

Numéro 8, 2026 / ISSUE 8

DOSSIER THÉMATIQUE

Genre et droit international

Le genre dans les droits humains : (im)possibilité existentielles entre corps et constructions

♦ Giovanna GILLERI

Déconstruction et reconstruction du système d'identification du genre des personnes : de l'assignation du sexe à l'affirmation du genre

♦ Benjamin MORON-PUECH

La personne intersexe au prisme du droit international. Sexe ou genre *versus* sexe et genre

♦ Carine LAURENT-BOUTOT

Une prison sensible au genre ? Proposition de lecture critique du droit international de la détention à l'aune du genre

♦ Maïté SAULIER

La contribution de la Cour pénale internationale à la lutte contre les crimes sexuels et ceux liés au genre

♦ Corinne BALLEIX

Passé colonial et violences faites aux femmes : les voies étatiques de la réparation

♦ Delphine PORCHERON

Le genre dans les récentes condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de violences sexuelles

♦ Julie MATTIUSI

Du projet de vie au travail de soin : repenser la réparation des disparitions forcées à partir des femmes chercheuses

♦ Jeanne SOLAL

Droit de l'Union et identité de genre : jusqu'où ?

♦ Ludovic PAILLER

Sexe, genre et état civil : perspective internationale

♦ Christine BIDAUD

La reconnaissance transfrontalière d'un changement de genre légal : une analyse du point de vue du système juridique espagnol à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-4/23, *Mirin*

♦ Carlos SANTALO-GORIS

Transidentité et droit international de la santé

♦ Marie BAUDEL

La *lex sportiva* à l'épreuve du genre

♦ Pierre MICHEL

Repenser l'ONU à l'heure de la réforme UN80: Faire de l'égalité de genre un critère de légitimité du multilatéralisme

♦ Sophie POUGET

De la différence sexuelle dans les mécanismes d'*accountability* du Groupe de la Banque mondiale

♦ Noury KAMEL

Discrimination intersectionnelle et la nouvelle directive sur l'égalité salariale

♦ Marie MERCAT-BRUNS

LIBRES PROPOS

L'illusion du bien commun ? Les apories de la gouvernance polycentrique de l'eau, entre participation citoyenne et impératifs agricoles

♦ Marta AURINO

LA RECHERCHE DOCTORALE À L'UNIVERSITÉ

Actes d'un séminaire doctoral sur l'éco-conditionnalité

L'éco-conditionnalité : un instrument encore perfectible au service de la protection de l'environnement

♦ Sara BRIMO

L'éco-conditionnalité en droit climatique de l'Union européenne

♦ Rafail ZORZOS

Intégrer l'environnement hors de l'environnement : la diffusion de normes environnementales dans les politiques de l'UE par le prisme de l'éco-conditionnalité

♦ Salomé COHEN

La stratégie de financement de l'Organisation mondiale de la santé dans la lutte contre le changement climatique

♦ Camille BERTAUX

L'éco-conditionnalité en droit public français

♦ Grégory CATHALAN

L'éco-conditionnalité. Conclusion générale

♦ Ackiel BOUDINAR-ZABALETA

Revue de droit international d'Assas

Assas International Law Review

Revue éditée par l'École doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé (ED 9) de l'Université Paris-Panthéon-
Assas,

12 place du Panthéon – 75005 Paris

Directeur de la publication : **Stéphane Braconnier**

Directeur scientifique : **Fabrice Picod**

Directeur scientifique adjoint : **François Mailhé**

Comité scientifique

Advisory Board

Niki Aloupi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Cécile Chainais

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julian Fernandez

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Malik Laazouzi

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Louis d'Avout

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Marie Goré

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves Nouvel

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Comité de rédaction
Board of Editors

Anjovi Banerjee
Éditrice en chef

Juliette Fauvarque
Éditrice en chef

Lucas de Oliveira
Éditeur

Laura Prat
Éditrice

Matthieu Tournigand
Éditeur

Carla Albanese
Éditrice

Alban Guyomarc'h
Éditeur

Camille Michel
Éditrice

Camille Morel
Éditrice

Marta Aurino
Éditrice

Fondatrices
Founders

Éloïse Glucksmann

Luana Piciarca

Auteur·trices ayant contribué à ce numéro
Contributors to this issue

Giovanna Gilleri

Chercheuse postdoctorale
Institut national d'océanographie et de géophysique
appliquée
Sgonico, Italie

Jeanne Solal

Doctorante,
Université du Québec,
Montréal, Canada

Corinne Balleix

Conseillère juridique adjointe, Représentations
permanentes de la France auprès des organisations
internationales,
La Haye, Pays-Bas

