



Affaire *M. c. France* (req. n°42.821/18)

Observations écrites de

L'EQUALITY LAW CLINIC¹ DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

et du

HUMAN RIGHTS CENTRE² DE L'UNIVERSITÉ DE GAND

En qualité de tiers-intervenants

Bruxelles (Belgique), 24 février 2021



¹ Pour l'*Equality Law Clinic*, l'équipe était composée de : Emmanuelle BRIBOSIA, Charly DRAVE, Hania OUHNAOUI et Isabelle RORIVE.

² Pour le *Human Rights Centre*, l'équipe était composée de Eva BREMS, Pieter CANNOOT, Mattias DECOSTER, Sarah SCHOENTJES et Anne-Katrin SPECK.

I. Introduction

L'affaire *M. c. France* donne, pour la première fois, l'occasion à votre Cour de se prononcer sur les traitements médicaux « normalisateurs » imposés aux personnes *intersexuées*, c'est-à-dire des personnes qui naissent avec des caractéristiques sexuées³ primaires (les organes génitaux internes et externes, l'anatomie sexuée et reproductrice, les gonades et la structure hormonale) et/ou secondaires (la poitrine, la pilosité, la masse musculaire, etc.) qui ne correspondent pas (entièrement) à la définition (médicale) traditionnelle du sexe « mâle » et du sexe « femelle »⁴. Bien que les caractéristiques sexuées soient déterminées dès la naissance, une personne peut réaliser qu'elle est intersexuée plus tard dans la vie (durant la puberté ou même à l'âge adulte)⁵.

Deux précisions liminaires doivent être apportées afin d'éviter toute confusion terminologique. Premièrement, les caractéristiques sexuées ne se confondent pas avec l'identité ou l'expression de genre, ni avec l'orientation sexuelle. Ces concepts⁶ entrent dans le champ de la sphère personnelle et individuelle d'une personne, mais ils sont substantiellement autonomes⁷. Deuxièmement, la langue française emploie deux termes (personnes « *intersexes* » et personnes « *intersexuées* »), à l'inverse de la langue anglaise qui n'en utilise qu'un (« *intersex persons* »). Les personnes intersexes sont les personnes intersexuées qui « *affirment une identité politique* »⁸. Dans les présentes observations, nous employons les termes « personnes intersexuées », puisque nous envisageons la situation de ces personnes en général.

Dans une première partie (II.), nous commençons par exposer le contexte social, médical et légal dans lequel les faits de la cause s'inscrivent. Nous portons d'abord notre attention sur les traitements médicaux « normalisateurs » et les définissons (II.1.) et identifions ensuite la tendance internationale et européenne qui se dessine à la faveur des droits fondamentaux des personnes intersexuées (II.2.). Dans une deuxième partie (III.), nous expliquons que les traitements médicaux « normalisateurs » constituent des pratiques discriminatoires, parce que fondées sur des stéréotypes et des préjugés, contraires à l'article 14 de la Convention. Nous démontrons qu'il existe une différence de traitement entre les personnes intersexuées et les personnes dyadiques⁹ (III.1.), que les « caractéristiques sexuées » constituent un motif de discrimination interdit (III.2.) et que l'ampleur de la marge nationale d'appréciation de l'État défendeur doit, s'agissant de la justification qu'il avancerait, être restreinte (III.3.). Dans une troisième partie (IV.), nous exposons que les traitements litigieux, en tant qu'ils sont discriminatoires, violent l'intégrité physique et mentale¹⁰ des personnes intersexuées et sont, pour ce motif, contraires à l'article 3 de la Convention (IV.1.). Nous expliquons d'abord que ces traitements atteignent le seuil minimum de gravité, avant de porter notre attention sur la qualification des mauvais traitements allégués (IV.2.).

II. Contexte social, médical et légal des traitements médicaux « normalisateurs »

II.1 Les traitements médicaux « normalisateurs » des personnes intersexuées

Les personnes intersexuées représentent entre 1% et 2% de la population¹¹, encore que cette estimation diffère selon la nature des « variations »¹² des caractéristiques sexuées prises en compte. Ce pourcentage est similaire

³ Dans les présentes observations, l'adjectif sexué est préféré à celui de sexuel car, dans le cas qui nous occupe, il n'est pas question de sexualité.

⁴ Parmi d'autres : ILGA-Europe et OII-Europe, « Défendre les droits humains des intersexués – Comment être un allié efficace ? », 2017, accessible en ligne : <https://oiiieurope.org/fr/defendre-les-droits-humains-des-intersexues-comment-e-%CC%82tre-un-allie-efficace/>, p. 10 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'Homme et personnes intersexes », 2015, accessible en ligne : <https://book.coe.int/fr/commissaire-aux-droits-de-l-homme/6680-droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes.html>, p. 13.

⁵ D. Christian GHATTAS (OII-Europe et ILGA-Europe), « Protéger les personnes intersexes en Europe : un guide pour les législateur-ice-s et les décideur-euse-s politiques », 2019, accessible en ligne : https://oiiieurope.org/wp-content/uploads/2020/11/OII_legaltoolkit_FR_WEB_DS.pdf, p. 9.

⁶ Ces concepts sont définis dans le préambule des Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre (accessible en ligne : <http://yogyakartaprinclples.org/preambule-fr/>) et dans celui des Principes de Jogjakarta+10 décrivant les obligations additionnelles des Etats au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta (accessible en ligne : <https://yogyakartaprinclples.org/preambule-pj10/>).

⁷ Observations écrites rédigées par B. MORON-PUECH pour le compte de la FIDH, la LDH et *Alter Corpus* déposées dans le cadre de l'affaire *Y. c. France* (req. n°76.888/17), pp. 1-2, ns°4-5.

⁸ J.-B. CHARLEBOIS, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? », *Socio*, Vol. 9, 2017, pp. 143-162, note 2.

⁹ À savoir, les personnes qui sont nées avec des caractéristiques sexuées primaires et secondaires « typiques », c'est-à-dire qui correspondent au sexe « mâle » ou au sexe « femelle ».

¹⁰ Dans les présentes observations, les termes « intégrité physique et mentale » et « autonomie corporelle » sont employés indistinctement.

¹¹ Parmi d'autres : Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « A long way to go for LGBTI equality », 14 mai 2020, accessible en ligne : https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf, p. 58 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », *op. cit.*, p. 17 ; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, 1^{er} éd., New-York, Basic books, 2000, p. 53.

¹² Le terme « variations » revêt une connotation péjorative et pathologisante, ce qui justifie l'utilisation de guillemets dans les présentes observations.

à celui des personnes rousses à l'échelle mondiale¹³. Dès la naissance, de nombreuses personnes intersexuées sont soumises, sans nécessité médicale¹⁴ et sans leur consentement libre et éclairé ou celui de leurs parents, à des traitements médicaux qualifiés de « normalisateurs ».

