindre l'égalité ? Vers une logique de coexistence

621. Les acteurs privés sont eux aussi susceptibles de distinguer les individus à partir du sexe, que ce soit pour la poursuite d'un objectif précis et/ou dans le cadre de l'exercice de leurs libertés (liberté d'association par exemple). Or le principe de neutralité de l'État au regard du sexe n'empêche pas qu'il puisse exercer un contrôle sur les règlements établis par les personnes privées au regard notamment des règles qui façonnent par exemple l'adhésion à une structure (quels individus sont admis et selon quels critères)²⁸⁶¹, notamment dans la mesure où le principe de non-discrimination s'impose également aux relations privées entre les individus (effet horizontal)²⁸⁶². Ce contrôle exercé quant à la conciliation entre liberté de choix d'une part, et application du principe de non-discrimination d'autre part, détermine en revanche comment se dessine la « frontière entre discriminations illégitimes et préférences légitimes »²⁸⁶³. Ce processus de démarcation peut être illustré tant à travers l'encadrement par les fédérations internationales des compétitions sportives **(1)**, que par la mobilisation par les associations du principe de non-mixité **(2)**.

²⁸⁵⁸ Ce qui questionne également la possibilité de remplacer les fouilles corporelles par d'autres technologies, v. J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 977.

²⁸⁵⁹ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire », art. cit, p. 183. Les autrices suggèrent qu'en cas de désaccord avec la décision de la personne détenue, les agents de surveillance pourraient bénéficier d'une clause de conscience (*ibid.*, p. 185).

²⁸⁶⁰ La perspective abolitionniste pouvant servir de point de repère : D Dangaran, « Abolition as Lodestar: Rethinking Prison Reform from a Trans Perspective », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2021, vol. 44, p. 161-216. ; la littérature sur ce sujet est bien trop abondante pour être citée ici (v. not. Angelas Davis et Gina Dent) ; pour une perspective abolitionniste à partir d'une analyse queer, v. notamment *Captive Genders: Trans Embodiment and the Prison Industrial Complex* Edited by Eric A. Stanley and Nat Smith ; V. les travaux de la sociologue Gwenola Ricordeau (et notamment pour une perspective féministe et queer : Gwénola Ricordeau, *Pour elles toutes: femmes contre la prison*, Montréal, Lux éditeur, 2019, 235 p) ; Karen Engle, *Abolitionism and Human Rights in Europe: Rethinking Responses to Gendered and Racialized Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2025. ; pour des alternatives à l'incarcération, v. M. Welch, *Corrections*, op. cit. (part. Chapitre 13).

²⁸⁶¹ D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 16.

²⁸⁶² Pour le système interaméricain, Cour IDH, 31 janvier 2006, *Massacre Pueblo Bello c. Colombie*, n° 140 ; pour le système européen, Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97.

²⁸⁶³ E. Fondimare et Medard Inghilterra, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges », art. cit, p. 9.

1. L'équité comme guide pour tendre vers l'égalité

622. Le sport est le domaine par excellence qui illustre la manière dont des organisations non-gouvernementales, et donc des acteurs privés (ici, les fédérations sportives internationales), produisent et façonnent de manière autonome des normes qui touchent directement le droit à l'égalité et à la non-discrimination des individus, notamment au regard du sexe²⁸⁶⁴. En cas de suppression du sexe à l'état civil et autres documents officiels, l'hypothèse d'un « sexe sportif »²⁸⁶⁵ se réaliserait : les fédérations auraient la charge de déterminer les critères de répartition des athlètes entre les catégories femme et homme, que ce soit à partir de l'autoidentification ou des caractéristiques sexuées, ce qui justifie d'autant plus la nécessité d'un contrôle étatique au regard des règles établies. En effet, bien qu'elles soient parties d'un véritable « ordre juridique sportif mondial »²⁸⁶⁶, l'autonomie des fédérations n'est toutefois pas synonyme d'une absence de contrôle juridictionnel²⁸⁶⁷, et notamment européen²⁸⁶⁸, en vertu de l'effet horizontal des droits. L'analyse prend pour exemple les réglementations en vigueur établies par la fédération internationale d'athlétisme *World Athletics* relatives à l'éligibilité des athlètes au sein de la catégorie femme²⁸⁶⁹, l'athlétisme étant – comme la très grande majorité

²⁸⁶⁴ Sur la manière dont la fédération internationale d'athlétisme, en tant qu'acteur privé, façonne la norme de l'égalité entre les sexes sur la scène internationale, v. Michele Krech, « Gender Equality in World Athletics: Transnational Norm Development by Private International Organizations », *American Journal of International Law*, janvier 2025, vol. 119, n° 1, p. 1-56.

²⁸⁶⁵ M. Maisonneuve, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », art. cit.

²⁸⁶⁶ Pour le rappeler avec Franck Latty, « les organisations sportives internationales disposent de leurs propres organes de contrôle et de sanction de leurs règles (organes de règlement des litiges, organes disciplinaires), dont l'échelon ultime est le Tribunal arbitral du sport » Franck Latty, « Lex sportiva et autonomie du sport » dans Jean-Loup Chappelet (ed.), *L'autonomie des organisations sportives*, Lausanne, Université de Lausanne, 2019, p. 38. Pour Isabelle Rorive, « elles édictent leur propre réglementation ; elles en contrôlent les assises scientifiques ; elles l'imposent avec le soutien des fédérations nationales qui leur sont dépendantes ; elles conservent le quasimonopole de la gestion des conflits par des clauses d'arbitrage obligatoires en tentant de s'affranchir du respect du droit international et européen droits humains » (Isabelle Rorive, « Du cas à l'affaire Caster Semenya : (en)cadrer la question de l'égalité des sexes », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, décembre 2024, n° 2, p. 28). Dans le même sens, v. M. Krech, « Gender Equality in World Athletics », art. cit.

²⁸⁶⁷ Sur l'émergence du concept d'autonomie des organisations sportives et les limites imposées, v. Jean-Loup Chappelet (ed.), *L'autonomie des organisations sportives*, Lausanne, Université de Lausanne, 2019, 59 p.

²⁸⁶⁸ En effet, la majorité des fédérations sportives internationales ont leur siège social dans un pays européen, et notamment en Suisse (celui de *World Athletics* est à Monaco) ; le Tribunal arbitral du sport (TAS) est également situé en Suisse (à Lausanne), et ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral suisse, puis devant la Cour européenne, v. en ce sens la décision de la Cour EDH relative à l'affaire Caster Semenya (Cour EDH, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21).

²⁸⁶⁹ Les deux règlements concernés sont les suivants : *Règlement régissant l'admissibilité à concourir des athlètes transgenres (version 2.0)*, dit Règlement transgenres, et *Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel)*, dit Règlement intersexes, chacun entrés en vigueur le 31 mars 2023.

des disciplines sportives²⁸⁷⁰ – régi à partir de la bicatégorisation par sexe des athlètes²⁸⁷¹. Il s'agira de montrer que ce principe de la ségrégation par sexe non seulement ne répond pas à la poursuite du principe d'équité²⁸⁷², mais exclut un grand nombre d'athlètes qui ont vocation à concourir dans la catégorie femme des compétitions sportives²⁸⁷³, portant ainsi atteinte à leur droit à la non-discrimination²⁸⁷⁴.

623. En premier lieu, la ségrégation par sexe part du principe qu'il existe seulement deux sexes biologiques, parfaitement identifiables, dont découle automatiquement et en toute circonstance une hiérarchie du fait de la supériorité masculine. En athlétisme, tant l'éligibilité des femmes trans que des femmes intersexes au sein de la catégorie femme est régie à partir de leur taux de testostérone²⁸⁷⁵. En effet, selon la Fédération, « la différence considérable entre les sexes en

²⁸⁷⁰ À l'exception de certaines disciplines comme l'équitation par exemple ; historiquement, certaines compétitions sportives étaient initialement mixtes. Par exemple, en 1902, la patineuse Madge Syers s'inscrit aux championnats du monde de patinage artistique pour lequel aucune règle liée au sexe des participants n'est spécifiée. Elle se place sur la deuxième marche du podium. L'année suivante, l'Union internationale de patinage (UIP) modifie son règlement et impose des compétitions non mixtes, au motif que les juges ne peuvent voir correctement les pieds des femmes du fait de la longueur de leur jupe (Niko Besnier, Susan Brownell et Thomas F. Carter, *The Anthropology of Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*, California, University of California Press, 2017, p. 142). Plus récemment, la tireuse Zhang Shang participe en 1992 aux Jeux Olympiques d'été de Barcelone et remporte l'épreuve mixte de skeet (ball-trap) et bat le record du monde ; suite à la proposition de la Fédération internationale de tir sportif de remplacer cette épreuve par des épreuves masculines et féminines, une épreuve a été spécifiquement réservée aux femmes aux Jeux Olympiques d'été de Sydney en 2000.

²⁸⁷¹ Rappelons néanmoins que l'exclusion pure et simple des femmes des compétitions sportives a longtemps été la seule règle en vigueur. Ainsi, lors des Jeux Olympiques en Grèce antique, les femmes étaient exclues de l'événement à la fois en tant que participantes et en tant que spectatrices (John Mouratidis, « Heracles at Olympia and the Exclusion of Women from the Ancient Olympic Games », *Journal of Sport History*, 1984, vol. 11, n° 3, p. 41-55 ; v. également Mary Anne Case, « Heterosexuality as a Factor in the Long History of Women's Sports », *Law and Contemporary Problems*, 2017, vol. 80, p. 25-46). Les femmes ont été présentes pour la première fois dans certaines épreuves des Jeux Olympiques en 1900 (Andria Bianchi, « Something's Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport », *Philosophies*, mai 2019, vol. 4, n° 23, p. 12).

²⁸⁷² Qui consiste notamment à « donner l'assurance qu'aucun athlète dans une catégorie ne bénéficie d'un avantage compétitif injuste et disproportionné », v. Comité international olympique, *Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation*, para. 4.

²⁸⁷³ Les personnes non-binaires ou agenres sont quant à elle exclues de toute compétitions sportives, à moins de concourir dans une catégorie qui ne correspond pas à leur identité de genre. À noter toutefois que certaines compétitions, comme les marathons de Boston et de Londres depuis 2023, prévoient une troisième catégorie pour les personnes non-binaires. La Fédération allemande de football (DFB) prévoit quant à elle depuis le 23 juin 2022 que les membres non-binaires peuvent choisir de participer en tant que membre de la catégorie femme ou homme.

²⁸⁷⁴ Une analyse au prisme du droit à l'intégrité physique et de l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants est également envisageable ; pour une analyse du Règlement DSD au prisme de l'article 3 de la Convention EDH, v. Elena Mascarenhas et Benjamin Moron-Puech, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *Recherches féministes*, 2023, vol. 36, n° 1, p. 117. Nous nous permettons également de renvoyer à Audrey Boisgontier, « Is the Lex Sportiva on Track for Intersex Person's Rights? The World Athletics' Regulations Concerning Female Athletes with Differences of Sex Development in the Light of the ECHR » dans Antoine Duval, Johan Lindholm et Alexandre Krüger (eds.), *The European Roots of the Lex Sportiva: How Europe Rules Global Sport*, Oxford, Hart Publishing, 2024, vol. 18, p. 257-282 ; A. Boisgontier et C. Lanier, « La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ? », art. cit.

²⁸⁷⁵ Ce taux est fixé à 2,5 nmol/L (nanomole par litre de sang) ; les hommes trans quant à eux ne sont soumis à aucune exigence de type médicale, et doivent seulement « fournir une déclaration écrite et signée, sous une forme jugée satisfaisante par le Responsable médical, indiquant que [leur] identité de genre est masculine » afin de concourir dans la catégorie homme (para. 3.1 du Règlement transgenres).

termes de performances sportives qui se manifeste à partir de la puberté » impose le maintien de la bicatégorisation²⁸⁷⁶, et par conséquent, d'une catégorie au sein de laquelle toutes les athlètes peuvent concourir de manière équitable²⁸⁷⁷ du fait d'un taux de testostérone équivalent²⁸⁷⁸. Ce critère est donc présenté comme un moyen objectif, fondé scientifiquement, et dépolitisé²⁸⁷⁹, pour déterminer quelles athlètes peuvent prétendre appartenir à la catégorie femme et ainsi, garantir le principe d'équité. En réalité, les règlements fondés sur le taux de testostérone s'inscrivent dans le prolongement de la pratique des « tests de féminité » instaurée depuis près d'un siècle, initialement destinée à s'assurer qu'aucun homme ne se fasse passer volontairement pour une femme afin de remporter des compétitions sportives²⁸⁸⁰. Les tests de « vérification » se sont basés successivement sur l'apparence des organes génitaux²⁸⁸¹, puis sur le caryotype des athlètes²⁸⁸², chacun révélant l'impuissance des autorités sportives à définir un critère stable et infaillible pouvant encadrer la bicatégorisation par sexe des athlètes. Le taux de testostérone ne fait pas exception : s'il s'avère que la réduction du taux de testostérone induite par les traitements hormonaux imposés aux athlètes hyperandrogènes (*i.e.* qui produisent

²⁸⁷⁶ Para. 1.1.2 des deux Règlements.

²⁸⁷⁷ Les deux Règlements rappellent en effet que l'objectif pour la Fédération est d'« assurer des conditions de compétition équitables et pertinentes au haut niveau du sport » (para. 1.1.3 du Règlement transgenres et 1.1.4 du Règlement DSD).

²⁸⁷⁸ Pour les femmes trans, cela implique de n'avoir « connu aucune partie de la puberté masculine au-delà du stade 2 de l'Échelle de Tanner » (le début de la puberté, situé entre 9 et 14 ans) et à partir de ce moment, d'« avoir maintenu en continu son taux de testostérone sérique en deçà de 2,5 nmol/L » (para. 3.2.2 et 3.2.3 du Règlement transgenres).

²⁸⁷⁹ M. Krech, « Gender Equality in World Athletics », art. cit, p. 51.

²⁸⁸⁰ D'éventuels « tests de masculinités » n'ont jamais été envisagés : seules les femmes sont soupçonnées de ne pas satisfaire aux conditions requises pour appartenir à la catégorie femme. Pour un historique de la mise en œuvre des « tests de féminité » dès les années 1930, v. A. Bohuon, « Sport et bicatégorisation par sexe », art. cit ; XAVIER Neena A. et MCGILL Janet B., « Hyperandrogenism and Intersex Controversies in Women's Olympics », in *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, n° 11, vol. 97, novembre 2012, p. 3902-3907.

²⁸⁸¹ Par exemple, lors des Championnats d'Europe d'athlétisme de 1966 en Hongrie, les 243 athlètes concourant dans la catégorie femme ont dû « défiler plus ou moins nues devant un panel de médecins » (*nudes parades*) : Arne Ljungqvist et Joe Leigh Simpson, « Medical Examination for Health of All Athletes Replacing the Need for Gender Verification in International Sports: The International Amateur Athletic Federation Plan », *Journal of the American Medical Association*, 12 février 1992, vol. 267, n° 6, p. 850-852.

²⁸⁸² Le test du corpuscule de Barr ou « test de chromatine sexuelle » est instauré en 1986 par le Comité International Olympique. Il consiste à réaliser un prélèvement des cellules via frottis buccal, afin de révéler la présence de ce corpuscule de Barr, visible uniquement chez les individus possédant des chromosomes XX. Or la formule chromosomique des individus est loin de se résumer à la présence de chromosomes XX (pour les femmes), ou XY (pour les hommes). Certaines variations, comme le syndrome de Klinefelter, révèlent l'existence d'un chromosome X supplémentaire : un homme pourra donc avoir un caryotype 47 XXY, et donc obtenir un résultat positif au test de Barr (ce qui, en toute hypothèse, lui permettrait donc de concourir parmi la catégorie femme) (v. A. Bohuon, « Sport et bicatégorisation par sexe », art. cit, p. 83). L'exemple de l'athlète Maria José Martínez-Patiño révèle également les limites de ce test : elle fut exclue d'une compétition en 1985 qui lui aurait permis de se qualifier aux Jeux olympiques de 1988 après avoir été soumise au test de Barr, du fait de son caryotype « masculin » (XY). Elle présentait toutefois un syndrome d'insensibilité aux androgènes, ce qui ne lui conférait aucun avantage particulier sur ses concurrentes féminines, puisque son corps n'était pas réceptif à la testostérone (Katrina Karkazis et Rebecca M. Jordan-Young, « The Powers of Testosterone: Obscuring Race and Regional Bias in the Regulation of Women Athletes », *Feminist Formations*, 2018, vol. 30, n° 2, p. 16).

naturellement un taux de testostérone plus élevé que la moyenne) pour concourir dans la catégorie femme provoque une baisse des performances, il ne peut toutefois être admis comme le seul critère fiable et déterminant leur donnant un avantage significatif, lequel porterait atteinte à l'objectif d'équité²⁸⁸³. Par ailleurs, un processus de stigmatisation opère dans la mesure où la séparation des athlètes à partir de la différence des sexes elle-même mais aussi l'application des règlements qui encadrent ce principe propagent des stéréotypes de genre néfastes²⁸⁸⁴. En effet, le contrôle du taux de testostérone prévu par le Règlement DSD est appliqué uniquement à l'égard des athlètes *suspectées* de ne pas satisfaire les critères de la catégorie femme, logique qui risquerait d'ailleurs d'être renforcée en l'absence de sexe juridique. Par conséquent, ce sont bien les femmes dont l'apparence ne correspond pas aux normes du féminin qui sont visées, et plus particulièrement les femmes racisées²⁸⁸⁵. Les suspicions à leur égard s'inscrivent dans une stigmatisation systématique sur le plan historique des corps des femmes racisées (et notamment, de leurs caractéristiques sexuées²⁸⁸⁶), et plus généralement, dans le prolongement de préjugés racistes selon lesquels les corps noirs seraient plus forts, plus résistants, et naturellement athlétiques²⁸⁸⁷. Dès lors, la ségrégation par sexe des athlètes, loin d'être suffisante en tant que telle pour garantir le principe d'équité, se révèle être un exemple d'organisation d'un espace qui produit et perpétue l'idée d'une nécessaire prise en compte du sexe – et plus particulièrement, de la différence des sexes – afin de réguler les rapports entre individus.

624. Or si la ségrégation par sexe n'est pas un moyen légitime de poursuivre l'objectif d'équité dans le sport, comment les fédérations sportives peuvent-elles encadrer le déroulé de compétitions qui respectent l'identité de genre et les capacités physiques de chaque athlète²⁸⁸⁸,

²⁸⁸³ Silvia Camporesi, « A question of 'fairness': Why ethics should factor in the Court of Arbitration for Sport's decision on the IAAF Hyperandrogenism Regulations », *British Journal of Sports Medicine*, 1 juillet 2019, vol. 53, n° 13, p. 797 ; Katrina Karkazis et al., « Out of Bounds? A Critique of the New Policies on Hyperandrogenism in Elite Female Athletes », *The American Journal of Bioethics*, 2012, vol. 12, n° 7, p. 3-16.

²⁸⁸⁴ J. Tueller, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, Not a Protection », art. cit, p. 126.

²⁸⁸⁵ L'argument a été porté devant la Cour de Strasbourg par Caster Semenya, sans qu'il ne soit toutefois analysé par le juge (Cour EDH, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21, para. 129). V. également en ce sens le projet de résolution adopté par l'Afrique du Sud, l'Eswatini, le Mozambique, la Zambie et le Zimbabwe au sein du Conseil des droits de l'Homme relatif à l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport (Conseil des droits de l'Homme, 20 mars 2019, Résolution A/HRC/40/L.10/Rev.1). Ainsi, les femmes qui à notre connaissance ont été soumises aux différentes versions du règlement contrôlant le taux de testostérone des athlètes intersexes sont originaires d'Afrique du Sud (Caster Semenya), du Burundi (Francine Niyonsaba), d'Inde (Dutee Chand), de Namibie (Beatrice Masilingi, Christine Mboma), du Nigéria (Aminatou Seyni), de l'Ouganda (Annet Negesa), ou encore du Kenya (Margaret Nyairera Wambui, Maximilla Imali, Evangeline Makena, Jackline Wambui, Linda Kageha). Dans d'autres disciplines, les derniers exemples en date concernent les boxeuses algérienne Imane Khelif et taïwanaise Lin Yu-ting, visées par les règles d'éligibilité de l'Association internationale de boxe (IBA) et exclues des championnats du monde de 2023.

²⁸⁸⁶ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

²⁸⁸⁷ K. Karkazis et R.M. Jordan-Young, « The Powers of Testosterone », art. cit, p. 22.

²⁸⁸⁸ Les fédérations pourraient tout à fait choisir de créer une troisième catégorie pour les personnes non-binaires sur la base de l'autoidentification : cela ne réduirait toutefois pas les stéréotypes associés au maintien des catégories

sans pour autant mettre en péril la participation des femmes dans le sport de haut niveau²⁸⁸⁹ ? Atteindre parfaitement cet objectif (s'il est celui qu'on cherche à atteindre²⁸⁹⁰) semble relever du mythe ou de la fiction²⁸⁹¹, mais réfléchir à des critères détachés de la ségrégation par sexe qui permettent de tendre vers davantage d'équité entre les athlètes est de mise. Une possibilité serait d'appliquer une logique de « découplage »²⁸⁹² (c'est-à-dire séparer la matérialité des corps de l'idée de sexe) afin de s'appuyer directement, comme le suggérait déjà le juriste David B. Cruz au début des années 2000, sur l'évaluation d'une diversité de caractéristiques physiques²⁸⁹³ au regard de la spécificité de chaque sport²⁸⁹⁴. Certains auteurs suggèrent ainsi, sur le modèle des catégories mises en œuvre pour les épreuves paralympiques²⁸⁹⁵, de s'appuyer davantage sur des caractéristiques comme le poids, la taille ou encore la masse musculaire²⁸⁹⁶. Plus précisément, les sociologues du sport Roslyn Kerr et C. Obel ont par exemple développé, à partir de l'approche fonctionnelle paralympique et du concept « d'assemblage », un modèle qui vise à « désassembler la boîte noire de la « ségrégation sexuelle » et réassembler les traits qui constituent la supériorité en termes de performances dans des assemblages différents pour

femme et homme, voire renforcerait en parallèle la bicatégorisation ; de plus, on voit mal comment l'objectif d'équité pourrait être atteint par la Fédération, à moins, si on suit son raisonnement, d'appliquer un contrôle du taux de testostérone pour l'ensemble des athlètes de cette catégorie (ce qui serait potentiellement contraire au droit à l'intégrité physique, v. *supra*).

²⁸⁸⁹ Le philosophe Torbjörn Tännsjö encourageait au début des années 2000 la suppression pure et simple des catégories de sexe au sein des compétitions sportives, au motif notamment que si certains sports pourraient *de facto* être dominés par les hommes, l'inverse pourrait être vrai dans d'autres disciplines, Torbjörn Tännsjö, « Against Sexual Discrimination in Sport » dans Claudio Tamburrini, et Torbjörn Tännsjö (eds.), *Values in Sport. Elitism, Nationalism, Gender Equality and the Scientific Manufacturing of Winners*, Londres, Taylor and Francis, 2002, p. 347-358.

²⁸⁹⁰ Il serait en effet possible d'envisager que d'autres objectifs soient au cœur des préoccupations des compétitions sportives (que ce soit l'inclusion, la progression, etc.). D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit, p. 20.

²⁸⁹¹ Au regard notamment de la très grande diversité des variables qui influent sur la performance des athlètes (et notamment, leurs conditions matérielles), Erin E Buzuvis, « Caster Semenya and the Myth of a Level Playing Field », *The Modern American*, 2011, vol. 6, p. 36-42. I. Rorive, « Du cas à l'affaire Caster Semenya », art. cit, p. 27 (« Le sport de haut niveau est fondamentalement injuste »).

²⁸⁹² V. *supra* et N. Schoenbaum, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », art. cit, p. 989.

²⁸⁹³ D.B. Cruz, « Disestablishing Sex and Gender », art. cit, p. 1052.

²⁸⁹⁴ Selon le CIO, « il doit être du ressort de chaque sport et de son organe directeur de déterminer comment un athlète peut être avantager de manière disproportionnée par rapport à ses pairs, en tenant compte de la nature de chaque sport » (CIO, *Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion, et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation*, novembre 2021, p. 1).

²⁸⁹⁵ Les catégories utilisées pour les compétitions paralympiques sont très diverses et évolutives : l'athlète doit avoir un handicap permanent qui correspond à l'une des 10 catégories établies par le Comité international paralympique (déficience visuelle par exemple), avoir un niveau minimum de handicap, éléments qui détermineront la catégorie dans laquelle il est amené à concourir ; pour une explication par discipline, v. Comité international paralympique, *Explanatory Guide To Paralympic Classification*, décembre 2019.

²⁸⁹⁶ Les auteurs développent un « système de handicap », lequel « nécessite de comptabiliser les différents critères déterminant les performances individuelles, puis d'indexer les scores, et, le cas échéant, de mettre à disposition de l'aide individualisée », E. Mascarenhas et B. Moron-Puech, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », art. cit, p. 122 ; v. également J.A. Clarke, « They, Them, and Theirs », art. cit, p. 629.

chaque sport », à savoir la masse maigre (*lean body mass*), la consommation maximale d'oxygène (VO2 max), ou encore la taille des athlètes²⁸⁹⁷. On le voit, de nombreuses propositions sont formulées afin de repenser la classification des athlètes au sein des compétitions sportives, qui toutes, mettent en lumière la dimension arbitraire de la ségrégation par sexe. L'équité peut au contraire être davantage mesurée à la lumière du principe d'inclusion, afin de faire du sport un espace au sein duquel les personnes d'ordinaire exclues et victimes de discriminations dans différentes sphères sociales seraient libres de concourir indépendamment de leurs identités et en fonction de leurs capacités physiques²⁸⁹⁸. Ce système n'empêcherait pas, en parallèle, le maintien de l'organisation de compétitions sportives en non-mixité (par exemple seulement ouvert aux femmes et/ou aux personnes LGBTQI+), comme outil ponctuel en faveur du principe d'égalité.

2. La non-mixité comme outil pour tendre vers l'égalité

625. La neutralité de l'État au regard du sexe n'est pas un obstacle au maintien d'espaces régulés à partir d'une politique de non-mixité²⁸⁹⁹, c'est-à-dire de lieux ou institutions qui conditionnent la fourniture de biens et services ou l'accès à leur structure aux personnes en fonction de leur sexe²⁹⁰⁰. La non-mixité peut en effet être mobilisée afin de répondre aux besoins spécifiques d'un groupe d'individus, comme entorse au principe de non-discrimination²⁹⁰¹ : seules les personnes appartenant à ce groupe vont alors pouvoir bénéficier

²⁸⁹⁷ Roslyn Kerr et C. Obel, « Reassembling Sex: Reconsidering Sex Segregation Policies in Sport », *International Journal of Sport Policy and Politics*, 2018, vol. 10, n° 2, p. 9.

²⁸⁹⁸ V. les propos de l'athlète trans Halba Diouf à propos du règlement mis en place par *World Athletics* pour les Jeux Olympiques de Paris 2024, qui revient à « bannir celles et ceux qui sont déjà exclus » : Marie Roy, « “Je veux être la première femme transgenre reconnue dans l'athlétisme”, Halba Diouf, athlète », *têtu*, 4 décembre 2023 [<https://perma.cc/P2S5-DZ9V>].

²⁸⁹⁹ Une autre hypothèse serait la suppression de toute possibilité de distinguer en fonction du sexe des individus et donc de mettre en œuvre des espaces en non-mixité, hypothèse qui ne sera toutefois pas développée dans la mesure où la non-mixité est un outil qui participe au principe d'égalité (v. *infra*). De plus, considérer que les espaces séparés constituent automatiquement une discrimination fondée sur le sexe et devraient, de fait, être interdits, pourrait en pratique porter préjudice aux femmes dont la pratique de leur religion ne leur permet pas de participer à certaines activités ou de se rendre dans certains lieux en présence d'hommes V. Flora Renz, « Gender-Based Violence Without a Legal Gender: Imagining Single-Sex Services in Conditions of Decertification », *Feminist Legal Studies*, 23 mars 2023, p. 46. Sur les nombreuses critiques à l'encontre des réunions en non-mixité dans le contexte français, v. l'introduction de l'ouvrage *Préférences et discriminations*, *op. cit.*

²⁹⁰⁰ La non-mixité peut aussi se fonder sur d'autres motifs, que ce soit en fonction de la race, de la situation de handicap ou encore de l'orientation sexuelle.

²⁹⁰¹ Le droit de l'UE précise que lorsqu'elles sont justifiées par un objectif légitime, les différences de traitement fondées sur le sexe en matière de fourniture et d'accès à biens et services sont légales (Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, art. 4. al. 5 : « La présente directive n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires » (les exemples cités dans le préambule sont « la protection des victimes de violences à

des services offerts par la structure définis à partir d'un objectif précis, par exemple prévenir les violences sexistes et sexuelles et/ou pallier des inégalités structurelles²⁹⁰² – que ce soit en matière de transport (services de VTC ou wagons de train et de métro²⁹⁰³), d'hébergement (hôtels ou auberges de jeunesse), d'enseignement (écoles ou universités), de sport (salles de sport), de culture²⁹⁰⁴, ou encore sur les réseaux sociaux²⁹⁰⁵. Les développements qui suivent se concentrent sur le principe de non-mixité appliqué en matière de liberté d'association²⁹⁰⁶.

626. Très largement garantie – tant au niveau international²⁹⁰⁷, régional²⁹⁰⁸, que national²⁹⁰⁹ – la liberté d'association vise à protéger la liberté pour des individus de se réunir collectivement sur la base d'intérêts communs. L'association peut parfois se faire sur la base du sexe des membres²⁹¹⁰, ce qui peut conduire (*a priori* paradoxalement²⁹¹¹) à l'exclusion de certaines personnes afin de poursuivre un objectif d'égalité²⁹¹². Ce mode d'organisation vise effectivement à permettre à des personnes soumises aux mêmes rapports d'oppression systémique de se réunir de manière ponctuelle dans un cadre où les personnes qui appartiennent

caractère sexuel (dans le cas de la création de foyers unisexes) » ou encore « la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes (par des organismes bénévoles unisexes par exemple) » (para. 16).

²⁹⁰² Les commerces comme les salons d'épilation ou les hammams réservés aux femmes semblent quant à eux s'appuyer davantage sur le partage de caractéristiques physiques communes, guidé par un principe d'intimité ; en France, la HALDE avait considéré que le refus d'accès à un homme constituait une mesure discriminatoire, v. Délibération n° 2006-153 du 19 juin 2006 relative au refus d'accès à un institut de soins esthétiques aux personnes de sexe masculin ; *contra*. Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, 22 octobre 2019, *Yaniv v. Various Waxing Salons*, 2019 BCHRT 222 (décision en faveur d'un salon de beauté refusant d'accorder une épilation à une femme trans à cause de ses organes génitaux masculins).

²⁹⁰³ Jimmy Charruau cite l'exemple des « wagons roses », c'est-à-dire des voitures réservées aux femmes dans les métros de villes comme Tokyo, Le Caire ou encore Kuala Lumpur : J. Charruau, « Mixité des institutions et égalité », art. cit, p. 124.

²⁹⁰⁴ V. à ce sujet la controverse autour de la politique mise en place à partir de 1991 d'un festival de musique (*Michigan Womyn's Music Festival*) de refuser l'accès de l'événement aux femmes trans. Kath Browne, « Womyn's separatist spaces: rethinking spaces of difference and exclusion », *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2009, vol. 34, n° 4, p. 541-556.

²⁹⁰⁵ V. à ce sujet Cour fédérale d'Australie, 23 août 2024, *Tickle v Giggle for Girls Pty Ltd*, [2024] FCA 960.

²⁹⁰⁶ Sur l'application du principe de non-discrimination aux associations régies par la loi française du 1^{er} juillet 1901 v. Alexis Zarca, « Liberté associative d'exclusion et principe de non-discrimination » dans *Préférences et discriminations*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 221-255.

²⁹⁰⁷ Art. 20 de la DUDH de 1948, art. 22 du PIDCP de 1966, art. 15 de la CIDE de 1990.

²⁹⁰⁸ Art. 11 de la Convention EDH, art. 16 de la Convention américaine, art. 10 de la Charte ADHP.

²⁹⁰⁹ Le plus souvent au niveau constitutionnel, v. l'article 27 de la Constitution belge ou l'article 21 de la Constitution japonaise ; en France, la liberté d'association est régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 et a valeur constitutionnelle depuis 1971 (Cons. constit., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n° 71-44 DC).

²⁹¹⁰ Sur la conciliation de la liberté d'association et le principe de non-discrimination au regard de l'orientation sexuelle, v. par ex. l'affaire *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 US 640 (2000), dans laquelle la SCOTUS reconnaît à l'organisation le droit de ne pas accueillir des personnes homosexuelles au nom de la liberté d'association, cité par Stéphanie Hennette-Vauchez, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des Réflexions sur Little Rock de Hannah Arendt », *La Revue des droits de l'homme*, 21 juin 2021, n° 20.

²⁹¹¹ Camille François et al., « Espaces non mixtes : l'entre-soi contre les inégalités ? (Dossier) », *Métropolitiques*, 2021.

²⁹¹² Cette pratique n'est pas récente : pendant la période révolutionnaire par exemple, des groupes comme celui de la Société des citoyennes républicaines révolutionnaires de Paris ont été créés et réservés uniquement aux femmes.

à la classe des oppresseurs en sont exclues²⁹¹³ : la non-mixité apparaît en ce sens comme « un outil (temporaire) au service de l'égalité »²⁹¹⁴. C'est le cas par exemple au sein de groupes de paroles, de structures réservées aux femmes victimes de violences sexistes et sexuelles, ou encore d'associations et tournois sportifs. Si les espaces en non-mixité ne sont pas voués à disparaître avec la suppression du sexe juridique comme moyen d'identification, différentes interrogations émergent toutefois quant aux modalités de mise en œuvre de ce mécanisme de distinction (et d'exclusion) par rapport au sexe²⁹¹⁵ : quel est le rôle du droit dans la régulation de normes imposées par des personnes privées relatives au sexe des individus ? Plus particulièrement, comment envisager la coexistence d'une pluralité de croyances, lesquelles peuvent être conflictuelles, vis-à-vis de l'idéologie du sexe ? Jusqu'où le droit de l'égalité et de la non-discrimination peut-il s'immiscer dans la régulation des préférences d'acteurs privés afin de contrôler leur liberté de s'associer avec les personnes de leur choix ? Sans qu'il ne soit possible d'y répondre définitivement, on peut toutefois apporter quelques éléments d'analyse à la lumière des travaux menés par les juristes Davina Cooper et Flora Renz²⁹¹⁶.

627. Partant de l'hypothèse où l'État n'assigne plus un sexe juridique aux individus (décertification), les autrices envisagent dans quelles mesures il pourrait néanmoins *encadrer* indirectement la manière dont différents acteurs établissent et imposent des règles relatives au sexe. Plusieurs possibilités sont identifiées : le droit peut par exemple imposer aux structures de respecter l'autoidentification des personnes (ce qui revient, *in fine*, à imposer une certaine conception du sexe qui serait défini à partir de l'identité de genre, en contradiction avec le principe de neutralité). Une autre serait, selon une perspective libérale, de privilégier la liberté d'association²⁹¹⁷ et de leur laisser une totale autonomie en la matière, leur laissant la

²⁹¹³ Christine Delphy, « La non-mixité : une nécessité politique. Domination, ségrégation et auto-émancipation », intervention du 8 mai 2006 reproduit par le Collectif Les mots sont importants [<https://perma.cc/W6WA-29JB>]. En ce sens, Florence Ashley exclue les espaces en non-mixité de ce qui peut être désigné comme la « catégorisation routinière de genre » : ce sont des « mécanismes compensatoires », F. Ashley, « 'X' Why? », art. cit, p. 41.

²⁹¹⁴ J. Charruau, « Mixité des institutions et égalité », art. cit, p. 127.

²⁹¹⁵ Pour ces espaces (dont l'enjeu est parfois d'accueillir des personnes vulnérables et/ou dont la langue maternelle n'est pas celle du pays d'accueil) se pose également des questions pragmatiques en termes de visibilité et d'accessibilité (un refuge ouvertement réservé aux femmes peut être plus identifiable qu'un refuge en non-mixité par exemple, v. le témoignage d'une membre d'une ONG : « Je pense qu'il y a aussi des raisons très pragmatiques pour nous, [...] étant donné que beaucoup de femmes qui accèdent à nos services n'ont pas l'anglais comme première langue... J'ai vu ailleurs des pressions exercées pour parler de personnes ayant un utérus ou de personnes pouvant tomber enceintes et, en fait, il s'agit simplement d'un langage très maladroit qui ne s'adresse pas à la grande majorité des femmes qui auraient besoin de ces services »), v. D. Cooper et R. Emerton, « Pulling the Thread of Decertification », art. cit.

²⁹¹⁶ D. Cooper et F. Renz, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », art. cit.

²⁹¹⁷ C'est par exemple la position qui était défendue par David E. Bernstein, qui considère que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ne doivent pas interférer avec la liberté d'association, même si cela conduit à des organisations au sein desquelles les femmes sont exclues David E. Bernstein, « Sex Discrimination Laws Versus Civil Liberties », *University of Chicago Legal Forum*, 1999, vol. 1, p. 180.

responsabilité de définir les critères qui permettent d'identifier les individus concernés (ce qui revient, potentiellement, à imposer une croyance relative au sexe à des individus qui n'ont pas le même point de vue). Cette position s'inscrit dans le sillage des travaux d'Hannah Arendt, pour qui le principe de discrimination est indispensable à ce qu'elle désigne comme la sphère *sociale* (contrairement aux sphères dites politique et privée, lesquelles sont respectivement gouvernées par les principes d'égalité et d'exclusivité)²⁹¹⁸. La liberté d'association serait le « curseur » afin de déterminer si le principe de discrimination prévaut : lorsque la liberté d'association est en jeu, le principe de non-discrimination s'écarte. Comme le montre Stéphanie Hennette-Vachez, l'autrice le justifie selon une perspective conséquentialiste (ou *standpoint theory*) au regard des conséquences que l'application du principe de non-discrimination pourrait avoir sur les personnes concernées, s'apparentant à une « intégration forcée » par le droit de personnes au sein de lieux ou d'institutions où elles sont socialement exclues, ce qui conduirait à les soumettre à de la violence²⁹¹⁹.