Sophie Pouget

Spécialiste en droit du développement international,
égalité de genre et droits fondamentaux,
Juge assesseur à la Cour nationale du droit d'asile sur
nomination du Haut-Commissariat des Nations
Unies pour les Réfugiés

Ludovic Paillet

Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université Jean-Moulin Lyon 3

Pierre Michel

Maître de conférences,
Université Lumières Lyon 2

Delphine PorcheronS

Agrégée des facultés de droit,
Professeure à l'Université de Strasbourg

Noury Kamel

Doctorant,
Université Paris-Panthéon-Sorbonne

Sara Brimo

Agrégée des facultés de droit,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Benjamin Moron-Puech

Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université Lumières Lyon 2

Marie Baudel

Agrégée des facultés de droit,
Professeure à l'Université Lumières Lyon 2

Carlos Santaló-Goris

Chercheur postdoctoral,
Université du Luxembourg

Christine Bidaud

Agrégée des facultés de droit,
Professeure à l'Université Jean-Moulin Lyon 3

Julie Mattiussi

Maîtresse de conférences,
Université de Strasbourg

Marie Mercat-Bruns

Agrégée des facultés de droit,
Professeure à l'École de droit de Sciences Po

Maité Saulier

Maîtresse de conférences,
CY Cergy Paris Université

Carine Laurent-Boutot

Maîtresse de conférences,
Université de Limoges

Salomé Cohen

Doctorante
Université Paris-Panthéon-Assas

Camille Bertaux

Doctorante,

Université UCLouvain Saint-Louis Bruxelles

Rafail Zorzos

Doctorant,

Université Paris-Panthéon-Assas

Ackiel Boudinar-Zabaleta

Docteur en droit, qualifié aux fonctions de maître de conférences,

Université Paris-Panthéon-Assas

Grégory Cathalan

Doctorant,

Université Paris-Panthéon-Assas

Marta Aurino

Enseignante-chercheuse postdoctorale

Sciences Po Paris

Sommaire

Sommaire	1
Éditorial	4
Le dossier thématique : Genre et droit international	9
Le genre dans les droits humains : (im)possibilités existentielles entre corps et constructions. 11	
Déconstruction et reconstruction du système d'identification du genre des personnes : de l'assignation du sexe à l'affirmation du genre.....	22
La personne intersexe au prisme du droit international. Sexe ou genre <i>versus</i> sexe et genre	33
Une prison sensible au genre ? Proposition de lecture critique du droit international de la détention à l'aune du genre	45
La contribution de la Cour pénale internationale à la lutte contre les crimes sexuels et ceux liés au genre	63
Passé colonial et violences faites aux femmes : les voies étatiques de la réparation	84
Le genre dans les récentes condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de violences sexuelles	103
Du projet de vie au travail de soin : repenser la réparation des disparitions forcées à partir des <i>femmes chercheuses</i>	112
Droit de l'Union et identité de genre : jusqu'où ?	126
Sexe, genre et état civil : perspective internationale.....	141
La reconnaissance transfrontalière d'un changement de genre juridique : une analyse du point de vue du système juridique espagnol à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-4/23, <i>Mirin</i>	162
Transidentité et droit international de la santé.....	192
La <i>lex sportiva</i> à l'épreuve du genre.....	205
Repenser l'ONU à l'heure de la réforme UN80 : Faire de l'égalité de genre un critère de légitimité du multilatéralisme.....	225
De la différence sexuelle dans les mécanismes d' <i>accountability</i> du Groupe de la Banque mondiale	233
Discrimination intersectionnelle et la nouvelle directive sur l'égalité des rémunérations : quels défis pour le genre ?	244
Libres propos	257
L'illusion du bien commun ? Les apories de la gouvernance polycentrique de l'eau, entre participation citoyenne et impératifs agricoles	259
Actes du séminaire doctoral sur l'éco-conditionnalité	276
L'éco-conditionnalité : un instrument encore perfectible au service de la protection de l'environnement.....	278
L'éco-conditionnalité en droit climatique de l'Union européenne.....	282

Intégrer l'environnement hors de l'environnement : la diffusion de normes environnementales dans les politiques de l'UE par le prisme de l'éco-conditionnalité.....	296
La stratégie de financement de l'Organisation mondiale de la santé dans la lutte contre le changement climatique.....	306
L'éco-conditionnalité en droit public français.....	319
L'éco-conditionnalité. Conclusion générale	333