Le « sexe » est traditionnellement (et aujourd'hui encore) perçu et défini comme un concept biologique qui désigne l'ensemble des caractéristiques sexuées primaires et secondaires d'une personne. Ce concept catégorise ces caractéristiques selon un modèle présumé irréfragablement (*quod non*) binaire : « mâle » ou « femelle ». Dans ce modèle, les caractéristiques sexuées doivent pouvoir être « rangées » dans l'une ou l'autre de ces catégories *a priori* immuables et représentatives de la « norme » sociale¹⁵.

Cette « norme » sociale a été institutionnalisée en droit, notamment par l'exigence de l'enregistrement du sexe d'un nouveau-né dans son acte de naissance endéans un délai déterminé¹⁶. Cette « norme » sociale a également imprégné (et imprègne toujours) le milieu médical et s'est matérialisée dans le courant du XX^{ème} siècle par l'émergence des tests génétiques permettant de déterminer les chromosomes sexués, la découverte du rôle joué par les hormones sexuées et le développement de nouvelles techniques médicales (comme l'anesthésie) et chirurgicales¹⁷.

Ainsi, depuis une septantaine d'années, les professionnels de la santé se sont intéressés aux processus biologiques à l'origine des « variations » des caractéristiques sexuées des personnes intersexuées¹⁸. Dans leur entreprise, ils ont considéré que ces personnes étaient « anormales » car, en raison de leurs caractéristiques sexuées « atypiques », elles résistaient à la catégorisation binaire des sexes¹⁹. Ces professionnels de la santé ont ainsi pathologisé les « variations » des caractéristiques sexuées des personnes intersexuées, légitimant par la même occasion les chirurgies correctives et les traitements hormonaux visant à « conformer » ou à « normaliser » le corps de ces personnes qui, dans la grande majorité des cas, étaient mineures et en bonne santé. Ce faisant, ils leur attribuaient ou, plutôt, leur *assignaient* un sexe « mâle » ou « femelle ».

Les enfants intersexués se sont retrouvés au cœur de ces pratiques « normalisatrices » qu'aucune urgence médicale ne justifiait. Pour les professionnels de la santé, plus tôt l'enfant intersexué était opéré, mieux c'était²⁰. D'abord, les « tissus » étaient de meilleure qualité et disponibles en plus grande quantité. Ensuite, il s'agissait de prévenir des stigmas psycho-sociaux (se concrétisant par des moqueries, des jugements de valeurs ou même des agressions physiques et/ou verbales) auxquels les enfants intersexués seraient confrontés en raison de leur « déviance ». Enfin, des caractéristiques sexuées « normales » devaient permettre le développement d'une identité et d'une expression de genre « normales » – à savoir, cisgenres – et d'une orientation sexuelle « normale » – à savoir hétérosexuelle. À défaut, le risque était que l'enfant intersexué « non-normalisé » verse dans la « dysphorie de genre », l'homosexualité et la « perversion », et qu'il en « souffre » en grandissant.

Dans les années 1950 à 2000, ces traitements médicaux « normalisateurs » ont été prescrits par des théories déterministes qui les concevaient comme la seule alternative possible à des corps dits « défectueux »²¹. Non sans importance, ces théories étaient expérimentales. Elles n'étaient pas corroborées par des données qui commandaient la nécessité (médicale) de poser de tels actes²². Leurs conséquences sur les moyen et long termes, inconnues au départ, se sont avérées destructrices de l'intégrité physique et mentale des personnes

¹³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Note d'information - Intersexe », campagne « Libres et égaux », 28 octobre 2015, accessible en ligne : <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intersex-FR.pdf>.

¹⁴ Dans certains cas relativement rares, les « variations » des caractéristiques sexuées sont susceptibles de mettre en danger la vie de la personne intersexuée. Il s'agit alors d'urgences médicales qui appellent toutes les suites médicales utiles pour protéger le droit à la vie (voy. notamment K. ZILLÉN, J. GARLAND et S. SLOKENBERGA, « The Rights of Children in Biomedicine : Challenges posed by Scientific Advances and Uncertainties », *Rapport sollicité par le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe*, 11 janvier 2017, p. 43 ; E. SCHNEIDER, « Les Droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective », 2013, accessible en ligne : <https://rm.coe.int/168047f2a8>, §143).

¹⁵ A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, op. cit., p. 8 et p. 44.

¹⁶ En droit français, voy. art. 57 du Code civil. La circulaire du Ministre français de la Justice et des Libertés du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation encourage *explicitement* les traitements médicaux « normalisateurs » : « Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical » (p. 57, n°55 ; notre accent).

¹⁷ C.A. ECKERT, *The historicisation of the hermaphroditic/intersexed body: from medicalization to de-medicalisation*, thèse dactylographiée, University of Essex, 15 septembre 2003, p. 44.

¹⁸ A. KENNEDY, « Fixed at birth: medical and legal erasures of intersex variations », *UNSW Law Journal*, Vol. 39, Issue 2, 2016, pp. 815-819.

¹⁹ N. PIKRAMENOU, *Intersex Rights : Living Between Sexes*, Springer, 2019, pp. 1 et suiv. et 27 et suiv.

²⁰ Parmi d'autres : P. CANNOOT, « Do parents really know best? Informed consent to sex assigning and 'normalising' treatment of minors with variations of sex characteristics », *Culture, Health and Sexuality*, 2020, pp. 1-15 ; C.A. ECKERT, *The historicisation of the hermaphroditic/intersexed body: from medicalization to de-medicalisation*, op. cit., p. 45.

²¹ J. MONEY et al., « Imprinting and the Establishment of Gender Role », *Archives of Neurology and Psychiatry*, Vol. 77, 1957, pp. 333 et suiv.

²² M. DIAMOND et J. GARLAND, « Evidence regarding cosmetic and medically unnecessary surgery on infants », *Journal of pediatric urology*, Vol. 10, Issue 1, 2014, pp. 2-7.

intersexuées et du respect de leurs droits humains en général. En dépit de ces conséquences, les pratiques litigieuses ont été recommandées et encouragées, dans les années 2000, par un consortium international de professionnels de la santé. Dans leur *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders* paru en 2006²³, ils qualifient de « troubles » les « variations » des caractéristiques sexuées des personnes intersexuées et les répertorient sous la forme d'un classement pour être pathologisées en incitant, par là même, à ce qu'elles soient traitées. Ce *Consensus Statement* fut revisité en 2016, sans pour autant qu'il n'y ait de changement de paradigme²⁴.