628. Une dernière possibilité consiste pour le droit à accorder cette autonomie aux associations, tout en identifiant des critères qui ne sauraient être utilisés, conduisant automatiquement à une discrimination²⁹²⁰ (ou une *stigmatisation*²⁹²¹). Davina Cooper et Flora Renz font ainsi un parallèle avec la religion en droit britannique. Sans être une identité ou caractéristique assignée par le droit, elle n'en demeure pas moins encadrée²⁹²². Les autrices privilégient cette dernière possibilité au motif que toutes les croyances n'ont pas, au regard du principe d'égalité, à être protégées de manière égale²⁹²³. Les critères mobilisés pourraient par ailleurs être évalués au prisme non seulement de la taille de la structure concernée²⁹²⁴ (à la lumière de la notion de *freedom of intimate association* en droit états-unien par exemple²⁹²⁵) que de son objectif. En effet, comme le souligne Alexis Zarca, la liberté octroyée aux associations quant au choix de leurs membres eu égard à leur objet n'est pas exempte d'un

²⁹¹⁸ S. Hennette-Vachez, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé », art. cit.

²⁹¹⁹ *Ibid.*

²⁹²⁰ D. Cooper et F. Renz, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », art. cit, p. 497. ; v. aussi F. Renz, « Gender-Based Violence Without a Legal Gender », art. cit, p. 66.

²⁹²¹ Au sens de Iyiola Solanke, v. *supra*.

²⁹²² Les juges ont ainsi considéré que les critères d'admissibilités établis par une école juive (qui faisaient obstacle en l'espèce à l'admission d'un élève dont la mère s'était convertie au judaïsme selon un processus non-orthodoxe) constituaient une discrimination fondée sur la race (Cour suprême du Royaume-Uni, 14 décembre 2009, *R (E) v Governing Body of JFS*, cité par D. Cooper et F. Renz, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », art. cit, p. 497)

²⁹²³ F. Renz et D. Cooper, « Reimagining Gender Through Equality Law », art. cit, p. 8.

²⁹²⁴ Ainsi, au Royaume-Uni, les associations de moins de 25 membres peuvent refuser l'adhésion de personnes sur le fondement du genre S. Hennette-Vachez, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé », art. cit.

²⁹²⁵ A. Zarca, « Liberté associative d'exclusion et principe de non-discrimination », art. cit, p. 243.

contrôle à la lumière du principe de non-discrimination²⁹²⁶, exigeant ainsi des « raisons particulièrement impérieuses » pour qu'une différence de traitement (ici une exclusion) fondée sur le sexe soit justifiée²⁹²⁷.

629. La suppression du sexe comme catégorie d'identification ne fait donc pas obstacle au maintien de ces espaces, lesquels seraient juridiquement valables lorsqu'il est question de répondre à une situation de « subordination sociale, d'injustice, de violence ou d'harcèlement »²⁹²⁸. Quid dès lors par exemple des structures destinées à accueillir des femmes victimes de violences sexistes et sexuelles et/ou conjugales ? Dans cette perspective, certaines pourraient décider d'accueillir toutes les personnes qui s'identifient à la catégorie femme (incluant ainsi les femmes trans)²⁹²⁹, et plus largement, qui s'identifient à une minorité de genre (incluant ainsi les personnes non-binaires, les hommes trans, etc.). D'autres pourraient, au contraire, choisir d'accueillir seulement les femmes « biologiques » (dont les caractéristiques sexuées correspondent aux normes du sexe féminin par exemple), excluant ainsi les personnes qui s'identifient au sexe féminin²⁹³⁰. Il serait toutefois possible d'envisager qu'une telle politique est stigmatisante (donc discriminatoire) au motif qu'elle n'est pas justifiée par l'objectif poursuivi, dans la mesure où les femmes trans sont très largement victimes de ces violences²⁹³¹. La question de l'exclusion des femmes trans de ces espaces doit alors aussi se

²⁹²⁶ L'auteur prend l'exemple du droit européen et des *lignes directrices sur la liberté d'association* du Conseil de l'Europe, lesquelles affirment que « l'objectif commun sur lequel repose la création d'une association peut légitimer l'adoption de critères d'adhésion qui, dans d'autres cas de figure, seraient discriminatoires, sous réserve que ces critères puissent objectivement et raisonnablement se justifier » (*Ibid.*, p. 248).

²⁹²⁷ Conseil de l'Europe, *Lignes directrices sur la liberté d'association*, para. 131.

²⁹²⁸ D. Cooper et al., *Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law Reform*, *op. cit.*, p. 38. Il semblerait ainsi difficile de justifier le maintien d'associations ou clubs qui interdisent leur accès aux femmes, comme l'Automobile Club de France, alors même que leur objet n'a pas de lien avec cette politique, Thomas Coustet, « Ces clubs qui n'acceptent pas les femmes ou les hommes », *Dalloz Actualité*, 6 mars 2019.

²⁹²⁹ Les espaces en non-mixité se réfèrent déjà très largement et depuis de nombreuses années à une politique d'auto-identification, inclusive des personnes trans, sans s'appuyer sur le sexe juridique des personnes, F. Renz, « Gender-Based Violence Without a Legal Gender », art. cit, p. 65 ; A. Sharpe, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights and Lead to an Increase in Harms? », art. cit, p. 542.

²⁹³⁰ V. par ex. la décision *Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief Society* relative à la politique de recrutement d'un centre d'aide canadien pour les femmes victimes de viol, dont la politique d'admission des employées et des bénévoles écartait les femmes trans au motif que leur socialisation en tant qu'hommes leur confère un privilège masculin et diffère des expériences vécues par les femmes cis. Après une condamnation du refuge par le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, la Cour suprême de la Colombie-Britannique renversa la décision, donnant ainsi le droit à l'établissement de refuser d'intégrer des femmes trans comme conseillères au nom de la liberté d'association fondée sur le sexe (Cour suprême de la Colombie-Britannique, 19 décembre 2003, *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon et al.*, L021846 ; Lori Chambers, « Unprincipled Exclusions: Feminist Theory, Transgender Jurisprudence, and Kimberly Nixon », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2007, vol. 19, n° 2, p. 305-334).

²⁹³¹ Pour des propositions sur la manière d'intégrer davantage les femmes trans au sein de ces espaces, v. Sam Asselin-Mailloux, *Violence entre partenaires intimes et maisons d'hébergement : qu'en est-il des femmes trans?*, Mémoire déposé à l'École de service social en vue de l'obtention de la maîtrise en service social Sous la direction d'Alexandre Baril*, Mémoire, Université d'Ottawa, Ottawa, 2020, 132 p. (part. le Chapitre 6).

poser au regard de leur vulnérabilité et de leur besoin de prise en charge²⁹³². En effet, si de rares cas d'agression de femmes cis par des femmes trans existent, il paraît peu concevable que cela puisse justifier une exclusion, par principe, de tout un groupe de personnes (*i.e.* de l'ensemble des femmes trans) des espaces réservés aux femmes : d'une part, une telle logique reviendrait, comme le souligne le juriste Aleardo Zanghellini, à exclure systématiquement les hommes des espaces où les enfants sont présents par exemple²⁹³³, et d'autre part, les espaces réservés aux femmes cis sont loin d'être exempts de violence et de rapports d'oppression liés à la race ou à la classe par exemple²⁹³⁴. De plus, le caractère discriminatoire du critère pourrait être retenu dans la mesure où une politique d'exclusion des femmes trans est une politique qui exclut potentiellement *toutes* les femmes dont l'apparence sera jugée non conforme aux normes du féminin (elles seront alors « suspectées » d'être trans voire d'être des hommes)²⁹³⁵, du fait d'un positionnement qui prétend pouvoir définir ce qu'est une femme. Un tel positionnement est en effet privilégié tant du point de vue de la classe que de la race (en ce qu'il place le sexisme le plus haut sur une échelle hiérarchisée des oppressions, supposant que toutes les femmes vivent les mêmes oppressions)²⁹³⁶. En ce sens, « c'est plutôt le degré d'ouverture, d'écoute et de respect, notamment envers les groupes marginalisés, qui favorise les pratiques inclusives et permet de rompre le cercle vicieux de l'exclusion et de la violence »²⁹³⁷. Ainsi, là encore, une approche contextuelle semble la plus adaptée, au regard de l'objectif poursuivi par chaque espace.

630. Reste à déterminer jusqu'où le droit de la non-discrimination peut intervenir en matière de régulation des croyances relatives à l'idée de sexe : s'il semble que la sphère la plus intime doit être préservée d'une telle ingérence (les individus restent libres par exemple de déterminer les critères qu'ils attendent de leurs partenaires dans leurs relations privées), un conflit entre les individus peut toutefois là aussi intervenir et questionne la nécessité d'une protection de la part de l'ordre juridique. On pense ici notamment aux cas de *Gender Identity Fraud* analysés par

²⁹³² A. Sharpe, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights and Lead to an Increase in Harms? », art. cit, p. 557.

²⁹³³ A. Zanghellini, « Philosophical Problems With the Gender-Critical Feminist Argument Against Trans Inclusion », art. cit, p. 6.

²⁹³⁴ Emi Koyama, 10 février 2002, « Politics of Safety in Women-Only Spaces: An Opening Statement for the Dialogue ».

²⁹³⁵ A. Sharpe, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights and Lead to an Increase in Harms? », art. cit, p. 556.

²⁹³⁶ Emi Koyama, « Whose Feminism Is It Anyway? The Unspoken Racism of the Trans Inclusion Debate », *The Sociological Review*, 2020, vol. 68, n° 4, p. 740.

²⁹³⁷ Alexandre Baril, « Sexe et genre sous le bistouri (analytique) : interprétations féministes des transidentités », *Recherches féministes*, 2015, vol. 28, n° 2, p. 134.

Alex Sharpe²⁹³⁸. Ils concernent les condamnations pénales de personnes trans pour agression sexuelle au motif de ne pas avoir révélé leur transidentité à leurs partenaires, du fait de l'expression d'une préférence par une personne d'avoir des relations sexuelles avec des personnes cisgenres. Un conflit apparaît alors avec la liberté pour les personnes trans de définir leur identité dans leurs relations intimes (et ce alors même que le fait de révéler sa transidentité est source directe de violence, et parfois de meurtre, pour les personnes trans)²⁹³⁹.

631. On le voit, l'enjeu se cristallise donc autour de la possibilité de faire coexister une pluralité de croyances relatives à l'idéologie du sexe, et par-là, de l'articulation entre principe de non-discrimination et liberté d'association : est-ce au droit d'imposer un cadre (et d'empêcher par exemple une association de s'appuyer sur le « sexe biologique » pour admettre ses membres) ? Ou est-ce aux individus et à ces espaces eux-mêmes (donc à la société civile) de mener une réflexion collective sur leurs politiques d'admission afin de préserver un « risque permanent de dissension »²⁹⁴⁰ ? Ce même questionnement s'applique, enfin, à l'articulation entre liberté de religion ou de croyance et liberté de définir son identité²⁹⁴¹, dans la mesure où, là aussi, un conflit peut surgir entre les croyances religieuses d'une personne (ou d'une structure) et la définition par les individus de leur propre identité²⁹⁴². Quelles sont les croyances ou convictions (religieuses ou philosophiques) qui doivent être « tolérées dans une société pluraliste »²⁹⁴³ ? C'est à cette question que les juridictions pourraient être amenées à répondre dans l'hypothèse où le sexe est appréhendé comme idéologie.

²⁹³⁸ Alex Sharpe, *Sexual Intimacy and Gender Identity « Fraud »: Reframing the Legal and Ethical Debate*, Abingdon, Routledge, 2019, 204 p ; Alex Sharpe, « Queering Judgment: The Case of Gender Identity Fraud », *The Journal of Criminal Law*, 2017, vol. 81, n° 5, p. 417-435.

²⁹³⁹ Florence Ashley, « Genderfucking Non-Disclosure: Sexual Fraud, Transgender Bodies, and Messy Identities », *Dalhousie Law Journal*, 2018, vol. 2, n° 41, p. 349.

²⁹⁴⁰ Catherine Colliot-Thélène, « La démocratie : entre libéralisme et radicalité », *Esprit*, 2015, n° 8, p. 114-126. (à propos des travaux de Jürgen Habermas).

²⁹⁴¹ Ainsi, de nombreuses exceptions au paradigme égalitaire sont justifiées par la liberté religieuse, et notamment en matière d'égalité entre les sexes, v. S. Hennette-Vauchez, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé », art. cit, p. 41. L'autrice prend notamment les exemples d'établissements de santé qui refusent de délivrer des soins à des femmes ou des personnes LGBTQI+ ; parmi les nombreux exemples en la matière, le Mississippi a récemment adopté une loi « qui permet à certaines entités de pratiquer des discriminations fondées sur leurs “croyances religieuses ou convictions morales”, selon lesquelles les termes “mâle (homme)” ou “femelle (femme)” renvoient au sexe biologique immuable d'un individu, tel qu'il est objectivement déterminé par l'anatomie et la génétique au moment de la naissance » (cité par J.A. Clarke, « Sex Assigned at Birth », art. cit, p. 1895).

²⁹⁴² F. Renz et D. Cooper, « Reimagining Gender Through Equality Law », art. cit.

²⁹⁴³ Cette expression est utilisée par le juge britannique dans le cas *Maya Forstater*, chercheuse au sein du *Centre for Global Development* (CGD) licenciée par son employeur après avoir exprimé une « critique du genre » sur son compte Twitter (à savoir que le « sexe est immuable », et qu'« être une femme est un fait biologique immuable, et non un sentiment ou une identité ») : en première instance, le tribunal du travail avait conclu à l'absence de discrimination du fait de l'incompatibilité cette conviction philosophique avec les « *Grainger Criteria* », décision qui fut renversée en appel (Employment Appeal Tribunal (EAT), 10 juin 2021, *Maya Forstater v CGD Europe and Others*, n°UKEAT/0105/20/JOJ) ; pour une analyse, v. Sean Morris et Sharon Cowan, « Should 'Gender Critical' Views about Trans People be Protected in the Workplace? Reconciling Conflicting Human Rights and Discrimination Claims under the Equality Act 2010 », 2021.

Conclusion du Chapitre 2

632. L'appréhension du sexe comme idéologie impose de mettre en œuvre des mécanismes qui, sans supposer l'existence du sexe *en soi* (comme catégorie naturelle dotée d'une ontologie propre), sont en mesure de saisir la réalité des rapports sociaux qui en découlent et par là, les inégalités et discriminations dont sont victimes les individus. Cela implique de repenser la logique même du droit antidiscriminatoire et son approche quant aux discriminations fondées sur le sexe, par exemple à la lumière de la notion de stigmat²⁹⁴⁴. À mesure que le sexe est une idéologie totalisante, les discriminations se nichent à une pluralité de niveaux (tant individuel que structurel) et à l'intersection d'une multitude de rapports sociaux, suggérant une approche contextuelle du droit de la non-discrimination. Cette hypothèse suggère d'isoler les différents domaines gouvernés par l'idéologie du sexe afin d'observer l'approche la plus propice à garantir le principe d'égalité entre les individus en fonction du contexte. Enfin, l'hypothèse du sexe comme idéologie porte en elle l'ambition de repenser un ensemble de notions cardinales du droit contemporain, du fait de sa dimension totalisante. La parité, l'équité, la violence, l'intimité, l'inclusion, ou même la démocratie, apparaissent alors comme des concepts traversés par cette idéologie, qui peuvent être réinterprétés à la lumière du sexe *comme* idéologie.

²⁹⁴⁴ I. Solanke, *Discrimination as stigma*, *op. cit.*

Conclusion du Titre 2

633. À partir de l'hypothèse du sexe comme idéologie, nous avons formulé celle de la séparation de l'État de l'idéologie du sexe. Autrement dit, on a cherché à explorer l'hypothèse selon laquelle, face à l'idéologie du sexe, l'État aurait un devoir de neutralité, au titre duquel il ne devrait ni encourager ni désapprouver quelque croyance que ce soit sur ce qu'est ou ce que devrait être le sexe. Dans cette perspective, la libre détermination par les individus de leur identité s'accompagnerait d'une absence de contrôle étatique quant à la définition de cette identité, et de toute démarche d'identification qui reposerait sur cette identité personnelle. En revanche, lorsque nécessaire (données de santé par exemple), les caractéristiques sexuées pourraient être mobilisées ; simplement, elles ne seraient pas lues au prisme de l'idéologie du sexe, mais pour ce qu'elles sont : des parties du corps humain avec des fonctions qui leur sont propres.

634. Cette liberté de déterminer son identité – et par là, la suppression du sexe comme moyen d'identification par l'État – apparaît comme un « tigre de papier » : souvent décriée comme un danger pour le maintien de l'égalité et l'application du principe de non-discrimination, l'analyse montre que les outils du droit peuvent être adaptés. La liberté accordée aux individus quant à la définition de leur identité va donc de pair avec l'intervention du droit de la non-discrimination pour, d'une part, condamner les traitements discriminatoires qui résultent de l'idéologie du sexe, et d'autre part, empêcher les individus d'être *sexués* (de se voir imposer un sexe) dans les domaines qui relèvent d'une régulation directe par l'État (que ce soit en matière de santé ou de parité). Ce sont, *in fine*, les situations où des relations interpersonnelles sont en jeu (et donc lorsque différentes croyances relatives au sexe peuvent être confrontées) que la régulation des rapports soulève le plus de difficultés. Le respect du pluralisme des croyances relatives à l'idéologie du sexe peut souhaiter être préservé, sans toutefois aboutir à des situations où certaines de ces croyances nuiraient à une partie de la population. C'est donc bien la relation des individus au droit mais aussi entre eux, *in fine* le vivre-ensemble, qui est interrogé²⁹⁴⁵. Dès

²⁹⁴⁵ À propos de la liberté sexuelle, Danièle Lochak souligne que « le vrai problème est de savoir comment, dans une société démocratique, caractérisée par le pluralisme des valeurs et des convictions, se mettre d'accord sur des règles contraignantes qui restreignent le libre arbitre de chacun, sans que ces restrictions apparaissent comme arbitraires. Ceci suppose, au minimum, qu'il n'y ait pas une trop grande distance entre le contenu des règles édictées et les principes affirmés et notamment, s'agissant de la liberté sexuelle, qu'on ne perde pas de vue la primauté accordée au droit de s'autodéterminer aussi longtemps qu'on ne nuit pas à autrui » (D. Lochak, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres? », art. cit, p. 17).

lors, sans perdre de vue que le droit, s'il sert de levier, ne peut agir seul²⁹⁴⁶, il peut néanmoins contribuer à faire émerger une nouvelle lecture du sexe qui soit à la fois libératrice et attentive au principe d'égalité.

²⁹⁴⁶ D. Lochak, « Le droit / les droits à l'épreuve de la non-binarité. Réflexions conclusives », art. cit, p. 273.

Conclusion de la Partie 2

635. L'hypothèse du sexe comme idéologie a été développée au regard de l'hétéronomie persistante en matière de détermination du sexe juridique des individus. En effet, en dépit d'un développement conséquent du droit à l'autodétermination, on a démontré qu'il était loin d'aboutir à une totale liberté de choix, contrairement à ce que déplorent certains auteurs²⁹⁴⁷. Bien au contraire, le droit à l'autodétermination ne commande pas *nécessairement* le dépassement de la bicatégorisation ; il s'exerce parfaitement au sein d'un système dans lequel seules les mentions de sexe féminin ou masculin sont prévues, faisant ainsi obstacle à une reconnaissance juridique des identités qui s'éloignent ou se détachent de cette stricte binarité. Cela s'explique par l'ancrage profond de l'ordre juridique au sein de l'ordre du genre : imbriqués, ils participent chacun à structurer un cadre d'interprétation des normes juridiques à l'aune de principes destinés à maintenir un ordre social fondé sur la sexuation des individus. Le sexe juridique est interprété tant à la lumière de l'hétéronormativité que de la bicatégorisation, à savoir de la naturalisation de l'hétérosexualité dont découle celle de la différence entre les sexes. En ce sens, le droit à l'autodétermination ne vise pas à remettre en cause ces modèles normatifs.

636. Même lorsqu'il les dépasse, avec par exemple la reconnaissance d'un sexe juridique en dehors de la binarité, il ne remet pas en cause la nécessaire sexuation des individus. Autrement dit, le droit s'applique continuellement à assigner et déterminer un sexe aux individus ; c'est précisément ce maintien impératif de la catégorie de sexe, quelles que soient les modifications apportées, qui révèle l'idéologie totalisante du sexe. Celle-ci se répand grâce à la catégorie juridique de sexe dans la mesure où, pour le rappeler avec Jacques Chevallier, « l'idéologie traverse le droit de part en part et modèle les concepts juridiques, tandis que la médiation de la forme juridique est indispensable à la propagation des effets idéologiques »²⁹⁴⁸. On a donc supposé que l'État puisse se séparer de cette idéologie : d'une part, afin de garantir une liberté aux individus de définir leur identité (et cela implique toute suppression du sexe à des fins d'identification) ; d'autre part, afin de ne pas encourager une manière spécifique d'appréhender le sexe (ce qui suppose une neutralité étatique et la non-imposition de normes destinées à favoriser une lecture privilégiée quant à la signification du sexe). Dans ce cas, l'État s'appuie

²⁹⁴⁷ Par ex. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie ?*, op. cit. ; É. Desmons, « Les mutants de Panurge. "Tel est un autre" », art. cit.

²⁹⁴⁸ J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », art. cit, p. 3.

alors sur la matérialité des corps et des rapports sociaux, affranchis de l'idéologie du sexe, afin de mettre en œuvre les principes d'égalité et de non-discrimination. Autrement dit, se passer de l'idéologie du sexe n'empêche pas de s'appuyer sur les effets réels qu'elle produit. C'est en ce sens que la liberté de déterminer son identité (en dehors de toute intervention étatique) va de pair avec la mise en œuvre d'outils du droit de l'égalité et de la non-discrimination destinés à saisir ce qui façonne concrètement les rapports entre individus. L'idéologie du sexe n'est donc qu'un discours parmi d'autres, un « système de croyances »²⁹⁴⁹ parmi d'autres : si elle est une des façons de voir le monde, d'autres manières d'envisager le rapport à l'humain sont possibles.

²⁹⁴⁹ T. Parsons, *The Social System*, op. cit., p. 349.

Conclusion générale

637. Et si le sexe n'existait pas ? C'est cette question que la présente étude a souhaité explorer en prenant au sérieux l'hypothèse du sexe comme idéologie. Notre démarche s'est inscrite, pour reprendre la formule d'Alexandre Jaunait, dans une volonté de « remettre le sexe sur la table du genre »²⁹⁵⁰. La distinction opérée entre le sexe et le genre par la théorie féministe a en effet pu conduire, dans une certaine mesure, à « laisse[r] de côté, et donc en place, le corps sur lequel on érige ces constructions comme s'il appartenait à la nature et donc était non interrogeable »²⁹⁵¹. C'est à partir de cette observation que dans un article publié en 2001, l'historienne Joan Wallach Scott affirmait privilégier le recours aux termes de « la différence des sexes » et du « sexe biologique », tout en étant consciente du risque que cela soit interprété « comme l'acceptation idéologique que le sexe est un fait de la nature »²⁹⁵². Or en s'appuyant sur l'hypothèse du sexe *comme* idéologie, cet écueil semble pouvoir être évité.

638. On a en effet démontré que le sexe, en tant que catégorie au fondement de l'ordre juridique, pouvait être appréhendé non pas comme une norme naturelle (communément désignée comme le sexe biologique) mais comme une fiction. Autrement dit, le sexe ne serait pas un élément prédiscursif, un déjà-là que le droit ne ferait que constater ; il serait une « unité fictive »²⁹⁵³ ou encore un « élément imaginaire [...] formul[é] en vérité »²⁹⁵⁴, pour reprendre les termes de Michel Foucault. Et c'est précisément le propre de l'idéologie, et plus précisément de l'idéologie totalisante : s'appuyer sur un axiome afin d'imposer une façon de voir le monde telle qu'elle paraît être la seule possible²⁹⁵⁵. On a alors supposé que l'idéologie du sexe fait croire en sa naturalité et par-là, à la nécessaire sexuation des individus. Pourtant, comme on s'est employé à le démontrer, celle-ci n'est que contingente.

639. Pour cela, il a d'abord fallu mettre en lumière que cette indispensable sexuation s'exprime à travers la catégorie juridique de sexe, et qu'elle n'est pas seulement celle de la personne juridique, abstraite, mais aussi celle de l'individu, concret. L'analyse a en effet montré que le droit s'attache à faire des individus l'*incarnation* de leur personne juridique. En ce sens, le sexe se trouve précisément à l'intersection de deux logiques qui s'affrontent : une logique

²⁹⁵⁰ Alexandre Jaunait, « Remettre le sexe sur la table du genre : pourquoi le sexe reste-t-il un enjeu féministe ? », *Revue du Crieur*, 4 avril 2024, vol. 24, n° 1, p. 142-159.

²⁹⁵¹ Joan Wallach Scott, « Fantômes du millénaire : le futur du « genre » au XXI^e siècle », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, traduit par Myriam Boussahba-Bravard, 2010, n° 32, p. 95.

²⁹⁵² *Ibid.*, p. 115.

²⁹⁵³ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 204.

²⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 207.

²⁹⁵⁵ Hannah Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, p. 98.

d'hétéronomie d'abord, puisque la catégorie de sexe est gouvernée par l'État afin de définir les personnes ; une logique d'autonomie ensuite, puisqu'elle est censée être le reflet des identités individuelles. L'analyse de l'articulation complexe entre hétéronomie et autonomie a permis de révéler qu'à mesure que la catégorie de sexe était reconfigurée, c'est aussi le rapport entre la personne juridique et l'individu qui a été renouvelé. Initialement, la catégorie de sexe a été façonnée à partir d'un principe d'hétéronomie, en ce qu'elle répondait à un objectif d'identification des individus par l'État. Le droit a dès lors contribué au processus de naturalisation du sexe, garant de la stabilité de la catégorie de sexe : pour cela, le principe de la différence entre les sexes, érigé comme norme naturelle, a notamment été inscrit directement dans les corps, légitimant en retour l'évidence du binarisme sexuel. Et si cette différence relevait de l'évidence, alors la catégorie juridique de sexe avait pour simple fonction de la constater, excluant ainsi toute possibilité de modification.

640. Cette logique a néanmoins été bouleversée par la montée en puissance de l'autonomie individuelle, portée par le droit des droits humains dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle, et avec elle, par la consécration d'un droit à l'autodétermination dès la fin des années 1990. On a alors pu parler de rupture, puisque cette jurisprudence a marqué le point de départ pour les individus d'un droit à faire reconnaître juridiquement leur identité, et par-là, à modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Le sexe n'était donc plus seulement un élément assigné par l'État aux individus comme simple reflet de ce qui était désigné comme leur sexe biologique ; il est aussi devenu un élément de leur identité. Ils ont ainsi pu exercer des choix quant à leur sexe juridique, et cette autonomie a fait l'objet d'une protection croissante par le droit de la non-discrimination, déployant des outils destinés à prohiber toute différence de traitement illégitime fondée sur l'expression de leur autonomie. Même, cette reconnaissance de la dimension identitaire du sexe a conduit à la distinguer nettement du sexe matériel, puisque le droit à l'autodétermination a progressivement été interprété comme protégeant également le droit à l'intégrité physique. Une personne peut donc par exemple s'identifier au sexe féminin et demander à le faire reconnaître juridiquement, sans pour autant avoir besoin de modifier ses caractéristiques sexuées en conséquence. Il a donc été possible de voir, à travers cette évolution, une mise à distance de l'incarnation entre personne juridique et matérialité des corps : le sexe juridique, s'il demeure assigné à la naissance à partir de l'aspect des organes génitaux, n'est plus le seul et unique reflet de cette matérialité. Il est aussi le réceptacle de l'identité à travers l'exercice du droit à l'autodétermination.

641. Nous avons toutefois poursuivi l'analyse afin de montrer que cette montée en puissance du droit à l'autodétermination, si elle vise à accorder aux individus une libre disposition de leur

identité, échoue à extraire le sexe juridique d'une logique hétéronome. Autrement dit, le droit à l'autodétermination ne permet pas aux individus de définir librement leur identité, puisqu'il s'avère en réalité ancré au sein de l'ordre du genre, « cet ordre inaccessible aux volontés individuelles, fondamentalement hétéronome »²⁹⁵⁶. Celui-ci participe, avec l'ordre juridique, au maintien de la naturalisation du sexe, dont on a vu qu'elle s'exprime d'au moins deux manières. D'une part, via la mise en ordre de l'hétérosexualité comme norme privilégiée des rapports entre individus (le sexe est interprété à travers le cadre de l'hétéronormativité) ; d'autre part, et par conséquent, via l'organisation de ces rapports au regard du principe de la binarité des sexes (le sexe est interprété à travers le cadre de la bicatégorisation). L'exercice du droit à l'autodétermination peut alors être contraint dès lors qu'il menace l'une ou l'autre de ces manifestations du genre. À tel point que l'ordre juridique privilégie des raisonnements qui aboutissent à des solutions pourtant paradoxales. Pour ne citer que l'un des exemples les plus significatifs qui a été développé, alors même qu'un homme trans a exercé son droit à l'autodétermination et obtenu la modification de la mention de son sexe à l'état civil, il pourra néanmoins se voir établir un lien de filiation maternelle avec son enfant. Les personnes trans ont certes le droit de faire reconnaître juridiquement leur identité de genre, mais sans que cela n'emporte une déstabilisation des principes qui structurent la répartition des individus en seulement deux catégories de sexe. L'ordre juridique s'appuie donc très largement sur la matérialité des corps – ici les capacités procréatives – afin de conserver une part d'hétéronomie dans la définition du sexe des personnes. Même, il a été frappant de constater que le dépassement du principe de la binarité des sexes, entamé seulement récemment par certains ordres juridiques, s'opère là aussi à la lumière d'une logique qui ne traduit pas une totale liberté des individus dans la détermination de leur sexe. En effet, ni la reconnaissance des identités de genre non-binaires (sexe neutre par exemple) ni celle des identités de genre fluides (modifications multiples de la mention du sexe) n'emporte la possibilité de définir librement son identité ; surtout, ces évolutions ont montré que ce qui importe, c'est que la personne soit *nécessairement* sexuée.

642. Et c'est là que se révèle pleinement l'idéologie du sexe. Quelles que soient les modifications apportées à la catégorie de sexe, elle reste captive de cette idéologie totalisante qui la gouverne. On s'est donc attaché à prendre au sérieux cette hypothèse du sexe comme idéologie, en envisageant un modèle de séparation de l'État et de cette idéologie. À rebours d'un discours qui voit dans la consécration du droit à l'autodétermination une condition

²⁹⁵⁶ Stéphanie Hennette-Vaucheze, « Analyse juridique du genre » dans *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 118.

nécessaire à la protection des droits fondamentaux, il s'agissait, *in fine*, d'explorer un désengagement de l'État : sur le modèle de la séparation des Églises et de l'État, il serait tenu à une position de neutralité vis-à-vis de l'idéologie du sexe. En s'abstenant d'encourager une croyance plus qu'une autre, on a alors supposé que cela traduirait une *désexuation* de la personne juridique. Autrement dit, les individus ne seraient plus assignés ni identifiés à un sexe juridique, puisqu'il s'agit là de la traduction institutionnelle directe de l'idéologie du sexe. De même, si la personne juridique est désexuée, l'individu concret l'est aussi : le droit peut alors s'appuyer directement sur la matérialité des corps sans passer par le filtre du sexe (les capacités procréatives n'ont pas à être rattachées à un sexe féminin ou masculin par exemple).

643. Bien sûr, la désexuation de la personne juridique n'emporte pas avec elle une désexuation des individus *en tant que telle*. L'idéologie du sexe ne disparaît pas nécessairement avec la catégorie de sexe, et les normes de genre et rapports de pouvoir qui en découlent n'ont pas besoin non plus de la catégorie de sexe pour se déployer. C'est d'ailleurs en ce sens qu'on a admis que si l'État se désengage de l'identification des individus à un sexe, ce n'est pas sans l'empêcher d'encadrer la manière dont les effets de l'idéologie du sexe s'expriment, que ce soit à un niveau structurel (politiques publiques par exemple) ou à un niveau interindividuel. Car c'est aussi de cela dont il est question : si l'État se désengage de l'idéologie du sexe, la sexuation des individus n'est plus du ressort de l'ordre juridique, mais des individus eux-mêmes. En d'autres termes, ce sont leurs croyances – aussi diverses soient-elles – en l'idéologie du sexe qui le ferait perdurer comme élément pertinent à la régulation des rapports entre individus. Le droit aurait alors la lourde tâche d'arbitrer entre ces différentes manières de concevoir son rapport à soi et aux autres. Une autre question serait alors celle du degré d'implication de l'État en la matière. En d'autres termes, jusqu'à quel point doit-il intervenir dans la régulation des relations individuelles – et notamment intimes – lorsque des conflits de croyances relatifs au sexe sont en jeu²⁹⁵⁷ ? Dans cette perspective, l'ordre juridique n'aurait plus pour fonction de dire ce que la personne *est*, mais d'organiser ce que les individus peuvent *être ensemble*. On peut dès lors suggérer que cette reconfiguration de la personne juridique invite à mettre au centre des réflexions les relations entre individus et leur rapport aux autres.

644. Du fait des questionnements soulevés, « c'est notre vision du monde qui est mise à l'épreuve »²⁹⁵⁸, et on retrouve bien là la marque ou l'empreinte de l'idéologie *totalisante* du

²⁹⁵⁷ On renvoie ici à l'exemple des condamnations pénales pour « fraudes sur l'identité de genre » développé par Alex Sharpe, qui désigne la découverte par l'un des partenaires sexuels de la transidentité de l'autre partenaire (v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2).

²⁹⁵⁸ Danièle Lochak, « Le droit / les droits à l'épreuve de la non-binarité. Réflexions conclusives » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 263.

sexe. Plus largement, la désexualisation de la personne juridique invite aussi à s'interroger sur la question – qui n'est pas nouvelle – des entités qui se voient reconnaître le statut de personne juridique et donc de sujets de droit²⁹⁵⁹. Si les personnes juridiques ne sont ni des femmes, ni des hommes, mais des êtres humains, débarrassés du sexe, n'est-ce pas là une ouverture pour reconsidérer plus largement la frontière non pas seulement entre les sexes, mais aussi entre les êtres vivants ? Autrement dit, la désexualisation de la personne juridique est-elle un pas vers une rupture avec l'anthropocentrisme ? Là aussi, l'aspect relationnel apparaît déterminant, dans la mesure où les travaux qui s'intéressent à cette question soulignent à quel point l'être humain, loin d'être dans une position de supériorité, est bien dépendant du vivant qui l'entoure et dont il fait partie²⁹⁶⁰. Soustraire à la personne juridique ce qui constitue l'une de ses caractéristiques les plus solidement ancrées, le sexe, ouvre ainsi des espaces de réflexion quant aux autres frontières dessinées, en partie juridiquement, entre l'humain et le reste du vivant.

²⁹⁵⁹ Parmi de nombreux exemples, v. Christopher D. Stone, « Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, n° 45, 1972, p. 450-501 ; Luc Ferry, *Le Nouvel ordre écologique*, Paris, Éditions Grasset, 1992, 280 p. ; dans une autre perspective, on pense également aux travaux de Margaret Davies et Ngaire Naffine qui adoptent une perspective théorique à partir du droit des biens (v. par ex. Margaret Davies et Ngaire Naffine, *Are Persons Property? Legal Debates About Property and Personality*, Reprinted., Aldershot, Ashgate, 2005, 209 p).

²⁹⁶⁰ Pour une parution récente sur la question, v. Emmanuelle Tourme Jouannet, *Un nouveau droit international écologique. Habiter autrement la Terre*, Paris, Bruylant, 2024, 342 p.

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire

1. Ouvrages généraux

- 1.1. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires
- 1.2. Traités et manuels

2. Ouvrages spécialisés

3. Thèses et mémoires

- 3.1. Thèses
 - 3.1.1. Thèses publiées
 - 3.1.2. Thèses dactylographiées
- 3.2. Mémoires

4. Travaux collectifs

- 4.1. Ouvrages collectifs
- 4.2. Mélanges
- 4.3. Actes de colloque
- 4.4. Rapports de recherche collective

5. Articles de recherche

- 5.1. Parus dans un ouvrage collectif
- 5.2. Parus dans une revue
- 5.3. Parus dans un blog

6. *Working papers* et comptes-rendus d'interventions

7. Sources institutionnelles

- 7.1. Organisation des Nations Unies
 - 7.1.1. Documents de travail
 - 7.1.2. Observations, résolutions et recommandations
 - 7.1.3. Rapports et études
- 7.2. Conseil de l'Europe
 - 7.2.1. Avis, résolutions et recommandations
 - 7.2.2. Rapports et études
- 7.3. Organisation des États américains
- 7.4. Union africaine
- 7.5. Union européenne
 - 7.5.1. Résolutions et recommandations
 - 7.5.2. Rapports et études
 - 7.5.3. Autres
- 7.6. Droits nationaux

8. Autres sources

- 8.1. Articles et rapports d'associations et d'ONG
- 8.2. Directives et règlements d'organisations et de fédérations sportives
- 8.3. Articles et communiqués de presse
- 8.4. Sites internet

1. Ouvrages généraux

1.1. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires

ALLAN Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF (coll. « Quadrige »), 2003, 1649 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 864 p.

ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018, 758 p.

BUFFON, *Histoire naturelle générale et particulière : avec la description du Cabinet du Roi (Tome IX)*, Paris, Imprimerie royale, 1761.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF (coll. « Quadrige »), 2014, 1112 p.

DEBARD Thierry, GUINCHARD Serge, *Lexique des termes juridiques 2025-2026*, Paris, Dalloz (coll. « Lexique »), 2025, 1194 p.

DIDEROT Denis et D'ALEMBERT Jean Le Rond, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, tome VIII*, Paris, Samuel Faulche, 1765, 936 p.

FERRIÈRE Claude-Joseph DE, *Dictionnaire de droit et de pratique. Tome premier*, Paris, Brunet, 1769, vol. 2, 703 p.

FERRIÈRE Claude-Joseph DE, *Dictionnaire de droit et de pratique. Tome premier*, Paris, Brunet, 1749, 1071 p.

FEBVRE Lucien (dir.), « L'État moderne » dans *Encyclopédie française*, Tome X, Paris, 1935.

GUYOT Joseph Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale (Tome VIII)*, Paris, Visse, 1784, 690 p.

