



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1  
**PANTHÉON SORBONNE**

## Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i> .....	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i> .....	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i> .....	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i> .....	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i> .....	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i> .....	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i> .....	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i> .....	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i> .....	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i> .....	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i> .....	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i> .....	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS .....	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i> .....	236
<i>Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i> .....	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021 .....	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

## Apréhender le droit à l'aune de la relation

*Séminaire de recherche IRJS*

*Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS*

*et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon*

### ***I. – Autour de Jennifer Nedelsky***

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

### ***II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes***

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GENIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

### ***III. – Dossier de traductions inédites***

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

## Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky<sup>1</sup>

**Benjamin MORON-PUECH**

*Professeur à l'université Lumière Lyon 2 (CERCRID et Transversales)  
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris-  
Panthéon-Assas*

Au sein de sa contribution intitulée *La véraison de l'approche relationniste du droit*<sup>2</sup>, le Professeur Emmanuel Jeuland identifiait, au sein des autaires<sup>3</sup> adoptant une théorie relationniste du droit, deux grands courants distincts mais nullement incompatibles. D'un côté, çauz\* qu'on pourrait appeler les *relationnistes dogmatiques* et qui seraient soucieuz\* de conférer une juste place au *rapport de droit* dans la dogmatique juridique. De l'autre, çauz qu'on pourrait appeler les *relationnistes empiriques*, soucieuz que l'analyse juridique ne perde pas de vue un élément empirique : la *relation humaine*.

Dans nos propres travaux, sans pour autant développer une théorie relationniste du droit, nous avons à tout le moins emprunté tour à tour ces deux approches. D'un côté, dans notre travail doctoral, c'est l'approche relationnelle dogmatique qui a été mobilisée<sup>4</sup>. En effet, à l'occasion de développements sur la définition de l'acte juridique, nous avons été amené à promouvoir une approche de la norme donnant une place explicite à la relation entre la personne bénéficiaire et la personne assujettie à la norme, à rebours d'une approche dominante, dite « fonctionnelle », insistant avant tout sur le contenu de la norme comme modèle

---

<sup>1</sup> Ce texte est issu d'une communication donnée à l'IRJS le 5 octobre 2020 alors qu'était en cours de discussion le projet de loi bioéthique depuis lors adopté. La référence à l'article 21 *bis* faite dans le présent texte correspond à l'article 30 de la loi bioéthique du 2 août 2021. Pour le fond de cet article, évoqué dans le présent texte, celui-ci n'a pas évolué. Pour un commentaire de cet article 30, v. not. « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS*, 2021/5, p. 827-835 et M.-X. CATTO, « La loi de bioéthique et les intersexes », *JDSAM*, 2020/1, p. 64-76.

<sup>2</sup> E. JEULAND, *La véraison de l'approche relationniste du droit*, 2019, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02105485v2>

<sup>3</sup> Dans un souci de cohérence de la forme et du fond, ce texte adoptera une grammaire en capacité de traiter la non binarité du genre, en suivant les régularités proposées dans ALPHERATZ, *Grammaire du français inclusif*, éd. Vent Solars, 2018. Les premières occurrences des mots accordés suivant le genre commun proposé par ALPHERATZ seront suivies d'un astérisque, comme en l'espèce le mot *autaires*, forme neutre pluriel du mot auteur/autrice/autaire.

<sup>4</sup> *L'acte juridique. Une réponse à la crise du contrat*, sous la dir. de D. FENOUILLET, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, LGDJ, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2020.

de conduite<sup>5</sup>. De l'autre côté, dans notre travail extra-doctoral portant sur les minorités sexuées et de genre, c'est une approche relationnelle empirique qui a été retenue afin, partant des problèmes que ces minorités rencontraient, de tenter de comprendre comment l'on pourrait par le droit améliorer leur quotidien.

C'est sur ce dernier point que se concentrera cette contribution, cela pour deux raisons. D'abord car, dans le contexte actuel, il est permis de penser que c'est avant tout de cette approche relationnelle dont notre société a besoin pour l'aider à surmonter les crises qu'elle traverse. Non pas les crises sanitaires et économiques, qui ne mettront pas durablement en danger notre civilisation, mais les crises liées au réchauffement climatique ou aux inégalités sociales, bien plus dangereuses quant à elles<sup>6</sup>. Ensuite car l'approche de Nedelsky – à la diffusion de laquelle entend participer l'ouvrage<sup>7</sup> dans lequel s'inscrit cette contribution – nous a personnellement permis de trouver une manière plus simple de présenter – mais aussi de résoudre ! – la problématique des personnes intersexuées. Comme nous le verrons, en effet, l'approche nedelskienne, développée à propos de la théorie du *care* et illustrée notamment par Nedeleksy à propos du travail domestique<sup>8</sup>, s'applique particulièrement bien également à la minorité intersexuée (II). Rappelons avant cela qui sont les personnes intersexuées et les problèmes relationnels qu'elles rencontrent (I).