II.2 Tendances internationale et européenne à la protection de l'autonomie corporelle des personnes intersexuées

Depuis les années 1990²⁵, les traitements médicaux « normalisateurs » sont dénoncés comme étant constitutifs de pratiques discriminatoires, par un nombre croissant de personnes intersexuées et d'acteurs nationaux et internationaux de promotion et de défense des droits humains. Il existe bien aujourd'hui une tendance internationale et européenne à l'interdiction de ces traitements qui est, en outre, consacrée dans plusieurs droits nationaux.

Le principe n°32 des Principes de Jogjakarta +10 dispose que : « *Tout le monde a le droit à l'intégrité corporelle et mentale, à l'autonomie et à se déterminer soi-même, quel que soit [...] ses caractéristiques sexuelles. [...] Personne ne doit être sujet à des procédures médicales invasives ou irréversibles qui modifient les caractéristiques sexuelles sans son consentement préalable, libre et informé, à moins que cela soit nécessaire pour éviter un dommage grave, urgent et irréparable à la personne concernée* »²⁶. Ce principe est à mettre en relation avec le principe n°18 qui requiert que les États prennent les mesures nécessaires « *pour garantir qu'aucun enfant ne voie son corps irréversiblement altéré par des pratiques médicales visant à lui imposer une identité de genre sans le consentement total, libre et averti de l'enfant, conformément à son âge et à sa maturité [...]* »²⁷.

Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies demande instamment aux États « *d'abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles [...] [pratiqués] sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée* »²⁸. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme abonde dans le même sens²⁹. Cette position est réitérée dans une note d'information sur les violations des droits de l'homme à l'encontre des personnes intersexuées³⁰ signée par un grand nombre d'experts et organismes³¹. Dans 57 Observations finales sur les rapports périodiques des États, les Comités onusiens se disent « *sérieusement préoccupés* » par les interventions médicales de type cosmétique et esthétique imposées aux enfants et personnes intersexué(e)s sans leur consentement³².

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une première résolution en 2013 dans laquelle elle dénonce « *une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire. Ces pratiques comprennent [...] les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués* »³³. Dans une seconde résolution adoptée en 2017, elle ordonne aux États membres d'« *interdire les actes chirurgicaux de 'normalisation sexuelle' sans nécessité médicale ainsi que les stérilisations et autres traitements pratiqués sur les enfants intersexués sans leur consentement éclairé* »³⁴. Le

²³ P. A. LEE et AUTRES, « Consensus Statement on Management of Intersex Disorders », *Pediatrics*, Vol. 118, Issue 2, 2006, pp. 488-500.

²⁴ P. A. LEE et AUTRES, « Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, Approach and Care », *Hormone Research in Pediatrics*, Vol. 84, Issue 3, 2016, pp. 158-180.

²⁵ C. CHASE, « Surgical Progress Is Not the Answer to Intersexuality », *Journal of Clinical Ethics*, Vol. 9, 1998, pp. 385 et suiv.

²⁶ Principes de Jogjakarta +10, accessible en ligne : <https://yogyakartaprinclples.org/principles-fr/les-principes-de-jogjakarta-plus-10/>.

²⁷ Principes de Jogjakarta, accessible en ligne : <https://yogyakartaprinclples.org/principles-fr/>.

²⁸ J. E. MÉNDEZ, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 5 janvier 2016, A/HRC/31/57, §70 ; J. E. MÉNDEZ, *Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1^{er} février 2013, A/HRC/22/53, §88.

²⁹ 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*, 4 mai 2015, A/HRC/29/23, §78, h).

³⁰ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Background Note on Human Rights Violations against Intersex People*, 2019, pp. 8-20, accessible en ligne : <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/BackgroundViolationsIntersexPeople.aspx>.

³¹ La liste des signataires peut être consultée en ligne : <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20739&LangID=E>.

³² Voy. l'énumération faite par OII-Europe dans son document *Intersex Resources* (juin 2020), accessible en ligne : https://oiieurope.org/wp-content/uploads/2018/05/International-intersex-human-rights-movement_Links-to-human-rights-documents-addressing-intersex-and-important-events_June-2020.pdf, pp. 3-10.

³³ Résolution (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe), « Le droit des enfants à l'intégrité physique », 1^{er} octobre 2013, n°1952 (2013), §2.

³⁴ Résolution (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe), « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 12 octobre 2017, n°2191 (2017), §7.1.1.

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait quant à lui soutenu une position équivalente, en 2015, dans un document thématique dédié aux « Droits de l'homme et personnes intersexes »³⁵.

Dans un rapport paru le 12 novembre 2015, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme affirme aussi « *que la stérilisation forcée et involontaire des personnes intersexes constitue une violation grave des droits de l'Homme. La stérilisation forcée peut avoir des conséquences graves pour l'intégrité physique et psychologique, le droit à l'autonomie de la reproduction et le droit à l'autodétermination des personnes intersexes* »³⁶.

Au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a adopté, en 2019, une résolution dans laquelle il « *condamne fermement les traitements et la chirurgie de normalisation sexuelle ; salue les lois qui interdisent de telles interventions chirurgicales, comme à Malte et au Portugal, et encourage les autres États membres à adopter dès que possible une législation similaire* »³⁷.

Enfin, dans plusieurs pays européens, le législateur est intervenu pour protéger le respect des droits fondamentaux des personnes intersexuées : la loi maltaise de 2015 condamne toute procédure médicale de « normalisation » sur les personnes mineures tant que leur consentement valable ne peut être formulé³⁸ ; la loi portugaise de 2018 proscrie les opérations chirurgicales sur les mineurs intersexués tant que leur identité de genre n'est pas définie³⁹ ; les lois de plusieurs communautés autonomes d'Espagne s'inscrivent dans la ligne de ce qui précède⁴⁰ ; le parlement fédéral belge a adopté à l'unanimité, le 11 février 2021, une résolution demandant au gouvernement fédéral de mettre en place une « *interdiction de toute décision de modification des caractéristiques sexuelles d'un mineur sans le consentement éclairé de celui-ci que ce soit pour des raisons sociales, psychosociales, culturelles ou esthétiques* »⁴¹. Ailleurs dans le monde, 36 États ont demandé au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies de prendre urgemment des mesures afin de protéger l'autonomie corporelle des personnes intersexuées⁴² et des requêtes introduites en raison de traitements médicaux « normalisateurs » commencent à être reçues devant des juridictions nationales pour défaut de consentement éclairé⁴³.

III. Interdiction de la discrimination sur la base des caractéristiques sexuées (art. 14 de la Convention)

Bien que la requête soit silencieuse à ce sujet, il est fondamental d'observer que les traitements médicaux « normalisateurs » sont imposés aux personnes intersexuées *parce qu'elles* présentent des caractéristiques sexuées « atypiques ».