LEQUIN Mathilde et PIETTE Albert (dir.), *Dictionnaire des anthropologies*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2022, p. 1076.

LE RIDANT Pierre, *Code matrimonial, ou Recueil complet de toutes les loix canoniques et civiles de France. Tome 2*, Paris, Hérissant le fils, 1770, 480 p.

MERLIN Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Tome 16*, 4^e éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1824, 797 p.

MERLIN Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Tome 5*, 4^e éd., Paris, Garnery, 1812, 913 p.

RENNES Juliette et ACHIN Catherine (eds.), *Encyclopédie critique du genre : corps, sexualité, rapports sociaux*, Paris, La Découverte, 2016, 1306 p.

PAUGAM Serge (dir.), *Les 100 mots de la sociologie*, Paris, PUF (coll. « Les 100 mots... »), 2018, 128 p.

THARAUD Delphine et BOYER-CAPPELLE Caroline (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan (coll. « Logiques juridiques »), 2021, 394 p.

1.2. Traités et manuels

AUBRY Charles et RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1869, 654 p.

BARTLETT Katharine T., RHODE Deborah L., GROSSMAN Joanna L., BRAKE Deborah L. et COOPER Frank Rudy, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, 9^e éd., New York, Aspen, 2023, 960 p.

BELLIVIER Florence, *Droit des personnes*, Paris, LGDJ, 2023, 358 p.

BERENI Laure, CHAUVIN Sébastien, REVILLARD Anne, JAUNAIT Alexandre, et DE BOECK, *Introduction aux études sur le genre*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2020, 432 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, 16^e éd., Paris, PUF (coll. « Thémis »), 1987, 447 p.

CORNU Gérard, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Paris, LGDJ, 2007, 277 p.

CORNU Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens*, Paris, LGDJ, 2003, 730 p.

FREDMAN Sandra, *Discrimination law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press (coll. « Clarendon Law Series »), 2022, 576 p.

GLAISTER John, *A Text-book of Medical Jurisprudence and Toxicology*, 3^e éd., New York, W. Wood and Company, 1915, 880 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droit des libertés fondamentales et droits humains*, 6^e éd., Paris, Lefebvre Dalloz (coll. « Hypercours »), 2025, 876 p.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 231.

MARAIS Astrid, *Droit des personnes*, 4^e édition., Paris, Dalloz, 2021, 356 p.

MILLARD Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz (coll. « Connaissance du droit »), 2006, 136 p.

PONTHOREAU Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica (coll. « Corpus »), 2010, 401 p.

SAMUEL Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Aldershot, Hampshire, England, Ashgate (coll. « Applied legal philosophy »), 2003, 384 p.

SIEMS Mathias et YAP Po Jen (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press (coll. « Cambridge Law Handbooks »), 2024, 756 p.

STADLER Hermann, *Albertus Magnus: De Animalibus Libri XXVI Nach der Kölner Urschrift*, Münster, Aschendorff Verlag, 1920, 1225 p.

OPPENHEIMER David B., FOSTER Sheila R., HAN Sora Y. et FORD Richard T., *Comparative Equality and Anti-Discrimination Law*, 3rd éd., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 832 p.

TERRÉ François et FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection*, 8^{ème}., Paris, Dalloz (coll. « Précis »), 2012, 934 p.

TOULLIER Charles Bonaventure Marie, *Le droit civil français, selon l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, Bruxelles, H. Tarlier, 1829, 431 p.

TUSSEAU Guillaume, *Droit comparé et théorie générale du droit*, Paris, Hermann (coll. « Collection Dikè »), 2021, 96 p.

2. Ouvrages spécialisés

A

ALDRICH Robert, *Colonialism and Homosexuality*, London, Routledge, 2003, 436 p.

ALPHERATZ, *Grammaire du français inclusif*, Châteauroux, Vent solars, 2018, 440 p.

AMADIUME Ifi, *Male Daughters, Female Husbands: Gender and Sex in an African Society*, London, Zed Books, 1987, 223 p.

APPIAH Kwame Anthony, *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton University Press, 2007, 358 p.

ARENDT Hannah, *Le système totalitaire. Les origines du totalitarisme. L'Impérialisme*, Paris, Points (coll. « Essais »), 2025, 384 p.

ARENDT Hannah, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972, 380 p.

AUSTIN John L., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil (coll. « L'Ordre philosophique »), 2024, 264 p.

B

BAUD Jean-Pierre, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*, Paris, Éditions du Seuil (coll. « Des travaux »), 1993, 243 p.

BEAUBATIE Emmanuel, *Ne suis-je pas un-e féministe ?*, Paris, Seuil (coll. « Libelle »), 2024, 54 p.

BEAUBATIE Emmanuel, *Transfuges de sexe*, Paris, La Découverte (coll. « Sciences humaines »), 2021, 192 p.

BEAUVOIR Simone DE, *Le deuxième sexe I*, Paris, Gallimard (coll. « Le deuxième sexe »), 1949, 408 p.

BERENI Laure, CHAUVIN Sébastien, REVILLARD Anne, JAUNAIT Alexandre, et DE BOECK, *Introduction aux études sur le genre*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2018.

BESSONE Magali, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*, Paris, J. Vrin (coll. « Philosophie concrète »), 2013, 240 p.

BORNSTEIN Kate, *Gender Outlaw: On Men, Women, and the Rest of Us*, New York, Routledge, 1994, 278 p.

BENTOUHAMI Hourya, *Race, cultures, identités : une approche féministe et postcoloniale*, Paris, PUF (coll. « Philosophies 229 »), 2015, 172 p.

BERLIN Isaiah, *Éloge de la liberté*, Paris, Presses pocket (coll. « Agora »), 1990, 282 p.

BOBBIO Noberto, *Essais de théorie du droit : recueil de textes*, Paris, LGDJ (coll. « La pensée juridique »), 1998, 286 p.

BORRILLO Daniel, *La famille par contrat : la construction politique de l'alliance et de la parenté*, Paris, PUF (coll. « Génération Libre »), 2018, 168 p.

BORRILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, Vendôme, PUF, 2009, 240 p.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n° 64, p. 3-19.

BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 p.

BRAUNSTEIN Jean-François, *La philosophie devenue folle : le genre, l'animal, la mort*, Paris, Bernard Grasset, 2018, 393 p.

BRISSON Luc, *Le Sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans*

l'Antiquité gréco-romaine, Paris, Les Belles Lettres, 1997, 163 p.

BROWN Wendy, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, PUF (coll. « Pratiques théoriques »), 2016, 272 p.

BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruylant (coll. « La pensée juridique »), 2004, 396 p.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context: la justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, 588 p.

BUTLER Judith, *Qui a peur du genre ?*, traduit par Christophe Jaquet, Paris, Flammarion (coll. « Nouvel avenir »), 2024, 448 p.

BUTLER Judith, *Ces corps qui comptent : de la matérialité et des limites discursives du sexe*, Paris, Éditions Amsterdam, 2018, 352 p.

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

C

CABALLERO Francis, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010, 768 p.

CARLSON Laura, *Comparative Discrimination Law: Historical and Theoretical Frameworks*, Leiden, Brill (coll. « Comparative Discrimination Law »), 2017, 136 p.

CAUFEYNON Jean Fauconney, *L'hermaphrodisme : bi-sexués, féminins, infantiles, viragos, hommes à mamelles*, Paris, Charles Offenstadt, 1903, 116 p.

CAVANAGH Sheila L., *Queering Bathrooms: Gender, Sexuality, and the Hygienic*

Imagination, Toronto, University of Toronto press, 2010, 295 p.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3e éd., Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 2022, 482 p.

CHAPPELET Jean-Loup (ed.), *L'autonomie des organisations sportives*, Lausanne, Université de Lausanne, 2019, 59 p.

CHARLESWORTH Hilary, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone (coll. « Doctrine(s) »), 2013, 352 p.

CHARLESWORTH Hilary et CHINKIN Christine, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, (coll. « Melland Schill studies in international law »), 2000, 414 p.

CHAU P.-L. et HERRING Jonathan, *Emergent Medicine and the Law*, Lausanne, Palgrave Macmillan, 2021, 314 p.

CHILAND Colette, *Changer de sexe : illusion et réalité*, Paris, Odile Jacob, 1997, 352 p.

CHUNN Dorothy E. et LACOMBE Dany, *Law as a Gendering Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 272 p.

CLOCHEC Pauline, *Après l'identité : Transitude & féminisme*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2023, 160 p.

CONAGHAN Joanne, *Law and Gender*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, 253 p.

COOK Rebecca et CUSACK Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2011, 288 p.

COOPER Davina, *Everyday Utopias: The Conceptual Life of Promising Spaces*, Durham, Duke University Press, 2014, 283 p.

COTT Nancy F., *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Cambridge, Harvard University press, 2000, 297 p.

CURRAH Paisley, *Sex Is as Sex Does: Governing Transgender Identity*, New York, NYU Press, 2022, 256 p.

D

DAMON Julien, *Toilettes publiques. Essai sur les commodités urbaines*, Paris, Presses de Sciences Po, 2023, 210 p.

DARMON Pierre, *Le Tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'Ancienne France*, Paris, Éditions du Seuil (coll. « Points »), 1986, 310 p.

DARMON Pierre, *Le Mythe de la procréation à l'âge baroque*, Paris, Éditions du Seuil (coll. « Points »), 1981, 283 p.

DAVIES Margaret et NAFFINE Ngaire, *Are Persons Property? Legal Debates About Property and Personality*, Aldershot, Ashgate (coll. « Applied Legal Philosophy »), 2005, 209 p.

DAVIS Josh L., *Nature's Sexual Spectrum*, Auckland, CSIRO Publishing, 2024, 128 p.

DE PAUW Cornélius, *Recherches philosophiques sur les Américains, ou Mémoires intéressants pour servir à l'histoire de l'espèce humaine (Tome 1)*, Berlin, Decker, 1768, 326 p.

DEBIERRE Charles, *L'hermaphrodisme : structure, fonctions, état psychologique et mental, état civil et mariage, dangers et remèdes*, Paris, Librairie J. B. Baillière et fils (coll. « Petite bibliothèque médicale »), 1891, 160 p.

DELFAU Félix, *Devoirs et droits des médecins vis-à-vis de l'autorité, de leurs confrères et du public*, Paris, Delahaye, 1868, 315 p.

DELPHY Christine, *L'ennemi principal. Tome 1 : économie politique du patriarcat*, Paris, Syllepse, 2013, 262 p.

DELPHY Christine, *L'ennemi principal. Tome 2 : penser le genre*, Paris, Syllepse, 2013, 365 p.

DENQUIN Jean-Marie, *Les Concepts juridiques : comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, 457 p.

DOMAT Jean, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, J.B Coignard, 1689, vol. 1, 514 p.

DORLIN Elsa, *La matrice de la race : généalogie sexuelle et coloniale de la nation française*, Paris, La Découverte, 2009.

DORLIN Elsa, *Sexe, genre et sexualités*, Paris, Presses Universitaires de France (coll. « Philosophies »), 2008, 176 p.

DOUZINAS Costas, *The End of Human Rights: Critical Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 410 p.

DREGER Alice Domurat, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, 268 p.

DUPÂQUIER Jacques et DUPÂQUIER Michel, *Histoire de la démographie*, Paris, Perrin, 1985, 480 p.

DUPRAT Jean-Pierre, *Les fondements de la théorie de l'État moderne*, Paris, LGDJ (coll. « Systèmes »), 2019, 180 p.

DUPUIS-DÉRI Francis, *Panique à l'Université. Rectitude politique, wokes et autres menaces imaginaires*, Quebec, Lux, 2022, 328 p.

DUVAL Jacques, *Des Hermaphrodites, accouchemens des femmes et traitement qui est requis pour les relever en santé et bien*

élever leurs enfants, Rouen, impr. de D. Geuffroy, 1612, 493 p.

E

ECKERT Lena, *Intersexualization: the Clinic and the Colony*, New York, Routledge (coll. « Routledge Advances in Critical Diversities »), 2017, 237 p.

ELIAS Norbert, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991, 301 p.

ENGLE Karen, *Abolitionism and Human Rights in Europe: Rethinking Responses to Gendered and Racialized Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2025.

F

FABIAN Johannes, *Time and the Other: How Anthropology Makes Its Object*, New York, Columbia University Press, 1983, 272 p.

FABRE-MAGNAN Muriel, *L'institution de la liberté*, Seconde édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2023, 251 p.

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

FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres : la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte (coll. « Institut Émilie du Châtelet »), 2012, 473 p.

FEINBERG Leslie, *Stone Butch Blues*, Condé, Hystériques & AssociéEs, 2019, 539 p.

FINEMAN Martha, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York London, The New Press, 2004, 387 p.

FINEMAN Martha Albertson, *The Neutered Mother, The Sexual Family and Other*

Twentieth Century Tragedies, New York, Routledge, 1995, 256 p.

FIRESTONE Shulamith, *La dialectique du sexe*, Paris, Stock, 1972, 306 p.

FOGG DAVIS Heath, *Beyond Trans. Does Gender Matter?*, New York, New York University Press, 2017, 208 p.

FORSTER Christine et JIVAN Vedna, *Sex as a Protected Ground in International and Domestic Law*, Leiden, Brill (coll. « Comparative Discrimination Law »), 2021, 124 p.

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

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

FOUCAULT Michel, *Dits et écrits: 1954-1988*, Paris, Gallimard (coll. « Bibliothèque des sciences humaines »), 1994, 848 p.

FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité. Tome I La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, 211 p.

FRANKENBERG Günter, *Comparative Law as Critique*, Frankfurt am Main, Edward Elgar, 2019, 296 p.

FRASER Nancy, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the « Postsocialist » Condition*, New York, Routledge, 2014, 252 p.

G

GARBER Marjorie, *Vested Interests: Cross-dressing and Cultural Anxiety*, New-York, Routledge, 1992, 443 p.

GARFINKEL Harold, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, PUF (coll. « Quadrige »), 2020, 480 p.

GARLAND Fae et TRAVIS Mitchell, *Intersex Embodiment: Legal Frameworks beyond Identity and Disorder*, Bristol, Bristol University Press, 2022, 204 p.

GESLIN Albane, HERRERA Carlos-Miguel et PONTTHOREAU Marie-Claire, *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé (coll. « Nomos & normes »), 2020.

GILL-PETERSON Julian, *Histories of the Transgender Child*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2018, 262 p.

GODEFRIDI Drieu, *La Loi du genre*, Paris, Les Belles Lettres, 2015, 92 p.

GOFFMAN Erving, *L'arrangement des sexes*, traduit par Hervé Maury, Paris, La Dispute, 2002, 115 p.

GONZÁLEZ-SALZBERG Damián A., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights. A Queer Reading of Human Rights Law*, Oxford, Hart Publishing, 2019, 248 p.

GRAILLE Patrick, *Les hermaphrodites aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, 246 p.

GREENBERG David F., *The Construction of Homosexuality*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, 635 p.

GREENBERG Julie A., *Intersexuality and the Law: Why Sex Matters*, New York, New York University Press, 2012, 169 p.

GUASTINI Riccardo, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Torino, Giappichelli editore, 2006, 232 p.

GUILLAUMIN Colette, *Sexe, race et pratique du pouvoir : l'idée de nature*, Paris, Côté-femmes (coll. « Recherches »), 1992, 239 p.

H

HACKING Ian, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, traduit par Baudouin Jurdant, Paris, la Découverte (coll. « La Découverte poche »), 2008, 299 p.

HALL Stuart, *Identités et cultures : politiques des cultural studies*, Paris, Éditions Amsterdam, 2017, 576 p.

HALPÉRIN Jean-Louis, *Une histoire des droits dans le monde*, Paris, CNRS éditions, 2023, 542 p.

HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF (coll. « Quadrige »), 2012, 416 p.

HAN Enze et O'MAHONEY Joseph, *British Colonialism and the Criminalization of Homosexuality. Queens, Crime and Empire*, Londres, Routledge, 2018, 119 p.

HASLANGER Sally, *Resisting Reality. Social Construction and Social Critique*, New York, Oxford University Press, 2012, 490 p.

HELLMAN Deborah, *When Is Discrimination Wrong?*, Cambridge, MA, Harvard Univ. Press, 2011, 205 p.

HEINICH Nathalie, *Le Wokisme serait-il un totalitarisme ?*, Paris, Albin Michel, 2023, 198 p.

HÉRAULT Laurence, *État civil de demain et transidentité*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2018.

HÉRAULT Laurence (éd.), *La parenté transgenre*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence (coll. « Penser le genre »), 2014, 148 p.

HERDT Gilbert, *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, New York, Zone Books, 1994, 614 p.

HÉRITIER Françoise, *Masculin/féminin*, Paris, O. Jacob, 2018, 326 p.

HERNÁNDEZ Tanya K., *Multiracials and Civil Rights: Mixed-Race Stories of Discrimination*, New York, New York Univ. Press, 2018, 195 p.

HOQUET Thierry, *Des sexes innombrables : le genre à l'épreuve de la biologie*, Paris, Éditions du Seuil (coll. « Science ouverte »), 2016, 249 p.

I

IACUB Marcela, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004, 378 p.

IACUB Marcela, *Le crime était presque sexuel : et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion (coll. « Champs »), 2002, 375 p.

J

JACOBUS X, *L'Amour aux colonies, singularités physiologiques et passionnelles observées durant trente années de séjour dans les colonies françaises*, Paris, Isidore Liseux, 1893, 396 p.

JACQUOT Sophie, *Transformations in EU Gender Equality*, London, Palgrave Macmillan, 2015, 210 p.

JENKINS Katharine, *Ontology and Oppression: Race, Gender, and Social Reality*, New York, US, Oxford University Press (coll. « Studies in Feminist Philosophy »), 2023, 268 p.

JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2014, 280 p.

JOYCE Helen, *Trans: When Ideology Meets Reality*, London, Oneworld, 2021, 311 p.

K

KARKAZIS Katrina, *Fixing Sex: Intersex, Medical Authority, and Lived Experience*, Durham, NC, Duke University Press, 2008, 384 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ (coll. « La pensée juridique »), 2010, 93 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ (coll. « La pensée juridique »), 1999, 376 p.

KENNEDY Aileen, *Law, Gender Identity, and the Brain. Exploring Brain-Sex Theories in Judicial Decisions on Trans and Intersex Minors*, New York, Routledge, 2024, 258 p.

KESSLER Suzanne J. et MCKENNA Wendy, *Gender: An Ethnomethodological Approach*, Chicago, University of Chicago Press, 1978, 252 p.

KRIVENKO Ekaterina Yahyaoui, *Gender and Human Rights: Expanding Concepts*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 159 p.

L

LACASSAGNE Alexandre, *Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, Lyon-Paris, A. Storck (coll. « Bibliothèque scientifique de l'avocat et du magistrat »), 1887, 230 p.

LAPIERRE Nicole, *Changer de nom*, Paris, Gallimard, 2006, 445 p.

LAQUEUR Thomas, *La fabrique du sexe : essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard (coll. « NRF Essais »), 2010, 355 p.

LAWFORD-SMITH Holly, *Gender-Critical Feminism*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

LE COUR GRANDMAISON Olivier, *De l'indigénat. Anatomie d'un « monstre » juridique : le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Zones, 2010, 196 p.

LE COUR GRANDMAISON Olivier, *Coloniser, exterminer : sur la guerre et l'état colonial*, Paris, France, Fayard, 2005, 365 p.

LE QUINIO Alexis, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques. Le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Paris, Fondation Varenne, 2011, 522 p.

LEBRUN François, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, Paris, Armand Colin, 1975, 179 p.

LEE Hyun Jung, *Discrimination Based on Sexual Orientation: Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea*, Cham, Springer International Publishing (coll. « Interdisciplinary Studies in Human Rights »), 2022, vol.8.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF (coll. « Léviathan »), 1990, 247 p.

LEGENDRE Pierre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 2010, 368 p.

LEGENDRE Pierre, *Le désir politique de Dieu : étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris, Fayard (coll. « Leçons »), 2005, 437 p.

LEGENDRE Pierre, *L'amour du censeur: essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, 267 p.

LEGENDRE Pierre, *Miroir d'une Nation*, Paris, arte Éditions, 1999, 71 p.

LESTER Toni (ed.), *Gender Nonconformity, Race, and Sexuality. Charting the Connections*, Wisconsin, University of Wisconsin Press, 2002, 248 p.

LOENEN Titia, *The Conceptualization of Equality and Non-discrimination as Legal Standards*, Leiden, Brill, 2024, 261 p.

LOIR Joseph-Napoléon, *De l'exécution de l'article 55 du Code civil, relatif à la constatation des naissances*, Paris, Joubert, 1846.

LORBER Judith, *Paradoxes of Gender*, New Haven, Yale University Press, 1994, 425 p.

M

MAGNET Shoshana, *When Biometrics Fail: Gender, Race, and the Technology of Identity*, Durham, Duke University Press, 2011, 224 p.

MAINE Henry Sumner, *Ancient Law*, New York, Henry Holt and Co., 1906, 106 p.

MAK Geertje, *Doubting sex: Inscriptions, bodies and selves in nineteenth-century hermaphrodite case histories*, Manchester, Manchester University Press, 2012, 296 p.

MANNHEIM Karl, *Idéologie et utopie : une introduction à la sociologie de la connaissance*, traduit par Jean-Luc Evard, Paris, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2006, 272 p.

MARAÑÓN Gregorio, *The Evolution of Sex and Intersexual Conditions*, New York, Greenberg, 1933, 356 p.

MARÉ Gerhard, *Declassified: Moving Beyond the Dead End of Race in South Africa*, Auckland Park, South Africa, Jacana Media, 2014, 200 p.

MARTIN Kay et VOORHIES Barbara, *Female of the Species*, New York, Columbia University Press, 1975, 448 p.

MASSON Céline, *Crise des repères identitaires : race, sexe, genre*, Paris, Hermann (coll. « L'avenir d'une désillusion »), 2022, 174 p.

MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, LGDJ, 2017, 303 p.

MAYERI Serena, *Reasoning from Race: Feminism, Law, and the Civil Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, 382 p.

MAYRAND Albert, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson & Lafleur Limitée, 1975.

MAZOUZ Sarah, *Race*, Paris, Anamosa (coll. « Le mot est faible »), 2020, 89 p.

MCCLINTOCK Anne, *Imperial Leather: Race, Gender, and Sexuality in the Colonial Contest*, New York, Routledge, 1995, 449 p.

MEAD Margaret, *Moeurs et sexualité en Océanie*, Paris, Pocket, 2016, 606 p.

MESSIS Charis, *Les eunuques à Byzance, entre réalité et imaginaire*, Paris, EHESS (coll. « Dossiers byzantins »), 2014, 422 p.

MILLS Charles W., *Le contrat racial*, Montréal, Mémoire d'encrier, 2023, 218 p.

MINOW Martha, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 2016, 409 p.

MYERS Kyl, *Raising Them: Our Adventure in Gender Creative Parenting*, Kindle Edition, 2020, 254 p.

N

NAFFINE Ngaire, *Law's Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person*, Oxford, Legal Theory Today, 2009, 208 p.

NANDA Serena, *Gender Diversity: Crosscultural Variations*, Long Grove, Waveland Press, 2014, 147 p.

NANDA Serena, *Neither Man Nor Woman: The Hijras of India*, 2^e éd., Belmont, Wadsworth Publishing Co Inc, 1990, 208 p.

NOYÉ Sophie, *Pour un féminisme matérialiste et queer*, Paris, La Dispute (coll. « Le genre du monde »), 2025, 250 p.

O-P

OYÈWÙMÍ Oyèrónkẹ, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997, 256 p.

PARSONS Talcott, *The Social System*, Londres, Free Press, 1951, 575 p.

PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte (coll. « Institut Émilie du Châtelet »), 2010, 332 p.

PIKETTY Thomas, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, 1232 p.

PIKRAMENOU Nikoleta, *Intersex Rights: Living Between Sexes*, Athens, Springer, 2019, 295 p.

PLAYDON Zoë, *The Hidden Case of Ewan Forbes: And the Unwritten History of the Trans Experience*, New York, Scribner, 2021, 383 p.

POUYDEBAT Emmanuelle, *Sexus Animalus*, Paris, Arthaud, 2020, 184 p.

PRECIADO Paul B., *Un appartement sur Uranus : chroniques de la traversée*, Paris, Bernard Grasset, 2019, 333 p.

Q-R

QUINE Willard VAN ORMAN, *Le Mot et la Chose*, Paris, Flammarion, 2010, 416 p.

RAMET Sabrina Petra, *Gender reversals and gender cultures: anthropological and historical perspectives*, London, Routledge, 1996, 231 p.

RAYMOND Janice G., *The Transsexual Empire: The Making of the She-Male*, New York, Teachers College Press (coll. « Athene series »), 1994, 220 p.

RAZ Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon press, 1986, 435 p.

RAZ Michal, *Intersexes. Du pouvoir médical à l'autodétermination*, Paris, Le Cavalier Bleu (coll. « Convergences »), 2023, 200 p.

REDDY Gayatri, *With Respect to Sex: Negotiating Hijra Identity in South India*, Chicago, University of Chicago Press (coll. « Worlds of Desire: The Chicago Series on Sexuality, Gender, and Culture »), 2005, 312 p.

REITER Rayna R., *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975.

RENZ Flora, *Gender Recognition and the Law. Troubling Transgender Peoples' Engagement with Legal Regulation*, Abingdon, Routledge, 2024.

RICHARDSON Diane, *Theorising Heterosexuality: Telling It Straight*, Buckingham, Open University Press, 1996, 204 p.

RICHARDSON Sarah S., *Sex Itself: The Search for Male and Female in the Human Genome*, Chicago, University of Chicago Press, 2015, 320 p.

RICOEUR Paul, *Soi-même comme un autre*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, 427 p.

RICORDEAU Gwénola, *Pour elles toutes : femmes contre la prison*, Montréal, Lux éditeur (coll. « Lettres libres »), 2019, 235 p.

RIOLAN Jean, *Discours sur les hermaphrodites, où il est démontré contre l'opinion commune qu'il n'y a point de vrays hermaphrodites*, Paris, Pierre Ramier, 1614, 136 p.

ROBCIS Camille, *La loi de la parenté : la famille, les experts et la République*, Paris, Fahrenheit, 2016, 339 p.

ROTHBLATT Martine Aliana, *The Apartheid of Sex: A Manifesto on the Freedom of Gender*, 1st ed., New York, Crown Publishers, 1995, 178 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, 320 p.

S

SAADA Emmanuelle, *Les enfants de la colonie : les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte (coll. « L'espace de l'histoire »), 2007, 336 p.

SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, 175 p.

SALAS Denis, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF (coll. « Les voies du droit »), 1994, 160 p.

SALGUES Jacques-Barthélemy, *Des erreurs et des préjugés répandus dans les diverses classes de la société. Tome 3, 3^e éd.*, Paris, Lepetit, 1825, 472 p.

SALMOND John W., *Jurisprudence*, London, Stevens & Haynes, 1913.

SCHAUB Jean-Frédéric et SEBASTIANI Silvia, *Race et histoire dans les sociétés occidentales (XVe-XVIIIe siècle)*, Paris, Albin Michel (coll. « Bibliothèque Histoire »), 2021, 504 p.

SCHIEBINGER Londa, *Nature's Body: Gender in the Making of Modern Science*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2004, 289 p.

SCHIEBINGER Londa, *The Mind Has No Sex? Women in the Origins of Modern Science*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, 368 p.

SCOTT James C., *L'œil de l'État : moderniser, uniformiser, détruire*, Paris, La Découverte, 2021, 546 p.

SCOTT Joan Wallach, *La citoyenne paradoxale : les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, Albin Michel, 1998, 286 p.

SERANO Julia, *Manifeste d'une femme trans et autres textes*, Paris, Cambourakis (coll. « Sorcières »), 2020., 198 p.

SHARPE Alex, *Sexual Intimacy and Gender Identity « Fraud »: Reframing the Legal and Ethical Debate*, Abingdon, Routledge, 2019, 204 p.

SHARPE Alex, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Londres, Routledge, 2002, 229 p.

SIEDENTOP Larry, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, 434 p.

SMART Carol, *Feminism and the Power of Law*, London, Routledge, 1989, 190 p.

SNORTON C. Riley, *Black on Both Sides: a Racial History of Trans Identity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2017, 259 p.

SOLANKE Iyiola, *Discrimination as stigma: a theory of anti-discrimination law*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2017, 223 p.

SPADE Dean, *Normal Life. Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, Durham, Duke University Press, 2015, 240 p.

SPIVAK Gayatri Chakravorty, *Outside in the Teaching Machine*, Hoboken, Taylor and Francis, 2012, 393 p.

STANLEY Eric A., *Atmospheres of Violence: Structuring Antagonism and the Trans/Queer Ungovernable*, Durham, Duke University Press, 2021, 200 p.

STOCK Kathleen, *Material girls. Nouveau féminisme : la théorie du genre à l'épreuve*

de la réalité, traduit par Olivier Bosseau, Saint-Martin-de-Londres, H&O, 2024, 352 p.

STOLER Ann Laura, *La chair de l'empire : savoirs intimes et pouvoirs raciaux en régime colonial*, Paris, La Découverte, 2013, 299 p.

STOLLER Robert J., *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Paris, Gallimard, 1978, 406 p.

SUPIOT Alain, *Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Éditions du Seuil (coll. « La couleur des idées »), 2005, 333 p.

T

TARDIEU Ambroise, *Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels : contenant les souvenirs et impressions d'un individu dont le sexe avait été méconnu*, 2 ed., Paris, Librairie J. B. Baillière et fils, 1874, 174 p.

TARDIEU Ambroise, *Consultation médico-légale à l'appui de la demande en nullité de mariage de M. Darbrousse*, Paris, Goupy, 1870, 11 p.

TARDIEU Ambroise, *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs*, Paris, JB. Baillière, 1859, 184 p.

TEUBNER Gunther, *Le droit: un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p.

THÉRY Irène et LEROYER Anne-Marie, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014, 382 p.

THÉRY Irène, *La distinction de sexe : une nouvelle approche de l'égalité*, Paris, Odile Jacob, 2007, 688 p.

TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, 334 p.

TUSSEAU Guillaume, *Contentieux constitutionnel comparé*, Paris, LGDJ, 2021, 1452 p.

V

VERGÈS Françoise, *Un féminisme décolonial*, Paris, La Fabrique, 2019.

VIREY Julien-Joseph, *Histoire naturelle du genre humain, ou Recherches sur ses principaux fondemens physiques et moraux ; précédées d'un Discours sur la nature des êtres organiques et sur l'ensemble de leur physiologie.*, Paris, Dufart, 1801, 435 p.

VON KRAFFT-EBING Richard, *Psychopathia Sexualis, with Especial Reference to the Antipathic Sexual Instinct*, New York, Rebman, 1886, 650 p.

W

WEIL Arthur, *Die innere Sekretion*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1922, 146 p.

WEINER Annette, *La richesse des femmes ou comment l'esprit vient aux hommes : Iles Trobriand*, Paris, Seuil (coll. « Recherches anthropologiques »), 1983, 288 p.

WELCH Michael, *Corrections: A Critical Approach*, 3^e éd., London, Routledge, 2011, 768 p.

WILLIAMS Patricia J., *Seeing a Color-Blind Future: The Paradox of Race*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 1998, 74 p.

WINTEMUTE Robert, *Transgender Rights vs. Women's Rights: From Conflicts to Co-Existence*, New Jersey, Wiley, 2025, 228 p.

WITTIG Monique, *La pensée straight*, Paris, Éditions Amsterdam, 2018, 200 p.

Y

YOUNG Antonia, *Women Who Become Men: Albanian Sworn Virgins*, Oxford, Bloomsbury Publishing (coll. « Dress, Body, Culture »), 2000, 196 p.

YOUNG Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford university press (coll. « Oxford political theory »), 2000, 304 p.

3. Thèses et mémoires

3.1. Thèses

3.1.1. Thèses publiées

BENOIT Audrey, *Trouble dans la matière. Pour une épistémologie matérialiste du sexe*, Paris, Éditions de la Sorbonne (coll. « Philosophies pratiques »), 2020, 360 p.

BIOY Xavier, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz

(coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses »), 2003, 913 p.

BOUCOBZA Isabelle, *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz (coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses »), 2005, 449 p.

BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, 682 p.

CANNOOT Pieter, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation: The Case of Belgium*, The Hague, Eleven, 2022, 348 p.

CARAYON Lisa, *La catégorisation des corps : étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, Paris, IRJS Éditions (coll. « Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc »), 2019, 787 p.

CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ (coll. « Thèses »), 2018, 731 p.

DUBOUT Edouard, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2006, 845 p.

FERRIÉ Scarlett-May, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Paris, IRJS éditions, 2018, 569 p.

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

MEDARD INGHILTERRA Robin, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ (coll. « Bibliothèque de droit public »), 2022, 720 p.

MESNIL Marie, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Bâle, Helbing Lichtenhahn (coll. « Collection Neuchâteloise »), 2018, 676 p.

MICHEL Pierre, *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre*, Paris, Mare & Martin (coll. « Bibliothèque des thèses »), 2024, 1088 p.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, 813 p.

VOUTERS Eugène, *Essai juridique et historique sur un procès en annulation de mariage au XVème siècle, Louis XII et Jeanne de France*, Lille, Duriez-Bataille, 1931, 255 p.

ZEVOUNOU Lionel, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, LGDJ, 2012, 466 p.

3.1.2. Thèses dactylographiées

AYADA Sophia, *From Contesting Gender Stereotypes to Questioning Anti-stereotyping. A Critical Analysis of the CJEU Jurisprudence*, European University Institute, Florence, 2022, 367 p.

FONDIMARE Elsa, *L'impossible indifférenciation : le principe d'égalité dans ses rapports à la différence des sexes*, Université Paris Nanterre, 2018, 810 p.

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

GRENFELL Laura, *Disrupting law's categories, transgenderism, feminism and identity*, Université de Toronto, Canada, 2001, 145 p.

IACUB Marcela, *Le corps de la personne : enquête juridique*, EHESS, Paris, 1993, 382 p.

LAFLAMME Mathieu, *Le genre au tribunal : l'hermaphrodisme devant la justice de la France d'Ancien Régime*, Université d'Ottawa, 2016, 200 p.

LÉVY Catherine, *La personne humaine en droit*, Université Panthéon-Sorbonne, 2000, 426 p.

NUNES Diana, *Le sexe, un élément d'identification des personnes en droit. Étude menée à partir de la transidentité et*

de l'intersexuation, Université Lumière Lyon 2, 2019.

OSELLA Stefano, *The Legal Regime of Gender Identity: A Comparative Enquiry*, European University Institute, Florence, 2019, 253 p.

RENVOISÉ Mélodie, *Du « mélange des sexes » à la « mixité » : une analyse sociohistorique et ethnographique de la coprésence des hommes et des femmes en prison*, Université de Nantes, 2023, 589 p.

3.2. Mémoires

ASSELIN-MAILLOUX Sam, *Violence entre partenaires intimes et maisons d'hébergement : qu'en est-il des femmes trans*?*, Mémoire déposé à l'École de service social en vue de l'obtention de la maîtrise en service social Sous la direction d'Alexandre Baril, Mémoire, Université d'Ottawa, Ottawa, 2020, 132 p.

BOISGONTIER Audrey, *Intégrité physique et intersexuation. La bicatégorisation sexuée du droit comme pouvoir de normalisation*

du corps des personnes intersexes, Université Paris Nanterre, 2019, 163 p.

MARCHIANÒ Anna, *La promotion des droits LGBTI notamment dans la politique étrangère : une comparaison entre l'Union européenne, l'Italie et la Suisse*, Université de Lausanne, 2020, 51 p.

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

4. Travaux collectifs

4.1. Ouvrages collectifs

A

ASAD Talal (ed.), *Anthropology & the Colonial Encounter*, Londres, Ithaca Press, 1973, 281 p.

ASKIN Elif et STOLL Hanna (eds.), *Contested Equality. International and Comparative Legal Perspectives*, Cheltenham, UK, Elgar, 2024, 282 p.

AYOUB Phillip M. et STOECKL Kristina, *The Global Fight Against LGBTI Rights: How*

Transnational Conservative Networks Target Sexual and Gender Minorities, New York, New York University Press (coll. « LGBTI politics series »), 2024, 360 p.

B

BAKER Nancy E. et al. (eds.), *Feminist Interpretations of Ludwig Wittgenstein*, University Park, PA, Penn State University Press (coll. « Re-Reading the Canon »), 2021, 488 p.

BEAUBATIE Emmanuel, *Transfuges de sexe*, Paris, La Découverte (coll. « Sciences humaines »), 2021, 192 p.

BESNIER Niko, BROWNELL Susan et CARTER Thomas F., *The Anthropology of Sport. Bodies, Borders, Biopolitics*, California, University of California Press, 2017, 336 p.

BESSONE Magali, *Sans distinction de race ? Une analyse critique du concept de race et de ses effets pratiques*, Paris, J. Vrin (coll. « Philosophie concrète »), 2013, 240 p.

BORRILLO Daniel et LEMAIRE Félicien (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Paris, L'Harmattan (coll. « Logiques juridiques »), 2020, 280 p.

BORRILLO Daniel (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, 329 p.

BOSVIEUX-ONYEKWELU Charles et MOTTIER Véronique (dir.), *Genre, droit et politique*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 2022, 262 p.

BOLLÉE Sylvain et PATAUT Etienne (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éditions, 2016, 268 p.

BRECKENRIDGE Keith et SZRETER Simon (eds.), *Registration and Recognition: Documenting the Person in World History*, Oxford, British Academy, 2012, 532 p.

BREMS Eva, CANNOOT Pieter et MOONEN Toon (eds.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Cambridge, Intersentia, 2020, 173 p.

BREMS Eva et GERARDS Janneke (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 367 p.

BREMS Eva et TIMMER Alexandra (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge, Intersentia, 2016, 198 p.

BRINK Marjolein VAN DEN, BURRI Susanne et GOLDSCHMIDT Jenny, *Equality and human rights: nothing but trouble? Liber Amicorum Titia Loenen*, Utrecht, SIM, 415 p.

BROWN Wendy, *Politiques du stigmat. Pouvoir et liberté dans la Modernité avancée*, Paris, PUF (coll. « Pratiques théoriques »), 2016, 272 p.

BUJON Thomas, DOURLENS Christine et LE NAOUR Gwenola (dir.), *Aux frontières de la médecine*, Paris, EAC, 2014, 270 p.