### I.- Présentation des personnes intersexuées

Les personnes intersexuées sont des personnes qui présentent des caractéristiques biologiques ne correspondant pas aux standards médico-sociaux du masculin et du féminin. Leur nombre varie entre 0,02 % et presque 2 % selon la conception plus ou moins étroite de la définition retenue de l'homme et de la

---

<sup>5</sup> Pour une défense de l'approche fonctionnelle, v. not. M. PICHARD, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. GOBERT, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, *Economica*, n° 217 ; S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. MOLFESSIS, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, *Economica*, n° 125 ; O. LAROQUE, *Les lois symboliques : Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, sous la dir. de P.-Y. GAUTIER, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, p. 47 et s. Sur notre approche dite *élémentaire* de la norme, car reposant sur quatre *éléments constitutifs*, v. *L'acte juridique. Une réponse à la crise du contrat*, préc., n° 277, où la norme est définie comme « un modèle qui, lorsqu'il est en vigueur, sert à diriger l'action d'un ou plusieurs assujettis au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

<sup>6</sup> Rappr. J. DIAMOND, *L'invité(e) des matins*, France Culture, 16 sept. 2020, <https://www.franceculture.fr/emissions/linvitee-des-matins/le-bouleversement-contre-la-fin-du-monde> ; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice totale face au marché total*, Seuil, 2010, ouvrage construit largement autour d'un des passages de la Déclaration de Philadelphie de 1944, réaffirmant qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale ».

<sup>7</sup> V. déjà J.-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, IRJS éd., 2018.

<sup>8</sup> J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », in J.-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND, *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, IRJS éd., 2018, p. 18-19.

femme, ainsi que de la volonté de rendre visible ou invisible les personnes intersexuées. De nombreuses situations biologiques existent au sein de cette notion d'intersexuation, situations que les médecins s'efforcent de nommer dans leur entreprise de cartographie du vivant qu'on appelle la nosographie. Rentrent ainsi dans l'intersexuation des variations concernant les caryotypes (telle la présence de trois chromosomes sexuels ou d'un caryotype en mosaïques [XX/XY]), les hormones (telle l'insensibilité aux androgènes chez un individu aux gamètes mâles), l'anatomie (absence d'utérus chez une personne ayant des gamètes femelles, présence d'ovotestis, etc.) ou encore la morphologie (organe génital externe d'une taille distincte de celle de la verge ou du clitoris, verge non rectiligne, absence de vagin, etc.).

Aujourd'hui en France, et d'une manière générale dans les pays occidentaux ou occidentalisés, les relations que les personnes intersexuées peuvent établir dans la plénitude de leur être avec autrui – c'est-à-dire sans dissimuler leur intersexuation – relèvent de deux registres : le pathologique ou le monstrueux. Le choix d'une personne intersexuée se résume schématiquement à cette alternative : accepter d'être considérée comme une personne malade et être astreinte dès lors à chercher la guérison par des « thérapies de conformation sexuée » ou bien rejeter l'invalidation de son corps, mais s'exposer alors au risque de l'exclusion sociale si sa monstruosité venait à être découverte. Depuis les années soixante-dix en France<sup>9</sup>, ce choix quant aux registres interactionnels est en réalité bien souvent illusoire. Ainsi, comme dans la quasi-totalité des pays disposant d'un secteur hospitalier développé, ce choix est fait à la naissance par des tiers prétendant agir au nom de l'intérêt de l'enfant et retenant pour lui le registre pathologique<sup>10</sup>. En effet, la grande majorité des enfants intersexués\* nés\* en France sont soumis\* à des opérations de conformation sexuée. Ces opérations, qui visent à leur assigner un « vrai sexe », se traduisent en pratique par des ablations d'organes sexuels (y compris donc des stérilisations), des chirurgies des parties génitales pour construire ou reconstruire des organes génitaux « normaux » et sur lesquels il faudra régulièrement réintervenir au long de la croissance de l'enfant, des traitements hormonaux très lourds avec des molécules pas toujours sûres (notamment l'androcure ou la dexaméthasone), etc. Les conséquences sur le long terme de ces opérations sont extrêmement graves, un grand nombre de personnes opérées – mais pas toutes car il existe une minorité de satisfaites – disant avoir été « torturées », « mutilées », « violées » et subissant tout au long de leur vie des

<sup>9</sup> La généralisation des opérations de conformation sexuée est concomitante aux efforts pour la légaliser avec l'instruction générale relative à l'état civil citée *infra* note 18.

<sup>10</sup> Sur l'étendue de ces pratiques de conformation sexuée, v. le décompte des condamnations de ces pratiques par l'ONU tenu par les associations STOP IGM (<https://stopigm.org/IAD-2016-Soon-20-UN-Reprimands-for-Intersex-Genital-Mutilations>) ou OII Europe (<https://oiieurope.org/wp-content/uploads/2018/09/List-of-intersex-specific-shadow-reports-to-UN-committees-OII-Europe-June-2020.pdf>).

traumatismes psychiques liés à ces opérations<sup>11</sup>. Les quelques enquêtes statistiques réalisées auprès de ces personnes traduisent par ailleurs un profond mal-être lié à ces opérations<sup>12</sup>.