Faisant partie d'un groupe très minoritaire et particulièrement vulnérable, ces personnes sont victimes de pratiques discriminatoires *structurelles* qui méritent un examen approfondi car elles se répercutent sur la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention en général et du droit à l'autonomie corporelle en particulier. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a d'ailleurs pu constater que « *les personnes intersex[ue]s sont exposées à la discrimination et aux abus dans tous les domaines de la vie* »⁴⁴. Amnesty International lui a emboîté le pas dans un rapport paru en 2017⁴⁵. Très récemment, l'Agence européenne des droits fondamentaux a réalisé un sondage dans lequel 34% des personnes intersexuées

³⁵ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », *op. cit.*, p.9.

³⁶ Commission I.A.D.H., *Report on Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 12 novembre 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, accessible en ligne : <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/violencegbtipersons.pdf>, §192 et §§194-195 ; notre traduction.

³⁷ Résolution (Parlement européen), « Les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, n°2018/2878, §2.

³⁸ Loi maltaise du 14 avril 2015 sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles, article 14.

³⁹ Loi portugaise n°38/2018 du 7 août 2018 relative à l'établissement du droit à l'autodétermination de l'identité de genre et de l'expression de genre et le droit à la protection des caractéristiques sexuelles de chaque personne, articles 4 et 5.

⁴⁰ Il s'agit des îles Baléares (article 23 de la loi n°8/2016 du 30 mai 2016 pour garantir les droits des personnes lesbiennes, gays, trans, bisexuelles et intersexuées et pour éradiquer la phobie LGTBI), de Madrid (article 7, §1^{er} de la loi n°3/2016 du 22 juillet 2016 sur la protection complète contre la LGTBIphobie et la discrimination pour motif d'orientation et d'identité sexuelle dans la Communauté de Madrid), de l'Aragon (article 15 de la loi n°4/2018 du 19 avril 2018 sur l'identité et l'expression de genre et l'égalité sociale et la non-discrimination de la communauté autonome d'Aragon) et de Valence (articles 48 et 49 de la loi n°23/2018 du 29 novembre 2018 sur l'égalité des personnes LGTBI).

⁴¹ Résolution du 11 février 2021 visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, accessible en ligne : <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/0043/55K0043008.pdf>.

⁴² Accessible en ligne : <https://ilga.org/protect-intersex-rights-33-States-tell-UN>.

⁴³ Voy. notamment Cour d'appel de Nuremberg, *Micha Raab*, 17 février 2015, n°4 O 7000/11 ; Cour régionale de Cologne, *Christiane Völling*, 6 février 2008, n°25 O 179/07. Voy. aussi Madras High Court (Madurai Bench), 22 avril 2019, *Arunkumar & other v. The Inspector General of Registration & others*, n°4125-2019 et 3220-2019, accessible en ligne : <https://translaw.clpr.org.in/case-law/arunkumar-vs-the-inspector-general-of-registration/>. À la suite de cette décision, le gouvernement de l'État du Tamil Nadu a adopté un décret exécutif interdisant les opérations de « normalisation » sur les enfants intersexués, sauf dans les situations de danger de mort (Government Order (G.O.), 13 août 2019, n°355, accessible en ligne : https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/tn_order_august_2019.pdf).

⁴⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Droits de l'homme et personnes intersexes », *op. cit.*, p. 45 ; nous soulignons.

⁴⁵ Amnesty International, « First, do no harm. Ensuring the rights of children with variations of sex characteristics in Denmark and Germany », 2017, accessible en ligne : <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/6086/2017/en/>, p. 46.

interrogées (à savoir, 1.519) estiment que la plus importante difficulté à laquelle elles sont confrontées dans leur pays est la discrimination en raison de leurs caractéristiques sexuées⁴⁶. Dans ce même sondage, 62% des répondants intersexués se sont sentis discriminés au moins une fois au cours des 12 mois précédant l'enquête parce qu'ils étaient intersexués⁴⁷.

La Cour étant maîtresse de la qualification juridique des faits (*J.D. et A. c. Royaume-Uni*, 24 octobre 2019, §56 ; *Aydogdu c. Turquie*, 30 août 2016, §48), il serait souhaitable au vu de ces éléments qu'elle analyse la présente affaire sous l'angle du principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention et qu'elle examine simultanément – ou séparément, mais successivement – la violation de cette disposition en la combinant avec l'article 3 de la Convention (*Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015, §63).

III.1 La différence de traitement subie par les personnes intersexuées du fait des traitements critiqués

Il existe une différence de traitement lorsque sont traitées différemment deux catégories de personnes qui se trouvent dans une situation comparable (*Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, §44). Les personnes intersexuées sont traitées différemment des personnes dyadiques⁴⁸, en ce qu'elles subissent des traitements médicaux « normalisateurs », alors même que les « variations » des caractéristiques sexuées des premières sont le fruit d'un processus naturel et biologique⁴⁹, qu'il n'y absolument pas lieu de pathologiser, sauf en cas d'urgence médicale. Les personnes intersexuées ont été médicalisées, à l'inverse des personnes dyadiques, uniquement parce que les professionnels de la santé, en cherchant à comprendre ce processus, ont matérialisé dans leur pratique la « norme » sociale binaire du sexe (et du genre) (voy. *supra* n°II.1).

III.2 Les caractéristiques sexuées constituent un motif de discrimination

La différence de traitement dont nous faisons état est fondée sur les « caractéristiques sexuées » (« *sex characteristics* » en anglais) des personnes intersexuées. Comme nous l'avons expliqué, ces caractéristiques entrent dans le champ de la définition du « sexe ». C'est pour cette raison que nous soutenons que les « caractéristiques sexuées » sont implicitement protégées par le motif de discrimination du « sexe », expressément interdit par l'article 14 de la Convention.

Votre Cour pourrait décider d'étendre la liste des motifs de discrimination – qui revêt pour rappel un caractère indicatif et non limitatif (*Engel et autre c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, §72) – aux « caractéristiques sexuées »⁵⁰, comme elle l'a fait en 1999 pour l'orientation sexuelle (*Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, §28 ; voy. aussi *Fretté c. France*, 26 février 2002, §32) et en 2015 pour l'identité de genre (*Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015, §96). Cette approche aurait le mérite de rencontrer plusieurs objectifs. Le premier est l'*universalité* : tous les êtres humains ont des caractéristiques sexuées qu'il convient de protéger dès lors qu'elles peuvent générer des discriminations. Le deuxième est l'*égalité* et l'*équité* : tous les êtres humains sont nés égaux, peu importe leur diversité corporelle. Le troisième est la *reconnaissance* : l'extension permettra d'assumer et d'affirmer officiellement l'hétérogénéité des caractéristiques sexuées. Le quatrième est la *visibilité* : la reconnaissance lèvera à son tour le voile sur une réalité et un vécu pendant longtemps ignorés ou cachés. Le cinquième est la *clarté* : il s'agit d'éviter une confusion entre les caractéristiques sexuées, l'identité et l'expression de genre et l'orientation sexuelle car, dans le cas contraire, les besoins spécifiques des personnes qui sont discriminées sur le fondement des premières seraient oblitérés. Le dernier est la *dignité humaine*, dans la mesure où les personnes intersexuées font indubitablement face à un processus de déshumanisation structurel en raison de leur diversité corporelle (*Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 juillet 2014, §118).