Éditorial

Dans sa toute récente décision *Shipova* du 12 mars 2026, la Cour de justice de l'Union européenne impose pour la première fois à un État membre la reconnaissance de l'identité de genre vécue par l'une de ses ressortissantes dans un autre État membre, en l'absence de tout document attestant d'un changement d'identité au sein de ce dernier État¹. Quelques mois plus tôt, le 8 juillet 2025, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale délivrait pour la première fois des mandats d'arrêt visant des persécutions liées au genre. Les mis en cause sont suspectés « d'être responsable(s) d'ordonner, inciter ou solliciter le crime contre l'humanité de persécution pour des motifs liés au genre, contre des filles, des femmes et d'autres personnes ne se conformant pas à la politique des Taliban en matière de genre, d'identité ou d'expression de genre [...] »². Ces développements récents offrent un aperçu des multiples façons dont les juridictions internationales se saisissent du genre. Ils démontrent que, ici et là, le genre n'a pas fini d'épuiser ses potentialités en droit international.

Aborder le genre en droit international relève pourtant de la délicate manœuvre d'y incorporer une notion qui lui est exogène, venue des sciences médicales et sociales. Conçu initialement pour distinguer le « sexe biologique » du « sexe social »³, le genre a progressivement dépassé ce débat qui enferme le sexe dans un modèle binaire afin d'y inclure la pluralité des expériences de genre et de sexualité⁴. Notion polysémique, le genre ne se réduit pas à un objet d'étude, il constitue également un outil d'analyse doté d'une portée critique⁵. Cette dimension heuristique⁶ explique le développement d'un vaste corpus de recherches, appelées *gender studies*. En France, bien que le monde universitaire ait d'abord résisté à ce concept venu d'ailleurs⁷, le genre s'est progressivement imposé dans le discours académique et institutionnel des sciences sociales.

C'est dans ce contexte que le droit a été interpellé. Tels des vases communicants, le droit et les études sur le genre ont trouvé dans l'autre matière à se développer. Des évolutions juridiques⁸ ont favorisé l'émergence des recherches relatives au genre, qui, à leur tour, ont mis en lumière l'intérêt épistémologique, conceptuel et méthodologique

¹ CJUE, 12 mars 2026, aff. C-43/24, *Shipova*.

² Cour pénale internationale, Communiqué de presse, 8 juillet 2025 : <https://www.icc-cpi.int/fr/news/situation-en-afghanistan-la-chambre-preliminaire-ii-de-la-cpi-delivrent-des-mandats-d-arret> [consulté le 01/04/2026].

³ On attribue cette notion au psychologue J. MONEY en 1955 et au psychiatre R. STOLLER qui a étudié « l'identité de genre » : R. STOLLER, *Sex and Gender : On the Development of Masculinity and Femininity*, New York, Science House, 1968. Dans sa continuité mais abordant une approche critique : A. OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, Londres, Temple Smith, 1972.

⁴ J. BUTLER, in J. BUTLER, E. FASSIN, J. W. SCOTT, « Pour ne pas en finir avec le « genre »... », *Société et représentations*, 2007/2, n°24, p. 285 à 306, Éditions de la Sorbonne ; I. CLAIRE, *Sociologie du genre*, 2^{ème} éd., Armand Colin, Introduction, Histoire du mot genre.

⁵ I. CLAIRE, *Sociologie du genre*, *op. cit.*, Introduction.

⁶ Terme repris de B. MORON-PUECH, *Genre : la bataille des mots. Regards d'un juriste*, ouvrage à paraître.

⁷ On lui préférerait les notions de « rapport sociaux de sexe » ou de « différences sexuelles ».

⁸ Légalisation de l'avortement, de la contraception puis, plus tard, les débats sur le PACS et l'homoparentalité.

de cette notion pour les juristes⁹. De fait, en tant que système normatif structurant les rapports sociaux, le droit ne peut rester étranger à une notion qui en questionne les dynamiques. Ainsi sont nées les études juridiques sur le genre. Le programme REGINE¹⁰, créé en 2011 et financé par l'Agence nationale de recherche, en est l'un des marqueurs. L'intérêt de penser le droit à travers le genre réside dans le renouvellement des méthodes et des objets de la recherche juridique. Ces études permettent d'interroger des catégories du droit réputées neutres mais pourtant porteuses de différenciations¹¹. Elles mettent ainsi en lumière la manière dont les normes juridiques sont tout à la fois « pétries de genre » et vectrices de sa perpétuation¹².