## II.- Application du canevas nédelkien aux personnes intersexuées

Le canevas de l'approche relationnelle du droit proposé par Nedelsky est construit autour de quatre questions<sup>13</sup> :

- Comment les normes juridiques contribuent-elles à façonner la problématique étudiée ?
- Quelles sont les valeurs en jeu ?
- Comment les relations pourraient-elles être changées pour renforcer ces valeurs ?
- Quels changements dans le droit pourraient transformer les relations sociales ?

Reprenons tour à tour chacune de ces étapes.

### 1.- Comment les normes juridiques façonnent-elles la problématique intersexuée ?

À première vue, l'on pourrait penser que le droit « n'a rien à voir dans cette histoire » et, mieux encore, que loin d'être la cause des « traitements inhumains et dégradants<sup>14</sup> » subis par les personnes intersexuées, il leur offre des garanties dont

<sup>11</sup> V. not. S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, 2010 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015 ; J. M. DuBois et A. S. ILTIS, *Normalizing intersex. Voices*, John Hopkins University Press, Narrative Inquiry in Bioethics, 2016 ; T. JONES *et al.*, *Intersex. Stories and Statistics from Australia*, OpenBook Publishers, 2016 ; Délégation aux droits des femmes du Sénat, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 2017, spé. les témoignages de personnes concernées recueillies en annexe 5.

<sup>12</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *A long way to go for LGBTI equality*, 2020 [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf) ; Collectif intersexe et allié-e-s, *Enquête sur la santé des personnes intersexes*, 2019 <https://infogram.com/reponses-au-questionnaire-sur-la-sante-des-personnes-intersexes-etou-presentant-des-variantes-du-developpement-sexuel-1hxj4803pdvq6vg> ; Adde T. JONES *et al.*, préc.

<sup>13</sup> J. NEDELSKY, préc. p. 17. Voir ég. : *id.*, *Law's Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 236 sq.

<sup>14</sup> L'expression est notamment utilisée – à juste titre – par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, avis, 22 mai 2018, p. 17). La qualification de « torture », au regard de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, paraît également pouvoir être retenue dans certains cas (A. TAMAR-MATTIS, « Medical Treatment of People with Intersex Conditions as Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment », in Center for Human Rights and Humanitarian Law, *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*, Washington College of Law, Washington University ; CH. DERAIVE, *Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter\* : une requête à la Cour européenne des*

elles n'auraient qu'à se saisir. En effet, le droit français ne protège-t-il pas l'intégrité physique des personnes, en interdisant toute opération dépourvue de but thérapeutique (article 16-3 du Code civil) et en subordonnant toute opération mutilante à un « motif médical très sérieux » (article R. 4127-41 du Code de la santé publique), ce qui paraît condamner les opérations mutilantes de conformation sexuée ? Le droit n'interdit-il pas également les traitements réalisés sans le consentement de la personne (article L. 1111-4 du Code de la santé publique), ce qui condamnerait les traitements réalisés sur les enfants n'y consentant pas ? N'interdit-il pas de même toute opération qui présenterait plus d'inconvénients que de risques (article L. 1110-5 du code de la santé publique), ce qui condamnerait ces opérations au regard de leurs trop nombreux inconvénients ?

À l'examen, pourtant, c'est bien le droit – en tant que discours officiel d'une société sur elle-même, pour reprendre l'idée du Professeur Rémy Libchaber<sup>15</sup> – qui entretient cette approche monstrueuse ou pathologisante de l'intersexuation par diverses lois, arrêtés, décrets, ainsi que quelques autres « petites » sources du droit<sup>16</sup> (avis ou recommandations médicales publiées dans des bulletins officiels ministériels ou les sites internet d'institutions médicales). Ceci se manifeste en particulier dans le champ du droit des personnes et du droit de la santé publique où le pouvoir étatique a produit ces dernières années de nombreux textes.

Pour le droit des personnes, la principale source légitimant cette approche monstrueuse et pathologisante est l'état civil. Le silence gardé par le Code civil de 1804 sur l'existence de personnes intersexuées paraît inscrire ces dernières dans le champ de la monstruosité indicible – contrairement à d'autres codes contemporains plus prolixes<sup>17</sup>. Surtout, il faut ici mentionner une instruction générale relative à l'état civil de 1970<sup>18</sup>, laquelle encourage les opérations de

---

*droits de l'Homme*, Travail de fin d'études sous la dir. d'I. RORIVE, Centre Perelman de Philosophie du droit, août 2018 ; M. YZERMANS, *La pratique de conformation sexuée des mineurs intersexes au regard des obligations incombant à la France en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de M. EUDES et T. GRUNDLER, Université Paris Nanterre, 2019).

<sup>15</sup> R. LIBCHABER, *L'ordre juridique ou le discours du droit*, LGDJ, 2014.

<sup>16</sup> S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, N. MOLFESSIS (préf.), Paris, Economica, 2012.