III.3 Restriction de la marge nationale d'appréciation

Lorsqu'une partie requérante démontre qu'il existe une différence de traitement fondée sur un motif de discrimination prohibé, il appartient aux autorités nationales de la justifier de manière objective et raisonnable.

⁴⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « A long way to go for LGBTI equality », *op. cit.*, pp. 52-53.

⁴⁷ *Ibid.*, p.51.

⁴⁸ Voy. la définition en note 9.

⁴⁹ B. MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 2ème partie », *La Revue des droits de l'Homme*, Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (Nanterre), 2017, pp. 5-8 ; B. MORON-PUECH, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue Droit et Santé (fr.)*, 50/2013, pp. 200-214.

⁵⁰ Dans ce cas, il est important de préciser que le motif de discrimination des « caractéristiques sexuées » doit être préféré à ceux d'« intersexué » et d'« intersexé » (« *intersex* » en anglais) car ils présentent le risque d'exclure, en raison d'une définition trop stricte ou rigide, certaines personnes qui sont nées avec des caractéristiques sexuées « atypiques ». Voy. en ce sens : P. DE BRUYN, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », Rapport au sujet de la Résolution n°2191, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (Comité sur l'égalité et la non-discrimination), Doc. n°14404, 25 septembre 2017, pp. 17-18 ; Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « La situation des droits fondamentaux des personnes intersexes », mai 2015, accessible en ligne : <https://fra.europa.eu/fr/news/2015/les-droits-des-personnes-intersexues>, p. 4.

Ce faisant, elles disposent d'une certaine marge d'appréciation, dont l'étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, §§125-126). Votre Cour a toutefois jugé qu'une différence de traitement fondée sur sept motifs de discrimination – à savoir, le sexe, la race et l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion, la nationalité et la naissance – ne peut être justifiée que par des « *raisons particulièrement graves et convaincantes* »⁵¹, voire n'est pas justifiable⁵². La justification de ce contrôle renforcé est fonction du motif de discrimination considéré. A titre d'exemples, il s'agissait d'affirmer, pour le motif du sexe, que « *la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe* » (*Abduliz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, §78), de protéger, pour l'orientation sexuelle, « *un aspect des plus intimes de la vie privée* » (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, §89) ou d'observer, pour le motif de l'origine ethnique, que la discrimination fondée sur ce motif constitue une forme de discrimination raciale « *particulièrement odieuse* » et de rappeler que « *compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités* » (*Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005, §56).

Dans ses arrêts *Kiyutin c. Russie* et *Alajos Kiss c. Hongrie*, votre Cour s'est engagée dans une approche novatrice qui consiste à lier les « *raisons particulièrement graves et convaincantes* » à la vulnérabilité du groupe ou des personnes qui soutien(nen)t être discriminé(es). Elle a ainsi jugé que « *lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'applique à des groupes particulièrement vulnérables de la société, [...] la marge d'appréciation accordée à l'Etat s'en trouve singulièrement réduite* » (*Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, §63 ; *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, §42). Elle justifie ce raisonnement « *par les traitements défavorables aux conséquences durables dont ces groupes ont fait l'objet* » (*ibid.*) et qui aboutissent à « *une stigmatisation et une exclusion considérables* » (*Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, §64).

Si les personnes protégées par le motif de l'orientation sexuelle constituent un groupe vulnérable (*Alekseyev c. Russie*, arrêt 21 octobre 2010, §108), la Cour est allée plus loin dans son arrêt *M.C. et A.C. c. Roumanie*, dans lequel elle a reconnu que « *la communauté LGBTI⁵³ de l'État défendeur se trouve dans une situation précaire, puisqu'elle est sujette à des attitudes négatives envers ses membres* » (*M.C. et A.C. c. Roumanie*, 12 avril 2016, §§114 et 118). Selon O. ARNARDÓTTIR, « *il semble possible de conclure que toute la communauté LGBTI (qui n'est évidemment pas définie par la seule référence à l'orientation sexuelle)* »⁵⁴ bénéficie de la protection conférée par votre Cour aux groupes vulnérables.

Nous soutenons que les personnes intersexuées sont des personnes vulnérables. Plusieurs raisons participent à fonder cette affirmation, particulièrement dans le cas des traitements médicaux « normalisateurs ». Premièrement, les personnes intersexuées forment un *groupe minoritaire* parmi la population considérée dans son ensemble (voy. *supra*, n°II.1) et sont soumises, en raison de leur diversité corporelle, à des attitudes négatives et préjugés exprimés physiquement ou verbalement par les personnes dyadiques. Deuxièmement, les chirurgies correctives et traitements hormonaux dont il est question en l'espèce sont, dans la grande majorité des cas, imposés sur le corps d'*enfants mineurs*. Or, ceux-ci jouissent, dans la jurisprudence de votre Cour, d'une protection spécifique en raison de leur âge et, partant, de leur vulnérabilité (*Söderman c. Suède*, 12 novembre 2013, §81). Troisièmement, les traitements médicaux « normalisateurs » sont des pratiques *stéréotypées* imposées à l'ensemble des personnes intersexuées qui éludent leur expérience et leur vécu personnel et que les autorités nationales ont laissé se perpétuer, voire ont institutionnalisé.

Des traces de ces stéréotypes sont identifiables dans la littérature médicale *contemporaine*. Dans une position parue en 2012, S. CREIGHTON et al. exposent que « *les chirurgies de reconstruction pour les patients qui présentent un trouble du développement sexuel sont habituellement réalisées pour les raisons suivantes : améliorer l'apparence cosmétique des organes génitaux, favoriser les relations sexuelles vaginales-péniennes et permettre une manière d'uriner sexuée/genrée (en d'autres termes, permettre aux hommes d'uriner debout)* »⁵⁵. Cette position est confirmée en 2016 par P.D.E. MOURIQUAND et al. qui soutiennent que les objectifs poursuivis par les traitements litigieux sont notamment de « *restaurer l'anatomie génitale fonctionnelle pour permettre de futurs rapports sexuels avec pénétration (en tant que mâle ou femelle), faciliter*

⁵¹ J. GERARDS, « The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination », in M. BALBONI (éd.), *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights, Editoriale Scientifica, forthcoming*, p. 9

⁵² *Ibid.*, p. 10.

⁵³ On notera que le « I » de l'acronyme « LGBTI », que votre Cour utilise explicitement dans cette affaire, signifie « intersexué ».