Si la doctrine juridique a investi le champ des études de genre, c'est également en raison de l'immixtion du genre dans le droit positif. Alors que le caractère analytique et évolutif de ce concept semblait, de prime abord, peu propice à en faire une notion juridique visant à réguler les conduites humaines¹³, le vocabulaire du genre s'est toutefois diffusé dans notre système normatif, sous l'impulsion du droit international¹⁴. De par sa vocation universaliste, le droit international a contribué à faire émerger le genre comme catégorie pertinente pour penser les droits humains, développer des politiques d'égalité et la reconnaissance de certaines minorités. Dans le même temps, l'introduction de cette notion se heurte au relativisme des contextes culturels et juridiques, ce qui en complexifie l'universalisation.

Dès lors, l'étude du genre en droit international présente un intérêt scientifique évident, en ce qu'elle conduit à en saisir les usages dans l'ordre international tout en l'érigeant en prisme d'analyse des transformations contemporaines du droit. Le présent numéro de la Revue de droit international d'Assas rend précisément compte de ce double intérêt. À travers seize contributions, il met en lumière la diversité des champs du droit international dans lesquels cette notion peut être mobilisée : droit international pénal (**C. Balleix**), droit international financier (**N. Kamel**), droit social européen (**M. Mercat-Bruns**), ou encore droit international du sport (**P. Michel**) ; pour n'en citer que quelques-uns. Alors que certaines contributions adoptent une approche située, à partir de catégories de sujets genrés (les *mujeres buscadoras* chez **J. Solal** ; les personnes trans chez **M. Baudel** ; les femmes victimes de crimes coloniaux chez **D. Porcheron** ; les personnes intersexuées chez **C. Laurent-Boutot**...), d'autres interrogent et analysent le genre comme concept en tant que tel (**G. Gilleri**, **B. Moron-Puech**). Certaines contributions allient ces deux méthodologies (**M. Saulier**).

⁹ REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, Coll. A droit ouvert, 2014.

¹⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Recherche et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe, projet ANR*, n° ANR-11-BSH1-0010.

¹¹ C. CARDI, A.-M. DEVREUX, « L'engendrement du droit », *Les cahiers du Genre*, 2014, L'Harmattan, n°57, p. 11.

¹² C. CARDI, A.-M. DEVREUX, « L'engendrement du droit », *op. cit.*, p. 1.

¹³ B. MORON-PUECH, *Genre : la bataille des mots. Regards d'un juriste*, *op. cit.*, p.16 citant J. W. SCOTT et L. A. TILLY, *Les Femmes, le travail et la famille*, Paris, Rivages, 1987, rééd. 2002 et E. FASSIN et J.-L. HALPERIN (Dir.), *Discriminations : pratiques, savoirs, politiques*. La Documentation française, 2009.

¹⁴ Dans sa décision du Conseil constitutionnel du 26 janvier 2017 (n° 2016-745 DC), rendue à la suite d'un grief d'imprécision soulevé par les sénateurs concernant la notion d'identité de genre, substituée à celle d'identité sexuelle par la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, le Conseil énonce que : « Les termes « identité de genre », qui figurent d'ailleurs à l'article 225-1 du code pénal dans sa version issue de la loi du 18 novembre 2016 mentionnée ci-dessus, sont également utilisés dans la convention du Conseil de l'Europe du 12 avril 2011 [Convention d'Istanbul] et dans la directive [2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011]. Dans ces conditions, les termes d'« identité de genre » utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité » (point 89). V. égal. S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN, *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, 2016, p. 9.

De prime abord, ces différentes manières d’aborder le genre, ainsi que la pluralité des significations que lui prêtent les textes et la pratique du droit international, ne permettent pas de révéler un traitement uniforme de la notion en droit, notamment dans sa relation à celle de sexe. C’est ainsi, par exemple, que le droit de l’Union européenne oscille entre les notions de sexe et de genre, sans en proposer de distinction claire, voire en les assimilant. De même, en droit international pénal, **C. Balleix** revient sur l’ambiguïté du Statut de Rome, où il n’est question que de « sexe », pourtant traduit dans la version anglaise du Statut par « *gender* ».