<sup>17</sup> V. le Code civil bavarois de 1756 (*Codex Maximilianeus bavaricus civilis*), Partie 1, Chapitre 3, § 2 <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CMBC1756.htm> et prévoyant que les personnes hermaphrodites seront rattachées au sexe prévalant en elles ou, en l'absence de prévalence, au sexe de leur choix dont il leur est fait défense de s'écarter. Adde le Code civil prussien de 1794 (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, § 19 à 23, <https://opiniojuris.de/quelle/1622>) laissant *prima facie* une plus grande liberté dans la détermination du sexe au profit des parents\* d'abord puis de la personne concernée à partir de ses dix-huit ans, mais reconnaissant toutefois la primauté de l'opinion médicale en cas de conflit sur le sexe élevé par des tiers\*. Comp. le Code civil autrichien de 1811 (ABGB) où la référence disparaît.

<sup>18</sup> Ministre de la Justice 1970, « Instruction du 19 février 1970 modifiant l'instruction générale relative à l'état civil », *JORF*, 23 avr. 1970, p. 3854. La norme est encore en vigueur, mais au sein d'un autre support normatif : « Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation », *BOMJ*, 30 nov. 2011.

conformation sexuée *via* une habilitation implicite donnée aux professionnels\* de santé par les procureurs\* de la République, en tant qu'autorité responsable de l'état civil des français\*. Ce texte – en passe d'entrer dans la loi *via* l'article 21 *bis* du projet de loi relatif à la bioéthique – prévoit que lorsque les médecins\* constatent à la naissance une situation d'intersexuation rendant impossible l'inscription à l'état civil dans le délai légal de cinq jours d'un sexe masculin ou féminin, alors ces professionnels de santé doivent demander au parquet civil l'autorisation de suspendre l'inscription du sexe « le temps de faire les traitements appropriés ». Certes, ce texte n'encadre pas l'activité médicale sur le corps de l'enfant, mais seulement l'état civil. Cependant, dès lors que l'autorisation est donnée le temps d'intervenir médicalement sur le sexe de l'enfant, l'on voit bien que ce texte habilite en réalité les professionnels de santé à réaliser une opération à la légalité douteuse, puisque susceptible (en 1970) de tomber sous le coup de l'incrimination de castration alors mobilisée par nombre de juristes pour refuser les opérations sur les personnes transgenres<sup>19</sup>. Par ailleurs, cette instruction ministérielle renforce la binarité des sexes en suggérant que les seules mentions possibles seraient « homme » ou « femme », à rebours de pratiques plus ouvertes acceptant d'autres mentions<sup>20</sup>. Ainsi, dans cette circulaire de 1970, la mention même de « indéterminée », encore utilisée épisodiquement de nos jours<sup>21</sup>, est déconseillée.

Quant au droit de la santé, plusieurs textes contribuent à légitimer la pathologisation et les opérations sur les enfants intersexués. Doit tout d'abord être mentionné le rôle de la nosographie étatique, c'est-à-dire le classement officiel des maladies par l'État. En effet, l'État français réceptionne la classification réalisée par l'OMS (la CIM-11 en dernier lieu)<sup>22</sup>, laquelle continue à faire des différentes formes d'intersexuation des états pathologiques que les médecins doivent renseigner lors de la prise en charge des usagers du système de santé. Une nosographie parallèle, établie par le réseau français puis européen Orphanet et prétendument plus précise, existe également pour les « maladies rares » avec non plus des codes CIM,

<sup>19</sup> R. LINDON, « *Aspects juridiques du transsexualisme* », S. 1956, p. 95 et s., évoquant la castration, mais sans mentionner le Code pénal et soutenant en outre, « du point de vue de l'état civil », la contrariété de l'opération à l'ordre public, à raison – indirectement – du risque de mariage « de cet homme devenu femme avec un homme demeuré homme ».

<sup>20</sup> B. MORICE, *Manuel pratique de l'état civil*, Paris, 1938, n° 226 p. 155, retrouvé par M.-X. CATTO et cité dans « La mention du sexe à l'état civil », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre*, CNRS éditions, p. 29-47, spé. note 27.

<sup>21</sup> Une extraction des données du répertoire national d'identification des personnes physiques réalisée en 2017 relevait ainsi une cinquantaine de personnes rattachées par l'INSEE à cette catégorie entre 2013 et 2017 : L. HERAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport à la Mission de recherche Droit et Justice, 2018, p. 251.