⁵⁴ O. ARNARDÓTTIR, « Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights – Innovation or Business as Usual? », *Oslo Law Review*, Vol.4, Issue 3, 2017, p. 163 ; notre traduction.

⁵⁵ S. CREIGHTON et al., « Timing and nature of reconstructive surgery for disorders of sex development – Introduction », *Journal of Pediatric Urology*, 8/2012, p. 103 ; notre traduction.

la copulation future (en tant que mâle ou femelle) lorsque cela est possible, [...] éviter la virilisation tardive à la puberté chez les individus élevés comme « filles » ou le développement mammaire chez les individus élevés comme « garçons », réduire le risque de cancers gonadiques, favoriser le développement des « identités individuelles » et « sociales », éviter la stigmatisation liée à l'anatomie atypique, répondre à la volonté des parents d'élever leur enfant dans les meilleures conditions possibles »⁵⁶. Des publications récentes rappellent encore ces objectifs⁵⁷.

Il ressort clairement de ce qui précède que les traitements médicaux « normalisateurs » ne poursuivent pas – sauf exceptions (voy. note 14) – une finalité médicale ou thérapeutique. Au contraire, il s'agit d'objectifs sociaux, psychosociaux, culturels ou, pire encore, cosmétiques et esthétiques. Ces objectifs sont le reflet de stéréotypes et de préjugés fondés sur la binarité présumée du sexe (et du genre), de l'hétéronormativité⁵⁸ et de la cisnormativité⁵⁹. « [I]ls traduisent une forme de présomption selon laquelle tout individu ressemble, se comporte et s'identifie à des situations associées communément avec une personne "typique" ou "normale" de sexe femelle ou mâle – aussi présumée être cisgenre et/ou hétérosexuelle »⁶⁰. Comme nous l'avons expliqué (voy. *supra*, n°II.1), ces stéréotypes ne sont pas neufs et sont ancrés depuis le milieu du XX^{ème} siècle dans les pratiques médicales. Ils ont contribué – et contribuent toujours – à stigmatiser considérablement les personnes intersexuées et à les exclure de l'ordre social uniquement en raison de leur diversité corporelle. Pire, ces stéréotypes ont été institutionnalisés par le droit – et, dans cette mesure, encouragés par les autorités nationales –, l'enregistrement du « sexe » (ou du « genre ») étant généralement binaire et obligatoire dans un certain délai et les systèmes de protection sociale nationaux autorisant le remboursement de certaines chirurgies correctives (inclus par conséquent dans la nomenclature des prestations de soins de santé).

Au vu de tous ces éléments, il serait souhaitable que votre Cour, après avoir affirmé que les personnes intersexuées constituent un groupe vulnérable et à la lumière de la tendance internationale et européenne qui se dessine (voy. *supra* n°II.2), restreigne la marge nationale d'appréciation dont dispose l'État défendeur en l'espèce et qu'elle décide que seules des « raisons particulièrement graves et convaincantes » sont susceptibles de servir de justification objective et raisonnable à la différence de traitement litigieuse. Ceci vaut en tout état de cause si votre Cour décide que la différence de traitement critiquée est fondée sur le motif du « sexe ».

Quoi qu'il en soit, votre Cour a déjà conclu à plusieurs reprises que, compte tenu des trois caractéristiques essentielles des sociétés démocratiques que sont le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, §87), une justification d'une différence de traitement fondée sur des stéréotypes et des préjugés ne peut en soi passer pour suffisante (*Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, §143 ; *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, §201). Il y aura, donc, lieu d'écarter toute justification de l'État défendeur qui prendrait racine dans la binarité présumée du sexe et du genre, dans l'hétéronormativité et/ou la cisnormativité.

IV. Atteinte discriminatoire à l'autonomie corporelle des personnes intersexuées (art. 3 de la Convention)

Nous avons démontré dans la section précédente que les personnes intersexuées sont les victimes de pratiques discriminatoires structurelles lorsque leur sont infligés des traitements médicaux « normalisateurs ». Nous expliquons dans la présente section en quoi ces pratiques ont un effet délétère sur la jouissance du droit à l'autonomie corporelle garanti par l'article 3 de la Convention. Pour rappel, nous soutenons que l'examen de cette disposition doit être réalisé conjointement ou séparément, mais successivement, avec l'article 14 de la Convention, compte tenu des incidences graves et multiples qu'ont ces traitements sur l'intégrité physique et mentale des personnes intersexuées et du processus assumé de déshumanisation dont elles font l'objet.

⁵⁶ P. MOURIQUAND et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », *Journal of Pediatric Urology*, 12/2016, pp. 141-142 ; notre traduction.

⁵⁷ Par exemple : T.P. HEMESATH et al., « Controversies on Timing of Sex Assignment and Surgery in Individuals With Disorders of Sex Development: A Perspective », *Front. Pediatr.*, Vol. 6, 2019, art. 419.

⁵⁸ Selon l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'hétéronormativité est « ce qui fait que l'hétérosexualité semble cohérente, naturelle et privilégiée » (de la même agence, « Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation », 2009, accessible en ligne : <https://fra.europa.eu/en/publication/2011/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender-identity-eu>, p. 25 ; notre traduction).

⁵⁹ Selon S. AGIUS et C. TOBLER., la cisnormativité vise les « pratiques et institutions légitimant et privilégiant les personnes qui se reconnaissent dans le genre lié au sexe qui leur a été assigné à la naissance » (des mêmes auteurs, « La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées », *op. cit.*, pp. 13-14).

⁶⁰ K. ZILLÉN, J. GARLAND et S. SLOKENBERGA, « The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by Scientific Advances and Uncertainties », *op. cit.*, p. 39 ; notre traduction.

IV.1 Le seuil minimum de gravité

Il est constant que l'article 3 de la Convention n'est applicable que si les mauvais traitements critiqués atteignent un « *seuil minimum de gravité* » (*Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, §67 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §52). L'appréciation de ce seuil est relative et dépend de l'ensemble des données de la cause (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, §219). Votre Cour a toutefois assoupli (ou abaissé) le degré d'intensité du seuil de gravité exigé pour les mauvais traitements *discriminatoires*. Dans l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, votre Cour n'a pas exclu « *qu'un traitement fondé sur un préjugé de la part d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle [...] puisse en principe tomber sous l'empire de l'article 3* » (27 septembre 1999, §121 – notre accent). Dans l'affaire *Identoba et autres c. Géorgie*, votre Cour a « *rappelé qu'un traitement discriminatoire en soi pouvait en principe équivaloir à un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention lorsque ce traitement atteint un degré de sévérité de manière à constituer un affront pour la dignité humaine* » (12 mai 2015, §65 – notre accent et notre traduction ; voy. aussi *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*, 8 octobre 2020, §44 et §49). Parce que les traitements litigieux ne sont que la matérialisation de stéréotypes et de préjugés, cette jurisprudence nous paraît applicable à la situation qui nous intéresse.