C

CATTO Marie-Xavière, MAZALEIGUE-LABASTE Julie (dir.) et BRUNET Laurence (collab.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, mare & martin (coll. « Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne »), 2021, 227 p.

COURDURIÈS Jérôme, DOURLENS Christine et HÉRAULT Laurence (dir.), *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence (coll. « Penser le genre »), 2021, 275 p.

CLOCHEC Pauline et GRUNENWALD Noémie (dir.), *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2021, 288 p.

COHEN Mathilde et YORIKO Otomo (eds.), *Making Milk. The Past, Present and Future of Our Primary Food*, Londres, Bloomsbury Academic, 320 p.

CONAC Gérard, MAISL Herbert et VAUDIAUX Jacques (eds.), *Itinéraires. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, 655 p.

COOK Rebecca J. et MEDINA QUIROGA Cecilia (eds.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press (coll. « Pennsylvania Studies in Human Rights »), 2023, 616 p.

CRAIG Paul et DE BÚRCA Gráinne (ed.), *The Evolution of EU Law* (1st edition), Oxford, Oxford University Press, 1999, 1072 p.

D

DAVIES Margaret et MUNRO Vanessa E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, London, Routledge, 2013, 436 p.

DEVILLENEUVE et CARETTE Antoine Auguste, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, Sirey, 1862, 1020 p.

DUBROFSKY Rachel E. et MAGNET Shoshana (eds.), *Feminist Surveillance Studies*, Durham, Duke University Press, 2015, 304 p.

DUBY Georges et PERROT Michelle (dir.), *Histoire des femmes en Occident. I. L'Antiquité*, Paris, Perrin (coll. « Collection tempus »), 2002, 744 p.

DUVAL Antoine, LINDHOLM Johan et Krüger Alexandre (eds.), *The European Roots of the Lex Sportiva: How Europe Rules Global Sport*, Oxford, Hart Publishing, 2024, vol.18, p. 257-282

E-F

ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, HERRERA Carlos Miguel et LECLERC Olivier, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, 142 p.

FINE Agnès (dir.), *États civils en questions : papiers, identités, sentiment de soi*, Paris,

Éditions du CTHS (coll. « Le regard de l'ethnologue »), 2008, 335 p.

FINEMAN Martha Albertson (ed.), *Transcending the Boundaries of Law*, Abingdon, Routledge, 2010, 430 p.

FRADENBURG Louise et FRECCERO Carla (eds.), *Premodern Sexualities*, New York, Routledge, 1997, 300 p.

G

GALLUS Nicole (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ Anthémis, 2012, 365 p.

GARDEY Delphine et LÖWY Iliana (dir.), *L'Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2000, 227 p.

GOGOS-GINTRAND Amélie et MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie (dir.), *Identité et état civil : évolutions contemporaines*, Bordeaux, LEH édition (coll. « À la croisée des regards »), 2024, 306 p.

GRABHAM Emily, COOPER Davina, KRISHNADAS Jane et HERMAN Didi (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, 1^{re} éd., Abingdon, Routledge-Cavendish (coll. « A GlassHouse book »), 2009, 400 p.

GRIMSHAW Patricia, HOLMES Katie et LAKE Marilyn (eds.), *Women's Rights and Human Rights: International Historical Perspectives*, London, Palgrave Macmillan, 2001, 318 p.

H

HAVELKOVA Barbara et MÖSCHEL Mathias (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 310 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et MARGUET Laurie (dir.), *De haute lutte : la*

révolution de l'avortement, Paris, CNRS éditions, 2025, 504 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et RUBIO-MARÍN Ruth (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press (coll. « Cambridge Companions to Law »), 2023, 500 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane (dir.), *Genre et droit : ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016, 454 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc, ROMAN Diane (dir.), *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Editions, 2014, 799 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, ROMAN Diane (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz (coll. « À droit ouvert »), 2013, 269 p.

HOLVIKIVI Aiko, HOLZBERG Billy et OJEDA Tomás (eds.), *Transnational Anti-Gender Politics: Feminist Solidarity in Times of Global Attacks*, Cham, Springer International Publishing (coll. « Thinking Gender in Transnational Times »), 2024, 270 p.

HOLMES Morgan (dir.), *Critical Intersex*, London, Ashgate (coll. « Queer Interventions »), 2009, 276 p.

HUIZER Gerrit et MANNHEIM Bruce (eds.), *The Politics of Anthropology: From Colonialism and Sexism Toward a View from Below*, The Hague, Mouton Publishers, 1979, 533 p.

J

JAMES Susan et PALMER Stephanie (eds.), *Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Oxford, Hart, 2002, 203 p.

JARAMILLO Isabel C. et CARLSON Laura (eds.), *Trans Rights and Wrongs. A*

Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons, Suisse, Springer International Publishing, 2021, 558 p.

K

KERBER, Linda K., KESSLER-HARRIS Alice et KISH SKLAR Kathryn (eds.), *U.S. History as Women's History: New Feminist Essays*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995, 488 p.

KUHAR Roman et PATERNOTTE David (eds.), *Anti-Gender Campaigns in Europe: Mobilizing against Equality*, London, Rowman & Littlefield International, 2017, 302 p.

L

LEMARCHAND Patricia et SALLE Muriel (dir.), *Qu'est-ce qu'une femme ? Catégories homme/femme : débats contemporains*, Paris, Éditions Matériologiques, 2023, 240 p.

LEVERD Sonia (dir.), *Les nouveaux territoires du droit*, Paris, L'Harmattan (coll. « Logiques juridiques »), 2013, 204 p.

LOCHAK Danièle et TSUJIMURA Miyoko (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2013, 344 p.

LOCHAK Danièle et BORRILLO Daniel (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, 240 p.

M

MARTIN Hélène et ROCA I ESCODA Marta (eds.), *Sexuer le corps. Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui*, Lausanne, HETSL, 2019, 156 p.

MATHIEU Nicole Claude (dir.), *L'arraisonnement des femmes : essais en anthropologie des sexes*, Paris, EHESS

(coll. « Cahiers de l'Homme »), 1985, 251 p.

MIRKOVIC Aude, BOURGES Béatrice et MONTFORT Elizabeth, *De la théorie du genre au mariage de même sexe*, Valence, Peuple Libre, 2013, 128 p.

MOLOTCH Harvey Luskin et NORÉN Laura, *Toilet: Public Restrooms and the Politics of Sharing*, New York, New York University Press (coll. « NYU series in social and cultural analysis »), 2010, 316 p.

MORE Gillian (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 517-553.

MOUTOT Dora et STERN Marguerite, *Transmania : Enquête sur les dérives de l'idéologie transgenre*, Paris, MAGNUS, 2024, 398 p.

N

NAFFINE Ngaire et OWENS Rosemary J. (eds.), *Sexing the Subject of Law*, Sydney, LBC Information Services, 1997, 299 p.

NEIRINCK Claire (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 2008, 208 p.

NOIRIEL Gérard (éd.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin (coll. « Socio-Histoires »), 2007, 272 p.

O

ORFORD Anne (ed.), *International Law and its Others*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 420 p.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles (coll. « Travaux et recherches »), 1987, 602 p.

OTTO Dianne (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London, Routledge (coll. « Routledge research in international law »), 2018, 304 p.

P

PEYRE Évelyne et WIELS Joëlle (dir.), *Mon corps a-t-il un sexe? Sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte (coll. « Recherches »), 2015, 359 p.

PIAZZA, P. (dir.), *Aux origines de la police scientifique. Alphonse Berthillon, précurseur de la science du crime*, Paris, Karthala (coll. « Hommes et sociétés »), 384 p.

POUSSON-PETIT Jacqueline (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, 1004 p.

PLUCKROSE Helen et LINDSAY James, *Le triomphe des impostures intellectuelles : comment les théories sur l'identité, la race, le genre gangrèment l'université et nuisent à la société*, Paris, H&O, 2021, 380 p.

R

REGARD Frédéric et TOMICHE Anne (eds.), *Déconstructions Queer. Les fondamentaux*, Paris, Hermann, 2023, 178 p.

ROMAN Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, 370 p.

ROSALDO Michelle Zimbalist, LAMPHERE Louise et BAMBERGER Joan (eds.), *Woman, culture, and society*, Stanford, Stanford University Press, 1974, 352 p.

ROYER Jean-Pierre et POUMARÈDE Jacques (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, Lille, Publications de l'espace juridique, 1987, 451 p.

S

SAJÓ András et UITZ Renáta (eds.), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven, 2020, 368 p.

SCHERPE Jens M. (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, 442 p.

SEIDMAN Steven (ed.), *The Postmodern Turn. New Perspectives on Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 312 p.

SO'O Audrey-Pierre et JOUVE Denis (dir.), *Science et droit*, Paris, mare & martin (coll. « Droit et science politique »), 2023, 164 p.

SULLIVAN Alice et TODD Selina (eds.), *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Abingdon, Routledge, 2024, 281 p.

STRYKER Susan et WHITTLE Stephen (eds.), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, 768 p.

T

TERRY Jennifer et URLA Jacqueline L. (eds.), *Deviant Bodies. Critical Perspectives on Difference in Science and Popular Culture*, Bloomington, Indiana University Press (coll. « Race, Gender, and Science »), 1995, 424 p.

THÉRY Irène, BONNEMÈRE Pascale (dir.), *Ce que le genre fait aux personnes*, Paris, Éditions de l'EHESS (coll. « Enquête »), 2008, 320 p.

TOURME JOUANNET Emmanuelle, BURGORGUE-LARSEN Laurence, MUIR WATT Horatia et RUIZ FABRI Hélène (dir.), *Féminisme(s) et droit international. Études du réseau Olympe*, Paris, Société de législation comparée, 2015, 497 p.

4.2. Mélanges

Mélanges offerts au doyen François-Paul Blanc, Paris, Presses Universitaires de Perpignan, 2011, 1007 p.

Ruptures, mouvements et continuité du Droit. Autour de Michelle Gobert, Paris, Economica, 2004, 568 p.

Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris, Dalloz, 1985, 849 p.

Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu, Paris, PUF, 1994

4.3. Actes de colloque et de journées d'études

BIOY Xavier (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole (coll. « Travaux de l'IFR »), 2013, 334 p.

BOYER-BÉVIÈRE Bénédicte, DIBIE Dorothée et MARAIS Astrid (dir.), *La bioéthique en débat : quelle loi ?*, Paris, Dalloz, 2020, 286 p.

BUI-XUAN Olivia (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne,

IFJD (coll. « Colloques et essais »), 2023, 294 p.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Transsexualisme, médecine et droit. Actes / XXIIIe Colloque de droit européen*, Pays-Bas, Éditions du Conseil de l'Europe, 1995, 304 p.

DÉFENSEUR DES DROITS, *Actes du colloque Multiplication des critères de discrimination : enjeux, effets et perspectives*, Paris, 2018, 216 p.

FONDIMARE Elsa et MEDARD INGHILTERRA Robin, *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie (coll. « Colloques et essais »), 2023, 444 p.

HÉNIN Emmanuelle, SALVADOR Xavier-Laurent et TAVOILLOT Pierre-Henri, *Après la déconstruction. L'université au défi des idéologies*, Paris, Odile Jacob, 2023, 528 p.

LEGROS Bérangère, *Acceptabilité sociale et mutations des droits de la biomédecine et de la santé*, Paris, LEH Edition, 2024, 306 p.

MALLET-BRICOUT Blandine et FAVARIO Thierry (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 202 p.

MORON-PUECH Benjamin et SAITO Tetsushi, *Droits humains des minorités sexuelles, sexuelles et genrées. Regards franco-japonais*, Paris, Société de Législation Comparée (coll. « Colloques »), 2024, vol.63, 519 p.

MUTELET Valérie et VASSEUR-LAMBRY Fanny (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois Presses Université (coll. « Droit et sciences économiques »), 2015, 282 p.

SUDRE Frédéric et SUREL Hélène (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 480 p.

WALCH Agnès (éd.), *La Médiatisation de la vie privée. XVe-XXe siècle*, Arras, Artois Presses Université (coll. « Histoire »), 2012, 264 p.

4.4. Rapports de recherche collective

BRIBOSIA Emmanuelle, RORIVE Isabelle et OUHNAOUI Hania, *Rapport au sujet de l'arrêt n°099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, Belgique, Equality Law Clinic, 2019.

COOPER Davina, EMERTON Robyn, GRABHAM Emily, NEWMAN Han, PEEL Elizabeth, RENZ Flora et SMITH Jessica, *Abolishing Legal Sex Status: The Challenge and Consequences of Gender-Related Law*

Reform, King's College London, Future of Legal Gender Project, 2022, 46 p.

HÉRAULT Laurence (dir.), *État civil de demain et transidentité. Rapport final*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, mai 2018, 279 p.

SOSA Lorena, JACOBS Pauline, BRINK Marjolein VAN DEN et BURNSIDE Mina, *Written Opinion Regarding the Request for an Advisory Opinion on "Differentiated Approaches to Persons Deprived of Liberty"*, Pays-Bas, Utrecht University, 2021.

5. Articles de recherche

5.1. Parus dans un ouvrage collectif

A

ABOUT Ilse, « Identités indigènes et police coloniale » dans Pierre Piazza (dir.), *Aux origines de la police scientifique*, Paris, Karthala (coll. « Hommes et sociétés »), 2011, p. 280-301.

ALMAZIDI Nour, « Against Our Fetrah: On the Epistemic and Material Implications of Anti-Gender Politics in the Gulf » dans Aiko Holvikivi, Billy Holzberg et Tomás Ojeda (eds.), *Transnational Anti-Gender Politics: Feminist Solidarity in Times of Global Attacks*, Cham, Springer International Publishing, 2024, p. 203-224.

ARPIN Philippa, « Histoire critique de la notion d'identité de genre », dans Pauline Clohec et Noémie Grunenwald (dir.), *Matérialismes trans*, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 249-280.

ASHLEY Florence, « 'X' Why? Gender Markers and Non-binary Transgender People » dans Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs*, Cham, Springer International Publishing (coll. « Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law »), 2021, vol. 54, p. 33-48.

B

BATTEUX Séverine, « Autonomie & autodétermination » dans Pauline Clohec et Noémie Grunenwald (dir.), *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 83-98.

BEAUBATIE Emmanuel, « Le genre précède le changement de sexe » dans Pauline Clohec et Noémie Grunenwald (dir.), *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 67-79.

BEGDACHE Roula El-Husseini et SAKR Alexandre, « Aspects de l'état civil à travers les relations des autorités civiles et confessionnelles au Liban » dans Jacqueline Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2003, p. 195-212.

BESNIER Niko, « Polynesian Gender Liminality Through Time and Space » dans Gilbert Herdt (ed.), *Third Sex, Third Gender. Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, New York, Zone Books, 1994, p. 285-328.

BIOY Xavier, « L'ambiguïté du concept de non-discrimination » dans Frédéric Sudre et Hélène Surel (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 51-84.

BOISGONTIER Audrey, « Is the *Lex Sportiva* on Track for Intersex Person's Rights? The World Athletics' Regulations Concerning Female Athletes with Differences of Sex Development in the Light of the ECHR » dans Antoine Duval, Johan Lindholm et Alexandre Krüger (eds.), *The European Roots of the Lex Sportiva: How Europe Rules Global Sport*, Oxford, Hart Publishing, 2024, vol.18, p. 257-282.

BOISGONTIER Audrey et THIBAUT Léa, « Entre considérations éthiques et encadrement juridique : double regard sur la prise en charge médicale des enfants intersexués » dans Audrey-Pierre So'o et Denis Jouve (dir.), *Science et droit*, Paris, mare & martin (coll. « Droit et science politique »), 2023, p. 137-151.

BORRILLO Daniel, « Comment articuler droits des femmes et droits des non-binaires ? » dans Olivia Bui-Xuan (dir.),

Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité, Bayonne, IFJD, 2023, p. 251-261.

BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » dans Nicole Gallus (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ Anthémis, 2012, p. 7-24.

BORRILLO Daniel, « La parenté et la parentalité dans le droit » dans Elsa Dorlin et Éric Fassin (dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions de la bibliothèque publique d'information du centre Pompidou, 2007, p. 121-135.

BOUVATTIER Claire, « Naître avec un développement sexuel différent (DSD) » dans Bénédicte Boyer-Bévière, Dorothée Dibie et Astrid Marais (dir.), *La bioéthique en débat : quelle loi ?*, Paris, Dalloz, 2020, p. 49-54.

BRINK Marjolein VAN DEN et TIGCHELAAR Jet, « The Equality of the (non) Trans-Parent: Women Who Father Children » dans Marjolein van den Brink, Susanne Burri et Jenny Goldschmidt (eds.), *Equality and human rights: nothing but trouble? Liber Amicorum Titia Loenen*, Utrecht, SIM, 2015, vol.38, p. 247-260.

BRODEALĂ Elena, « Gender Discrimination in Romania through the Case Law of the ECtHR » dans Barbara Havelkova et Mathias Möschel (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 214-232.

BRUGGEMAN Maryline, « Le contenu de l'acte de naissance » dans Claire Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, 2008, p. 113-131.

BRUGGEMAN Maryline, « Le rôle de l'état civil » dans Claire Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, 2008, p. 23-39.

BRUNET Laurence et FORTIER Corinne, « Changement d'état civil des personnes "trans" en France : du transsexualisme à la transidentité » dans Nicole Gallus (dir.), *Droit des familles, genres et sexualité*, Paris, Anthémis, 2012, p. 63-113.

BUI-XUAN Olivia, « Introduction générale » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 7-35.

BUI-XUAN Olivia, « L'appréhension de la non-binarité dans les établissements scolaires et d'enseignement supérieur » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 129-152.

BURBERGS Maris, « How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born: Article 8 ECHR » dans Eva Brems et Janneke Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 315-329.

C

CARLIN Claire, « "Une curiosité vaine et indiscreète" : Le mariage au carrefour de la vie privée et de l'intérêt public » dans Agnès Walch (ed.), *La Médiatisation de la vie privée XVe-XXe siècle*, Arras, Artois Presses Université (coll. « Histoire »), 2012, p. 151-162.

CANNOOT Pieter, « The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act » dans Eva Brems, Pieter Cannoot et Toon Moonen (eds.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 11-54.

CATTO Marie-Xavière, « Garder la catégorie juridique de “femme” ? » dans Patricia Lemarchand et Muriel Salle (dir.), *Qu'est-ce qu'une femme ? Catégories homme/femme : débats contemporains*, Paris, Éditions Matériologiques, 2023, p. 131-152.

CATTO Marie-Xavière, « Suppression de la mention du sexe ou ajout du sexe neutre à l'état civil ? » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 39-53.

CATTO Marie-Xavière et OSELLA Stefano, « The Sexed Subject » dans Stéphanie Hennette-Vauchez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 25-60.

CATTO Marie-Xavière, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe » dans Marie-Xavière Catto et Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 155-182.

CATTO Marie-Xavière et BRUNET Laurence, « “Homme et femme, la Cour créa”. Note sous Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 » dans Marie-Xavière Catto et Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 75-120.

CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », dans Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman (dir.), *La loi et le genre : études critiques de droit français*, Paris, CNRS Editions, 2014, p. 29-47.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Les droits fondamentaux peuvent-ils se dispenser d'une référence au genre ? Avantages et revers de la prise en charge juridique de la pluralité de genres » dans

Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 203-216.

CHARRUAU Jimmy, « Mixité des institutions et égalité » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 109-128.

CHEVALLIER Jacques, « Les fondements idéologiques du droit administratif français » dans Jacques Chevallier (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1979, vol.2, p. 3-57.

CLOCHEC Pauline, « Du spectre du matérialisme à la possibilité de matérialismes trans » dans Pauline Clochec et Noémie Grunenwald (dir.), *Matérialismes trans*, Fellingering, Hystériques & Associés, 2021, p. 17-64.

COHEN Mathilde, « The Lactating Man » dans Mathilde Cohen et Otomo Yoriko (eds.), *Making Milk. The Past, Present and Future of Our Primary Food*, London, Bloomsbury, 2017, p. 141-160.

CONAGHAN Joanne, « Intersectionality and the Feminist Project in Law » dans Emily Grabham, Davina Cooper, Jane Krishnadas et Didi Herman (eds.), *Intersectionality and Beyond: Law, Power and the Politics of Location*, 1^{re} éd., Abingdon, Routledge-Cavendish (coll. « A GlassHouse book »), 2009, p. 21-48.

CORCORAN Suzanne, « Does a Corporation Have Sex? Corporations as Legal Persons » dans Ngaire Naffine et Rosemary J. Owens (eds.), *Sexing the Subject of Law*, Sydney, LBC Information Services, 1997, p. 215.

COTT Nancy F., « Giving Character to Our Whole Civil Polity: Marriage and the Public Order in the Late Nineteenth Century » dans Linda K. Kerber, Alice Kessler-Harris et Kathryn Kish Sklar (eds.), *U.S. History as Women's History: New Feminist Essays*,

Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995, p. 107-124.

CUBEDDU WIEDEMANN Maria Giovanna, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Italy » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 249-259.

CURRAH Paisley et MOORE Lisa Jean, « Legally Sexed. Birth Certificates and Transgender Citizens » dans Rachel E. Dubrofsky et Shoshana Magnet (eds.), *Feminist Surveillance Studies*, Durham, Duke University Press, 2015, p. 58-76.

CUVIER Georges, « Extrait d'observations faites sur le cadavre d'une femme connue à Paris et à Londres sous le nom de Vénus Hottentotte » dans *Mémoires du Muséum d'histoire naturelle*, Paris, G. Dufour, 1817, T. 3, p. 259-274.

D

DASTON Lorraine et PARK Katharine, « The Hermaphrodite and the Orders of Nature: Sexual Ambiguity in Early Modern France » dans Louise Fradenburg et Carla Freccero (eds.), *Premodern Sexualities*, New York, Routledge, 1997, p. 117-136.

DAVIES Margaret, « Taking the Inside Out: Sex and Gender in the Legal Subject » dans Ngairé Naffine et Rosemary J Owens (eds.), *Sexing the Subject of Law*, Sydney, LBC Information Services, 1997, p. 25-46.

DEROUSSIN David, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle » dans Blandine Mallet-Bricout et Thierry Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 7-23.

DETEȘEANU Daniela-Anca et NICOLESCU Cristina-Mihaela, « The Civil Status of Trans Persons Under the Romanian Legal System » dans Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs A Comparative Study of Legal Reform*

Concerning Trans Persons, Suisse, Springer International Publishing, 2021, p. 119-132.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie et PICHARD Marc, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) » dans *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 49-66.

E

EGEA Pierre, « L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque » dans Xavier Bioy (ed.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole (coll. « Travaux de l'IFR »), 2013, p. 181-190.

ERDMAN Joanna N., « The Reproductive Subject: The Reproductive Subject and the Embodied State of International Human Rights Law » dans Stéphanie Henneute-Vauchez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 207-236.

F

FAUSTO-STERLING Anne, « Gender, Race, and Nation: The Comparative Anatomy of "Hottentot" Women in Europe, 1815-1817 » dans Jennifer Terry et Jacqueline L. Urla (eds.), *Deviant Bodies. Critical Perspectives on Difference in Science and Popular Culture*, Bloomington, Indiana University Press (coll. « Race, Gender, and Science »), 1995, p. 19-48.

FASSIN Éric, « Postface. Le contrat racial et la racialisation du contrat sexuel » dans *Le contrat sexuel*, Paris, La Découverte (coll. « Institut Emilie du Châtelet »), 2010, p. 319-328.

FONDIMARE Elsa et MEDARD INGHILTERRA Robin, « Enjeux et ambitions de la recherche : confronter le droit de la non-discrimination à ses marges » dans Elsa

Fondimare et Robin Medard Inghilterra, *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie (coll. « Colloques & Essais »), 2023, p. 9-20.

FREDMAN Sandra, « Challenging the Frontiers of Gender Equality » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press (coll. « Pennsylvania Studies in Human Rights »), 2023, p. 38-54.

FURKEL Françoise, « La situation juridique du transsexuel en République Fédérale d'Allemagne » dans Jacqueline Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2003, p. 773-794.

G

GARBER Marjorie, « The Chic of Araby: Transvestism and the erotics of cultural appropriation » dans Susan Stryker et Stephen Whittle (eds.), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, p. 635-665.

GARIBIAN Taline, « La fabrique chirurgicale du sexe. Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960) » dans Hélène Martin et Marta Roca i Escoda (eds.), *Sexuer le corps. Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui*, Lausanne, HETSL, 2019, p. 35-49.

GARLAND Jameson, « Sweden » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 281-312.

GESLIN Albane, « L'apport des postcolonial studies à la recherche en droit international » dans Albane Geslin, Carlos Miguel Herrera et Marie-Claire Ponthoreau (dir.), *Postcolonialisme et droit :*

perspectives épistémologiques, Paris, Éditions Kimé (coll. « Nomos & normes »), 2020.

GREENBERG Julie A., « Definitional Dilemmas: Male or Female? Black or White? The Law's Failure to Recognize Intersexuals and Multiracials » dans Toni Lester (ed.), *Gender Nonconformity, Race, and Sexuality. Charting the Connections*, Wisconsin, University of Wisconsin Press, 2002, p. 102-126.

GROSBON Sophie, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » dans Diane Roman (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, p. 19-47.

GRÜNDLER Tatiana et BOURDAIRE-MIGNOT Camille, « La parentalité trans ou la difficile acceptabilité sociale du double rattachement sexué » dans Bérangère Legros, *Acceptabilité sociale et mutations des droits de la biomédecine et de la santé*, Paris, LEH Edition, 2024, p. 107-119.

GUILLO Dominique, « Les théories naturalistes du sexe et du genre. Éléments d'analyse interne » dans Irène Théry et Pascale Bonnemère (éd.), *Ce que le genre fait aux personnes*, Paris, Éditions de l'EHESS (coll. « Enquête »), 2008, p. 255-276.

H

HAVELKOVA Barbara, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in the Czech Republic » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 125-145.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et PICHARD Marc, « La fondamentalisation de l'état civil » dans Amélie Gogos-Gintrand et Stéphanie Moracchini-Zeidenberg (dir.), *Identité et état civil: évolutions*

contemporaines, Bordeaux, LEH édition (coll. « À la croisée des regards »), 2024, p. 281-305.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, « Du sexe au genre : le corps des femmes en droit international » dans Emmanuelle Tourme Jouannet, Laurence Burgorgue-Larsen, Horatia Muir Watt et Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Féminisme et droit international. Études du réseau Olympe*, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 265-321.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et RUBIO-MARÍN Ruth, « Introduction: From Law and Gender to Law as Gender – The Legal Subject and the Co-production Hypothesis » dans Stéphanie Hennette-Vauchez et Ruth Rubio-Marín (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 1-22.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Gender Equality in the European Court of Human Rights » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of gender equality: transnational legal perspectives*, 1st edition., Philadelphia, University of Pennsylvania Press (coll. « Pennsylvania Studies in Human Rights »), 2023, p. 199-218.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Neutralisation des énoncés juridiques et égalité femmes-hommes » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 217-229.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution sans subversion » dans Charles Bosvieux-Onyekwelu et Véronique Mottier (dir.), *Genre, droit et politique*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 2022, p. 159-171.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Analyse juridique du genre » dans Rafael Encinas de

Muñagorri, Stéphanie Hennette-Vauchez, Carlos Miguel Herrera et Olivier Leclerc (dir.), *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 113-136.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Bioéthique et genre : cadrage théorique, enjeux européens » dans *Bioéthique et genre*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, p. 21-38.

HÉRAULT Laurence, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration » dans Thomas Bujon, Christine Dourlens et Gwenola Le Naour (dir.), *Aux frontières de la médecine*, Paris, EAC, 2014, p. 209-220.

HÉRAULT Laurence, « « Le sexe de l'enfant est légitime ». À propos de la mention de sexe à l'état civil et de sa modification. » dans Jérôme Courduriers, Christine Dourlens et Laurence Héault (dir.), *État civil et transidentité: anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence (coll. « Penser le genre »), 2021, p. 23-53.

J

JAUNAIT Alexandre, « Qu'est-ce que le genre ? » dans Frédéric Regard et Anne Tomiche (eds.), *Déconstructions Queer. Les fondamentaux*, Paris, Hermann, 2023, p. 32-69.

JAUNAIT Alexandre, « L'invention trans de l'identité de genre dans le droit français » dans Charles Bosvieux-Onyekwelu, Véronique Mottier (dir.), *Genre, droit et politique*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 2022, p. 31-45.

JENNEQUIN Anne et ROSTAING Corinne, « La non-binarité en détention. Un défi majeur pour l'administration pénitentiaire » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne,

Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 169-191.

JOHNSON Paul et FALCETTA Silvia, « Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights » dans Chris Ashford et Alexander Maine (eds.), *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*, Cheltenham, GB, Elgar, 2019.

JONES Jane Clare, « The History of Sex. Sex Denial and Gender Identity Ideology » dans Alice Sullivan et Selina Todd (eds.), *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Abingdon, Routledge, 2024, p. 69-85.

JUDDE DE LARIVIÈRE Claire, « Du sceau au passeport. Genèse des pratiques médiévales de l'identification » dans Gérard Noiriel (éd.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin, 2007, p. 57-78.

K

KAPUR Ratna, « The Im/possibility of Queering Human Rights » dans Dianne Otto (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, London, Routledge (coll. « Routledge research in international law »), 2018, p. 131-147.

KRAUS Cynthia, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains » dans Delphine Gardey et Iliana Löwy (dir.), *L'Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, Paris, EAC, 2000, p. 187-213.

L

LAKE Marilyn, « From Self-Determination via Protection to Equality via Non-Discrimination: Defining Women's Rights at the League of Nations and the United Nations » dans Patricia Grimshaw, Katie Holmes et Marilyn Lake (eds.), *Women's Rights and Human Rights: International*

Historical Perspectives, London, Palgrave Macmillan, 2001, p. 254-271.

LATTY Franck, « Lex sportiva et autonomie du sport » dans Jean-Loup Chappelet (ed.), *L'autonomie des organisations sportives*, Lausanne, Université de Lausanne, 2019, p. 35-43.

LAU Holning, « Gender Scripting and Deliberative Democracy » dans Martha Albertson Fineman (ed.), *Transcending the Boundaries of Law*, Abingdon, Routledge, 2010, p. 326-338.

LEROYER Anne-Marie, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur des discriminations » dans Sylvain Bollée et Etienne Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éditions, 2016, p. 129-138.

LEROYER Anne-Marie, « La notion d'état des personnes » dans *Ruptures, mouvements et continuité du Droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 246 et s.

LOCHAK Danièle, « Le droit / les droits à l'épreuve de la non-binarité. Réflexions conclusives » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 265-276.

LOCHAK Danièle, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit » dans Daniel Borrillo et Félicien Lemaire (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, Paris, L'Harmattan (coll. « Logiques juridiques »), 2020, p. 57-75.

LOCHAK Danièle, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen » dans Danièle Lochak et Miyoko Tsujimura (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris,

Société de législation comparée, 2013, p. 39-60.

LOCHAK Danièle, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? » dans Danièle Lochak et Daniel Borrillo (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 7-27.

LOCHAK Danièle, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit » dans Daniel Borrillo (dir.), *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 39-63.

LOCHAK Danièle, « Le droit, discours de pouvoir » dans Gérard Conac, Herbert Maisl et Jacques Vaudiaux (eds.), *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429-444.

M

MALATINO Hilary, « Situating Bio-logic, Refiguring sex: Intersexuality and Coloniality » dans Morgan Holmes (dir.), *Critical Intersex*, London, Ashgate (coll. « Queer Interventions »), 2009, p. 73-94.

MARCHETTI Valerio, « Proposition de règlement juridique d'une troisième sexualité : Lorenzo Matheu y Sanz et les hermaphrodites (1663) » dans Jean-Pierre Royer et Jacques Poumarède (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, Lille, Publications de l'espace juridique, 1987, p. 451.

MARGUET Laurie, « De l'existence d'un droit à l'IVG en France » dans Stéphanie Henneute-Vauchez et Laurie Marguet (dir.), *De haute lutte : la révolution de l'avortement*, Paris, CNRS éditions, 2025, p. 17-21.

MAUZÉ Marie, « Franz Boas (1858-1942) » dans Mathilde Lequin et Albert Piette (dir.), *Dictionnaire des anthropologies*, Paris, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2022, p. 1076.

MAZALEIGUE-LABASTE Julie, « Entre la nature et le droit, une histoire du "vrai sexe" (XVIIe-XXIe siècle) » dans Marie-Xavière Catto et Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 23-45.

MESNIL Marie, « En finir avec la référence au sexe dans le numéro de sécurité sociale » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 87-105.

MESNIL Marie, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée » dans *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin (coll. « Institut des sciences juridiques et philosophique de la Sorbone »), 2021, p. 201-224.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public » dans *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 317-332.

MILLARD Éric, « Droit et genre » dans Sonia Leverd (dir.), *Les nouveaux territoires du droit*, Paris, L'Harmattan (collection « Logiques juridiques »), 2013, p. 87-104.

MILLARD Éric, « Le rôle de l'état civil dans la construction de l'État » dans *Mélanges offerts au doyen François-Paul Blanc*, Paris, Presses Universitaires de Perpignan, 2011, p. 721-727.

MIRKOVIC Aude, « La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil constitue-t-elle « un élément fondateur de l'organisation sociale et juridique » ? » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023, p. 71-86.

MOATTI Claudia, « Reconnaissance et identification des personnes dans la Rome antique » dans Gérard Noiriel (ed.), *L'identification. Genèse d'un travail d'État*, Paris, Belin, 2007, p. 27-55.

MOATTI Chandra Talpade, « Sous les yeux de l'Occident : recherches féministes et discours coloniaux » dans Christine Verschuur (dir.), *Genre, postcolonialisme et diversité de mouvements de femmes*, Genève, L'Harmattan, 2010, p. 171-202.

MORE Gillian, « The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right? » dans Paul Craig et Grainne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 517-553.

MOREAU Sophia, « Faces of Gender Inequality » dans Rebecca J. Cook et Cecilia Medina Quiroga (eds.), *Frontiers of Gender Equality: Transnational Legal Perspectives*, 1st edition., Philadelphia, University of Pennsylvania Press (coll. « Pennsylvania Studies in Human Rights »), 2023, p. 19-37.

MORON-PUECH Benjamin, « Suppression de la "mention du sexe" ou ajout du "sexe neutre" sur les cartes d'identité ou les passeports » dans Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, IFJD, 2023.

N

NAFFINE Ngaire, « Can Women be Legal Persons? » dans Susan James et Stephanie Palmer (eds.), *Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy*, Oxford, Hart, 2002, p. 69-90.

NEIRINCK Claire, « Les caractères de l'état civil » dans Claire Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 2008, p. 41-54.

NISHITANI Yuko, « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in

Japan » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 363-389.

O

OTTO Dianne, « International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism » dans Margaret Davies et Vanessa E. Munro (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, London, Routledge, 2013, p. 197-215.

OTTO Dianne, « Lost in Translation: Re-Scripting the Sexed Subjects of International Human Rights Law » dans Anne Orford (ed.), *International Law and its Others*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 318-356.

P

PICHARD Marc, « La mention du sexe dans les actes de l'état civil » dans Jérôme Courduriès, Christine Dourlens et Laurence Hérault (dir.), *État civil et transidentité : anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence (coll. « Penser le genre »), 2021, p. 55-72.

PICHARD Marc, « État des personnes » dans Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard, Diane Roman (dir.), *Genre et droit : ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016, p. 27-57.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens » dans Pousson-Petit Jacqueline (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 719-772.

R

RASSAT Michèle-Laure, « Sexe, médecine et droit » dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 651-674.

RAZ Michal, « La médicalisation précoce de l'intersexuation. Génèse d'un paradigme » dans Marie-Xavière Catto et Julie Mazaleigue-Labaste (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 47-73.

ROMAN Diane, « Reconnaissance juridique de la non-binarité et actions positives en faveur des femmes » dans *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, p. 231-249.

ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? » dans Stéphanie Hennette-Vachez, Mathias Möschel et Diane Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz (coll. « A droit ouvert »), 2013, p. 93-121.

ROSTAING Corinne, « Stigmate » dans *Les 100 mots de la sociologie*, Paris, PUF (coll. « Que sais-je ? »), 2015, p. 100.

S

SCHERPE Jens M. et DUNNE Peter, « Comparative Analysis and Recommendations » dans Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 615-663.

SCOTT Joan Wallach, « Deconstructing Equality-Versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism » dans Steven Seidman (ed.), *The Postmodern Turn. New Perspectives on Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 282-298.

SHAKHSARI Sima, « Shuttling Between Bodies and Borders: Transmigration and the Politics of Rightful Killing » dans Susan Stryker et Aizura (eds.), *Transgender Studies Reader II*, New York, Routledge, 2013, p. 565-579.

SICARD Germain, « L'identité historique » dans Jacqueline Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 115-177.

SISSA Giulia, « Philosophies du genre. Platon, Aristote et la différence des sexes » dans Georges Duby, Michelle Perrot (dir.), *Histoire des femmes en Occident. I. L'Antiquité*, Paris, Perrin (coll. « Collection tempus »), 2002, p. 19-33.

SMILOVA Ruzha, « The Ideological Turn in Bulgarian Constitutional Discourse. The Rise Against 'Genders' » dans András Sajó et Renáta Uitz (eds.), *Critical Essays on Human Rights Criticism*, The Hague, Eleven, 2020, p. 177-197.

SUK Julie C., « Les stéréotypes de genre sont-ils mauvais pour les femmes ? » dans Stéphanie Hennette-Vachez, Mathias Möschel et Diane Roman (dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz (coll. « À droit ouvert »), 2013, p. 205-228.

STRITZKE Nadyne et SCARAMUZZA Elisa, « Trans*, Intersex, and the Question of Pregnancy: Beyond Repronormative Reproduction » dans Stefan Horlacher (ed.), *Transgender and Intersex: Theoretical, Practical, and Artistic Perspectives*, Dresden, Palgrave Macmillan, 2016, p. 141-163.

SWEENEY Morgan, « Action positive » dans *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 19-21.

SØRLIE Anniken, « Governing (Trans) Parenthood – The Tenacious Hold of Biological Connection and Heterosexuality » dans *Queering international law: possibilities, alliances, complicities, risks*, London, Routledge (coll. « Routledge research in international law »), 2018, p. 171-190.

T

TÄNNSJÖ Torbjörn, « Against Sexual Discrimination in Sport » dans Claudio Tamburrini, et Torbjörn Tännsjö (eds.), *Values in Sport. Elitism, Nationalism, Gender Equality and the Scientific Manufacturing of Winners*, Londres, Taylor and Francis, 2002, p. 347-358.