<sup>22</sup> Ministre des affaires sociales et de la santé et Ministre de l'économie et des finances, « Arrêté du 23 décembre 2016 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité d'hospitalisation à domicile et à la transmission d'informations issues de ce traitement », *JORF* n° 4, 5 janv. 2017, Texte n° 21, art. 8.

mais des codes ORPHA<sup>23</sup> qu'utilisent avant tout en France les « centres de maladie rare », dont ceux en charge de l'intersexuation. Par cette « rationalisation », l'État contribue assurément à entretenir les problèmes que rencontrent les personnes intersexuées. Relevons aussi que la prise en charge du coût des opérations de conformation sexuée par la sécurité sociale a également été rationalisée. Ainsi, depuis 2005, une entrée spécifique leur a été réservée dans la classification commune des actes médicaux, le chapitre 8.7.1 relatif à la « correction des ambiguïtés sexuelles »<sup>24</sup>. Enfin, la prise en charge médicale elle-même a été rationalisée. En 2006 ont en effet été créés de nouvelles structures administratives, les centres de référence de maladies rares évoqués précédemment<sup>25</sup>, dont l'un notamment spécialisé dans la prise en charge des personnes intersexuées. Ces centres disposent de dotations de fonctionnement spécifiques leur imposant notamment l'élaboration de protocoles nationaux de diagnostics et de soins (PNDS). Au sein des PNDS concernant les personnes intersexuées se trouvent notamment promues des pratiques mutilantes<sup>26</sup>. Dans l'avenir, ces structures devraient sans doute voir leur action confortée à l'issue de l'adoption du projet de loi relatif à la bioéthique. Alors qu'aujourd'hui les personnes intersexuées bénéficient encore du principe de libre choix du professionnel de santé, l'article 21 *bis* prévoit de restreindre cette liberté en confiant un monopole à ces centres pour les actes médicaux réalisés sur les enfants intersexués.

Si, on le voit, le pouvoir exécutif est aux premières lignes dans la diffusion d'un modèle monstrueux, puis pathologisant, qui aboutit à rejeter les personnes intersexuées des registres d'état civil pour les accueillir plutôt dans les registres de maladie, le pouvoir judiciaire n'est pas non plus en reste. Ainsi, en 2017, le refus de la Cour de cassation de reconnaître un sexe neutre a assurément contribué à maintenir, voire à renforcer la binarité des sexes et du genre<sup>27</sup>. Quant aux actes de conformation sexuée, les juges judiciaires et administratifs ont pour l'instant entretenu l'impunité de ces pratiques très vraisemblablement illégales au regard des textes mentionnés plus haut, qu'on songe aux décisions de juges d'instruction

<sup>23</sup> Codes disponibles sur <https://www.orpha.net/consor4.01/www/cgi-bin/Disease.php>.

<sup>24</sup> Union nationale des caisses d'assurance maladie, « Décision du 11 mars 2005 relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie », *JORF* n° 74, 30 mars 2005, p. 5309.

<sup>25</sup> « Arrêté du 12 juillet 2006 portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares », *JORF*, n° 178, 3 août 2006, NOR : SANHo622910A ; « arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares », *BO Santé*, 15 mai 2017, NOR : AFSH1730222A, p. 24.

<sup>26</sup> V. notamment FIRENDO, *Protocole national de diagnostic et de soins. Insensibilités aux androgènes*, 2018, [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds\\_ais\\_version\\_finale.pdf](https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf), spé. p. 13 et 27.

<sup>27</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

refusant<sup>28</sup> ou tardant à enquêter sur les mutilations génitales intersexuées<sup>29</sup> ou aux décisions du Conseil d'État déclarant irrecevables des recours attaquant les décisions d'autorité promouvant ces opérations de conformation sexuée ou refusant de les interdire<sup>30</sup>.

## 2.- Quelles sont les valeurs en jeu ?

Ici, pour reprendre les termes de Nedelsky et non des termes propres au droit français, la première valeur en jeu est l'autonomie de la personne, valeur sur laquelle Nedelsky insiste fréquemment<sup>31</sup> et dont elle s'efforce de promouvoir une approche relationnelle loin de l'approche par trop libérale et individuelle qui règnerait selon elle dans la société états-unienne<sup>32</sup>. Cette autonomie concerne tant le droit de décider quel sort réserver à sa différence corporelle – ce que le droit français appréhenderait au travers de la notion d'intégrité physique protégée par l'article 16 du Code civil ou 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHFLF) – que le droit de décider à quelle catégorie de genre appartenir – ce qui serait rattaché en droit français au respect de la vie privée protégé notamment par l'article 9 du Code civil ou 8 de la CSDHFLF. Il nous semble en outre qu'intervient ici une seconde valeur : la diversité, encore qu'on pourrait peut-être avec quelques efforts la rattacher à la précédente<sup>33</sup>. Avec cette autre valeur, il s'agit de savoir si l'État entend protéger la diversité des corps et des modes de vie pour faciliter leur plein épanouissement ou si l'État, au contraire, pour simplifier la gestion bureaucratique des populations, va chercher à imposer l'homogénéité sans égard pour la souffrance endurée par les personnes s'écartant du modèle retenu.

<sup>28</sup> Cass., crim., 6 mars 2018, n° 17-81.777, rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la chambre d'instruction ayant lui-même refusé d'infirmer la décision d'un juge d'instruction.

<sup>29</sup> V. l'instruction ouverte il y a plus de cinq ans à Clermont-Ferrand et qui n'a à ce jour pas abouti (<https://www.20minutes.fr/societe/2172971-20171126-personne-intersexe-depose-plainte-contre-medecins-operee-devenir-homme>).