Les traitements médicaux « normalisateurs » atteignent ce seuil minimum de gravité ainsi apprécié, à tout le moins pour deux raisons.

Premièrement, les personnes intersexuées les *subissent* contre leur gré. Pour reprendre les termes de E. FEDER et d'A. DREGER, les professionnels de la santé agissent comme si « *les nouveaux-nés [et, plus globalement, toutes les personnes] ayant des caractéristiques sexuelles atypiques ne sont pas encore entièrement humains et, par conséquent, ne disposent pas de droits humains* »⁶¹. Ce sont « *les chirurgiens qui font d'eux des humains en les rendant reconnaissables comme mâle ou femelle et ce n'est qu'ensuite qu'ils pourront prétendre avoir des droits humains* »⁶². Dans ce processus discriminatoire, déshumanisant et paternalisant, le consentement des personnes intersexuées (ou des titulaires de l'autorité parentale lorsqu'elles sont mineures) n'est pas sollicité ou est vicié, et celles-ci ne sont même pas *a minima* associées à la prise de décision, ceci alors même que les principes de liberté et de dignité constituent, selon votre Cour, l'essence de la Convention (*Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015, §58 ; *V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, §105 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §65).

Ainsi, dans une récente étude menée par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, sur l'ensemble des personnes intersexuées à qui un traitement médical a été administré ou une intervention chirurgicale a été réalisée visant à altérer leurs caractéristiques sexuelles (362 répondants), 62% ont subi des chirurgies correctives sans y avoir, ni les titulaires de l'autorité parentale, consenti de façon libre et éclairée. Ce pourcentage s'élève à 49% pour les traitements hormonaux et à 47% pour les autres types de traitements⁶³.

Ce constat est alarmant et constitue une violation du droit à l'autonomie corporelle des personnes intersexuées. Votre Cour a expressément consacré ce droit à la lumière de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'Homme et la biomédecine dans son arrêt phare *V.C. c. Slovaquie* (8 novembre 2011, §§106 et suiv.). Dans cette affaire, votre Cour s'inscrit clairement dans une logique de dépaternalisation de la relation patient-médecin et privilégie les choix que pose le patient de manière autonome quant à son état de santé. Dans le cas où les individus sont mineurs, les personnes les mieux placées pour consentir librement et de façon éclairée à un traitement médical sont, selon votre Cour, les titulaires de l'autorité parentale (*Glass c. Royaume-Uni*, 9 mars 2004, §70). Dans votre arrêt *Fretté c. France*, vous avez toutefois jugé, à la lumière de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, que les intérêts propres des titulaires de l'autorité parentale ne sauraient l'emporter, en cas de conflit(s), sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans *toutes* les décisions qui le concernent (*Fretté c. France*, 26 février 2002, §42 ; voy. aussi *A.B. et autres c. France*, 12 juillet 2016, §151 ; *Söderman c. Suède*, 12 novembre 2013, §81 ; *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, §73). Même si, à notre connaissance, votre Cour n'a pas encore reconnu que les personnes mineures jouissaient d'un droit à l'autonomie corporelle, il serait souhaitable qu'elle s'engage dans cette voie. A cette fin, votre Cour trouvera appui dans les positions soutenues par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui observe qu'une personne mineure doit pouvoir, en fonction de son âge et de sa maturité, exprimer librement son opinion

⁶¹ E. FEDER et A. DREGER, « Still ignoring human rights in intersex care », *Journal of Pediatric Urology*, 12/2016, p. 436 ; notre accent et notre traduction.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « A long way to go for LGBTI equality », *op. cit.*, p. 54.

dans les décisions qui l'intéressent, en ce compris en matière médicale⁶⁴. Selon le Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible des Nations Unies, cela implique que, lorsqu'une personne mineure devient capable de discernement, elle doit pouvoir poser, de manière indépendante, ses propres choix dans les traitements médicaux à lui administrer⁶⁵.

S'agissant plus particulièrement des conditions posées pour la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes trans*, votre Cour a décidé de façon non-équivoque que faire dépendre cette reconnaissance de traitements chirurgicaux invasifs sur les caractéristiques sexuées des personnes concernées sans qu'elles n'y consentent de manière libre et éclairée constituait une atteinte à leur intégrité physique garantie par les articles 3 et 8 de la Convention (*X et Y c. Roumanie*, 19 janvier 2021, § 165 ; *A.P., Garçon, Nicot c. France*, 6 avril 2017, §131).

Ces principes sont applicables en l'espèce et ils mériteraient d'être fermement rappelés (pour les personnes intersexuées adultes) ou affirmés (pour les personnes intersexuées mineures) car, l'exigence du consentement préalable, libre et éclairé n'est pas respectée au nom d'attentes sociales, psychosociales et culturelles supposées que les professionnels de la santé taillent dans la chair des personnes intersexuées, ces pratiques étant au demeurant encouragées tantôt par la politique du « laissez-faire » des autorités nationales, tantôt par celle de l'institutionnalisation. Même lorsque le consentement des titulaires de l'autorité parentale d'un *enfant* intersexué est sollicité, nous insistons sur le fait qu'il peut ne pas être libre, ni éclairé en raison des pressions sociales, familiales et médicales dont ces titulaires font l'objet⁶⁶.

Deuxièmement, les traitements médicaux « normalisateurs » ont des répercussions désastreuses, irréversibles et permanentes sur l'intégrité physique et mentale des personnes intersexuées⁶⁷. Certains traitements endommagent durablement des organes génitaux pourtant « sains », rendant douloureux, sinon impossible, le plaisir sexuel et la pénétration – alors même qu'il s'agit d'un objectif poursuivi par les professionnels de la santé –, tandis que d'autres stérilisent les personnes concernées et, de ce fait, entraînent une atteinte irréversible à leur capacité reproductive. Ces lésions corporelles sont à ce point graves qu'elles placent parfois les personnes intersexuées en situation de handicap. Elles présentent en effet, du fait des traitements critiqués, des incapacités physiques et mentales durables et l'interaction de ces incapacités avec diverses barrières fait obstacle à leur pleine et effective participation à la société⁶⁸. À ce qui précède s'ajoutent des douleurs psychologiques aiguës : les personnes intersexuées, souffrent de chocs post-traumatiques et certaines se sentant totalement démunies, abandonnées et esseulées préfèrent mettre fin à leurs jours. L'intégration sociale de ces personnes est difficile, voire impossible, dans la mesure où les traitements litigieux contribuent à leur exclusion.

C'est pour éviter ces conséquences irréversibles sur l'intégrité physique et mentale des personnes concernées que nous prônons, aux côtés des associations⁶⁹, l'interdiction de réaliser des traitements ayant pour objectif de modifier ou d'altérer les caractéristiques sexuées des enfants intersexués, lorsque ces traitements peuvent être différés, jusqu'à ce qu'ils soient capables de donner leur consentement préalable, libre et éclairé. L'intérêt supérieur de l'enfant intersexué doit toujours constituer la considération primordiale.