THÉRY Irène, « Pour une anthropologie comparative de la distinction de sexe » dans Irène Théry et Pascale Bonnemère (dir.), *Ce que le genre fait aux personnes*, Paris, Éditions de l'EHESS (coll. « Enquête »), 2008, p. 15-43.

THOMSON Michael, « The Foetal Subject: Law, Gender and Embodiment » dans Ruth Rubio-Marín et Stéphanie Hennette Vauchez (eds.), *The Cambridge Companion to Gender and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press (coll. « Cambridge Companions to Law »), 2023, p. 61-97.

TOSUN Yalçın et TEPETAŞ Candan Yasan, « Civil Status and Trans Persons in Turkey » dans Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Suisse, Springer International Publishing, 2021, p. 149-177.

TOURAILLE Priscille, « Mâle/Femelle » dans Juliette Rennes et Catherine Achin (eds.), *Encyclopédie critique du genre: corps, sexualité, rapports sociaux*, Paris, La Découverte, 2016, p. 369-379.

TOURME Emmanuelle, « Les différentes étapes pour la reconnaissance des droits des femmes » dans Emmanuelle Tourme Jouannet, Laurence Burgorgue-Larsen, Horatia Muir Watt et Hélène Ruiz Fabri (dir.), *Féminisme(s) et droit international: études du réseau Olympe*, Paris, France, Société de législation comparée (coll. « Collection de l'Institut des sciences

juridique et philosophique de la Sorbonne »), 2016, vol.39.

TOWLE Evan B. et MORGAN Lynn M., « Romancing the Transgender Native: Rethinking the Use of the “Third Gender” Concept » dans Susan Stryker et Stephen Whittle (eds.), *The Transgender Studies Reader*, New York, Routledge, 2006, p. 666-684.

TROPER Michel, « L'idéologie juridique » dans Gérard Duprat (dir.), *Analyse de l'idéologie*, Tome 2, Paris, Galilée, 1980, p. 221-234.

TSUJIMURA Miyoko, « Les paradoxes de la “discrimination positive”: notions et mesures de “positive action” en droit comparé » dans Danièle Lochak et Miyoko Tsujimura (dir.), *Égalité des sexes: la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et États-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 21-37.

TUSSEAU Guillaume, « Sur le métalangage du comparatiste. De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste » dans *La fabrique de l'ordre juridique. Les juristes et la hiérarchie des normes*, Ljubljana, Revus, 2013, p. 91-115.

U-V

UNDURRAGA Verónica, « Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights » dans Eva Brems et Alexandra Timmer (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 67-96.

VASSEUR-LAMBRY Fanny, « L'Identité, l'état civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes » dans Valérie Mutelet et Fanny Vasseur-Lambry (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es: L'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Arras, Artois

Presses Université (coll. « Droit et sciences économiques »), 2015, p. 61-87.

W

WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », dans Évelyne Peyre et Joëlle Wiels (dir.), *Mon corps a-t-il un sexe?: sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, Paris, La Découverte (coll. « Recherches »), 2015, p. 42-63.

WILL Michaël R., « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe : la situation en droit comparé » dans *Transsexualisme, médecine et droit. Actes / XXIIIe Colloque de droit européen*, Pays-Bas, Éditions du Conseil de l'Europe, 1995, p. 81-108.

WINTEMUTE Robert, « Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents under the European Convention » dans *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 713-729.

5.2. Parus dans une revue

A

ABSI Pascale, « El género sin sexo ni derechos : la Ley de identidad de género en Bolivia », *Debate Feminista*, 15 novembre 2019, vol. 59, p. 31-43.

AEGERTER Audrey, « Enjeux et controverses quant à la participation d'activistes intersexes au Consensus de Chicago (2005) », *Santé Publique*, 2023, vol. 34, n° HS2, p. 59-67.

AGUADO Ali et ZDANOWICZ Ian, « L'usage du droit dans le mouvement d'émancipation trans », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 77-94.

WOJEWODA Michal, « Gender Modification in Poland: A Case Law Phenomenon in a Civil Law Country » dans Isabel C. Jaramillo et Laura Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Suisse, Springer International Publishing, 2021, p. 97-117.

Y-Z

YOUNSI-HADDAD Nadia, « L'état civil en Algérie » dans Jacqueline Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Paris, Bruylant, 2002, p. 213-240.

ZARCA Alexis, « Liberté associative d'exclusion et principe de non-discrimination » dans *Préférences et discriminations. Réflexions sur la liberté et ses espaces persistants*, Monts, Institut francophone pour la justice et la démocratie (coll. « Colloques & Essais »), 2023, p. 221-255.

ALAATTINOĞLU Daniela et MARGARIA Alice, « Trans Parents and the Gendered Law: Critical Reflections on the Swedish Regulation », *International Journal of Constitutional Law*, juin 2023, p. 1-22.

ALAATTINOĞLU Daniela et RUBIO-MARÍN Ruth, « Redress for Involuntarily Sterilised Trans People in Sweden against Evolving Human Rights Standards: A Critical Appraisal », *Human Rights Law Review*, 2019, vol. 19, n° 4, p. 705-732.

ALESSANDRIN Arnaud, « Aux origines du « transsexualisme » en France : une réticence psychanalytique », *Sciences sociales et santé*, 2022, vol. 40, n° 1, p. 103-109.

ALESSANDRIN Arnaud, « Du « transsexualisme » à la « dysphorie de genre » : ce que le DSM fait des variances de genre », *Socio-logos*, 2014, n° 9.

ALGOSO Teresa A., « Thoughts on Hermaphroditism: Miyatake Gaikotsu and the Convergence of the Sexes in Taishō Japan », *The Journal of Asian Studies*, août 2006, vol. 65, n° 3, p. 555-573.

ANDRO Armelle et LESCLINGAND Marie, « Les mutilations génitales féminines. État des lieux et des connaissances », *Population*, 23 septembre 2016, vol. 71, n° 2, p. 224-311.

ANDROUTSOS G., PAPADOPOULOU M. et GEROULANOS S., « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », *Andrologie*, 2001, vol. 11, n° 2, p. 89-93.

APUSIGAH Agnes Atia, « Is gender yet another colonial project? A critique of Oyeronke Oyewumi's proposal », *Revue Africaine de Philosophie*, 2008, p. 23-44.

ARLETTAZ Fernando, « Argentine », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, vol. 34, n° 2018, p. 105-147.

ATIAS Christian et LINOTTE Didier, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, p. 251-258.

ASHLEY Florence, « Genderfucking Non-Disclosure: Sexual Fraud, Transgender Bodies, and Messy Identities », *Dalhousie Law Journal*, 2018, vol. 2, n° 41, p. 339-377.

B

BADEN Sally et GOETZ Anne-Marie, « Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]? Conflicting Discourses on Gender at Beijing », *Feminist Review*, 1997, n° 56, p. 3-25.

BAER Susanne, « Geschlecht und Recht. Zur Diskussion um die Auflösung der Geschlechtergrenzen », *Österreichische Richterzeitung*, 2014, n° 1, p. 5-11.

BARIL Alexandre, « Sexe et genre sous le bistouri (analytique) : interprétations féministes des transidentités », *Recherches féministes*, 2015, vol. 28, n° 2, p. 121-141.

BARIL Alexandre, « Transsexualité et privilèges masculins : fiction ou réalité ? » dans *Diversité sexuelle et constructions de genre*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 263-295.

BARRY William James, « Case of Doubtful Sex », *New York Journal of Medicine and Collateral Sciences*, 1847, vol. 8, n° 22.

BARTHOLOMEW Geoffrey W., « "Hermaphrodites" and the law », *University of Malaya Law Review*, juillet 1960, vol. 2, n° 1, p. 83-112.

BASSETTI Matteo E., « Human rights bodies' adjudication of trans people's rights: shifting the narrative from the right to private life to cruel and inhuman or degrading treatment », *European journal of legal studies*, 2020, vol. 12, n° 2, p. 291-325.

BATTEUX Séverine, « Autonomie & autodétermination » dans Pauline Clohec et Noémie Grunenwald (dir.), *Matérialismes trans*, Paris, Hystériques & AssociéEs, 2021, p. 83-98.

BEAUBATIE Emmanuel, « L'aménagement du placard. Rapports sociaux et invisibilité chez les hommes et les femmes trans' en France », *Genèses*, 2019, vol. 114, n° 1, p. 32-52.

BEAUDE Jean-Pierre, « Considération sur l'impuissance comme cause de la nullité du mariage, accompagnée de réflexions sur la fécondation », *Journal des connaissances médicales pratiques*, 1835 1834, T.2, p. 178-182.

BÉCHILLON Denys DE, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.*, 2002, p. 47-69.

BELLAMI Victoria, CARAZO MÉNDEZ Wendy et GRADIN Carlotta, « Dénonciation de la Convention d'Istanbul par la Turquie : L'insoluble équilibre entre volonté étatique et garantie des droits des femmes et des filles », *Droits fondamentaux*, 2021, n° 19, p. 32.

BELLIVIER Florence, « Autonomie personnelle, principes et limites », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2020, n° 10, p. 117-125.

BELLIVIER Florence et BRUNET Laurence, « De la nature humaine à l'identité génétique : nature et artifice dans les lois "bioéthique" », *Espaces et sociétés*, 1999, vol. 99, n° 3, p. 43-68.

BEN-ASHER Noa, « Transforming Legal Sex », *North Carolina Law Review*, 2024, vol. 102, p. 335-394.

BENNETT Theodore, « Non-Binary Sex Identification in Australian Law and Policy », *UNSW Law Journal*, 2014, vol. 37, n° 3, p. 847-873.

BENNINGHAUS Christina, « Beyond Constructivism?: Gender, Medicine and the Early History of Sperm Analysis, Germany 1870–1900 », *Gender & History*, 2012, vol. 24, n° 3, p. 647-676.

BERGHAUSEN Mark E., « Intersex Employment Discrimination: Title VII and Anatomical Sex Nonconformity Notes and Comments », *Northwestern University Law Review*, 2011, vol. 105, n° 3, p. 1281-1316.

BERLANT Lauren et WARNER Michael, « Sex in Public », *Critical Inquiry*, 1998, vol. 24, n° 2, p. 547-566.

BERTHIAU Denis et BRUNET Laurence, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.*, 2011, p. 1522.

BERNSTEIN David E, « Sex Discrimination Laws Versus Civil Liberties », *University of Chicago Legal Forum*, 1999, vol. 1, p. 133-197.

BIANCHI Andria, « Something's Got to Give: Reconsidering the Justification for a Gender Divide in Sport », *Philosophies*, mai 2019, vol. 4, n° 23, p. 13.

BLACKLESS Melanie, CHARUVASTRA Anthony, DERRYCK Amanda, FAUSTO-STERLING Anne, LAUZANNE Karl et LEE Ellen, « How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis », *American Journal of Human Biology*, 2000, vol. 12, n° 2, p. 151-166.

BLACKWOOD Evelyn, « Tombois in West Sumatra: Constructing Masculinity and Erotic Desire », *Cultural Anthropology*, 1998, vol. 13, n° 4, p. 491-521.

BOHUON Anaïs, « Sport et bicatégorisation par sexe : test de féminité et ambiguïtés du discours médical », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008, vol. 27, n° 1, p. 80-91.

BOISGONTIER Audrey et LANIER Clément, « La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2 octobre 2023.

BOISGONTIER Audrey, « Absence de reconnaissance d'un "sexe neutre" : la Cour européenne des droits l'Homme joue la carte de la prudence », *La Revue des droits de l'homme*, 23 avril 2023.

BOISGONTIER Audrey, « Inscription du « sexe à la naissance » à l'état civil en Hongrie : un recul significatif pour les droits des personnes trans et intersexes. À propos de l'article 33 du projet de loi relatif à la modification de certaines lois

administratives et au libre transfert de propriété (T/9934) du 19 mai 2020 », *Revue des droits de l'Homme*, 4 juin 2020.

BONY Henri, MORON-PUECH Benjamin et MOSCONI Léa, « La (dé)ségrégation des toilettes », *Techniques & Culture*, 18 juillet 2022, vol. 77, n° 1, p. 74-93.

BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence - Revue Critique*, 2011, p. 263-274.

BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » dans *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ Anthémis, 2012, p. 7-24.

BOSA Bastien, PAGIS Julie et TRÉPIED Benoît, « Le passing : un concept pour penser les mobilités sociales », *Genèses*, 2019, vol. 114, n° 1, p. 5-9.

BOTTINI Eleonora et PASETTO Sarah, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, 2014.

BOTTINI Eleonora, « Le “comme si” de l'acte sexuel dans le lien de filiation : une fiction juridique à effacer ? » dans *Le traitement juridique du sexe*, Paris, L'Harmattan (coll. « Presses Universitaires de Sceaux »), 2010, p. 49-64.

BOUCOBZA Isabelle, « La neutralité axiologique est-elle dépassée ? Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 9 mai 2023, n° 24.

BOUILLY Emmanuelle et N'DIAYE Marième, « Introduction au thème. Penser l'anti-genre en Afrique », *Politique africaine*, 2022, vol. 168, n° 4, p. 5-24.

BOULOT Élisabeth, « La Cour suprême, les droits des femmes et l'égalité des sexes », *Revue française d'études américaines*, 2001, vol. 87, n° 1, p. 87-101.

BOURCIER Sam, « Des “femmes travesties” aux pratiques transgenres : repenser et queeriser le travestissement », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1999, n° 10, p. 117-136.

BOURDIEU Pierre, « À propos de la famille comme catégorie réalisée », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1993, vol. 100, n° 1, p. 32-36.

BRAUNSCHWEIG Lila, « Abolishing gender registration: A feminist defence », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 30 juillet 2020, vol. 1, n° 1, p. 76-97.

BREEN Michael P., « Annulment Suits and the épreuve du congrès at the Officialité de Paris in the Early Seventeenth Century: Judicial Theory and Legal Practice », *Genre & Histoire*, septembre 2021, n° 28.

BRIBOSIA Emmanuelle, GALLUS Nicole et RORIVE Isabelle, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *Journal des tribunaux*, 2018, n°6724, p. 261-266.

BRINK Marjolein VAN DEN et TIGCHELAAR Jet, « Gender identity and registration of sex by public authorities », *European Equality Law Review*, 2015, n° 2, p. 29-40.

BRINK Marjolein VAN DEN et TIGCHELAAR Jet, « The Equality of the (non) Trans-Parent: Women Who Father Children » dans *Equality and human rights: nothing but trouble?*, Utrecht, SIM, 2015, vol.38, p. 247-260.

BRINK Marjolein VAN DEN, TIGCHELAAR Jet et REUB Philipp, « Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration. A Comparative Analysis of Germany and the

Netherlands », *European Journal of Law Reform*, 2015, vol. 17, n° 2, p. 282-293.

BRODEALĂ Elena et EPURE Georgiana, « Nature versus Nurture: ‘Sex’ and ‘Gender’ before the Romanian Constitutional Court: A Critical Analysis of Decision 907/2020 on the Unconstitutionality of Banning Gender Perspectives in Education and Research », *European Constitutional Law Review*, 7 février 2022, vol. 17, p. 1-29.

BROQUA Christophe, « Góor-jigéen : la resignification négative d’une catégorie entre genre et sexualité (Sénégal) », *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, décembre 2017, n° 9, p. 163-183.

BROWN Wendy, « Suffering Rights as Paradoxes », *Constellations*, 2000, vol. 7, n° 2, p. 208-229.

BROWNE Kath, « Womyn’s separatist spaces: rethinking spaces of difference and exclusion », *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2009, vol. 34, n° 4, p. 541-556.

BRUBAKER Rogers, « The Dolezal affair: race, gender, and the micropolitics of identity », *Ethnic and racial studies*, 2016, vol. 39, n° 3, p. 414-448.

BRUNET Laurence et MESNIL Marie, « La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ? », *La Revue des droits de l’homme*, 18 juillet 2023.

BRUNET Laurence, « Pratiques : Nouveau dispositif sur l’état civil des personnes présentant une variation du développement génital », *AJ Famille*, 2024, p. 157-159.

BUI-XUAN Olivia, « De quoi la suppression de “Madame/Monsieur” est-elle le nom ? »,

BUI-XUAN Olivia, « L’absence de reconnaissance juridique à l’état civil des personnes intersexes ne viole pas l’article 8

de la Convention européenne des droits de l’homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l’homme face au dépassement de la bicatégorisation des mentions de sexe à l’état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023) », *RTDH*, 2023, vol. 136, n° 4, p. 1117-1141.

BUI-XUAN Olivia, « Le droit au défi des identités de genre », *RDLF*, 2022, n° 19.

BUSS Doris E., « Robes, Relics and Rights: the Vatican and the Beijing Conference On Women », *Social & Legal Studies*, 1998, vol. 7, n° 3, p. 339-363.

BUZUVIS Erin E, « Caster Semenya and the Myth of a Level Playing Field », *The Modern American*, 2011, vol. 6, p. 36-42.

BÜCHLER Andrea et COTTIER Michelle, « Intersexualität, Transsexualität und das Recht: Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption », *Freiburger FrauenStudien*, 2005, vol. 17, p. 115-140.

C

CAMPBELL Angus et LARDY Heather, « Transsexuals: the ECHR in transition? », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2003, vol. 54, n° 3, p. 209-253.

CAMPORESI Silvia, « A question of ‘fairness’: Why ethics should factor in the Court of Arbitration for Sport’s decision on the IAAF Hyperandrogenism Regulations », *British Journal of Sports Medicine*, 1 juillet 2019, vol. 53, n° 13, p. 797-798.

CANNOOT Pieter et GANTY Sarah, « Protecting trans, non-binary and intersex persons against discrimination in EU law », *European Equality Law Review*, 2022, vol. 1, p. 37-55.

CANNOOT Pieter, « Do parents really know best? Informed consent to sex assigning and

“normalising” treatment of minors with variations of sex characteristics », *Culture, Health & Sexuality*, avril 2021, vol. 23, n° 4, p. 564-578.

CANNOOT Pieter, « The pathologisation of trans* persons in the ECtHR’s case law on legal gender recognition », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, mars 2019, vol. 37, n° 1, p. 14-35.

CARAYON Lisa, « Personnes trans et loi de bioéthique : histoire d’un silence », *AJ Famille*, 2021, n° 10, p. 543.

CARDI Coline et DEVREUX Anne-Marie, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 5-18.

CARRERA María Victoria, LAMEIRAS Maria et DEPALMA Renée, « Sex/gender identity: Moving beyond fixed and ‘natural’ categories », *Sexualities*, 2012, vol. 15, n° 8, p. 995-1016.

CASE Mary Anne, « Heterosexuality as a Factor in the Long History of Women’s Sports », *Law and Contemporary Problems*, 2017, vol. 80, p. 25-46.

CASE Mary Anne, « Very Stereotype the Law Condemns: Constitutional Sex Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies », *Cornell Law Review*, 2000, vol. 85, p. 1447-1491.

CASE Mary Anne C., « Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence », *The Yale Law Journal*, 1995, vol. 105, n° 1, p. 1.

CATTO Marie-Xavière, « En finir avec le sexe ? », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, juin 2024, n°1.

CATTO Marie-Xavière, « Personnes intersexuées : la binarité des sexes confortée par les actes d’état civil », *Dalloz Actualité*, 8 novembre 2023.

CATTO Marie-Xavière, « La loi de bioéthique et les intersexes », *Journal de Droit de la Santé et de l’Assurance Maladie*, avril 2020, n°25.

CATTO Marie-Xavière, « Changer de sexe à l’état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. Un bilan d’application », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 25 octobre 2019, n° 9, p. 107-129.

CATTO Marie-Xavière, « Reconnaître un troisième sexe à l’état civil ? », *Délibérée*, 2018/2, n° 4, p. 10-14.

CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d’appel d’Orléans, le 22 mars 2016 », *RDLF*, 2016, n° 18.

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

CATTO Marie-Xavière, « Commission nationale consultative des droits de l’homme (CNCDH) : Avis de la CNCDH sur l’identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l’état civil », *La Revue des Droits de l’Homme*, 11 juillet 2013.

CHAMBERS Lori, « Unprincipled Exclusions: Feminist Theory, Transgender Jurisprudence, and Kimberly Nixon », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2007, vol. 19, n° 2, p. 305-334.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l’ordre juridique français », *La Revue des Droits de l’Homme*, 11 février 2016, n° 9, p. 11.

CHARLEBOIS Janik Bastien, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? Les empiètements de l’injustice épistémique sur le processus de subjectivation politique des personnes intersex(u)ées », *Socio. La*

nouvelle revue des sciences sociales, décembre 2017, n° 9, p. 143-162.

CHARLESWORTH Hilary, « The Mid-Life Crisis of the Universal Declaration of Human Rights », *Washington and Lee Law Review*, 1998, vol. 55, n° 3, p. 781-796.

CHARLESWORTH Hilary, CHINKIN Christine et WRIGHT Shelley, « Feminist Approaches to International Law », *The American Journal of International Law*, 1991, vol. 85, n° 4, p. 613-645.

CHARLIN Frédéric, « La mort civile, négation ultime de la personnalité juridique sous le Code Napoléon », *Beccaria*, 2015, vol. 1, n° 14, p. 59-86.

CHAUDHRY Amara, « Lessons from Jim Crow: What Those Seeking Self-Determination for Transgender Individuals Can Learn from American's History with Racial Classification Categories », *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2009, vol. 18, p. 505.

CHIU Victoria, « Le droit de connaître ses origines dans la jurisprudence des cours constitutionnelles européennes », *Titre VII*, octobre 2023, n° 11.

CIECHANOWSKI Hadrian, « The Polish Civil Status Registration System – the Longue Durée of the Prussian Idea », *Journal on European History of Law*, 2020, vol. 11, n° 2, p. 76-80.

CLARKE Jessica A., « Sex Assigned at Birth », *Columbia Law Review*, 2022, vol. 122, n° 7, p. 1821-1898.

CLARKE Jessica A., « They, Them, and Theirs », *Harvard Law Review*, 2019, vol. 132, p. 894-991.

CLARKE Jessica A., « Against Immutability », *The Yale Law Journal*, octobre 2015, vol. 125, n° 1, p. 2-102.

CLARKE Jessica A., « Identity and Form », *California Law Review*, 2015, vol. 103, n° 4, p. 747-840.

COHEN David S., « The Stubborn Persistence of Sex Segregation », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, vol. 20, n° 1.

COLLIOT-THÉLÈNE Catherine, « La démocratie : entre libéralisme et radicalité », *Esprit*, 2015, n° 8, p. 114-126.

CONTESSE Jorge, « Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law », *North Carolina Journal of International Law*, 2019, vol. 44, n° 2, p. 353-385.

COOMBS Mary, « Sexual Dis-Orientation: Transgendered People and Same-Sex Marriage », *UCLA Women's Law Journal*, 1998, vol. 8, n° 2, p. 219-266.

COOPER Davina et EMERTON Robyn, « Pulling the Thread of Decertification: What Challenges are Raised by the Proposal to Reform Legal Gender Status? », *feminists@law*, 2020, vol. 10, n° 2, p. 36.

COOPER Davina, GRABHAM Emily et RENZ Flora, « Introduction to the Special Issue on the Future of Legal Gender: Exploring the Feminist Politics of Decertification », *feminists@law*, 11 août 2020, vol. 10, n° 2.

COOPER Davina et RENZ Flora, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », *Journal of Law and Society*, 2016, vol. 43, n° 4, p. 483-505.

CORPART Isabelle, « Sexe et perte de repères en droit », *La Pensée*, 2019, vol. 397, n° 1, p. 21-33.

COSSMAN Brenda, « Gender Performance, Sexual Subjects and International Law », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2002, vol. 15, n° 2, p. 281-296.

COSTE E., « Conformation vicieuse des organes génitaux chez une femme -

Opération », *Journal des connaissances médico-chirurgicales*, janvier 1836, VII, p. 530.

COUSTET Thomas, « Ces clubs qui n'acceptent pas les femmes ou les hommes », *Dalloz Actualité*, 6 mars 2019.

COWAN Sharon et MORRIS Sean, « Should 'Gender Critical' Views about Trans People be Protected in the Workplace? Reconciling Conflicting Human Rights and Discrimination Claims under the Equality Act 2010 », *Industrial Law Journal*, Vol. 51, Iss. 1, mars 2022, p. 1-37.

CRENSHAW Kimberlé W., « Démarginaliser l'intersection de la race et du sexe : une critique féministe noire du droit antidiscriminatoire, de la théorie féministe et des politiques de l'antiracisme », *Droit et société*, 2021, vol. 108, n° 2, p. 465-487.

CRUZ David B., « Disestablishing Sex and Gender », *California Law Review*, 2002, vol. 90, n° 4, p. 997-1086.

CURRAH Paisley et MOORE Lisa Jean, « "We Won't Know Who You Are": Contesting Sex Designations in New York City Birth Certificates », *Hypatia*, 2009, vol. 24, n° 3, p. 113-135.

CURRAH Paisley, « Gender Pluralisms Under the Transgender Umbrella » dans *Transgender Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2006, p. 3-31.

CUSACK Simone et PUSEY Lisa, « CEDAW and the Rights to Non-Discrimination and Equality », *Melbourne Journal of International Law*, 2013, vol. 14, p. 1-39.

D

DANGARAN D., « Abolition as Lodestar: Rethinking Prison Reform from a Trans Perspective », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2021, vol. 44, p. 161-216.

DAVIDSON Joyce et SMITH Mick, « Wittgenstein and Irigaray: Gender and Philosophy in a Language (Game) of Difference », *Hypatia*, 1999, vol. 14, n° 2, p. 72-96.

DECHANY Elisa Crosset, « Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2023, vol. 135, n° 3, p. 721-746.

DÉCHAUX Jean-Hugues, « Une autre manière de fabriquer de la parenté ? Des nouvelles techniques de reproduction à l'utérus artificiel », *Enfances, Familles, Générations*, 2014, n° 21, p. 150-175.

DELAY Jean, DENIKER Pierre, VOLMAT R. et ALBY Jean-Marc, « Une demande de changement de sexe : le trans-sexualisme », *L'Encéphale*, 1956, n° 45, p. 41-80.

DELPHY Christine, « Le patriarcat, le féminisme et leurs intellectuelles », *Nouvelles Questions Féministes*, 1981, n° 2, p. 58-74.

DESMONS Éric, « Les mutants de Panurge. "Iel est un autre" », *Droits*, 2022, vol. 75, n° 1, p. 311-317.

DERVIEUX Valérie-Odile, « Du transsexualisme à la transparentalité », *Dalloz actualité*, 28 novembre 2018.

DIETZ Chris, « Governing Legal Embodiment: On the Limits of Self-Declaration », *Feminist Legal Studies*, 2018, vol. 26, n° 2, p. 185-204.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, « État civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle », *D.*, 2019, p. 110.

DONNER Laura A., « Gender Bias in Drafting International Discrimination Conventions: The 1979 Women's Convention Compared with the 1965 Racial Convention », *California Western*

International Law Journal, 1994, vol. 24, n° 2, p. 241-254.

DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, 2005, vol. 18, n° 2, p. 117-137.

DOWNS Laura Lee, « Le genre est partout », *Travail, genre et sociétés*, 2009, vol. 21, n° 1, p. 155-166.

DREYFUS Tom, « The ‘Half-Invention’ of Gender Identity in International Human Rights Law: from CEDAW to the Yogyakarta Principles », *Australian Feminist Law Journal*, juillet 2014, vol. 37, n° 1, p. 33-50.

DUCOR Philippe, « The Legal Status of Human Materials », *Drake Law Review*, 1996, vol. 44, p. 195-259.

DUNLAP Mary C, « The Constitutional Rights of Sexual Minorities: A Crisis of the Male/Female Dichotomy », *The Hastings Law Journal*, 1979, vol. 30, n° 4, p. 1131-1149.

DUNNE Peter et MULDER Jule, « Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany? », *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n° 3, p. 627-648.

DUTTA Aniruddha, « Contradictory Tendencies: The Supreme Court’s NALSA Judgment on Transgender Recognition and Rights », *Journal of Indian Law and Society*, vol. 5, p. 225-236.

DUVERT Cyrille, « L’homme enceint », *Droits*, 2022, vol. 75, n° 1, p. 147-160.

E

EDGERTON Robert B., « Pokot Intersexuality: An East African Example of the Resolution of Sexual Incongruity », *American Anthropologist*, 1964, vol. 66, n° 6, p. 1288-1299.

ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, « Qu’est-ce que la technique juridique ? Observations sur l’apport des juristes au lien social », *D.*, 2004, p. 711-715.

ESKRIDGE William N., « A History of Same-Sex Marriage », *Virginia Law Review*, 1993, vol. 79, n° 7, p. 1419-1513.

ESPINEIRA Karine, « Les corps trans : disciplinés, militants, esthétiques, subversifs », *Revue des sciences sociales*, 23 octobre 2018, n° 59, p. 84-95.

EZIE Chinyere, « Deconstructing the Body: Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination – The Need for Strict Scrutiny », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, vol. 20, n° 1.

F

FAUSTO-STERLING Anne, « The fives sexes: why Male and Female are not enough », *The Sciences*, 1993, p. 20-25.

FLETCHER George P., « Comparative Law as a Subversive Discipline », *The American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, n° 4, p. 683-700.

FLYNN Taylor, « “Transforming” the Debate: Why We Need to Include Transgender Rights in the Struggles for Sex and Sexual Orientation Equality », *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, n° 2, p. 392-420.

FOGG DAVIS Heath, « Sex-Classification Policies as Transgender Discrimination: An Intersectional Critique », *Perspectives on Politics*, 2014, vol. 12, n° 1, p. 45-60.

FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l’homme*, 1 juin 2014, n° 5.

FORTIER Corinne, « Reconstruction clitoridienne, excision et circoncision. Variations autour d’un sexe féminin

phallique », *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 2020, n° 79, p. 29-76.

FORTIER Corinne, « Troisième genre et transsexualité en pays d’islam », *Droit et Cultures*, 2020, vol. 2, n° 80.

FRANKE Katherine M., « Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law, and Desire », *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, p. 181-208.

FRANÇOIS Camille, GILBERT Pierre, KEYHANI Narguesse et MASCLÉ Camille, « Espaces non mixtes : l’entre-soi contre les inégalités ? (Dossier) », *Métropolitiques*, 2021.

FRANKE Katherine M., « Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender », *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 144, p. 100.

FRANKLIN Cary, « Living Textualism », *The Supreme Court Review*, 2021, vol. 2020, p. 119-202.

FRANKLIN Cary, « Inventing the “Traditional Concept” of Sex Discrimination », *Harvard Law Review*, 2012, vol. 125, n° 6, p. 1307-1380.

FRANKLIN Cary, « The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law », *New York University Law Review*, 2010, vol. 85, n° 1, p. 84-173.

FREDMAN Sandra, KUOSMANEN Jaakko et CAMPBELL Meghan, « Transformative Equality: Making the Sustainable Development Goals Work for Women », *Ethics & International Affairs*, 2016, vol. 30, n° 2, p. 177-187.

FREDMAN Sandra, « Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, juin 2016, vol. 16, n° 2, p. 273-301.

FREEDMAN Jane, « Genre, justice et droit pénal international », *Cahiers du Genre*, 2014, vol. 57, n° 2, p. 39-54.

FREEMAN Alan David, « Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine », *Minnesota Law Review*, 1978, vol. 62, p. 1049-1119.

G

GALLUS Nicole, « L’enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre. L’évolution en droit belge : entre l’exigence du respect de la vie privée et la sécurité juridique de l’organisation de l’état civil (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Y. c. Pologne*, 17 février 2022) », *RTDH*, 2023, vol. 133, n° 1, p. 247-264.

GARDAM Judith et CHARLESWORTH Hilary, « Protection of Women in Armed Conflict », *Human Rights Quarterly*, 2000, vol. 22, n° 1, p. 148-166.

GENÊT Jean-Philippe, « La genèse de l’État moderne », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1997, vol. 118, n° 1, p. 3-18.

GESLIN Albane, « Plurilinguisme, traduction et droit international des peuples autochtones : en quête de reconnaissance », *Sens public*, 2015, p. 14.

GHULAMI-YAMIN Yasin, « La politique d’apartheid de genre sous le régime des Talibans en Afghanistan », *La Revue des droits de l’homme*, 1 juin 2024, n° 26.

GOBERT Michelle, « Le sexe neutre ou de la difficulté d’exister », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 19 juin 2017, n° 25, p. 1219-1228.

GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes (à propos de la

maternité de substitution) », *RTD Civ*, 1992, p. 489.

GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *Revue de droit sanitaire et social*, 2016, n° 5, p. 920-929.

GONZÁLEZ-SALZBERG Damián A. et PERISANIDI Maroula, « Belonging Beyond the Binary: From Byzantine Eunuchs and Indian Hijras to Gender-fluid and Non-binary Identities », *Journal of Law and Society*, 2021, p. 669-689.

GONZÁLEZ-SALZBERG Damián A., « The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights », *American University International Law Review*, 2014, vol. 29, n° 4, p. 797-829.

GONZÁLEZ-SALZBERG Damián A., « Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: *Hämäläinen v Finland* », *Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 2, n° 1, p. 173-186.

GOULD Lois, « X: A Fabulous Child's Story », *Ms.*, 1972.

GRABHAM Emily, « Bodily Integrity and the Surgical Management of Intersex », *Body and Society*, 2012, vol. 12, p. 1-26.

GREED Clara, « Join the queue: Including women's toilet needs in public space », *The Sociological Review*, 2019, vol. 67, n° 4, p. 908-926.

GREENBERG Julie A., « Deconstructing Binary Race and Sex Categories: A Comparison of the Multiracial and Transgendered Experience », *San Diego Law Review*, 2002, p. 918-942.

GREENBERG Julie A., « Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology », *Arizona Law Review*, 1999, vol. 41, p. 265-328.

GRENFELL Laura, « Making sex: law's narratives of sex, gender and identity », *Legal Studies*, 2003, vol. 23, n° 1, p. 66-102.

GROFFIER Ethel, « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1975, n° 6, p. 114-149.

GROSS Martine, « L'homoparentalité et la transparentalité au prisme des sciences sociales : révolution ou pluralisation des formes de parenté ? », *Enfances Familles Générations. Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine*, 15 novembre 2015, n° 23.

GROSS Samuel D., « Case of Hermaphroditism, involving the Operation of Castration, and illustrating a new principle in Juridical Medicine », *American Journal of the Medical Sciences*, 1852, p. 386-390.

GROSZ Elizabeth, « Criticism, Feminism and the Institution. An interview with Gayatri Chakravorty Spivak », *Thesis Eleven*, 1985, vol. 10/11, n° 1, p. 175-187.

GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'Homme*, 21 novembre 2015.

GUILLOT Vincent, « Émergence et activités de l'organisation internationale des intersexués », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008, Vol. 27, n° 1, p. 144-150.

GUNEY Gizem, « The anti-Istanbul Convention campaign: rhetoric or reality? A comparative analysis of the Istanbul Convention and the ECHR on same-sex marriage and the legal introduction of third sex », *European Human Rights Law Review*, 2022, vol. 6, p. 604-619.

GUYARD-NEDELEC Alexandrine, « Sexe, race, intersectionnalité : un "gâteau marbré" ? », *Alizés : Revue angliciste de La Réunion*, 2017, p. 29-42.

H

HALLÉ Francis et ESCOUBEYROU Gérard, « Le dimorphisme sexuel chez les plantes dioïques », *Le Journal de Botanique*, 2002, n° 18-19, p. 51-62.

HALLEY Janet, « Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law », *Michigan Journal of International Law*, 2008, vol. 30, n° 1, p. 1-123.

HALLEY Janet, « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict », *Melbourne Journal of International Law*, 2008, vol. 9, p. 78-124.

HALLEY Janet, « Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability », *Stanford Law Review*, 1994, vol. 46, n° 3, p. 503-568.

HASENBUSH Amira, FLORES Andrew R. et HERMAN Jody L., « Gender identity nondiscrimination laws in public accommodations: A review of evidence regarding safety and privacy in public restrooms, locker rooms, and changing rooms », *Sexuality Research & Social Policy: A Journal of the NSRC*, 2019, vol. 16, n° 1, p. 70-83.

HASLANGER Sally, « Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them To Be? », *Noûs*, 2000, vol. 34, n° 1, p. 31-55.

HASLANGER Sally, *Resisting Reality. Social Construction and Social Critique*, New York, Oxford University Press, 2012, 490 p.

HASLANGER Sally, « Gender and Race: (What) Are They? (What) Do We Want Them to Be? », *Noûs*, 2000, vol. 34, n° 1, p. 31-55.

HAVELKOVÁ Barbara, « The struggle for social constructivism in postsocialist Central and Eastern Europe », *International Journal of Constitutional Law*, 4 août 2020, vol. 18, n° 2, p. 434-440.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et GIRARD Charlotte, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir / Agir*, 2012, vol. 20, n° 2, p. 53-59.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, ROMAN Diane et SLAMA Serge, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 7 juillet 2022.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Julien Damon, Toilettes publiques. Essai sur les commodités urbaines, Presses de Sciences Po, 2023 », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, 7 juin 2024, n° 1.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Ségrégation, déségrégation, espace public et espace privé : questions de recherche autour des Réflexions sur Little Rock de Hannah Arendt », *La Revue des droits de l'homme*, 21 juin 2021, n° 20.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, 8 mai 2014, p. 16.

HÉRAULT Laurence, « Transgression et désordre dans le genre : les explorateurs français aux prises avec les "berdaches" amérindiens », *Etnográfica. Revista do Centro em Rede de Investigação em Antropologia*, 2010, vol. 14, n° 2, p. 337-360.

HÉRITIER Françoise, « La filiation, état social », *La revue lacanienne*, 2010, vol. 8, n° 3, p. 33-36.

HERVIEU Nicolas, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'Homme*, 8 septembre 2014.

HILL W. Williams, « The Status of the Hermaphrodite and Transvestite in Navaho Culture », *American Anthropologist*, 1935, vol. 37, n° 2, p. 273-279.

HINCHY Jessica, « Obscenity, Moral Contagion and Masculinity: Hijras in Public Space in Colonial North India », *Asian Studies Review*, 2014, vol. 38, n° 2, p. 274-294.

HODSON Loveday, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, 3 février 2011, vol. 11, n° 1, p. 170-179.