<sup>30</sup> CE, 2 oct. 2010, n°s 420542 et 422197 (deux arrêts).

<sup>31</sup> Not. NEDELSKY, préc. p. 4-5.

<sup>32</sup> J. NEDELSKY, préc., p. 14, où elle prend ses distances avec une « idée d'autonomie [entrant] en résonance avec le souci anglo-américain selon lequel l'idée de liberté est davantage garantie et protégée en gardant l'État loin de la vie des personnes ». Pour Nedelsky, la seule défense de la liberté face au pouvoir de l'État mine à terme la possibilité d'une autonomie réelle des individus. D'où son appel à une intervention de l'État pour protéger l'autonomie relationnelle des individus. Sur ce projet politique de transformation de la société états-unienne, cf. P.-M. RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit », cet ouvrage.

<sup>33</sup> NEDELSKY n'évoque pas cette valeur de la diversité. Est-ce parce qu'elle ne la considère pas pertinente, du moins pour les groupes d'individus à partir desquelles elle a forgé sa théorie, ou bien est-ce parce qu'elle l'estime implicitement comprise dans les « valeurs fondamentales » (*core values*) qu'elle mentionne : autonomie, liberté ou dignité ? À supposer que ce soit pour la seconde raison et qu'il soit effectivement possible de subsumer la diversité sous l'une ou l'autre de ces « valeurs fondamentales », il n'en resterait pas moins pertinent de l'explicitier pour attirer l'attention de l'auditoire sur cet aspect spécifique de la valeur en jeu.

### 3.- Comment les relations pourraient-elles être changées pour renforcer ces valeurs ?

Pour présenter comment ces valeurs d'autonomie et de diversité pourraient être renforcées au sein des principales relations nouées par une personne intersexuée avec autrui, on procédera par cercle concentrique, en commençant par les relations familiales, puis en examinant les relations médicales et enfin les relations sociales en général.

Les relations familiales pourraient être changées pour préserver l'autonomie de la personne mineure qui ne devrait pas être soumise à l'autorité absolue de ses parents pour des décisions graves dont elle subira des conséquences sa vie durant. Or, en l'état du droit positif français, l'autonomie de la personne mineure est relativement mal protégée par rapport à l'autorité parentale. En effet, les titulaires de cette autorité parentale peuvent d'une manière générale prendre seuls\* les décisions les plus graves concernant le corps de leur enfant, y compris s'agissant de son sexe. Certes, le droit impose que les décisions des titulaires de l'autorité parentale soient prises dans l'intérêt de l'enfant (art. 371-1 C. civ.). Cependant, faute de procédure efficace pour s'assurer du respect de cette règle, il est en pratique assez aisé pour les titulaires de l'autorité parentale d'agir contre l'intérêt de l'enfant, notamment intersexuæ, en acceptant des opérations dépourvues de nécessité thérapeutique et auxquelles leur enfant n'aura pas pu être associé compte tenu de son jeune âge. L'anormalité de cette situation apparaît aisément lorsqu'on compare la situation d'un\* mineur\* avec celle d'un majeur\* protégé\*. Alors que pour des personnes mineures des actes graves aux conséquences irréversibles peuvent être décidés seulement par les titulaires de l'autorité parentale, pour les personnes majeures ce n'est plus le cas depuis la réforme de 2007 ayant entendu accroître leur autonomie. Ainsi, l'un\* représentant\* de la personne majeure ne détient plus désormais le pouvoir de décider des actes éminemment personnels (art. 458 c. civ.). Seule la personne majeure peut consentir à de tels actes, ce qui signifie que si cette personne n'est pas apte à consentir, de tels actes n'auront pas lieu, sauf bien sûr l'hypothèse de « soins indispensables »<sup>34</sup>.

Les relations médicales pourraient également être changées pour préserver l'autonomie des patients\* et de leurs représentants\* légaux. L'information des patients devrait être plus objective<sup>35</sup>, en ce sens que le caractère non pathologique de l'intersexuation devrait être affirmé, tout comme le caractère encore

<sup>34</sup> Il faut en effet combiner l'article 458 du Code civil, réservant l'hypothèse de dispositions légales particulières, avec l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique permettant la délivrance de soins indispensables à une personne majeure protégée.

<sup>35</sup> Rappr. Conseil d'État, *La révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain*, Avis au Premier ministre, 2018, p. 141.

expérimental des protocoles mis en place<sup>36</sup> et leurs nombreux effets négatifs connus à long terme<sup>37</sup>. Les patients devraient également avoir la possibilité de rejeter toute qualification pathologique de leur personne<sup>38</sup>, tout en ayant la possibilité d'être soigné\* pour des troubles spécifiques qu'ils ressentent, en particulier lorsque ces troubles ont été induits par un stigma social ou des opérations non consenties qu'ils ont subi.