Il ressort de tout ce qui précède que les traitements médicaux « normalisateurs » matérialisent des stéréotypes qui éludent totalement les choix autonomes que les personnes (et les enfants) intersexué(e)s peuvent poser s'agissant de leur état de santé. Partant, ils sont contraires à l'article 3 de la Convention.

IV.2 La qualification des mauvais traitements

Dans sa jurisprudence, la Cour a parfois décidé de ne pas qualifier les mauvais traitements critiqués par les parties requérantes (*V.C. c. Slovaquie*, 8 novembre 2011, §119). Nous sommes d'avis que cette qualification est indispensable pour atteindre un niveau élevé de protection de l'autonomie corporelle des personnes

⁶⁴ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, 29 mai 2013, CRC/C/GC/14, §§77-78. Voy. aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14 (2000) – Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 11 août 2000, E/C.12/2000/4, §§23-24.

⁶⁵ A. GROVER, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies lors de sa 64^{ème} session*, 10 août 2009, A/64/272, §§47-48.

⁶⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE », 2015, accessible en ligne : <https://fra.europa.eu/fr/publication/2017/protection-contre-la-discrimination-fondée-sur-lorientation-sexuelle-lidentite-de>, p. 81.

⁶⁷ C. DERAIVE, « Entre 'fille' et 'garçon', il faut choisir : les traitements médicaux normalisateurs des personnes inter* à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », *e-legal (revue de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB)*, 2021, à paraître, §11.

⁶⁸ OII-Europe, « Statement of OII Europe on Intersex, Disability and the UN Convention on the Rights of People with Disabilities », 2014, accessible en ligne : https://oieurope.org/wp-content/uploads/2021/01/CRPD_2015_Statement_OII_Europe.pdf.

⁶⁹ Déclaration de Malte publiée au lendemain du troisième forum intersex international (La Valette, 29 novembre-1^{er} décembre 2013).

intersexuées. Elle ajouterait également une connotation émotionnelle particulière aux traitements litigieux et permettrait d'adresser aux professionnels de la santé et aux autorités nationales un message socio-politique clair et univoque de déconstruction des stéréotypes. La qualification participerait enfin au processus de reconnaissance et de visibilité de l'expérience et du vécu des personnes intersexuées, trop longtemps laissées dans l'ombre. Il serait souhaitable que la Cour s'engage dans cet exercice de qualification et nous lui suggérons ici modestement quelques pistes de réflexion.

Il est clair que les traitements médicaux « normalisateurs » doivent être qualifiés de *dégradants* puisqu'ils avilissent de manière discriminatoire les personnes intersexuées au point de les empêcher de vivre dans la dignité humaine (*Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*, 8 octobre 2020, §42 ; *Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015, §65). A notre estime, cette qualification n'est toutefois pas suffisante, ni satisfaisante. Dans la mesure où les traitements litigieux entraînent des lésions corporelles graves et des séquelles psychologiques intenses et qu'ils contribuent à exclure les personnes intersexuées, particulièrement vulnérables, de l'ordre social, ils doivent *a minima* être qualifiés d'*inhumains* (*Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, §92)⁷⁰.

Votre Cour observera que, depuis les années 2000, il existe une tendance à qualifier les traitements médicaux « normalisateurs » d'*actes de torture*. Selon Sir Nigel Rodley, « [i]l semble que les minorités [sexuées] sont plus souvent victimes de tortures et d'autres formes de sévices, parce qu'elles n'entrent pas dans le schéma sexuel habituel de la société. En fait, la discrimination fondée sur la préférence ou l'identité [de genre] contribue souvent au processus de déshumanisation de la victime, qui précède généralement les actes de torture et les sévices »⁷¹. C'est dans cette ligne que s'est récemment inscrit le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies : « [d]ès lors qu'un acte vise des femmes parce qu'elles sont des femmes ou des personnes en raison de leur sexe, de leur identité de genre, de leur orientation sexuelle – réelle ou supposée – ou de leur non-conformité aux normes sociales relatives à la sexualité et au rôle dévolu aux hommes et aux femmes, il remplit les critères d'intention et de finalité requis par la définition de la torture »⁷². Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour les actes visant les personnes intersexuées parce qu'elles sont intersexuées et qu'elles ont des caractéristiques sexuées « atypiques ». L'intégration, dans l'analyse, du caractère discriminatoire des traitements médicaux « normalisateurs » facilite ainsi la qualification d'actes de torture. Certains auteurs ont d'ailleurs abondé en ce sens⁷³ et plusieurs soutiennent que ces traitements équivalent à des « mutilations génitales intersexuées »⁷⁴. Ce qualificatif semble implicitement admis par les Comités onusiens qui élèvent les actes critiqués au rang de « pratiques préjudiciables » (« harmful practices ») et placent dès lors les traitements litigieux au même niveau que les mutilations génitales féminines⁷⁵. Il serait souhaitable que votre Cour qualifie *a minima* les traitements médicaux « normalisateurs » de dégradants et d'inhumains et qu'elle s'interroge sérieusement sur la qualification d'actes de torture.

⁷⁰ C'est d'ailleurs la position de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (France) : voy. « Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux », 2018, accessible en ligne : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180522_avis_maltraitances_systeme_de_sante.pdf, p. 17.

⁷¹ N. RODLEY, *Rapport intérimaire du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 3 juillet 2001, A/56/156, §19.

⁷² J. E. MÉNDEZ, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 5 janvier 2016, *op. cit.*, §8. Voy. aussi : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale n°35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n°19*, 26 juillet 2017, CEDAW/C/GC/35, §17.

⁷³ C. DERAIVE, « Entre 'fille' et 'garçon', il faut choisir : les traitements médicaux normalisateurs des personnes inter* à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, §§34 et suiv. ; A. TAMAR-MATTIS, « Medical treatment of people with intersex conditions as torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment », in X., *Torture in healthcare settings: reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 thematic report*, Washington College of Law, Center for Human rights and humanitarian law, février 2014, pp. 91-104.

⁷⁴ M. JONES, « Intersex Genital Mutilation – A Western Version of FGM », *International journal of children's rights*, 25/2017, pp. 396-411.

⁷⁵ Voy. la note 32. Deux Comités onusiens ont expressément utilisé les termes « mutilations génitales intersexuées » : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les sixième et septième rapports périodiques du Luxembourg*, 14 mars 2018, CEDAW/C/LUX/CO/6-7, §27, b) (référence à l'acronyme « MGI ») ; Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de l'Afrique du Sud*, 27 octobre 2016, CRC/C/ZAF/CO/2, §39.