HOLMES Morgan M., « Locating Third Sexes », *Transformations*, 2004, n° 8.

HOLZER Lena, « Legal gender recognition in times of change at the European Court of Human Rights », *ERA Forum*, 2022, vol. 23, n° 2, p. 165-182.

HORN Claire, « Artificial Wombs, Frozen Embryos, and Parenthood: Will Ectogenesis Redistribute Gendered Responsibility for Gestation? », *Feminist Legal Studies*, 2022, vol. 30, n° 1, p. 51-72.

HOSSAIN Adnan, « The Paradox of Recognition: Hijra, Third Gender and Sexual Rights in Bangladesh », *Culture, Health & Sexuality*, 2017, vol. 19, n° 12, p. 1418-1431.

HOUBRE Gabrielle, « Un individu d'un genre "mal défini". L'hermaphrodisme dans les procès en nullité de mariage (France, XIXe siècle) », *Rue Descartes*, février 2019, vol. 95, n° 1, p. 80-107.

HOUBRE Gabrielle, « Un corps sans sexe ? Un procès en nullité de mariage et un verdict confondants dans la France du XIXe

siècle », *Corps Psychisme*, 2016, n° 69, p. 133-142.

HOUBRE Gabrielle, « Un "sexe indéterminé" ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXe siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle. Société d'histoire de la révolution de 1848 et des révolutions du XIXe siècle*, juin 2014, n° 48, p. 63-75.

HOUBRE Gabrielle, « Les incertitudes du sexe », *L'Histoire*, juin 2010, n° 354, p. 10-17.

HURPY Hélène, « La protection juridique du corps dans l'hypermodernité : les excès de la volonté individuelle en question », *Connexions*, 2018, vol. 110, n° 2, p. 37-48.

HURPY Hélène, « L'identité et le corps », *La Revue des droits de l'homme*, 30 novembre 2015, n° 8.

J

JAUNAIT Alexandre, « Remettre le sexe sur la table du genre : pourquoi le sexe reste-t-il un enjeu féministe ? », *Revue du Crieur*, 4 avril 2024, vol. 24, n° 1, p. 142-159.

JAUNAIT Alexandre, « Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques », *Droit et société*, 2020, vol. 105, n° 2, p. 429-451.

JEFFREYS Sheila, « Transgender Activism: A Lesbian Feminist Perspective », *Journal of Lesbian Studies*, 1997, vol. 1, n° 3-4, p. 55-74.

JOHNSON Paul James et FALCETTA Silvia, « Sexual Orientation Discrimination and Article 3 of the European Convention on Human Rights: Developing the Protection of Sexual Minorities », *European law review*, avril 2018, vol. 43, n° 2, p. 167-185.

JOHNSON Paul, « Heteronormativity and the European Court of Human Rights », *Law and Critique*, 2012, vol. 23, n° 1, p. 43-66.

JOHNSON Paul, « ‘An Essentially Private Manifestation of Human Personality’: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, mars 2010, vol. 10, n° 1, p. 67-97.

JOHNSON Rachel Eric, « Discrimination Because of Sex[ual Orientation and Gender Identity]: The Necessity of the Equality Act in the Wake of *Bostock v. Clayton County* », *Brigham Young University Law Review*, 2022, vol. 47, n° 2, p. 685-710.

K

KALOGIROU Maria et LANGLAIS Claire, « Le principe constitutionnel d’égalité, un obstacle (sérieux) à l’égalité des couples en matière de PMA », *La Revue des droits de l’homme*, 9 décembre 2018.

KARKAZIS Katrina et JORDAN-YOUNG Rebecca M., « The Powers of Testosterone: Obscuring Race and Regional Bias in the Regulation of Women Athletes », *Feminist Formations*, 2018, vol. 30, n° 2, p. 1-39.

KARKAZIS Katrina, JORDAN-YOUNG Rebecca, GEORGIANN Davis et CAMPORESI Silvia, « Out of Bounds? A Critique of the New Policies on Hyperandrogenism in Elite Female Athletes », *The American Journal of Bioethics*, 2012, vol. 12, n° 7, p. 3-16.

KATRI Ido, « The Perils of Gender Self-Determination: Global Shifts in Sex Reclassification Law and Policy », *The American Journal of Comparative Law*, 2023, vol. 71, n° 3, p. 707-747.

KATRI Ido, « Transitions in Sex Reclassification Law », *UCLA Law review*, 2023, vol. 70, p. 636-714.

KATRI Ido, « Transgender Intrasectionality: Rethinking Anti-Discrimination Law and Litigation », *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2017, vol. 20, p. 51-79.

KERN Cynthia R, CURRAH Paisley, TURNER Dana et FRANKE Katherine, « Gender Theory and Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered Empowerment », *Fordham Urban Law Journal*, 1999, vol. 27, n° 2, p. 365-381.

KERR Roslyn et OBEL C., « Reassembling Sex: Reconsidering Sex Segregation Policies in Sport », *International Journal of Sport Policy and Politics*, 2018, vol. 10, n° 2, p. 305-320.

KIM Suzanne A., « Heterosexed Parenting. A Response to Darren Rosenblum’s Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012.

KIRKUP Kyle, « The Origins of Gender Identity and Gender Expression in Anglo-American Legal Discourse », *The University of Toronto Law Journal*, 2018, vol. 68, n° 1, p. 80-117.

KOYAMA Emi, « Whose Feminism Is It Anyway? The Unspoken Racism of the Trans Inclusion Debate », *The Sociological Review*, 2020, vol. 68, n° 4, p. 735-744.

KRECH Michele, « Gender Equality in World Athletics: Transnational Norm Development by Private International Organizations », *American Journal of International Law*, janvier 2025, vol. 119, n° 1, p. 1-56.

KRISHNAMURTHI Guha, « Not the Standard You’re Looking for: But-for Causation in Anti-Discrimination Law », *Virginia Law Review*, 2022, vol. 108, p. 1-23.

KURIA Milka Wahu et MARANYA Shelmith Gatwiri, « The Legal Impunity for Gender-Based Violence Against Intersex, Transgender, and Gender Diverse Persons in Kenya: A Legal Recognition Issue for the African Human Rights System », *Stellenbosch Law Review*, 2022, vol. 33, n° 1, p. 100-122.

L

LANGEVIN Louise, « Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir : la difficile circulation du concept féministe de genre dans la langue juridique », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2016, vol. 28, n° 3, p. 469-520.

LAPIERRE Nicole, « Changer de nom », *Communications*, 1989, n° 49, p. 149-160.

LARRIEU Gaëlle, « Naître déjà fille ou garçon. Processus d'humanisation et de sexuation du fœtus pendant la grossesse », *Terrains & travaux*, 2021, vol. 39, n° 2, p. 241-266.

LE BON Gustave, « Recherches anatomiques et mathématiques sur les variations de volume du cerveau et sur leurs relations avec l'intelligence », *Revue d'anthropologie*, 1879, p. 27-104.

LEE Maria Y., « Being Wary of Categories: Is It Possible to Move Away from Categorisations in Anti-Discrimination Law? », *University of Vienna Law Review*, 2017, vol. 1, p. 107-141.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, « Le nom propre et la loi », *Mots. Les langages du politique*, 2000, vol. 63, n° 1, p. 9-18.

LJUNGQVIST Arne et SIMPSON Joe Leigh, « Medical Examination for Health of All Athletes Replacing the Need for Gender Verification in International Sports: The International Amateur Athletic Federation Plan », *Journal of the American Medical Association*, 12 février 1992, vol. 267, n° 6, p. 850-852.

LOCHAK Danièle, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, 1998, p. 15-30.

LOCHAK Danièle, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots. Les langages du politique*, 1992, n° 33, p. 291-303.

LOCHAK Danièle, « Réflexion sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, n° 11, p. 778-790.

LOENEN Titia, « Rethinking Sex Equality as a Human Right », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1994, vol. 12, n° 3, p. 253-270.

LOVEMAN Mara, « Blinded Like a State: The Revolt against Civil Registration in Nineteenth-Century Brazil », *Comparative Studies in Society and History*, 2007, vol. 49, n° 1, p. 5-39.

LOWREY Kathleen, « Gender Identity Ideology Conquers the World: Why Are Anthropologists Cheering? », *Archives of Sexual Behavior*, 2023, vol. 52, n° 1, p. 27-33.

LUCAS Lauren Sudeall, « Identity as Proxy », *Columbia Law Review*, 2015, vol. 115, n° 6, p. 1605-1674.

LUGONES María, « La colonialité du genre », *Les cahiers du CEDREF*, 2019, n° 23, p. 46-89.

LUGONES María, « Heterosexualism and the Colonial / Modern Gender System », *Hypatia*, 2007, vol. 22, n° 1, p. 186-209.

M

MACKINNON Catharine A., « A Feminist Defense of Transgender Sex Equality Rights », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2023, vol. 34, n° 2, p. 88-96.

MAGUBANE Zine, « Spectacles and Scholarship: Caster Semenya, Intersex Studies, and the Problem of Race in Feminist Theory », *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, mars 2014, vol. 39, n° 3, p. 761-785.

MAISONNEUVE Mathieu, « Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive », *Revue de l'arbitrage*, octobre 2019, n° 3, p. 903-965.

MALLESON Kate, « Equality Law and the Protected Characteristics », *The Modern Law Review*, 2018, vol. 81, n° 4, p. 598-621.

MARCUS Nancy C, « *Bostock v. Clayton County* and the Problem of Bisexual Erasure », *Northwestern University Law Review*, 2020, vol. 115, p. 223-239.

MARGARIA Alice, « Trans Men Giving Birth and Reflections on Fatherhood », *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, n° 34, p. 225-246.

MASCARENHAS Elena et MORON-PUECH Benjamin, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *Recherches féministes*, 2023, vol. 36, n° 1, p. 109-129.

MASSON Jean-Pol, « Examen de jurisprudence (1984 à 1990) », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1992, p. 391-492.

MATHIEU Bertrand, « “Les droits fondamentaux, tels qu’invoqués aujourd’hui, affaiblissent la démocratie” », *Petites affiches*, 13 novembre 2017, n° 226, p. 4.

MATTA Christina, « Ambiguous bodies and deviant sexualities: hermaphrodites, homosexuality, and surgery in the United States, 1850-1904 », *Perspectives in Biology and Medicine*, 2005, vol. 48, n° 1, p. 74-83.

MATTIUSSI Julie, « Discrimination d’une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », *D.*, septembre 2023, n° 32, p. 1684-1687.

MATTIUSSI Julie et MORON-PUECH Benjamin, “Sexe neutre” à la Cour européenne : l’art du syllogisme inversé ? », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, février 2023, n° 7.

MCGRATH James, « Are You a Boy or a Girl? Show Me Your REAL ID », *Nevada Law Journal*, 2009, vol. 9, p. 368-406.

MCGUINNESS Sheelagh et ALGHRANI Amel, « Gender and Parenthood: The Case for Realignment », *Medical Law Review*, 2008, vol. 16, n° 2, p. 261-283.

MCLELLAND Mark, « From the Stage to the Clinic: Changing Transgender Identities in Post-War Japan », *Japan Forum*, 2004, vol. 16, n° 1, p. 1-20.

MCNEILLY Kathryn, « Gendered Violence and International Human Rights: Thinking Non-discrimination Beyond the Sex Binary », *Feminist Legal Studies*, 1 décembre 2014, vol. 22, n° 3, p. 263-283.

MENON Nivedita, « Is Feminism about “Women”? A Critical View on Intersectionality from India », *Economic and Political Weekly*, 2015, vol. 50, n° 17, p. 37-44.

MERCAT-BRUNS Marie, « La reconnaissance fédérale de la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle et sur l’identité de genre dans l’emploi aux États-Unis : la force de la loi ou du sexe ? », *Revue de droit du travail*, 2020, n° 9, p. 568-575.

MERCAT-BRUNS Marie, « Discrimination fondée sur le sexe aux États-Unis : une notion juridique sous tensions », *Travail, genre et sociétés*, 2012, n° 28, p. 63-87.

MESNIL Marie, « Pas de mention “sexe neutre”, ni “intersexe” en droit français : un mal pour un bien ? », *Dalloz actualité*, 16 février 2023.

MESNIL Marie, « La PMA pour tout·tes devant le Conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, 7 juin 2022.

MESNIL Marie, « Ni parent biologique ni père : la maternité d’une femme trans

reconnue en justice », *AJ Famille*, 2022, n° 4, p. 222.

MESNIL Marie, « La loi de bioéthique, une grande loi famille ? », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2021, n° 29, p. 83-91.

MIAILLE Michel, « La critique du droit », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 73-87.

MILLARD Éric, « Le concept : outil de communication ? », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2012, n° 5, p. 2179-2185.

MILLER Carol, « “Geneva – the key to equality”: inter-war feminists and the league of nations », *Women's History Review*, 1994, vol. 3, n° 2, p. 219-245.

MINTER Shannon Price, « “Déjà Vu All Over Again”: The Recourse to Biology by Opponents of Transgender Equality », *North Carolina Law Review*, 2017, vol. 95, n° 4, p. 1161-1204.

MIRANDÉ Alfredo, « Hombres Mujeres: An Indigenous Third Gender », *Men and Masculinities*, octobre 2016, vol. 19, n° 4, p. 384-409.

MOLINARI Véronique, « L'émigration des femmes célibataires vers les colonies de l'Empire britannique de 1849 à 1865 : entre philanthropie, féminisme et colonisation matrimoniale », *ILCEA*, 2019, n° 34.

MONEY John, HAMPSON Joan G, et HAMPSON, JOHN L., « Imprinting and the Establishment of Gender Role », *Archives of Neurology and Psychiatry*, 1957, vol. 77, n° 3, p. 333-336.

MORON-PUECH Benjamin, « Femme-père et homme-mère. Quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF*, 2018, chron. n°26.

MORON-PUECH Benjamin, « L'arrêt *A. P. Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits

fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme*, 3 mai 2017.

MORON-PUECH Benjamin, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *D.*, 2017, p. 1404.

MORON-PUECH Benjamin, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *D.*, 28 avril 2016, n° 16, p. 904-905.

MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y. c/ Turquie* du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'Homme*, 23 mars 2015.

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

MORSINK Johannes, « Women's Rights in the Universal Declaration », *Human Rights Quarterly*, 1991, vol. 13, n° 2, p. 229-256.

MOURATIDIS John, « Heracles at Olympia and the Exclusion of Women from the Ancient Olympic Games », *Journal of Sport History*, 1984, vol. 11, n° 3, p. 41-55.

MUIR-WATT Horatia, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 503-527.

MUSCHIALLI Luke *et al.*, « Perspectives on conducting “sex-normalising” intersex surgeries conducted in infancy: A systematic review », *PLOS Global Public Health*, 2024, vol. 4, n° 8, p. e0003568.

MUTCHERSON Kimberly M., « Unsexung Care: Beyond Gendered Parenting Terms. A

Response to Darren Rosenblum's Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012.

MYHRE Theodore Andrew, « Meaning Matters: Hypersex Parenting. A Response to Darren Rosenblum's Unsex Mothering: Toward a Culture of New Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 13 février 2012.

N

NAFFINE Ngaire, « Our legal lives as men, women and persons », *Legal Studies*, 2004, vol. 24, n° 4, p. 621-642.

NAFFINE Ngaire, « Who are Law's Persons? From Cheshire Cats to Responsible Subjects », *Modern Law Review*, mai 2003, vol. 66, n° 3, p. 346-367.

NEIRINCK Claire, « Maternité et filiation », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2005, vol. 59, n° 1, p. 27-33.

NEUMAN WIPFLER Anna James, « Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility of Genderless Identity Documents », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2016, vol. 39, p. 491-554.

NICHOLSON Linda, « Interpreting Gender », *Signs*, 1994, p. 79-105.

NJAMBI Wairimũ Ngarũiya, « 'One vagina to go': Eve Ensler's Universal Vagina and its Implications for African Women », *Australian Feminist Studies*, juin 2009, vol. 24, n° 60, p. 167-180.

O

OOSTERVELD Valerie, « The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice? », *Harvard Human Rights Journal*, 2005, vol. 18, p. 55-84.

OSELLA Stefano et RUBIO-MARÍN Ruth, « Gender Recognition at the Crossroads: Four Models and the Compass of Comparative Law », *International Journal of Constitutional Law*, avril 2023, vol. 21, n° 2, p. 574-602.

OTTO Dianne, « Queering Gender [Identity] in International Law », *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 4, p. 299-318.

OYĒWŪMÍ Oyèrónkẹ, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis ; London, University of Minnesota Press, 1997, 256 p.

P

PAGLIASSOTTI Druann, « On the Discursive Construction of Sex and Gender », *Communication Research*, 1993, vol. 20, n° 3, p. 472-493.

PARICARD Sophie, « Prise en charge des enfants intersexes : les bonnes pratiques sont posées », *Dalloz Actualité*, 28 novembre 2022.

PARICARD Sophie, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats combler le silence coupable du législateur », *D.*, 2019, p. 110.

PARICARD Sophie et MESNIL Marie, « L'assistance médicale à la procréation pour les hommes trans : une exclusion conforme à la Constitution », *AJ Famille*, 2022, n° 9, p. 435.

PARK Katharine, « The Myth of the "One-Sex" Body », *Isis*, mars 2023, vol. 114, n° 1, p. 150-175.

PARK Katharine et NYE Robert A., « Destiny is anatomy. Making sex: body and gender from the Greeks to Freud by Thomas Laqueur », *The New Republic*, 1991, p. 53-57.

PARRY Sam, « Sex Trait Discrimination: Intersex People and Title VII After *Bostock v. Clayton County* », *Washington Law Review*, 2022, vol. 97, n° 4, p. 1149-1182.

PARSI John, « The (Mis)Categorization of Sex in Anglo-American Cases of Transsexual Marriage », *Michigan Law Review*, 2010, vol. 108, n° 8, p. 1497-1525.

PATERNOTTE David, « Backlash : une mise en récit fallacieuse », *La Revue Nouvelle*, 2021, vol. 6, n° 6, p. 11-15.

PATURET Arnaud, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », *Sociopoétiques*, octobre 2021.

PEARCE Tola Olu, « Dispelling the myth of pre-colonial gender equality in Yoruba culture », *Revue Canadienne des Études Africaines*, 2014, vol. 48, n° 2, p. 315-331.

PEARLMAN Leslie, « Transsexualism as Metaphor: The Collision of Sex and Gender », *Buffalo Law Review*, 1995, vol. 43, n° 3, p. 835-872.

PEARSON Kim H, « Innate Religious Identity », *UMKC Law Review*, 2016, vol. 84, p. 803-835.

PEIRETTI-COURTIS Delphine, « Sexualité et organes génitaux des Africain(e)s dans le discours médical français (fin XVIIIe – milieu XXe siècle) », *Sextant. Revue de recherche interdisciplinaire sur le genre et la sexualité*, 2013, n° 30, p. 21-32.

PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, vol. 53, n° 2, p. 275-288.

PFLUGFELDER Gregory M., « The Nation-State, the Age/Gender System, and the Reconstitution of Erotic Desire in Nineteenth-Century Japan », *The Journal of Asian Studies*, 2012, vol. 71, n° 4, p. 963-974.

PICHARD Marc, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *Les Petites Affiches*, 26 décembre 2017, n° 256-257, p. 6-14.

PICHARD Marc, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, 2015, vol. 82, n° 2, p. 141-147.

POLAK Jimmy M. et POLAK Maurice V., « Faux Pas ou Pas de Deux ? Recent Developments in the Relationship between the Legislature and the Judiciary in the Netherlands », *Netherlands International Law Review*, décembre 1986, vol. 33, n° 03, p. 371-411.

POMART Cathy, « Sexe, état civil et immutabilité de l'état des personnes », *Revue Juridique de l'Océan Indien*, 2024, n° 34, p. 107-122.

PORTA Jérôme, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination. 1ère partie », *Revue de droit du travail*, 2011, n° 5, p. 290.

PORTA Jérôme, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation. 2ème partie », *Revue de droit du travail*, 2011, n° 6, p. 354.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *RTDC*, 1976, vol. 75, p. 263-296.

POWELL john a., « The Colorblind Multiracial Dilemma: Racial Categories Reconsidered », *University of San Francisco Law Review*, 1997, vol. 31, p. 789-806.

POZZI Samuel et MAGNAN Valentin, « Inversion du sens génital chez un pseudo-hermaphrodite féminin. Sarcome de l'ovaire gauche opéré avec succès », *Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine*, 1911, n° 65, p. 223-259.

Q-R

QUÉRÉ Louis, « La valeur opératoire des catégories », *Cahiers de l'Urmis*, 1995, n° 1, p. 6-21.

RAJAM Shardha et BANERJEE Atreyo, « Right to Genital Integrity: Law, Limbo and the Status of Intersex Children in India », *Columbia Journal of Gender and Law*, juin 2022, vol. 42, n° 2, p. 130-182.

RAPPER Gilles DE, « Entre masculin et féminin : La vierge jurée, l'héritière et le gendre à la maison », *L'Homme - Revue française d'anthropologie*, 2000, n° 154-155, p. 457-466.

RAUB Amy, CASSOLA Adele, LATZ Isabel et HEYMANN Jody, « Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions », *Yale Journal of Law & Feminism*, 2016, vol. 28, n° 1, p. 149-169.

RAYNAUD Robert et KEHL Raymond, « L'hermaphrodisme humain », *L'algérie médicale*, 1943, n° 1, p. 1-9.

RAZ Michal, « Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des fœtus intersexués », *Sciences sociales et santé*, 2015, vol. 33, n° 1, p. 5.

REGINE, « Chronique Droit et Genre », *D.*, 2018, p. 919.

REIGNÉ Philippe et BRUNET Laurence, « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *La Semaine Juridique - Edition Générale*, 19 octobre 2020, n° 43-44, p. 1164.

REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique*, 17 octobre 2011, n° 42, p. 1883-1890.

REILLY Elizabeth A., « Radical Tweak: Relocating the Power to Assign Sex from Enforcer of Differentiation to Facilitator of

Inclusiveness: Revising the Legal Response to Intersexuality », *Cardozo Women's Law Journal*, 2005, vol. 12, p. 297.

REINECK Katie, « Running from the Gender Police: Reconceptualizing Gender to Ensure Protection for Non-Binary People », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2017, vol. 24, n° 2, p. 265-322.

REIS Elizabeth, « Impossible Hermaphrodites: Intersex in America, 1620-1960 », *Journal of American History*, septembre 2005, vol. 92, n° 2, p. 411.

RENCHON Jean-Louis, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2018, vol. 2, p. 229-275.

RENVOISÉ Mélodie, « Histoire de la (non)-mixité en prison », *Métropolitiques*, 7 décembre 2020, p. 6.

RENTZ Flora et COOPER Davina, « Reimagining Gender Through Equality Law: What Legal Thoughtways Do Religion and Disability Offer? », *Feminist Legal Studies*, 2022, p. 27.

RENTZ Flora, « Gender-Based Violence Without a Legal Gender: Imagining Single-Sex Services in Conditions of Decertification », *Feminist Legal Studies*, 23 mars 2023, p. 43-66.

RICH Adrienne, « La contrainte à l'hétérosexualité et l'existence lesbienne », *Nouvelles Questions Féministes*, 1981, n° 1, p. 15-43.

RICHOMME Olivier, « La classification "ethno-raciale" des Statistiques démographiques aux États-Unis », *Annales de démographie historique*, 2007, vol. 113, n° 1, p. 177-202.

ROBCIS Camille, « French Sexual Politics from Human Rights to the Anthropological Function of the Law », *French Historical Studies*, 2010, vol. 33, n° 1, p. 129-156.

RORIVE Isabelle, « Du cas à l'affaire Caster Semenya : (en)cadrer la question de l'égalité des sexes », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, décembre 2024, n° 2.

ROSENBLUM Darren, « Unsex Mothering: Toward a New Culture of Parenting », *Harvard Journal of Law & Gender*, 2012, vol. 35, p. 57-116.

ROSENBLUM Darren, « Unsex CEDAW, or What's Wrong with Women's Rights », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, vol. 20, p. 98-194.

ROSENBLUM Darren, « "Trapped" in Sing-Sing: Transgendered Prisoners Caught in the Gender Binarism », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2000, vol. 6, p. 499-571.

RUDOLF Beate, « European Court of Human Rights: Legal status of postoperative transsexuals », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 1, n° 4, p. 716-721.

RUSSELL Cianán, « Analysis of the effects of legal sex markers in detention: Single-sex detention facilities, conversion therapy, and violations of human rights », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, vol. 1, n° 1.

S

SABBAGH Daniel, « La remise en cause de l'affirmative action dans l'enseignement supérieur aux États-Unis : rupture ou faux-semblant ? », *Mouvements*, 2003, vol. 25, n° 1, p. 103-107.

SACCO Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, n° 1, p. 1-34.

SALAS Denis, « Voyager dans l'autre sexe », *Revue des deux mondes*, août 2000, p. 159-164.

SOUSA SANTOS Boaventura DE, « Épistémologies du Sud », *Études rurales*, 2011, n° 187, p. 21-50.

SAVARD Anne-Marie, « Le droit, l'institution et la désinstitution du sujet », *Liberté*, 2017, n° 317, p. 31-32.

SCHNAPPER Dominique, « Sur la critique radicale », *Commentaire*, 2024, Numéro 186, n° 2, p. 331-340.

SCHOENBAUM Naomi et FONTANA David, « Unsexng Pregnancy », *Columbia Law Review*, 2019, vol. 119, n° 2, p. 309-368.

SCHOENBAUM Naomi, « Rethinking Sex as Biology Under Equal Protection », *UC Davis Law Review*, 2024, vol. 58, p. 905-1017.

SCHOENBAUM Naomi, « The New Law of Gender Nonconformity », *Minnesota Law Review*, 2020, vol. 105, n° 2, p. 831-900.

SCHOENBAUM Naomi, « Heteronormativity in Employment Discrimination Law », *Washburn Law Journal*, 2017, vol. 56, p. 245-257.

SCOTT Joan Wallach, « Fantasmies du millénaire : le futur du "genre" au XXI^e siècle », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, traduit par Myriam Boussahba-Bravard, 2010, n° 32, p. 89-117.

SCOTT Joan Wallach, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre*, 2002, vol. 33, n° 2, p. 17-41.

SCOTT Joan Wallach, « Genre : Une catégorie utile d'analyse historique », *Les cahiers du GRIF*, 1988, vol. 37, n° 1, p. 125-153.

SHAPIRO Fred R., « Historical Notes on the Vocabulary of the Women's Movement », *American Speech*, 1985, vol. 60, n° 1, p. 3-16.

SHARPE Alex, « Will Gender Self-Declaration Undermine Women's Rights

and Lead to an Increase in Harms? », *The Modern Law Review*, 2020, vol. 83, n° 3, p. 539-557.

SHARPE Alex, « Queering Judgment: The Case of Gender Identity Fraud », *The Journal of Criminal Law*, 2017, vol. 81, n° 5, p. 417-435.

SHARPE Andrew, « English Transgender Law Reform and the Spectre of *Corbett* », *Feminist Legal Studies*, 2002, vol. 10, n° 1, p. 65-89.

SHAW Joshua, « The Spatio-Legal Production of Bodies Through the Legal Fiction of Death », *Law and Critique*, avril 2021, vol. 32, p. 69-90.

SHTEYLER Vadim M., CLARKE Jessica A. et ADASHI Eli Y., « Failed Assignments - Rethinking Sex Designations on Birth Certificates », *The New England Journal of Medicine*, 17 décembre 2020, vol. 383, n° 25, p. 2399-2401.

SLEPOI Rachel, « *Bostock's* Inclusive Queer Frame », *Virginia Law Review*, 2021, vol. 107, p. 67-83.

SMART Carol, « The Woman of Legal Discourse », *Social & Legal Studies*, 1992, vol. 1, p. 29-44.

SMITH Bryant, « Legal Personality », *Yale Law Journal*, 1928, n° 3, p. 283-299.

SOLANKE Iyiola, « Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality », *Modern Law Review*, 2009, vol. 72, n° 5, p. 723-749.

SPADE Dean, « Documenting Gender », *Hastings Law Journal*, mars 2008, vol. 59, p. 731-842.

SPADE Dean, « Resisting Medicine, Re/Modeling Gender », *Berkeley Women's Law Journal*, 2003, vol. 18, p. 15-37.

SPERO Navah C., « Transgendered Plaintiffs in Title VII Suits: Why the *Schroer v.*

Billington Approach Makes Sense », *Connecticut Public Interest Law Journal*, 2010, vol. 9, n° 2, p. 387-411.

SPRUYT Hendrik, « The Origins, Development, and Possible Decline of the Modern State », *Annual Review of Political Science*, 2002, vol. 5, n° 1, p. 127-149.

STANLEY Eric A., « Gender Self-Determination », *TSQ: Transgender Studies Quarterly*, 2014, vol. 1, n° 1-2, p. 89-91.

STIP Emmanuel, « Les RaeRae et Mahu : troisième sexe polynésien », *Santé mentale au Québec*, 2015, vol. 40, n° 3, p. 193-208.

STOPPIONI Edoardo, « Une analyse critique de l'arrêt *Coman* : déconstruction de la consécration de l'obligation de reconnaissance du droit de séjour du conjoint homosexuel », *European Papers*, 2019, vol. 4, n° 1, p. 377-388.

STRAUSS S. A., « Transsexualism and the Law », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1970, vol. 3, n° 3, p. 348-359.

SUDAI Maayan, « 'A Woman and Now a Man': The Legitimation of Sex-Assignment Surgery in the United States (1849-1886) », *Social Studies of Science*, novembre 2021, p. 1-27.

SUPIOT Alain, MONGIN Olivier, ROMAN Joël et THÉRY Michel, « La fonction anthropologique du droit : Entretien avec Alain Supiot », *Esprit (1940-)*, 2001, vol. 2, n° 272, p. 151-173.

SURREL Hélène, « La sanction des discriminations par la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VII*, 2020, vol. 4, n° 1, p. 52-60.

SUK Julie C., « Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict », *Columbia Law Review*, 30 mars 2009, vol. 110, n° 1.

SWARR Amanda Lock, « “Stabane,” Intersexuality, and Same-Sex Relationships in South Africa », *Feminist Studies*, 2009, vol. 35, n° 3, p. 524-548.

SZUREK Sandra, « Droit, sexe et genre : évolution historique de la binarité », *Topique*, 2024, vol. 160, n° 1, p. 113-124.

T

THARAUD Delphine, « Identité personnelle et ordre public », *Revue générale du droit*, 21 décembre 2020, n° 53638.

THARAUD Delphine, « Pour une réforme des motifs de discrimination, et peut-être un peu plus... », *Revue générale du droit*, 2019, n° 30226.

THEILEN Jens, « Intersectionality’s Travels to International Human Rights Law », *Michigan Journal of International Law*, 1 janvier 2024, vol. 45, n° 2, p. 233-274.

THÉRY Irène, « Le genre : identité des personnes ou modalité des relations sociales ? », *Revue française de pédagogie. Recherches en éducation*, 1 juillet 2010, n° 171, p. 103-117.

THOMAS Yan, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 85-107.

THONGKRAJAI Cheera, « Kathoey, un genre multiple », *Moussons. Recherche en sciences humaines sur l’Asie du Sud-Est*, 1 juillet 2012, n° 16, p. 157-174.

TISSANDIER-NASOM Elias, « Effective Recognition and Protection of Non-Binary Gender Identities in the Council of Europe Framework: A Critical Analysis of Third Gender Marker Options from a Human Rights Law Standpoint », *University of Bologna Law Review*, 2023, vol. 8, n° 2, p. 101-168.

TOBIN Harper Jean, « Against the Surgical Requirement for Chance of Legal Sex », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2007, vol. 38, n° 2, p. 393-435.

TOMCHIN Olga, « Bodies and Bureaucracy: Legal Sex Classification and Marriage-Based Immigration for Trans* People », *California Law Review*, 2013, vol. 101, p. 813-862.

TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, n° 22.

TUELLER Jessica, « Sex/Gender Segregation: A Human Rights Violation, not a Protection », *Yale Journal of Law & Feminism*, 2024, vol. 35, n° 1, p. 67-158.

TUVEL, « In Defense of Transracialism », *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, 2017, vol. 32, n° 2, p. 263-278.

V

VADE Dylan, « Expanding Gender and Expanding the Law: Toward a Social and Legal Conceptualization of Gender that is More Inclusive of Transgender People », *Michigan Journal of Gender & Law*, 2005, vol. 11, p. 253-316.

VALDES Francisco, « Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society: Foreword », *California Law Review*, 1995, vol. 83, n° 1, p. 3-10.

VALLAR Sandrine, « Les hermaphrodites : L’approche de la Rome antique », *Revue Internationale des droits de l’Antiquité*, 2013, LX, p. 201-217.

VAN HOECKE Mark, « Methodology of Comparative Legal Research », *Law and Method*, 2015.

VANDERHORST Blaise, « Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals

and A Proposal for Brain-Based Legal Sex », *Harvard Law and Policy Review*, 2015, vol. 9, p. 241-274.

VARMAN Nipuna, « What Gender Does: Decertification of Legal Gender in India », *feminists@law*, 25 septembre 2022, vol. 11, n° 1.

VASSILEVA Radosveta, « A Perfect Storm: The Extraordinary Constitutional Attack against the Istanbul Convention in Bulgaria », *Osteuropa Recht*, 2022, vol. 68, n° 1, p. 78-96.

VAUTHIER Jean-Philippe et VIALLA François, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.*, 2017, p. 1399.

VONS Jacqueline, « Une expertise médicale qui sauva une vie : Jacques Duval (1555-1615) et le gynanthrope de Rouen », *Histoire des sciences médicales*, 2013, p. 87-93.

W

WAALDIJK Kees, « Vijftien jaar openstelling huwelijk. Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht », *Ars Aequi*, avril 2016, p. 245.

WAALDIJK Kees, « The Right to Relate: A Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2013, p. 161-199.

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

WALDRON Jeremy, « Homelessness and the Issue of Freedom », *UCLA Law review*, 1991, vol. 39, p. 295-324.

WEISS Jillian T, « Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for Lawrence v. Texas », *Journal of Race, Gender and Ethnicity*, 2010, vol. 5, n° 1, p. 1-38.

WEISSMAN Anna L., « Repronormativity and the Reproduction of the Nation-State: The State and Sexuality Collide », *Journal of GLBT Family Studies*, 2017, vol. 13, n° 3, p. 277-305.

WESTBROOK Laurel et SCHILT Kristen, « Doing Gender, Determining Gender: Transgender People, Gender Panics, and the Maintenance of the Sex/Gender/Sexuality System », *Gender and Society*, 2014, vol. 28, n° 1, p. 32-57.

WILL Michaël R., « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe : la situation en droit comparé » dans *Transsexualisme, médecine et droit*, Pays-Bas, Conseil de l'Europe, 1995, p. 81-108.

WILLEMS Geoffrey, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *RTDH*, octobre 2020, n° 124, p. 895-920.

WILLIAMS Joan C., « Deconstructing Gender », *Michigan Law Review*, 1989, vol. 87, n° 4, p. 797-845.

WITTIG Monique, « The Category of Sex », *Feminist Issues*, 1982, vol. 2, n° 2, p. 63-68.

WITTIG Monique, « La pensée *straight* », *Questions Féministes*, 1980, n° 7, p. 45-53.

WITTIG Monique, « On ne naît pas femme », *Questions Féministes*, 1980, n° 8, p. 75-84.

WOLFF Michelle, RUBIN David A. et SWARR Amanda Lock, « The Intersex Issue: An Introduction », *TSQ: Transgender Studies*

Quarterly, mai 2022, vol. 9, n° 2, p. 143-159.

X-Y-Z

XAVIER Neena A. et MCGILL Janet B., « Hyperandrogenism and Intersex Controversies in Women's Olympics », *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, novembre 2012, vol. 97, n° 11, p. 3902-3907.

YANG Tseming, « Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the

Census, and a Color-Blind Society », *Michigan Journal of Race & Law*, 2005, vol. 11, p. 367-417.

ZANGHELLINI Aleardo, « Philosophical Problems with the Gender-Critical Feminist Argument Against Trans Inclusion », *Sage Open*, 2020, vol. 10, n° 2, p. 1-14.

ZEVOUNOU Lionel, « Raisonner à partir d'un concept de "race" en droit français », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 8 janvier 2021, n° 19

5.3. Parus dans un blog

ANDERSON Ryan T., « Symposium: The simplistic logic of Justice Neil Gorsuch's account of sex discrimination », *SCOTUS Blog*, 16 juin 2020. En ligne : <https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-the-simplistic-logic-of-justice-neil-gorsuchs-account-of-sex-discrimination/>

BOUAZIZ Margaux, « L'interdiction de la prise en compte de la race dans la sélection à l'université aux États-Unis : la majorité conservatrice de la Cour suprême poursuit son activisme politique », *JP blog*, 17 juillet 2023. En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2023/07/17/linterdiction-de-la-prise-en-compte-de-la-race-dans-la-selection-a-luniversite-aux-etats-unis-la-majorite-conservatrice-de-la-cour-supreme-poursuit-son-activisme-politique/>

CALVÈS Gwénaële, « Le sens ordinaire du texte de la loi. L'arrêt *Bostock v. Clayton County* (Cour suprême des États-Unis, 15 juin 2020) », *JP Blog*, 4 juillet 2020. En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2020/07/04/le-sens-ordinaire-du-texte-de-la-loi-larret-bostock-v-clayton-county-cour-supreme-des-etats-unis-15-juin-2020-par-gwenaële-calves/>

CANNOOT Pieter et MILKAITE Ingrida, « *A.M. and others v. Russia*: ECtHR stands

up for trans parents », *Strasbourg Observers*, 9 novembre 2021. En ligne : <https://strasbourgobservers.com/2021/11/09/a-m-and-others-v-russia-ecthr-stands-up-for-trans-parents/>

CHOLLET Sam, « A (Binary) Right to Self-Determination: *T.H. v. Czech Republic* », *Strasbourg Observers*, 14 octobre 2025. En ligne : <https://strasbourgobservers.com/2025/10/14/a-binary-right-to-self-determination-t-h-v-czech-republic/>

HOLZER Lena, « The European Court of Human Rights in the *Caster Semenya* Case: Opening a New Door for Protecting the Rights of Persons with Variations of Sex Characteristics and Human Rights in Sports », *Opinio Juris*, 8 août 2023. En ligne : <https://opiniojuris.org/2023/08/04/the-european-court-of-human-rights-in-the-caster-semenya-case-opening-a-new-door-for-protecting-the-rights-of-persons-with-variations-of-sex-characteristics-and-human-rights-in-sports/>

MORON-PUECH Benjamin, « Comment traduire "sex characteristics" en français ? », *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, 19 septembre 2024. En ligne : <https://sexandlaw.hypotheses.org/1522>.