Les relations sociales en général pourraient être rendues plus tolérantes, pour mieux accepter la diversité corporelle et notamment la diversité des caractéristiques sexuées. Il devrait être possible d'entrer en relation avec une personne intersexuée en dehors des deux modes dominants de relation précités : les modalités monstrueuse ou pathologique. Pour ce faire, une attention particulière devrait être portée aux discours contribuant à véhiculer ces deux modalités, en particulier les discours tenus dans les cours d'éducation à la différence sexuée, principalement au collège et au lycée<sup>39</sup>, ou encore les discours lors de la grossesse et de l'annonce du diagnostic<sup>40</sup>.

#### 4.- *Quels changements dans le droit pourraient transformer les relations sociales ?*

Le problème rencontré par les personnes intersexuées réside dans l'absence de reconnaissance par les normes sociales de leur identité et de leur corps (leur « invalidation » pour reprendre un terme d'origine militant qui illustre particulièrement bien l'origine normative du problème)<sup>41</sup>. C'est leur rejet hors de la normalité – et d'une certaine manière hors de l'humanité<sup>42</sup> – qui doit être travaillé. Cela afin que les relations des personnes intersexuées avec la société se normalisent. Cela également pour qu'il soit enfin signifié à ces personnes que leur

<sup>36</sup> K. ZILLEN, J. GARLAND et S. SLOKENBERGA, *The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, Rapport au Comité de Bioéthique du Conseil de l'Europe, 2017.

<sup>37</sup> Sur lesquels v. S. E. SYTSMAN (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, 2010.

<sup>38</sup> Rappr. Parlement européen, *Résolution sur les droits des personnes intersexuées*, 14 févr. 2019 (2018/2878(RSP)), § 2-8.

<sup>39</sup> L. PETIT, « Pour une prise en compte des élèves intersexes », *SVT-égalité.fr*, 2017 ; Rappr. S. DEPLUS, « The Sex of Knowledge: Sexuated and Gendered Anatomy », in É. SCHNEIDER et C. BALTES-LÖHR (dir.), *Normed Children. Effects of Gender and Sex Related Normativity on Childhood and Adolescence*, Transcript-Verlag, 2018.

<sup>40</sup> Pour une illustration des difficultés engendrées par l'annonce pathologique, cf. A.-M. RAJON, « La naissance de l'identité dans le cas des ambiguïtés sexuelles », *Psychiatrie de l'enfant*, XLI, 1, 1998, p. 5-35.

<sup>41</sup> V. les propos du militant français intersexe historique, Vincent-Sarita GUILLOT, retranscrits dans M.-A. DIVET, « Intersexe, Vincent Guillot sort de la nuit », *Histoires ordinaires.fr*, [https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit\\_a1330.html](https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html) ; Adde J.-B. CHARLEBOIS, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? », *Socio*, 2017/9, p. 143-162.

<sup>42</sup> J. BUTLER, *Défaire le genre*, Éd. Amsterdam, 2016, p. 42.

vie mérite aussi d'être vécue<sup>43</sup>, au lieu que le registre pathologique leur signifie au contraire que cette vie-là ne mériterait pas d'être vécue ou protégée et qu'elle les conduirait à une mort sociale. Pour changer cette relation, il faut donc agir pour reconnaître la normalité de cette situation.

Plusieurs stratégies (qui gagneraient à être cumulées) peuvent être envisagées sur le terrain des normes juridiques classiques (loi, règlement, arrêté) ou sur celui des « petites sources » du droit. Sur le terrain de l'état civil, il conviendrait que l'article 57 du Code civil français soit modifié pour que la mention du sexe soit rendue facultative et soit ouverte à la non binarité<sup>44</sup>. Ceci permettrait d'éviter que l'obligation d'inscrire un sexe à l'état civil ne soit utilisée comme argument pour justifier des actes de conformation sexuée réalisés relativement dans l'urgence autour de la naissance. Certaines organisations internationales poussent en ce sens, en reprenant l'idée doctrinale selon laquelle la mention du sexe serait en soi attentatoire à la vie privée<sup>45</sup> ; le législateur français ne paraît nullement s'orienter dans cette direction, plus soucieux – du moins dans l'article 21 *bis* du projet de loi de bioéthique – d'inscrire la binarité du sexe dans la loi que de la remettre en cause. Pourtant, dès lors que ce qui compte avant tout dans le fonctionnement quotidien de l'ordre juridique c'est moins le sexe (caractéristiques sexuées) que le genre présent sur les titres d'identité, l'on peine à voir l'intérêt qu'il y aurait à renseigner sur l'acte de naissance une information biologique non pertinente.