PATRICKSON Victoria, « A ‘Double Punishment’: Placement and protection of transgender people in prison », *Penal Reform International*, 30 septembre 2020, En ligne : <https://www.penalreform.org/blog/transgender-people-in-prison-the-double-punishment/>.

PETROVA Teodora, « Barring Legal Gender Reassignment in Bulgaria: Rights of Transgender People and Traditional Social Values », *Verfassungsblog*, 2 mars 2023. En ligne : <https://verfassungsblog.de/barring-legal-gender-reassignment-in-bulgaria/>

PETROVA Teodora, « Value Judgments: The Dangers of the “Traditionalist” Rhetoric of the Bulgarian Constitutional Court », *Verfassungsblog*, 5 novembre 2021. En ligne : <https://verfassungsblog.de/barring-legal-gender-reassignment-in-bulgaria/>

POLGÁRI Eszter et DOMBOS Tamás, « Ignorance and Evil: The Hungarian Constitutional Court on Legal Gender Recognition for Trans People », *Verfassungsblog*, 21 février 2023. En ligne : <https://verfassungsblog.de/ignorance-and-evil/>

SCHOENTJES Sarah et CANNOOT Pieter, « *X and Y v. Romania*: the ‘impossible dilemma’

reasoning applied to gender affirming surgery as a requirement for gender recognition », *Strasbourg Observers*, 25 février 2021. En ligne : <https://strasbourgobservers.com/2021/02/25/x-and-y-v-romania-the-impossible-dilemma-reasoning-applied-to-gender-affirming-surgery-as-a-requirement-for-gender-recognition/>

SUSSNER Petra, « The Future of Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights: Where Will European Consensus Take Us? », *Völkerrechtsblog*, 2 mars 2023. En ligne : <https://voelkerrechtsblog.org/the-future-of-sexual-orientation-and-gender-identity-in-human-rights-2/>

VASSILEVA Radosveta, « Bulgaria’s Constitutional Troubles with the Istanbul Convention », *Verfassungsblog*, 2 août 2018. En ligne : <https://verfassungsblog.de/bulgarias-constitutional-troubles-with-the-istanbul-convention/>

VIKARSKÁ Zuzana et OUŘEDNÍČKOVÁ Sarah, « Evasive, Insensitive, Ignorant, and Political », *Verfassungsblog*, 6 avril 2022. En ligne : <https://verfassungsblog.de/evasive-insensitive-ignorant-and-political/>

6. *Working papers* et comptes-rendus d’interventions

BORRILLO Daniel, « La mention du sexe à l’état civil : De l’indisponibilité de l’état des personnes à l’autodétermination », Colloque international « De l’hermaphrodisme à l’intersexuation », Université Paris Diderot, 24 juin 2017. En ligne : <https://hal.science/hal-01597545v1>

DELPHY Christine, « La non-mixité : une nécessité politique. Domination, ségrégation et auto-émancipation », Fête des 50 ans du Monde diplomatique, 8 mai 2006. En ligne : <https://lmsi.net/La-non-mixite-une-necessite>

MILLER Alice M. et TUELLER Jessica, « Notes on a theme: Indirect discrimination on bases including sexual orientation and gender identity in the context of health and in light of commitments to cross-movement solidarity », 2021. En ligne : https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/ghjp/documents/indirectdiscriminationthecovid-19pandemic_feb2021_workshopproceedingworkingpapers_21-003.pdf

NUTTALL Amanda, « Reformulating the Categorical Approach to Discrimination Law », *The Women's Constitutional Convention 2022*, Canberra, 2022.

7. Sources institutionnelles

7.1. Organisation des Nations Unies

7.1.1. Documents de travail

Assemblée générale des Nations Unies, *Lettre datée du 18 décembre 2008, adressée au Président de l'Assemblée générale par les Représentants permanents de l'Argentine, du Brésil, de la Croatie, de la France, du Gabon, du Japon, de la Norvège et des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies*, 22 décembre 2008, A/63/635.

—, *Point 85 de l'ordre du jour*, 20 octobre 1977, A/C.3/32/SR.20.

—, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides: Compte rendu analytique de la troisième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève le mercredi 4 juillet 1951*, 19 novembre 1951, A/CONF.2/SR.

Commission de la condition de la femme, *Rapport sur la 25^{ème} session*, 14 janvier – 1^{er} février 1974, E/5451

Commission de la condition de la femme, *Report on the Twenty-sixth and Resumed Twenty-sixth Sessions*, New York, 1977, Doc. E/5909 - E/CN.6/608

Conseil économique et social, *Rapport de la Commission des droits de l'Homme*, 21 mai 1946, E/38/Rev.1.

Conseil économique et social, *Rapport du Comité de rédaction à la Commission des droits de l'Homme*, 21 mai 1948, E/CN.4/9.

7.1.2. Observations, résolutions et recommandations

Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 2015*, 8 janvier 2016, A/RES/70/175.

Comité CEDEF, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Népal*, 14 novembre 2018, CEDAW/C/NPL/CO/6.

—, *Observations finales concernant le septième rapport périodique du Chili*, 14 mars 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7.

—, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Italie*, 24 juillet 2017, CEDAW/C/ITA/CO/7.

—, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique des Pays-Bas*, 24 novembre 2016, CEDAW/C/NLD/CO/6.

—, *Observations finales concernant le rapport de la France valant septième et huitième rapports périodiques*, 25 juillet 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8.

—, *Observations finales concernant les cinquième et sixième rapports périodiques de la Slovaquie*, 25 novembre 2015.

—, *Observations finales concernant le rapport unique valant quatrième et cinquième rapports périodiques de l'Inde*, 24 juillet 2014, CEDAW/C/IND/CO/4-5.

—, *Observations finale du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, 21 avril 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6.

—, *Les femmes et la santé*, Recommandation générale n° 24, 1999.

—, *Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales*, 18 mars 2004, A/59/38 (Part I, Annexe I).

Comité contre la torture, *Observations finales concernant le huitième rapport périodique de la France*, 22 mai 2025, CAT/C/FRA/CO/8.

—, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Autriche*, 12 juin 2024, CAT/C/AUT/CO/7.

—, *Observations finales concernant le troisième rapport périodique du Kenya*, 30 mai 2022, CAT/C/KEN/CO/3.

—, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, 10 juin 2016, CAT/C/FRA/CO/7.

—, *Observations finales concernant le rapport du Danemark valant sixième et septième rapports périodiques*, 4 février 2016, CAT/C/DNK/CO/6-7.

—, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Chine*, 3 février 2016, CAT/C/CHN/CO/5.

—, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse*, 7 septembre 2015, CAT/C/CHE/CO/7.

—, *Observations finales (Allemagne)*, 12 décembre 2011, CAT/C/DEU/CO/5.

Comité des droits de l'enfants, *Observations finales concernant le rapport de la France valant sixième et septième rapports périodiques*, 4 décembre 2023, CRC/C/FRA/CO/6-7.

—, *Observations finales concernant le rapport de l'Islande valant cinquième et sixième rapports périodiques*, 23 juin 2022, CRC/C/ISL/CO/5-6.

—, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain*, 5 mars 2018, CRC/C/ESP/CO/5-6.

—, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Danemark*, 26 octobre 2017, CRC/C/DNK/CO/5.

—, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Nouvelle-Zélande*, 21 octobre 2016, CRC/C/NZL/CO/5.

—, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de l’Afrique du Sud*, 27 octobre 2016, CRC/C/ZAF/CO/2,

—, *Observations finales concernant le rapport de l’Irlande, valant troisième et quatrième rapports périodiques*, 1^{er} mars 2016, CRC/C/IRL/CO/3-4.

—, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

—, *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse*, 26 février 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 20*, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20.

—, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte*, 12 juillet 2011, E/C.12/DEU/CO/5.

—, *Observation générale n° 22*, 2 mai 2016, E/C.12/GC/22.

—, *Observation générale n° 23*, 27 avril 2016, E/C.12/GC/23.

—, *Observation générale n° 25*, 30 avril 2020, E/C.12/GC/25.

Comité des droits de l’Homme, *Droits de l’homme, orientation sexuelle et identité de genre*, 17 juin 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1.

—, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Japon*, 20 août 2014, CCPR/C/JPN/CO/6.

—, *Observations finales concernant le rapport initial du Pakistan*, 23 août 2017, CCPR/C/PAK/CO/1.

—, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique de l’Australie*, 1^{er} décembre 2017, CCPR/C/AUS/CO/6.

—, *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse*, 22 août 2017, CCPR/C/CHE/CO/4.

—, *Observations finales concernant le rapport initial du Libéria*, 27 août 2018, CCPR/C/LBR/CO/1.

Comité des droits des personnes handicapées, *Observations finales concernant le rapport de la Nouvelle-Zélande valant deuxième et troisième rapports périodiques*, 26 septembre 2022, CRPD/C/NZL/CO/2-3.

—, *Observations finales concernant le rapport initial de la France*, 4 octobre 2021, CRPD/C/FRA/CO/1.

—, *Observations finales concernant le rapport initial de l'Uruguay*, 30 septembre 2016, CRPD/C/URY/CO/1.

—, *Observations finales concernant le rapport initial du Chili*, 13 avril 2016, CRPD/C/CHL/CO/1.

—, *Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne*, 13 mai 2015, CRPD/C/DEU/CO/1.

Commission des droits de l'Homme, *Réunion d'experts sur l'élaboration de directives concernant l'intégration, dans les activités et programmes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, d'une démarche sexospécifique*, 20 novembre 1995, E/CN.4/1996/105.

Conseil des droits de l'Homme, 12 juillet 2024, *Gestion de l'hygiène menstruelle, droits humains et égalité des sexes*, A/HRC/RES/56/11.

—, Conseil des droits de l'Homme, 20 mars 2019, Résolution A/HRC/40/L.10/Rev.1.

—, 15 juillet 2016, Résolution A/HRC/RES/32/2.

Conseil économique et social, *Résolution du 16 février 1946*, E/RES/5(I).

Conseil économique et social, *Résolution du 21 juin 1946*, E/RES/11(II)).

Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, *Principles and Recommendations for a Vital Statistics System: Revision 3*, ONU, 2014, Series M n° 19/Rev.3.

HCDH, ONU Femmes, ONUSIDA, PNUD, UNFPA, UNICEF et OMS, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement*, 2014, 36 p.

7.1.3. Rapports et études

Asia Pacific Forum et Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), *Promoting and Protecting Human Rights in relation to Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics*, 21 juin 2016, 232 p.

Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, A/73/152.

—, Rapport du Secrétaire général, *Étude mondiale de 1999 sur le rôle des femmes dans le développement : la mondialisation et ses conséquences sur les femmes et l'emploi*, 18 août 1999, A/54/227.

Comité contre la torture, *Neuvième rapport annuel du Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 22 mars 2016, CAT/C/57/4.

Commission on Human Rights of the Philippines et Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), *Legal gender recognition in the Philippines : a Legal and Policy Review*, 2018, 55 p.

Conseil des droits de l'Homme, *Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 19 avril 2017, A/HRC/35/36, 23 p.

Conseil économique et social, *Tendances et nouveaux problèmes en matière de criminalité dans le monde et mesures de prévention du crime et de justice pénale visant à y faire face*, 4 mars 2019, E/CN.15/2019/10.

GROVER Anand, *Droit de toute personne au meilleur état de santé physique et mentale possible. Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, 10 août 2009, A/64/272, 28 p.

GROMADA Anna et RICHARDSON Dominic, "Where do rich countries stand on childcare?", UNICEF, 2021, 29 p.

Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, 17 novembre 2011, A/HRC/19/41.

—, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, rapport annuel, 4 mai 2015, A/HRC/29/23.

—, *Born free and equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, New York, 2019, 104 p.

—, *Convergence de la discrimination raciale et de la discrimination fondée sur le genre dans le sport*, Rapport annuel, 15 juin 2020, A/HRC/44/26

MADRIGAL-BORLOZ Victor, *Protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, 2023, A/78/227, 26 p.

—, *Droit et inclusion. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, 2021, A/HRC/47/27, 26 p.

—, *Pratiques d'exclusion. Rapport de l'Expert indépendant chargé de la question de la protection contre la violence et la discrimination liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, 2021, A/76/152, 27 p.

MÉNDEZ Juan E., *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1^{er} février 2013, A/HRC/22/53, 26 p.

NOWAK Manfred, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 18 février 2009, A/HRC/10/44/Add.2.

ONU, *Living free & equal. What States are Doing to Tackle Violence and Discrimination Against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People*, New York, 2016, 156 p.

Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et Commission on Human Rights of the Philippines, *Legal Gender Recognition in the Philippines: A Legal and Policy Review*, 2018, 55 p.

UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, 2005, 51 p.

7.2. Conseil de l'Europe

7.2.1. Avis, résolutions et recommandations

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Lutte contre la recrudescence de la haine à l'encontre des personnes LGBTI en Europe*, 25 janvier 2022, Résolution 2417 (2022)552.

—, *Vie privée et familiale : parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, 10 octobre 2018, Résolution 2239 (2018).

—, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 octobre 2017, Résolution n° 2191.

—, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avril 2015, Résolution 2048 (2015).

—, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, 2013, Résolution 1952 (2013).

—, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avril 2010, Résolution 1728 (2010).

—, *Combattre les stéréotypes sexistes dans les médias*, 25 juin 2010, Résolution 1751 (2010).

—, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avril 2010, Recommandation 1915 (2010).

—, *Condition des transsexuels*, 29 septembre 1989, Recommandation 1117 (1989).

Comité des Ministres, *Recommandation aux États membres sur l'égalité des droits des personnes intersexes*, 7 octobre 2025, CM/Rec(2025)7.

—, *Recommandation sur l'égalité entre les femmes et les hommes et les médias*, 10 juillet 2013, recommandation CM/Rec(2013)1.

—, *Recommandation sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, 31 mars 2010, CM/Rec(2010)5.

—, *Recommandation relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'éducation*, 10 octobre 2007, CM/Rec(2007)13.

—, *Recommandation sur la participation équilibrée des femmes et des hommes à la prise de décision politique et publique*, 12 mars 2003, CM/Rec(2003)3.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *33^e rapport général. Activités 2023*, avril 2024, 73 p.

Commission de Venise, *Avis sur les implications constitutionnelles de la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)*, Strasbourg, 14 octobre 2019.

7.2.2. Rapports et études

Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 7 juillet 2022, 47 p.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, *33^e rapport général. Activités 2023*, Strasbourg, 2024, 74 p.

Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits humains et identité et expression de genre*, Strasbourg, mars 2024, 140 p.

—, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, 66 p.

—, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2, 21 p.

Conseil de l'Europe, *Rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la France*, 28 juin 2022, 66 p.

—, *Diversity in the Workplace : a Sexual Orientation, Gender Identity or Expression and Sex Characteristics Approach*, 2021, 47 p.

7.3. Organisation des États américains

Assemblée générale de l'OEA, 8 juin 2010, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, AG/RES. 2600 (XL-O/10).

—, 6 juin 2013, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13).

—, 5 juin 2014, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES. 2863 (XLIV-O/14).

—, résolution du 14 juin 2016, *Promotion and Protection of Human Rights*, AG/RES, 2887 (XLVI-O/16).

—, résolutions du 21 juin 2017, *Promotion and Protection of Human Rights*, AG/RES. 2908 (XLVII-O/17).

Commission IDH, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, 284 p.

—, *Report on Trans and Gender-Diverse Persons and Their Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights*, 2020, OEA/Ser.L/V/II, 174 p.

7.4. Union africaine

Commission ADHP, *Observations Générales sur l'article 14(1)(d) et (e) du Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits des Femmes en Afrique*, 6 novembre 2012.

—, *Résolution sur la protection contre la violence et d'autres violations des droits humains de personnes sur la base de leur identité ou orientation sexuelle réelle ou supposée*, Adoptée lors de la 55ème Session ordinaire de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples tenue du 28 avril au 12 mai 2014, à Luanda, Angola, CADHP/Res.275(LV)2014.

—, *Résolution sur la Promotion et la Protection des droits des Personnes intersexuées en Afrique*, 7 mars 2023, CADHP-Res.552 (LXXIV).

7.5. Union européenne

7.5.1. Résolutions et recommandations

Parlement européen, *Résolution sur la proposition de décision du Conseil portant conclusion, par l'Union européenne, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (COM(2016)0109 – 2016/0062R(NLE)), 15 février 2023, P9_TA(2023)0047.

—, *Droits des personnes LGBTIQ dans l'Union européenne*, 14 septembre 2021, Résolution 2021/2679(RSP).

—, *Résolution du 8 octobre 2020 sur l'État de droit et les droits fondamentaux en Bulgarie* (2020/2793(RSP)), P9_TA(2020)0264.

—, *Résolution sur les droits des personnes intersexuées*, 14 février 2019, n° 2018/2878(RSP).

—, *Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016*, 1^{er} mars 2018, (2017/2125(INI)).

—, *Résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels*, 12 septembre 1989 n° C 256/33-37.

7.5.2. Rapports et études

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *A long way to go for LGBTI equality. Enquête de la FRA sur les personnes LGBTI*, Vienne, 2020, 65 p.

—, *Homophobia and Discrimination on the grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I Legal Analysis*, 2009.

—, *Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE*, Luxembourg, 2015, 125 p.

—, *The Fundamental Rights Situation of Intersex People*, Autriche, 2015, 10 p.

—, *Being intersex in the EU. EU LGBTIQ III Survey*, Vienne, 2025, 84 p.

Commission européenne, *Programme d'action en matière d'éducation au niveau communautaire. Égalité des chances en matière d'éducation et de formation pour les jeunes filles*, 3 octobre 1978, Bruxelles, COM(78) 499.

—, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, 2012, 109 p.

Direction générale des politiques internes de l'Union, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, 2010, 38 p.

Equinet, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Bruxelles, 2021, 101 p.

7.5.3. Autres

Commission européenne, *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, Bruxelles, 2020.

7.6. Droits nationaux

7.6.1. Australie

Australian Bureau of Statistics (ABS), *Standard for Sex, Gender, Variations of Sex Characteristics and Sexual Orientation Variables*, 14 janvier 2021.

Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, novembre 2015, 15 p.

Tasmania Law Reform Institute (TLRI), *Legal Recognition of Sex and Gender. Final Report n° 31*, juin 2020, 180 p.

7.6.2. Brésil

Ministère de la justice et de la sécurité (*Federal Penitentiary Department*), Note technique du 8 août 2021, 9/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.

7.6.3. Canada

Statistique Canada, *Guide de référence sur l'âge, le sexe à la naissance et le genre. Recensement de la population, 2021*, 27 avril 2022, 17 p.

7.6.4. États-Unis

BECK Allen J. et al., *Sexual Victimization in Prisons and Jails Reported by Inmates, 2011–12*, Bureau of Justice Statistics, mai 2013.

MARCUS DE MARÍA Arana, *A Human Rights Investigation into the Medical “Normalization” of Intersex People*, San Francisco Human Rights Commission, 28 avril 2005, 110 p.

NYC Health, *Application for Gender Marker Change on a NYC Birth Certificate*, VR 218 (Rev. 1/24).

7.6.5. France

BOLTER Flora et SAVART Anne-Lise, *Défendre les droits des personnes intersexes - pour une évolution ambitieuse du droit et des pratiques*, Paris, Fondation Jean Jaurès, DILCRAH, 2020, 19 p.

CNIL, *Reconnaissance faciale. Pour un débat à la hauteur des enjeux*, 15 novembre 2019, 11 p.

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, Paris, 2013, 10 p.

Conseil d'État, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Paris, 2018, 262 p.

Contrôle général des lieux de privation de liberté, *Rapport d'activité 2024*, Paris, Dalloz, 2025, 217 p.

Défenseur des droits, *Décision-cadre relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, 16 juin 2025, n° 2025-112.

—, *Décision relative à la demande en annulation de la décision implicite par laquelle le garde des sceaux, ministre de la Justice, a refusé d'abroger les circulaires des 17 février 2017 et 10 mai 2017 de présentation des procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil*, 20 décembre 2024, n° 2024-217.

—, *Avis relatif à la proposition de loi n°435 visant à encadrer les pratiques médicales mises en œuvre dans la prise en charge des mineurs en questionnement de genre*, déposée au Sénat le 19 mars 2024, 6 mai 2024, n° 24-05.

—, *Décision relative à la prise en charge d'un acte chirurgical de transition de genre*, 4 septembre 2023, n° 2023-136.

—, *Décision-cadre relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, 18 juin 2020, n° 2020-136.

—, *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, 20 février 2017, n° 17-04.

—, *Décision cadre relative à la mise en œuvre d'une procédure déclarative de changement de la mention du sexe à l'état civil*, 24 juin 2016, MLD-MSP-2016-1.

—, *Décision relative au cadre juridique applicable aux établissements bancaires concernant l'identification de leurs clients transgenres*, 6 octobre 2015, MLD-2015-228.

HALDE, *Délibération relative au refus d'accès à un institut de soins esthétiques aux personnes de sexe masculin*, 19 juin 2006, n° 2006-153.

Sénat, *Le numéro unique d'identification des personnes physiques*, Étude de législation comparée n° 181, décembre 2007, 30 p.

7.6.6. Hongrie

Parlement hongrois, *Déclaration politique sur l'importance de protéger les enfants et les femmes, et sur le refus d'adhérer à la Convention d'Istanbul*, 4 mai 2020, n° P/10393.

7.6.7. Royaume-Uni

HM Passport Office, *Gender Marking in Passports Internal Review of Existing Arrangements and Possible Future Options*, 2014, 15 p.

Home Office, *Report Of The Interdepartmental Working Group On Transsexual People*, avril 2000, 67 p.

Ministère de la Justice, *The Care and Management of Individuals who are Transgender*, 31 octobre 2019.

Scottish Prison Service, *SPS Policy for the Management of Transgender People in Custody. Operational Guidance*, février 2024?

7.6.8. Malte

Correctional Services, *Trans, Gender Variant & Intersex Inmates Policy*, 2023, PQ 10765, 15 p.

7.6.9. Nouvelle-Zélande

Human Rights Commission, *To Be Who I Am. Report of the Inquiry into Discrimination Experienced by Transgender People*, Auckland, 2008, 106 p.

Stats NZ, *Data standard for gender, sex, and variations of sex characteristics*, Wellington, avril 2021, 36 p.

8. Autres sources

8.1. Articles et rapports d'associations et d'ONG

Amnesty International, « Droit à l'avortement » : <https://www.amnesty.org/fr/what-we-do/sexual-and-reproductive-rights/abortion-facts/>

BÈS François, « Prisons pour femmes : la double peine », *Observatoire international des prisons*, 18 février 2020 : <https://oip.org/analyse/prisons-pour-femmes-la-double-peine/>

HOLZER Lena, *Non-binary Gender Registration Models in Europe*, ILGA-Europe, 2018.
HUMAN RIGHTS WATCH, « Ils nous parlent comme à des chiens ». *Contrôles de police abusifs en France*, juin 2020, 50 p.

—, “They’re Chasing Us Away from Sport” *Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes*, 2020, 127 p.

—, *This Alien Legacy: the Origins of « Sodomy » Laws in British Colonialism*, New York, 2008, 66 p.

ILGA EUROPE, *Transgender People and the Gender Recast Directive*, Bruxelles, 2009, 30 p.

ILGA-EUROPE, EL*C, TGEU, OII EUROPE, AND EGLSF, *LBTI Women in Sport: Violence, Discrimination, and Lived Experiences*, 2021, 26 p.

JAMES Sandy E. et al., *Report of the 2015 U.S Transgender Survey*, National Center for Transgender Equality, Washington DC, 2016, 297 p.

La Quadrature du Net, « La France crée un fichier des personnes trans », 30 janvier 2024.
<https://www.laquadrature.net/2024/01/30/la-france-cree-un-fichier-des-personnes-trans/>

8.2. Directives et règlements d'organisations et de fédérations sportives

CIO, *Cadre du CIO sur l'équité, l'inclusion, et la non-discrimination sur la base de l'identité sexuelle et de l'intersexuation*, novembre 2021.

Comité international paralympique, *Explanatory Guide To Paralympic Classification*, décembre 2019.

International Association of Athletics Federations, *Policy on Gender Verification*, 2006.

World Athletics, *Règlement régissant l'admissibilité à concourir des athlètes transgenres (version 2.0)*, 31 mars 2023.

World Athletics, *Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel)*, 31 mars 2023.

8.3. Articles et communiqués de presse

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION (AMA), « AMA announced policies adopted on final day of Special Meeting, 16 juin 2021.

En ligne : <https://www.ama-assn.org/press-center/ama-press-releases/ama-announced-policies-adopted-final-day-special-meeting>

BAJOS Nathalie, FROIDEVAUX-METTERIE Camille et HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Le droit à l'IVG dans la Constitution, une « arnaque à la liberté » », *Le Monde*, 14 février 2023.

En ligne : https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/02/14/le-droit-a-l-ivg-dans-la-constitution-une-arnaque-a-la-liberte_6161725_3232.html

BUTLER Julie, « X Marks the Spot for Intersex Alex », *The West Australian*, 11 janvier 2003.

En ligne : <https://perma.cc/2XKH-8QVZ>

CURRAH Paisley, « Full-Throated Explicit Dehumanization », 10 février 2025, *N+1*.

En ligne : <https://www.nplusonemag.com/online-only/online-only/full-throated-explicit-dehumanization/>

DEMBROFF Robin et PAYTON Dee, « Why We Shouldn't Compare Transracial to Transgender Identity, Boston Review », *Boston Review*, 18 novembre 2020.

En ligne : <https://www.bostonreview.net/articles/robin-dembroff-dee-payton-breaking-analogy-between-race-and-gender/>

KASSAM Ashifa, « Denmark and Finland urge caution for US-bound transgender people », *The Guardian*, 21 mars 2025.

En ligne : <https://www.theguardian.com/world/2025/mar/21/denmark-and-finland-urge-caution-for-us-bound-transgender-people>

MOREL Sandrine, « En Espagne, les « trans non normatifs » soupçonnés de saboter la loi sur la transition de genre », *Le Monde*, 23 mars 2024.

En ligne : https://www.lemonde.fr/international/article/2024/03/23/en-espagne-les-trans-non-normatifs-soupconnes-de-saboter-la-loi-sur-la-transition-de-genre_6223768_3210.html

ROY Marie, « “Je veux être la première femme transgenre reconnue dans l’athlétisme”, Halba Diouf, athlète », *têtu*, 4 décembre 2023.

En ligne : <https://www.tetuconnect.com/je-veux-etre-la-premiere-femme-transgenre-reconnue-dans-latheltisme-halba-diouf-athlete/>

SCOTT Joan Wallach, « Gender backlash », *AOC media - Analyse Opinion Critique*, 7 mars 2022.

En ligne : <https://aoc.media/analyse/2022/03/07/gender-backlash/>

STOCK Kathleen, « Changing the concept of “woman” will cause unintended harms », *The Economist*, 6 juill. 2018.

En ligne : <https://www.economist.com/open-future/2018/07/06/changing-the-concept-of-woman-will-cause-unintended-harms>

VALLEJOS Soledad, « DNI sin indicación de sexo y como un trámite », *Página/12*, 3 novembre 2018.

En ligne : <https://www.pagina12.com.ar/152857-dni-sin-indicacion-de-sexo-y-como-un-tramite>

« Une transsexuelle sanctionnée par la SNCF parce qu'elle “s'appelle Monsieur” », *Le Monde*, 20 novembre 2023.

En ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/20/une-transsexuelle-sanctionnee-par-la-sncf-parce-qu-elle-s-appelle-monsieur_3517396_3224.html

8.4. Sites internet

Collectif Intersexe Activiste - OII France : <https://cia-oiifrance.org/>

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS) : <https://asso-giaps.org/>

ILGA World database : <https://database.ilga.org/en>

TABLE DES JURISPRUDENCES

I. Jurisprudence internationale

Comité des droits de l'Homme, 17 novembre 2016, *Mellet c. Ireland*, communication n° 2324/2013

II. Jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Cour ADHP, 26 mai 2017, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, n° 006/2012

III. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1. Commission européenne des droits de l'homme

Com EDH, 15 décembre 1977, *X. c. République Fédérale d'Allemagne*, n° 6699/74

Com EDH, 15 mars 1984, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81

Com EDH, 9 mai 1989, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84

Com EDH, 9 octobre 1989, *C. et L.M. c. Royaume-Uni*, n° 14753/89

Com EDH, 2 juillet 1997, *L.F. c. Irlande*, n° 28154/95

2. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72

Cour EDH, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76

Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76

Cour EDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, n° 7511/76 et 7743/76

Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81

Cour EDH, 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 8225/78

Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84

Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87

Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, n° 16969/90

Cour EDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93

Cour EDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, nos 22985/93 et 23390/94

Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96

Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97

Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99

Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02

Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95

Cour EDH (GC), 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n° 25680/94

Cour EDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99
 Cour EDH (GC), 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98
 Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97
 Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03
 Cour EDH, 28 novembre 2006, *Parry c. Royaume-Uni*, n° 42971/05
 Cour EDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05
 Cour EDH, 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03
 Cour EDH (GC), 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04
 Cour EDH, 27 mai 2008, *X. c. France*, n° 18367/06
 Cour EDH, 28 novembre 2008, *R. et F. c. Royaume-Uni*, n° 35748/05
 Cour EDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n° 43546/02
 Cour EDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06,
 Cour EDH, 2 février 2010, *Sinan Işık c. Turquie*, n° 21924/05
 Cour EDH, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02
 Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04
 Cour EDH, 30 novembre 2010, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09
 Cour EDH, 26 mai 2011, *R. R. c. Pologne*, n° 27617/04
 Cour EDH, 6 septembre 2011, *P. c. Portugal*, n° 56027/09
 Cour EDH (GC), 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00
 Cour EDH, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07
 Cour EDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06
 Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07
 Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09
 Cour EDH, 13 novembre 2012, *H. c. Finlande*, n° 37359/09
 Cour EDH, 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, n° 19010/07
 Cour EDH (GC), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09
 Cour EDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n° 61960/08
 Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11
 Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11
 Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08
 Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11
 Cour EDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, n° 30955/12
 Cour EDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07
 Cour EDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et 10410/14
 Cour EDH (GC), 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12
 Cour EDH, 7 février 2017, *D. Ç c. Turquie*, n° 10684/13
 Cour EDH, 4 avril 2017, *X. c. Turquie*, n° 24727/12
 Cour EDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13
 Cour EDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15
 Cour EDH, 11 octobre 2018, *S.V. c. Italie*, n° 55216/08
 Cour EDH, 17 janvier 2019, *X c. L'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 29683/16
 Cour EDH, 9 juillet 2020, *Y.T. c. Bulgarie*, n° 41701/16
 Cour EDH, 16 juillet 2020, *D. c. France*, n° 11288/18
 Cour EDH, 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie*, n° 2145/16 et 20607/16

Cour EDH, 18 mai 2021, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, n° 71552/17
 Cour EDH, 17 février 2022, *Y c. Pologne*, n° 74131/14
 Cour EDH, 26 avril 2022, *M. c. France*, n° 42821/18
 Cour EDH, 27 septembre 2022, *P.H. c. Bulgarie*, n° 46509/20
 Cour EDH (GC), 11 octobre 2022, *Beeler c. Suisse*, n° 78630/12
 Cour EDH, 1^{er} décembre 2022, *A.D. et autres c. Géorgie*, n°s 57864/17, 79087/17 et 55353/19
 Cour EDH (GC), 17 janvier 2023, *Fedotova c. Russie*, n°s 40792/10, 30538/14 et 43439/14
 Cour EDH, 31 janvier 2023, *Y. c. France*, n° 76888/17
 Cour EDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, n° 53568/18 et 54741/18
 Cour EDH, 4 avril 2023, *A.H. c. Allemagne*, n° 7246/20
 Cour EDH, 8 juin 2023, *A et B c. France*, n° 12482/21
 Cour EDH, 22 juin 2023, *RK c. Hongrie*, n° 54006/20
 Cour EDH, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21
 Cour EDH, 7 septembre 2023, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, n° 21424/16 et 45728/17
 Cour EDH, 30 janvier 2024, *Cherrier c. France*, n° 18843/20
 Cour EDH, 12 juin 2025, *T.H. c. République Tchèque*, n° 33037/22
 Cour EDH (GC), 10 juillet 2025, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21

IV. Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

1. Commission interaméricaine des droits de l'homme

Com IDH, 14 avril 2016, *Luiza Melinho c. Brésil*, n° 362-09,

2. Cour interaméricaine des droits de l'homme

Cour IDH, 31 janvier 2006, *Massacre Pueblo Bello c. Colombie*, n° 140
 Cour IDH, 16 novembre 2009, *González et al. c. Mexique*, n° 205
 Cour IDH, 24 février 2012, *Atala Riffo et filles c. Chili*, n° 239
 Cour IDH, 26 février 2016, *Duque c. Colombie*, n° 310
 Cour IDH, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, 24 novembre 2017, avis consultatif, OC-24/17
 Cour IDH, *Differentiated Approaches with Respect to Certain Groups of Persons Deprived of Liberty*, 30 mai 2022, avis consultatif, OC-29/22

V. Jurisprudence de l'Union européenne

CJCECA, 21 décembre 1954, *République française c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, C-1-54
 CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29-69
 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11-70
 CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne I*, C-80-70
 CJCE, 8 juillet 1976, *Defrenne II*, C-43/75

CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, C-149/77
 CJCE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate*, C-96/80
 CJCE, 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, C-170/84
 CJCE, 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall Country Council*, C-13/94
 CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd.*, C-249/96
 CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01
 CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04
 CJUE (GC), 17 juillet 2008, *Coleman c. Attridge Law*, C-303/06
 CJUE, 18 mars 2014, *Z. / A Government Department and the Board of Management of a Community School*, C-363/12
 CJUE, 18 mars 2014, *C.D. / S.T.*, C-167/12
 CJUE (GC), 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept c. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16
 CJUE, 26 juin 2018, *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-451/16
 CJUE, *Avis du 6 octobre 2021*, n° 1/19
 CJUE, 14 décembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna Obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20
 CJUE, 9 janvier 2025, *Mousse c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), SNCF Connect*, C-394/23
 CJUE, 4 septembre 2025, *K.M.H. c. Obshtina Stara Zagora*, affaire C-43/24,
 CJUE (GC), 4 octobre 2024, *Mirin*, C-4/23

VI. Jurisprudence nationale

1. Afrique du Sud

Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 1^{er} décembre 2005, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, CCT 60/04, [2005] ZACC 19

2. Allemagne

Cour fédérale (*BGH*), 29 novembre 2017, XII ZB 459/16
 Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 11 octobre 1978, 1 BvR 16/72
 Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 27 mai 2008, 1BvL 10/05
 Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 11 janvier 2011, 1 BvR 3295/07
 Tribunal constitutionnel fédéral (BVerfG), 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16

3. Argentine

Cour Suprême d'Argentine, 15 mai 1929, *Lanteri de Renshaw*, 154:289

4. Australie

a. Juridictions fédérales

Cour fédérale, 1^{er} décembre 1993, *Secretary, Department of Social Security v SRA*, FCA 869; 118 ALR 467

Tribunal d'appel administratif (AAT), 25 août 1999, *SRDD c. Secretary, Department of Family and Community Services*, AAT 626.

Cour fédérale, 23 août 2024, *Tickle v Giggle for Girls Pty Ltd*, [2024] FCA 960

b. Juridictions des États fédérés

Family Court of Australia (Brisbane), 20 avril 1979, *In the marriage of C and D (falsely called C)*, 5 Fam LR 636.

Cour d'appel pénale de la Nouvelle-Galles du Sud, 1998, *R c. Harris and McGuinness*, 17 NSWLR 158

Family Court of Australia (Sydney), 12 octobre 2001, *In Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual)*, FamCA 1074

5. Autriche

Cour administrative autrichienne (*Verwaltungsgerichtshof*), 2009, n° ZI.2008/17/0054-8

Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*), 18 juillet 2006, VerfG, 1 BvL 1/04

Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*), 4 décembre 2017, G 258-259/2017-9

6. Belgique

Tribunal correctionnel de Bruxelles, 27 septembre 1969, J.T., 1969

Tribunal de première instance de Bruxelles, 7 décembre 1988, n° F-19881207-11

Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n° 99/2019

7. Bolivie

Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie, 9 novembre 2017, n° 0076/2017

8. Bulgarie

Cour constitutionnelle bulgare, 27 juillet 2018, n° 13

Cour constitutionnelle bulgare, 26 octobre 2021, n° 15

Cour suprême de cassation bulgare, 20 février 2023, n° 2/2020

9. Canada

Cour Suprême du Canada, 24 avril 1928, *Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act*, [1928] S.C.R. 276

Comité Judiciaire du Conseil Privé (CJCP), 18 octobre 1929, 1930 AC 124, [1929] UKPC 86

Cour suprême de la Colombie-Britannique, 19 décembre 2003, *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon et al.*, L021846

Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, 22 octobre 2019, *Yaniv v. Various Waxing Salons*, 2019 BCHRT 222

10. Colombie

Cour constitutionnelle colombienne (*Corte Constitucional*), 4 février 2022, T-033/22

11. Costa Rica

Tribunal suprême électoral du Costa Rica (*Tribunal Supremo de Elecciones*), 14 mai 2018, n° 7-2018

12. États-Unis

a. Cour suprême des États-Unis

SCOTUS, 12 juin 1967, *Loving v. Virginia*, U.S. 1

SCOTUS, 15 avril 1873, *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130

SCOTUS, 14 janvier 1878, *Hall v. DeCuir*, 95 U.S. 485

SCOTUS, 19 mars 1888, *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190

SCOTUS, 18 mai 1896, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537

SCOTUS, 1^{er} mai 1989, *Price Waterhouse c. Hopkins*, 490 U.S. 228

SCOTUS, 24 février 1908, *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412

SCOTUS, 2 mai 1927, *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200

SCOTUS, 17 mai 1954, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483

SCOTUS, 20 novembre 1961, *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57

SCOTUS, 25 janvier 1971, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 US 542

SCOTUS, 22 novembre 1971, *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71

SCOTUS, 21 janvier 1975, *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522

SCOTUS, 20 décembre 1976, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190

SCOTUS, 7 décembre 1976, *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125

SCOTUS, 25 avril 1978, *City of Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702

SCOTUS, 26 juin 1996, *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515

SCOTUS, 26 juin 2015, *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584

SCOTUS, 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. 644

SCOTUS, 24 juin 2022, *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215

SCOTUS, 29 juin 2023, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 600 U.S. 181
SCOTUS, 27 juin 2025, *Mahmoud v. Talor*, 606 U.S.

b. Juridictions fédérales

i. Cours d'appel fédérales

Cour d'appel pour le 10^{ème} circuit, 22 novembre 1972, *Moritz v. Commissioner of Internal Revenue*, 469 F.2d 466
Cour d'appel pour le 9^{ème} circuit, 23 décembre 1977, *Holloway v. Arthur Andersen Co.*, 566 F.2d 659
Cour d'appel pour le 2^{ème} circuit, 22 septembre 1980, *Alexander v. Yale*, 631 F.2d 178
Cour d'appel pour le 8^{ème} circuit, 8 janvier 1982, *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 74
Cour d'appel pour le 7^{ème} circuit, 29 août 1984, *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081
Cour d'appel pour le 7^{ème} Circuit, 26 juin 1997, *Ilhardt v. Sara Lee Corp.*, 1997, 118 F.3d 1151
Cour d'appel pour le 6^{ème} circuit, 5 août 2004, *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566
Cour d'appel pour le 10^{ème} circuit, 24 janvier 2007, *Estate of Dimarco v. Wyoming Department of Corrections Division of Prisons*, n° 04-8024
Cour d'appel pour le 6^{ème} circuit, 7 mars 2018, *Equal Employment Opportunity Comm'n v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc.*, n° 16-2424
Cour d'appel pour le 4^{ème} circuit, 26 août 2020, *Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd.*, 972 F.3d 586
Cour d'appel pour le 11^{ème} circuit, décembre 2022, *Adams ex rel. Kasper v. School Board of St. Johns County*, Florida, 57 F.4th 791, 840

ii. Cours de district

Cour de district pour le district Est de Pennsylvanie, 24 avril 1987, *Wood v. CG Studios, Inc.*, 660 F. Supp. 176 (E.D. Pa. 1987)
Cour de district pour le district du Wyoming, 18 février 2004, *Dimarco v. Wyoming Department of Corrections*, 300 F. Supp. 2d 1183
Cour de district pour le district de Columbia, 19 septembre 2008, *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293
Cour de district pour le district du New Jersey, 11 avril 2011, *Hughes v. Home Depot, Inc.*, 804 F. Supp. 2d 223
Cour de district pour le district Est du Michigan, 18 août 2016, *Equal Employment Opportunity Comm'n v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes Inc.*, n° 14-13710
Cour de district pour le district de Porto Rico, 20 avril 2018, *Arroyo Gonzalez v. Rossello Nevares*, 305 F. Supp. 3d 327

c. Juridictions des États fédérés

Illinois : Cour d'appel de l'Illinois, second district, 13 août 2021, *Hobby Lobby Stores Inc. c. Meggan Sommerville and the Human Rights Commission*, n° 2-19-0362

Iowa : Cour suprême de l'Iowa, 17 décembre 2003, *Pecenka v. Fareway stores, Inc.*, n° 154/02-1979

New York :

Cour Suprême de New York, 18 mai 1966, *In the Matter of Anonymous v. Weiner*, 50 Misc.2d 380

Cour suprême de New York, 6 août 1971, *Anonymous v. Anonymous*, 325 N.Y.S.2d 499

Cour suprême de New York, 23 avril 1974, *B v. B*, 355 N.Y.S.2d 712

Tribunal civil (New York), 17 septembre 1968, *In the Matter of Anonymous*, 57 Misc 2d 813

New Jersey :

Cour supérieure du New Jersey, 22 mars 1976, *M.T. v. J.T.*, 140 N.J. 77, 355 A.2d 204, 205

Tribunal de district du New Jersey, 10 septembre 1975, *Grossman v. Bernards Township Board of Education*, n° 74-1904, 1975 WL 302

Ohio : Ohio Probate Court, 17 février 1987, *In re Ladrach*, 513 N.E.2d 828

Texas : Cour d'appel du Texas (4^{ème}), 27 octobre 1999, *Littleton v. Prange*, 9 SW 3d 223

Massachusetts : Cour suprême du Massachusetts, 25 juillet 1989, *Malone v. Haley*, n° 88-339

d. Autres

Commission pour l'égalité des chances en matière d'emploi (EEOC), 20 avril 2012, *Macy v. Dep't of Justice*, n° 012012821, 2012 WL 1435995

13. France

a. Conseil constitutionnel

Cons. constit., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

Cons. constit., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013

Cons. constit., décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017

Cons. constit., décision QPC n° 2022-1003 du 8 juillet 2022, *Association Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles [Accès à l'assistance médicale à la procréation]*

b. Conseil d'État

CE, 28 septembre 2018, décision n° 421899

CE, 11 octobre 2023, *Amnesty International France et autres*, n° 454836

CE, 7 décembre 2023, *Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 407667

CE, 16 juin 2024, n° 472649

CE, 22 mars 2024, n° 459000

c. Cour de cassation

Cass. ch. réunies, 24 février 1862, S.1862.1.341

Cass., 6 avril 1903, *D* 1904, 1, 395

Cass., 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615

Cass., 1^{ère} civ., 14 juin 1983, n° 82-13.247

Cass., 1^{ère} civ., 31 mars 1987, n° 85-14.176

Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829

Cass., ass., 11 décembre 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373

Cass., 1^{ère} civ., 28 mars 2000, n° 98-12.806

Cass., 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 10-19.053

Cass., soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213

Cass., 1^{ère} civ., 7 juin 2012, n° 10-26.947

Cass., 1^{ère} civ., 13 février 2013, n° 11-14.515

Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189

Cass., 1^{ère} civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251

Cass., 1^{ère} civ., 21 septembre 2022, n° 21-50.042

d. Juridictions d'appel

CA Douai, 14 mai 1901, 3U2-148

CA Paris, 18 janvier 1974, *D*. 1974

CA Versailles, 22 juin 2000, n° 1999-7799

CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281

CA Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059

CA Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128

e. Juridictions de première instance

Tribunal civil d'Alès, 29 avril 1869, 7 U1/91

Tribunal civil d'Alès, 28 janvier 1873, 7 U1/98

Tribunal civil de Lille, 1^{ère} ch., 22 novembre 1900, 3U270/107

TGI de la Seine, 18 janvier 1965, *JCP* 1965

TGI de Saint Étienne, 11 juillet 1979, *D*. 1981.270

TGI de Créteil, 22 octobre 1981, *D*. 1982

TGI de Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399
TGI de Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/0019

14. Hongrie

Cour constitutionnelle hongroise, 19 juin 2018, 6/2018 (VI. 27.)
Cour constitutionnelle hongroise, 31 janvier 2023, décision n° 3058/2023 (II.16)

15. Inde

Cour suprême indienne, 15 avril 2014, *National Legal Services Authority (NALSA) vs Union Of India*, n° 604
Cour suprême d'Allahabad, 31 janvier 1884, *Queen Empress v. Khairati*, ILR 6 All 204

16. Italie

Cour de cassation, 1^{ère} civ., 3 avril 1980, n° 2161
Cour de cassation, 1^{ère} civ., 9 mars 1981, n° 1315
Cour constitutionnelle, 24 mai 1985, Sentenza 6, n° 161
Cour constitutionnelle, 23 juillet 2024, Sentenza 143/2024

17. Kenya

Haute Cour du Kenya, 2 décembre 2010, *Richard Muasya v. the Hon. Attorney General*
Haute Cour du Kenya, 7 octobre 2014, *Audrey Mbugua v. Kenya National Examinations Council*, n° 147
Haute Cour du Kenya, 5 décembre 2014, *Baby A v. Attorney General*, n° 266

18. Mexique

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), 21 juin 2018, n° SUP-JDC-304/2018

19. Népal

Cour suprême du Népal, 21 décembre 2007, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepali Government*, n° 917

20. Nouvelle-Zélande

Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 30 mai 1991, *M. v. M.*

21. Pays-Bas

Tribunal de Limburg, 28 mai 2018, C/03/232248

Tribunal d'Amsterdam, 21 juillet 2021, n° 3732

22. Pérou

Cour constitutionnelle du Pérou, 21 octobre 2016, *Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga) c. RENIEC*, n° 06040-2015-PA/TC

23. Philippines

Cour suprême des Philippines, 2^{ème} division, 12 septembre 2008, *Republic of the Philippines v. Jennifer Cagandahan*, n° 166676

Cour suprême des Philippines, 22 octobre 2007, *Silverio v. Republic of the Philippines*, n° 174689

24. Pologne

Tribunal constitutionnel polonais, 22 octobre 2020, *Planning familial, protection du fœtus humain et conditions d'interruption de grossesse (Planowanie rodziny, ochrona płodu ludzkiego i warunki dopuszczalności przerywania ciąży)*, K 1/20

25. Royaume-Uni

Cour suprême (UKSC), 14 décembre 2009, *R (E) v Governing Body of JFS*, [2009] UKSC 15

Cour suprême (UKSC), 15 décembre 2021, *R (on the application of Elan-Cane) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2021] UKSC 56

Cour suprême (UKSC), 16 avril 2025, *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, UKSC/2024/0042

Cour d'appel (Division criminelle), 10 février 1983, *R v. Tan and Others*, 2 AELR 12

Cour d'appel (Division civile), 17 juillet 2001, *Bellinger v. Bellinger*, 2 F.L.R. 1048

Haute Cour de justice (EWHC), 1962, *S. v. S. (otherwise W.)*, 3 All E.R. 55

Haute Cour de justice (EWHC), 2 février 1970, *Corbett v. Corbett*, 2 All E.R. 33

Industrial Tribunal, 1977, *E.A White v. British Sugar Corporation*, I.R.L.R. 121

Employment Appeal Tribunal, 2002, *Chief Constable of Yorkshire Police v. A and Secretary of State for Education and Employment*, IRLR 103

Employment Tribunal, 14 septembre 2020, *Taylor v. Jaguar Land Rover Ltd*, n° 1304471/2018

Employment Appeal Tribunal (EAT), 10 juin 2021, *Maya Forstater v CGD Europe and Others*, n° UKEAT/0105/20/JOJ

26. Suisse

Conseil d'État du Canton de Nidwald, 19 octobre 1931, n° 1610

Tribunal fédéral suisse, 25 août 2020, *Semenya et Athletics South Africa c/ IAAF*, n° 4A_248/18 et 4A_388/18

27. Tchéquie

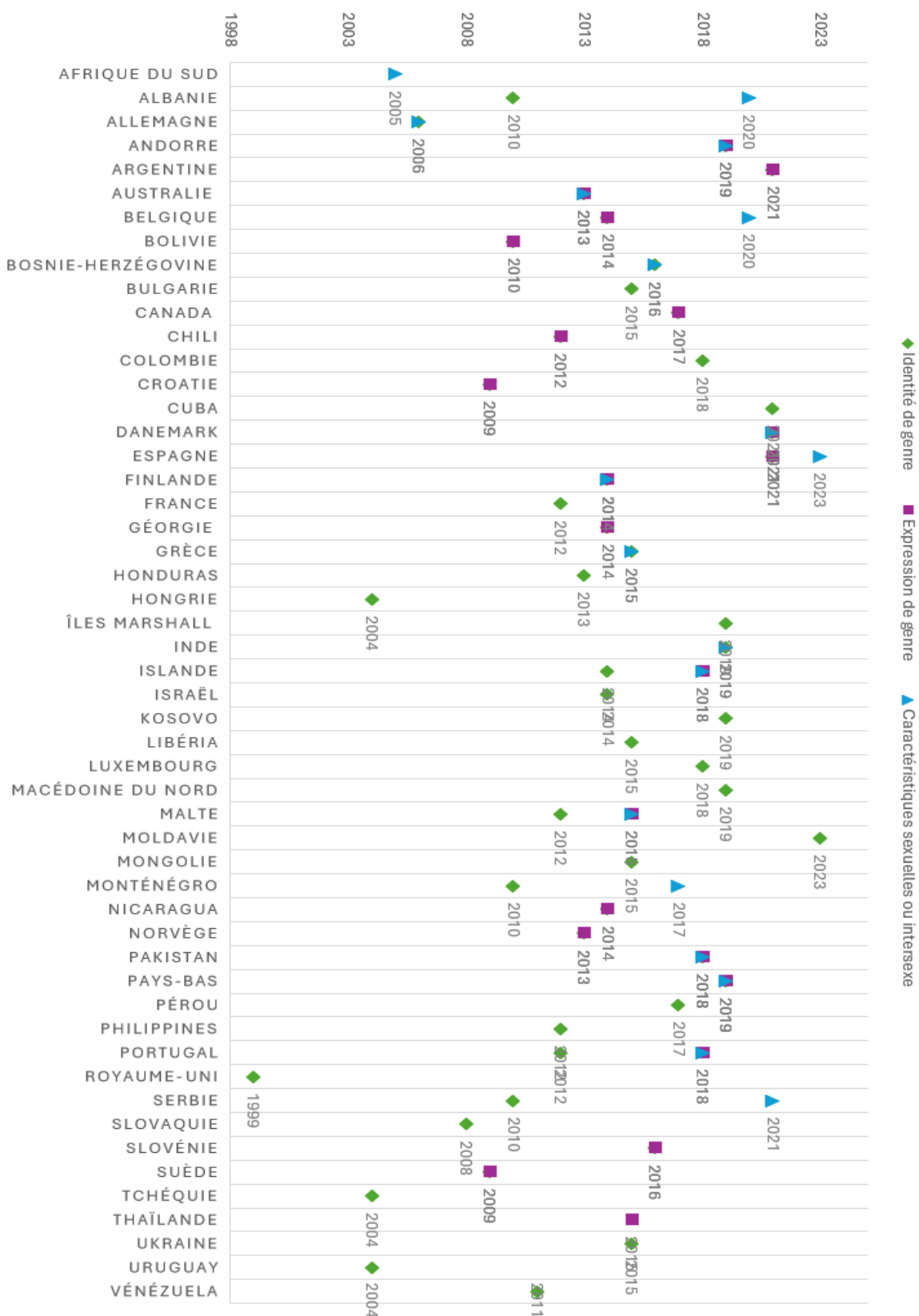
Cour constitutionnelle tchèque, 9 novembre 2021, Pl. ÚS 2/20

IV. Décisions du Tribunal arbitral du sport

TAS, 30 avril 2019, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ IAAF*, 2018 /O/5794 & 5798

ANNEXE

INTÉGRATION DES MOTIFS DE DISCRIMINATIONS AU SEIN DES LÉGISLATIONS NATIONALES



Le graphique a été réalisé à partir des données d'ILGA World (<https://database.ilga.org/>)
Pour les États fédéraux, seule la législation fédérale est prise en compte

INDEX

*Les numéros renvoient aux paragraphes
Les numéros en italique renvoient aux notes*

A

Acte de naissance 119, 126, 130-131, 167, 217, 395, 412, 417, 423, 458-460, 506-509, 521-522, 530-532

Anthropologie

- Discipline 86, 107-110, 112
- Fonction anthropologique du droit 388-390, 496

Assistance médicale à la procréation (AMP) 390, 396-404

Autodétermination (droit à l') 6, 10-12, 30, 39, 224-235, 300-302, 316-317, 334-345, 350-351, 365-367, 402-403, 405, 420-428, 432-435, 440-443, 461-466, 473-474, 476-479, 487-491, 497, 499-500, 508-516, 520-525, 551, 635

Autonomie individuelle 7, 30, 39, 185, 187, 204, 207, 214, 259, 261, 279, 316, 390, 428, 477, 557-564,

Avortement 30, 600-601, *1415*, *2038*, *2733*,

B

Bicatégorisation 2, 19, 26, 30, 83, 135, 139, 427-433, 440, 449-451, 461-462, 466, 473, 478, 511, 519, 524, 561, 622-623, 635

Binarité 15, 20, 26, 30-32, 46, 47-48, 51, 86, 99, 100-103, 114, 144, 342, 344-345, 427-430, 434, 454-455, 479-488, 517

C

Caractéristiques sexuées 6, *16*, 69, 89, 130, 169, 245, *2413*, 454, 485, 529-531, 532, 543, 580-582, 585, 599, 600, 622-623

Cisgenre *116*, 256, 290, 293, 357, 375, 403, 409, 424, 445, 476, 511-512, 586, 619

Cisnormativité 429, 462, 468, 473-475, 513, 557, 564, 600

- Cissexisme 557

Colonialisme 99-100

- Colonialité du genre 84-85
- Droit colonial 84, 88-91, 96-98, 103-105
- Néocolonialisme 107-111

Congé maternité 394, 597, *2708*, *2713*, *2715*

Congé paternité *2708*

Congé parental 283, 597-598, *2708*, *2715*

Consentement (opérations) 82, 157-158, 160, 244-247, 255

Contrat social 35-36, 38, 337, 339-341

Contrat sexuel 341-342

Convention européenne des droits de l'homme

- Article 3 : 251, *1176*, *1614*
- Article 8 : 215, *1020*, 217-221, 229, 234, 250-252, 366-373, 379, 416-419, 472, 537
- Article 12 : 218, 349-364
- Article 14 : 293, 354, 375-379, 424

Convention d'Istanbul 283, 438-439, *1950*, *1951*, *1953*

CEDEF (CEDAW) 200-204, 206, 281

Croyance 33, 445, 492, 497, 508, 526, 548, 590, 626-634

D

DDHC 195

DUDH 197-199, 237

Défenseur des droits 311-312, 474

Discrimination

- Indirecte 278-279, 281, 1245, 1279
- Actions positives 566, 549, 2500, 2552, 603-609
- Principe de non-discrimination (notion) 260-261

Données personnelles 544, 2480

E

Effet horizontal 621-622

Égalité

- Femmes / hommes 195-204, 267-270, 271-272, 551, 595, 603-604
- Formelle 196, 204, 274, 279, 1256
- Substantielle 1257, 274-279
- Transformatrice 274, 280-283

État moderne 41-42, 47, 50, 115, 118

État civil 117

- Principe d'immutabilité 127-128, 131, 166
- Service de l'état civil 115, 122-125

État des personnes 40-43

- Principe d'indisponibilité 166-167, 175, 220, 252, 465-472, 482-483

F

Filiation

- Contentieux parents trans 407-424
- Définition 386
- Désignée 593-596
- Maternelle 391-395, 399-400, 412-414, 418
- Paternelle 392-393, 418

G

Gendermainstreaming 208

Génétique 393-393, 412, 416-419

Genre (concept)

- Distinction sens fort et sens faible 17-18
- En droit international 205-209, 212

Gestation pour autrui 393-395, 417-419, 2085

H

Hermaphrodisme

- Ambiguïté sexuelle (contexte colonial) 88-95
- Antiquité 55
- Discours médical 56, 63, 67-68
- Expertise médicale 58, 62, 71-75
- Mariage (procès en nullité) 61-62, 64, 73, 77-83
- Opérations 70

Hétéronormativité 348, 375, 378, 382, 424, 425-427, 612

- Définition 347

I

Idéologie

- Concept 33
- Idéologie du genre 7, 211, 311, 437-439
- Idéologie du sexe 32-33, 338, 341-342, 491-492, 500, 524-526, 548-552, 568, 571, 588, 626, 632-636

Identité de genre

- Définition 14
- Droit international (apparition) 237-239
- Fluidité de l'identité de genre 447, 501, 508-509, 568, 619, 2311
- Non-binaire 482-486, 497, 503, 518-519, 561, 608, 617
- Trouble de l'identité de genre 159

Immutabilité

- Du sexe 131, 139, 150, 163-167
- De l'identité de genre 444-448

Intégrité physique 10, 156, 204, 240-242, 244-252

Intersectionnalité 19, 105, 585, 2639

Intersexe

- Définition 15
- Opérations de conformation sexuée 144-148, 156, 244-247, 449, 452-456
- Variation du développement génital (catégorie médicale) 144-147, 458-460, 483-486

L

Liberté d'association 626-627, 631, 2917

Liberté de circulation 372-373, 395, 518, 1644, 1986

M

Marge d'appréciation 218, 220, 231, 423, 480, 1381

Mariage

- Institution matrimoniale 50-52, 168, 349-355
- Droit au mariage (*v. art. 12*)
- Divorce 77, 82, 177, 367-371, 375

Maternité 199, 204, 382, 391-395, 412-414, 441, 597

- Co-maternité 399-400

Mineur 514-515

Motifs protégés (droit de la non-discrimination)

- Caractéristiques sexuées 316-317, 324-328, 331-333
- Expression de genre 318-323
- Identité de genre
 - o Droit international 302-308
 - o Droits nationaux 309-312
- Orientation sexuelle 282, 289, 299, 305, 354, 378-380

- Race 267-270, 276, 570

- Sexe 265-299, 558-564

- Stéréotypes de genre 273-283, 290-291

Mutilations

- Mutilations génitales féminines 454, 1139
- Mutilations génitales intersexes 245, 1138

N

Nécessité médicale 158, 234, 243, 245, 247, 449, 452

Neutralité (de l'État) 526, 547-548, 551, 568, 592

Nom de famille 127

Non-mixité 610, 618, 625-631

O

Ordre public 167

P

Passeport 481, 518, 539, 542

Performativité 1, 447, 450, 2020

Personne juridique (notion) 41-45

Principes de Yogyakarta 14, 237, 240, 246, 304, 316, 539

Prison 617-620

Q

Quotas 605-609

R

Race

- Concept (construction sociale) 85, 202, 570
- Racisme 89-91, 95, 148

Repronormativité 382, 389, 411,422

S

Ségrégation (par sexe) 611, 617

Sexe (construction sociale) 18, 112, 573

- Classe de sexe 586,

Sexe (*v. idéologie*)

Sexe (mention)

- Sexe neutre 478-486, 503-504
- Suppression 493, 497, 522, 525, 542, 544, 2217, 2284, 2457

Sexe (matériel)

- Sexe anatomique 436, 469
- Sexe chromosomique 140-141,169, 232, 441, 719, 2882
- Sexe hormonal 140-141
- Sexe gonadique 68, 140-141

Sport 622-624

Stéréotypes

- Définition 206

- Stéréotypes de genre 180, 206, 428, 438, 475, 579, 594,597-598, 615

Stérilisation 177-180, 233-234, 240, 247-253, 405, 411

Stigmate 585

T

Toilettes 319, 560, 614-616

Trans

- Définition *II*
- Transsexualisme (pathologie) 6, 17, 152-154, 159-161, 174-180, 468

Troisième sexe (catégorie anthropologique) 108-109

U

Utopie 589

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	i
ABRÉVIATIONS	v
SOMMAIRE	xi

INTRODUCTION	1
§1. Les enjeux de l'étude : la déstabilisation de la bicatégorisation par sexe	3
A. Le mouvement de complexification du sexe juridique comme point de départ	3
B. La compréhension du rôle régulateur du sexe juridique comme intérêt du sujet et problématique	8
§2. Les conditions de la démarche : dévoiler les présupposés du sexe juridique.....	11
A. Déconstruire l'évidence : le concept juridique de sexe comme objet d'étude .	11
B. Saisir une compréhension extensive de l'objet de recherche	21
1. Dévoiler les présupposés	21
2. Élargir la perspective	23
§3. Hypothèse de recherche et annonce de plan.....	28

PARTIE 1 : LE SEXE COMME CATÉGORIE.....	33

Titre 1 : Imposer un sexe	36
Chapitre 1 : La construction de la catégorie de sexe à partir de la binarité.....	44
Section 1 : Une norme naturalisée.....	46
§1. La différence entre les sexes au service de la protection du sacrement du mariage	47
A. Face aux doutes de la médecine, le verdict des juges	48
1. Entre hermaphrodisme et défaut de conformation à la binarité	48
2. Le sexe désigné <i>in fine</i> par le juge	51
B. Face à l'expertise médicale, le verdict dépendant du discours scientifique .	54
1. L'ambiguïté sexuelle et l'impuissance comme causes de nullité du mariage	54

2.	L'identification du sexe féminin ou masculin du pseudo-hermaphrodite	57
§2.	La différence entre les sexes au service de la protection du mariage civil	59
A.	L'émergence du discours médical moderne	60
1.	La découverte du « vrai sexe » par le corps médical	60
2.	La mainmise de l'expertise médicale sur la détermination juridique du sexe	63
B.	La souplesse du juge	66
1.	L'impuissance écartée du motif de l'erreur dans la personne	66
2.	La reproduction comme objectif important mais insuffisant du mariage	70
	Section 2 : Une norme universalisée	74
§1.	Le rapport ambivalent du droit colonial à l'ambiguïté sexuelle	75
A.	L'ambiguïté comme preuve d'infériorité naturelle des populations colonisées	76
B.	L'ambiguïté comme menace à l'ordre sexuel colonial	80
1.	Une cause directe des déviances sexuelles	80
2.	Un nécessaire encadrement de la sexualité des colons et des colonisés	82
§2.	L'universalité de la binarité bousculée	85
A.	Révéler un processus de domination via l'imposition coloniale du binarisme sexuel	86
B.	Rendre compte de cadres de pensée autonomes	90
1.	Le risque d'une forme de néocolonialisme épistémique	90
2.	La mise en évidence d'alternatives au paradigme du binarisme sexuel	95
	Conclusion du Chapitre 1	100
	Chapitre 2 : La construction de la catégorie de sexe selon un principe d'intangibilité	102
	Section 1 : L'intangibilité du sexe commandée par un impératif d'identification	104
§1.	Une assignation civile : la stabilité du sexe assurée par sa mention à l'état civil	104
A.	Le sexe, un élément impératif de l'état des personnes	106
1.	Une mention implicite du sexe au sein des registres paroissiaux	106
2.	Une mention explicite du sexe au sein des registres d'état civil	109
B.	Le sexe, un élément soumis à un régime spécifique d'intangibilité	111
§2.	Une assignation matérielle : la stabilité du sexe inscrite dans les corps	115
A.	Le recours aux organes génitaux comme marque de la mention du sexe	116

1. Un critère unique d'assignation.....	116
2. Un critère relatif en cas d'intersexuation	120
B. La pratique d'opérations de conformation sexuée à l'appui de l'intangibilité du sexe.....	123
Section 2 : L'intangibilité du sexe bousculée par le contentieux du droit des personnes trans	130
§1. Le changement de sexe soumis au cadre du droit pénal.....	130
A. Une pratique des opérations en l'absence d'un cadre législatif spécifique	131
1. Une pratique médicale visant à répondre à une demande	131
2. Un flou juridique quant à la légalité des opérations.....	133
B. Une justification progressive des opérations par le recours au syndrome du transsexualisme	136
§2. Le changement de la mention du sexe à l'état civil en proie à l'expression de la volonté individuelle.....	138
A. « Homme un jour, homme toujours », le changement empêché par l'immutabilité	138
1. Garantir la stabilité du sexe juridique via le recours au sexe biologique	139
2. Garantir la stabilité de l'institution matrimoniale via le recours au sexe biologique.....	142
B. « Homme un jour, femme toujours », le changement conditionné à l'irréversibilité.....	146
1. La preuve d'une conviction profonde d'appartenir au sexe opposé.....	147
2. La nécessité de recourir à une opération de changement de sexe	148
Conclusion du Chapitre 2.....	152
Conclusion du Titre 1	154

Titre 2 : Disposer de son sexe..... 156

Chapitre 1 : L'hétéronomie du sexe nuancée par le développement de l'autonomie individuelle	158

Section 1 : L'irruption de la dimension sociale du sexe	160

§1. S'affranchir du rôle de genre assigné à la naissance via le paradigme égalitaire	160

A. Une lutte contre les inégalités fondées sur le sexe	161

1. La stratégie de l'universalisme différencié	162

2. La stratégie de la protection catégorielle et généraliste	166
B. Une lutte contre les inégalités fondées sur le genre	169
1. La dimension sociale du sexe saisie par le concept de genre	170
2. Une résistance proportionnelle à son potentiel subversif.....	173
§2. S’affranchir du sexe assigné à la naissance via le paradigme du droit au respect de la vie privée	176
A. La liberté de changer de sexe social en dépit du sexe juridique.....	177
B. Le droit de modifier son sexe juridique au regard de son sexe social.....	181
Section 2 : L’irruption de l’identité de genre	186
§1. La souveraineté de l’individu à disposer de son sexe dans sa dimension identitaire	187
A. Une consécration juridictionnelle du droit à l’autodétermination.....	187
1. Un droit à définir la substance de son identité	187
2. Un droit soumis aux conditions posées par l’État	190
B. Une consécration institutionnelle attentive au droit à l’intégrité physique	193
1. L’identité de genre comme expérience intime	193
2. Le sexe juridique en rupture avec le sexe matériel	195
§2. La souveraineté de l’individu à disposer de son sexe dans sa dimension corporelle	197
A. L’assignation à un sexe juridique distinct du sexe matériel	198
B. La modification du sexe juridique dissociée du sexe matériel.....	203
1. Une protection unanime du droit à l’intégrité physique.....	204
2. Une position divisée quant à la pathologisation de la transidentité	208
Conclusion du Chapitre 1	212
 Chapitre 2 : Le sexe dans le droit de la non-discrimination, un critère au soutien de l’autonomie individuelle.....	214
Section 1 : L’interprétation du motif de sexe en soutien à l’autonomie individuelle	218
§1. Le motif de sexe comme outil contre l’assignation à un rôle de genre	218
A. Le sexe comme caractéristique protégée de discrimination : entre résistance et évidence.....	219
1. L’insertion controversée du sexe comme motif de non-discrimination aux États-Unis.....	219
2. L’évidente prise en compte du sexe comme motif de non-discrimination au sein du droit de l’Union européenne	222

B. Le sexe comme fondement de l'interdiction des discriminations fondées sur les stéréotypes de genre.....	225
1. Un outil au soutien de l'égalité substantielle	226
2. Un outil au service de l'égalité transformative	230
§2. Le motif de sexe comme outil de protection des personnes trans	233
A. Une protection à partir du sexe assigné à la naissance.....	233
1. Un refus initial justifié à la lumière du concept traditionnel de sexe	234
2. Un revirement opéré par le recours à la non-conformité de genre	236
B. Une protection à partir du changement de sexe	239
Section 2 : Le développement du motif de sexe en soutien au droit à l'autodétermination	243
§1. L'interdiction des discriminations fondées sur la dimension identitaire du sexe	243
A. Une protection internationale unanime	244
1. Une impulsion institutionnelle	244
2. Une consécration juridictionnelle.....	247
B. Une protection nationale plurielle	249
1. Une protection législative via l'introduction du motif de l'identité de genre	250
2. Une protection jurisprudentielle via le motif de sexe.....	252
§2. L'interdiction des discriminations fondées sur la dimension matérielle du sexe	256
A. La protection de la libre expression de son genre	257
B. La protection de la libre définition de ses caractéristiques sexuées	261
1. L'intégration du motif des caractéristiques sexuées	261
2. Le recours à des motifs existants.....	265
Conclusion du Chapitre 2	270
Conclusion du Titre 2.....	272
Conclusion de la Partie 1	274

PARTIE 2 : LE SEXE COMME IDÉOLOGIE..... 276

Titre 1 : Un droit à l'autodétermination sous l'emprise du genre 280

Chapitre 1 : Le sexe conditionné à l'hétéronormativité..... 284

Section 1 : Une naturalisation du sexe revendiqué via le droit au mariage 286

§1. Droit au changement de la mention du sexe et droit de se marier, une inclusion conditionnelle 287

A. Une rupture : le détachement entre droit au mariage et droit de fonder une famille..... 287

B. Une continuité : le droit au mariage conditionné à l'hétérosexualité..... 290

1. La reconnaissance d'un droit au mariage pour les personnes trans hétérosexuelles 290

2. L'absence de remise en question de la dimension hétérosexuelle du mariage 292

§2. Droit au changement de la mention du sexe et droit de rester marié, une incompatibilité de principe 296

A. Le droit au respect de la vie privée et familiale relativisé..... 296

1. Soumettre les personnes trans mariées à un divorce forcé 297

2. Reconnaître la continuité du mariage malgré la modification de la mention du sexe 300

B. Les outils du droit de la non-discrimination désactivés 302

1. Une absence de discrimination fondée sur l'identité de genre 303

2. Une absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle 305

Section 2 : Une naturalisation du sexe assigné via le droit de la filiation 310

§1. Un droit de la filiation fondé sur une coïncidence entre sexe juridique et fonctions reproductives 311

A. La place subsidiaire de l'autonomie en droit de la filiation 312

1. Une lecture anthropologique du droit de la filiation 312

2. Un fondement par principe du lien maternel via l'accouchement..... 316

B. L'hypothèse de la renaturalisation de la filiation par les techniques artificielles de procréation 320

1. L'accès à l'assistance médicale à la procréation guidé par l'hétéronormativité 321

2. L'accès à l'assistance médicale à la procréation guidé par la cisnormativité 324

§2. L'établissement des liens de filiation fondé sur le sexe assigné à la naissance	327
A. Une lecture biologique de la parenté trans privilégiée par les droits nationaux	328
1. La distinction entre sexe matériel et sexe juridique au cœur de la parenté trans	328
2. Une cristallisation des enjeux autour de l'accouchement des personnes trans	331
B. Une lecture biologique de la parenté trans confirmée par le juge européen	335
1. Une filiation fondée sur le lien génétique	335
2. Une filiation trans fondée sur l'implication biologique	338
Conclusion du Chapitre 1	342
Chapitre 2 : Le sexe restreint à la bicatégorisation	344
Section 1 : La bicatégorisation, un système réputé épuiser le réel	348
§1. De l'assignation à l'autodétermination, la constante naturalité du binarisme sexuel	349
A. Distinguer à partir du sexe anatomique	350
1. Une instrumentalisation de la notion de genre	350
2. Le sexe de naissance comme seul sexe juridique	354
B. Distinguer à partir de l'identité de genre	358
§2. Dissimuler la relativité du binarisme sexuel comme principe naturel	362
A. L'effet de la bicatégorisation sur les corps	364
B. L'effet des corps sur la bicatégorisation	368
Section 2 : La bicatégorisation, un système intangible et obligatoire	372
§1. Un droit à l'autodétermination conditionné	373
A. Le principe d'indisponibilité ou la traduction juridique du concept de genre	374
1. L'origine historique du principe d'indisponibilité comme garant de la bicatégorisation	375
2. Le maintien du principe d'indisponibilité comme protection de la bicatégorisation	378
B. Entre invisibilisation et visibilisation, reproduire le modèle de la cisnormativité	381
1. Exiger une conformité aux normes du sexe revendiqué	381

2. L'illusion du droit à l'autodétermination	384
§2. Un droit à l'autodétermination strictement limité au cadre de la binarité.....	386
A. Refuser le sexe neutre par principe	386
B. Admettre le sexe neutre par exception	392
Conclusion du Chapitre 2	396
Conclusion du Titre 1	398
 Titre 2 : Un droit à l'autodétermination affranchi de l'idéologie du sexe	400
Chapitre 1 : La liberté pour chacun d'établir les détails de son identité	406
Section 1 : L'hypothèse éprouvée de la diversification de la mention du sexe.....	410
§1. Une apparente libération	410
A. Dépasser la binarité des sexes	411
1. Au-delà de la binarité, le sexe neutre	411
2. Au-delà du sexe neutre, la multiplication des mentions.....	413
B. Assouplir l'irréversibilité de la modification de la mention du sexe	415
§2. Une absurde subversion	418
A. Le maintien de l'exception trans	419
B. Une normalisation de la diversité de genre	422
1. Les limites à la reconnaissance d'un sexe neutre	423
2. Les limites à la reconnaissance d'une pluralité de mentions.....	425
Section 2 : L'hypothèse théorique de la suppression de la mention du sexe	430
§1. Conserver l'usage du sexe en tant qu'élément matériel	432
A. Isoler les caractéristiques sexuées du concept de sexe.....	433
B. Rendre confidentielle une donnée de santé	435
§2. S'abstenir de l'usage du sexe en tant que donnée personnelle.....	438
A. Un changement de paradigme conceptuel.....	438
B. Des adaptations pratiques mesurées	443
1. Identifier sans sexe	443
2. Désigner sans sexuer	447
Conclusion du Chapitre 1	450

Chapitre 2 : L'égalité assurée dans le respect des identités	452
Section 1 : Repenser le sexe en droit de la non-discrimination	456
§1. Questionner la pertinence du motif de sexe en droit de la non-discrimination	457
A. Le droit de la non-discrimination confronté à la logique de l'autonomie individuelle.....	457
1. La protection de l'autonomie individuelle <i>à cause</i> du sexe cisnormatif	458
2. La protection de l'autonomie individuelle au prisme du sexe cisnormatif	461
B. L'hypothèse écartée de la suppression du sexe comme catégorie du droit de la non-discrimination	463
1. Une suppression inadaptée : distinguer la neutralité de l'indifférence ..	463
2. Une prise en compte nécessaire : le paradoxe de la reconnaissance	466
§2. Questionner le cadre herméneutique du motif de sexe en droit de la non-discrimination.....	468
A. Modifier la logique des motifs prohibés en droit de la non-discrimination	469
1. Une logique de multiplication	469
2. Une logique d'unification.....	472
B. Modifier la logique qui façonne le droit de la non-discrimination	475
Section 2 : Envisager la désexuation des espaces gouvernés par le sexe.....	482
§1. Encadrer les rapports verticaux	484
A. Une logique de découplage : le sexe neutralisé.....	484
1. Filiation et congés parentaux.....	485
2. Droit à la santé sexuelle et reproductive	490
B. Une logique de promotion : le sexe mobilisé	492
1. Suppression du sexe et maintien des actions positives	493
2. Suppression du sexe et mise en œuvre des actions publiques.....	495
§2. Encadrer les relations interpersonnelles	499
A. Séparer pour mieux protéger ? Vers une logique de déségrégation	499
1. Les espaces publics d'intimité.....	500
2. Les lieux de privation de liberté	504
B. Exclure pour atteindre l'égalité ? Vers une logique de coexistence	509
1. L'équité comme guide pour tendre vers l'égalité	510
2. La non-mixité comme outil pour tendre vers l'égalité.....	515
Conclusion du Chapitre 2	522
Conclusion du Titre 2.....	524

Conclusion de la Partie 2.....	526
Conclusion générale	528
 BIBLIOGRAPHIE	 534
TABLE DES JURISPRUDENCES	608
ANNEXE	620
INDEX	622
TABLE DES MATIÈRES	626