Sur le terrain médical également, toutes les normes légitimant la pathologisation et la réponse médicale à ce qui est avant tout un problème de tolérance devraient être abrogées ou modifiées. Il conviendrait en particulier de prendre garde à ce que nous avons qualifié ailleurs de « médicalisation

---

<sup>43</sup> C'est un point sur lequel Judith BUTLER insiste dans son ouvrage précité (*Défaire le genre*). Dans le premier chapitre intitulé *Agir de Concert*, elle écrit notamment que « [l]es normes qui gouvernent l'anatomie humaine idéalisée opèrent ainsi une différenciation entre ce qui est humain et ce qui ne l'est pas, entre les vies vivables et celles qui ne le sont pas » (p. 15) et que « une vie pour laquelle il n'existe aucune catégorie de reconnaissance n'est pas une vie vivable » (p. 20). Au chapitre suivant (*Hors de soi*), elle reviendra encore sur cette idée de vie vivable en soulignant que « les vies sont diversement soutenues et maintenues. [...] Certaines vies seront très protégées. [...] D'autres vies [...] ne seront même pas jugées dignes d'être pleurées » (p. 42).

<sup>44</sup> V. B. MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire », *Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité*, journées d'étude organisées par I. THERY, L. HERAULT et A. CHAIGNEAU, 2016, Marseille, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2> ; Adde D. BORRILLO, « L'intersexualité et l'état des personnes : Le droit face à l'identité du genre », *Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur*, 2014, *Arbeiten an der Universität – Lebenswürfe und berufliche Realität*, juin 2014 (341), p. 8-9. Rappr. D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, p. 689, 2008.

<sup>45</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 2017, § 7.3.4. Rappr. Parlement européen, préc., § 9.

rampante »<sup>46</sup> et dont on observe aujourd'hui des manifestations pour les personnes homosexuelles<sup>47</sup> ou transgenres<sup>48</sup>. Là encore, le législateur français ne s'oriente pas dans cette direction avec le projet de loi de bioéthique, le terme même d'intersexuation ayant été refusé dans le projet de loi au profit de celui, pathologisant, de « variations du développement génital ».

Sur le terrain de la discrimination, enfin, la notion de « sexe » présente dans toutes les règles de discrimination et quelque peu désuète<sup>49</sup>, gagnerait à être enrichie et/ou remplacée par celle de « caractéristiques sexuées » (comme à Malte<sup>50</sup>), voire intersexuation (comme en Australie<sup>51</sup>) visant plus explicitement les personnes intersexuées. L'Union européenne pousse notamment en ce sens<sup>52</sup>.

Cela sera-t-il suffisant ? Il est permis d'en douter tant ces normes juridiques classiques ne sont pas celles qui constituent les normes sociales en général. Pour atteindre ces dernières, il convient d'agir sur toutes les « petites sources » du droit régissant l'éducation des individus, qu'il s'agisse des programmes de SVT de l'éducation nationale ou des professionnels de santé, normes étatiques, mais pas toujours justiciables. Ces programmes, publiés *a minima* au *Bulletin officiel*<sup>53</sup> gagneraient à présenter la diversité des caractéristiques sexuées sur un registre non pathologique, de manière à ce que la tolérance vis-à-vis des personnes intersexuées se diffuse dès le plus jeune âge et que, pour çauz\* qui n'auraient pas pu en bénéficier à l'école, il y ait au moins une « séance de rattrapage » lors des échographies où l'on informera les futurz parenz des limites de la question : « alors docteur est-ce une fille ou un garçon ? ».

<sup>46</sup> « Médecine et intersexuation », Au croisement des sciences du vivant, du droit et des sciences humaines et sociales : les expériences trans' et intersexe, J. COURDURIÈS et al. (dir.), Presses Universitaires du Midi (à paraître).

<sup>47</sup> V. en dernier CE, 28 déc. 2017, n<sup>os</sup> 400580, 414973 à propos du don du sang.

<sup>48</sup> V. l'absence d'interdiction pour les juges de se fonder sur des documents médicaux pour accorder le changement de marqueur du sexe à l'état civil. Sur cette pratique v. M.-X. CATTO, « Changer de sexe à l'état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Un bilan d'application », *Cahier Droit, Sciences et Technologies*, 2019/9 et M. LOIRY, *Le changement de sexe pour les personnes transgenres en droit français*, mémoire de Master 2 sous la dir. de A. IMBERT, Université de Grenoble, 2019, <https://www.stopmophobie.com/le-changement-de-sexe-pour-les-personnes-transgenres-en-droit-francais-rapport-de-recherche>.

<sup>49</sup> La notion de sexe s'est en effet éclatée ces dernières années en trois notions : orientation sexuelle, genre (identité ou expression) et caractéristiques sexuées.

<sup>50</sup> *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 14 avr. 2015, art. 13, (2) et (3), <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>.

<sup>51</sup> *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status). Act 2013*, n<sup>o</sup> 98, 2013, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013A00098>.

<sup>52</sup> Parlement européen, préc.

<sup>53</sup> V. « Programme de sciences de la vie et de la Terre de seconde générale et technologique », *BO de l'éducation nationale*, 22 juin 2019, p. 12-13, [https://cache.media.eduscol.education.fr/file/SP1-MEN-22-1-2019/00/8/spe647\\_annexe\\_1063008.pdf](https://cache.media.eduscol.education.fr/file/SP1-MEN-22-1-2019/00/8/spe647_annexe_1063008.pdf), présentant une vision très binaire de la sexuation, ne laissant aucune place aux individus autres que « homme » ou « femme ».