Qu’est-ce donc que le genre ? S’il n’est pas facile de donner un signifié à ce signifiant¹⁵, plusieurs pistes de clarification sont explorées dans ce numéro. Grâce à des définitions cohérentes et qui se recoupent, les auteur·trices montrent que sexe et genre constituent tous deux des dispositifs sociaux de classification des individus (**B. Moron-Puech**, **G. Gilleri**). En droit, comme en sciences sociales, le sexe ne s’entend pas comme une donnée strictement biologique, mais comme le « résultat du processus socioculturel par lequel une signification est attribuée à cette donnée biologique »¹⁶. En d’autres termes, le sexe résulte d’une assignation fondée sur l’interprétation sociale de caractéristiques physiques observées chez l’enfant. Le genre, en tant qu’attribut individuel, repose quant à lui sur des critères psycho-sociaux et peut être défini comme « la catégorie à laquelle un individu est rattaché ou se rattache en fonction de ses caractéristiques genrées »¹⁷. Relevons que le droit international n’est – fort heureusement – pas toujours indifférent à cette distinction, que l’on retrouve par exemple en droit international de la santé, où l’OMS reconnaît que le genre, bien que lié au « sexe biologique », en est distinct (**M. Baudel**). De même, une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, de la Convention d’Istanbul et des travaux du GREVIO montre que les violences sexistes et sexuelles tendent à être considérées en droit européen des droits humains sous l’angle des rapports de genre (**J. Matiussi**). Une dynamique similaire semble être à l’œuvre depuis quelques années au sein de la Cour pénale internationale, dont la jurisprudence, ainsi que les documents de politique générale du Bureau du Procureur, prennent en considération la dimension genrée de certaines violences ou pratiques discriminatoires (**C. Balleix**). Pour autant, la pratique du droit international peine toujours, dans l’ensemble, à donner au genre une définition et un régime juridique cohérents, en adéquation avec l’état d’autres disciplines comme les sciences humaines et la biologie.

Cette défaillance est particulièrement flagrante en matière d’état des personnes et de circulation internationale du statut personnel. Alors que l’état civil continue de faire du sexe binaire un élément d’identification des personnes dans la grande majorité des États – ce malgré la réalité biologique de l’intersexuation –, le présent numéro met en exergue les difficultés rencontrées par les minorités sexuées et genrées¹⁸ dans la

¹⁵ G. GILLERI, « Le genre dans les droits humains: (im)possibilités existentielles entre corps et constructions », ce numéro.

¹⁶ *Ibid.* Relevons que B. MORON-PUECH substitue ici le terme de “sexuation” à celui de “sexe”, pour retenir une conception plus large de la notion de “sexe”, susceptible d’englober la sexualité, le genre et la sexuation (B. MORON-PUECH, « Déconstruction et reconstruction du système d’identification du genre des personnes : de l’assignation du sexe à l’affirmation du genre », ce numéro).

¹⁷ B. MORON-PUECH, « Déconstruction et reconstruction... », *op. cit.*

¹⁸ Expression utilisée par B. MORON-PUECH pour désigner les personnes transgenres, non-binaires et intersexes (*Ibid.*).

reconnaissance de leur identité de genre, notamment dans un contexte de mobilité internationale. Apparaît ici une tension entre les fonctions et principes traditionnels de l'état civil et les droits fondamentaux, que la Cour de justice de l'Union européenne tente de concilier, au gré d'une jurisprudence qui suscite des appréciations contrastées (**L. Pailler, C. Santaló Goris, C. Bidaud**). Si le passage d'un système fondé sur l'assignation du sexe à un système d'affirmation du genre semble inévitable, notamment au vu des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹, les outils juridiques mobilisés par la Cour de justice pour parfaire cette évolution – soit le droit à la protection des données personnelles et la liberté de circulation des citoyen.es de l'Union – sont discutés. Non seulement le résultat interfère avec une compétence exclusive des États membres en matière d'état des personnes (**L. Pailler**), mais il crée un risque de discrimination entre les citoyens de l'Union ayant exercé ou non leur liberté de circulation (**C. Santaló Goris**). Quoi qu'il en soit, nombreuses sont les voix qui s'élèvent au sein du présent numéro pour une réforme de l'état civil en droit interne, laquelle pourrait emprunter diverses voies, explorées par **B. Moron-Puech, L. Pailler**, et **C. Bidaud**.

Plusieurs contributions invitent par ailleurs à dépasser une analyse des questions de genre encore trop souvent réduite à l'appréhension des rapports hommes-femmes (**G. Gilleri, M. Saulier**). Cette critique trouve un écho particulier dans l'étude de **C. Laurent-Boutot**, qui dénonce la négation par le droit de l'identité intersexuée, ainsi que les conséquences dramatiques que cette invisibilisation entraîne pour les droits fondamentaux des personnes intersexuées. Ces mêmes autrices rappellent toutefois l'importance fondamentale des avancées réalisées grâce au genre en matière d'égalité femme-homme. Ces dernières ne sauraient en effet être prises pour acquises à l'heure où, partout dans le monde, les droits des femmes sont en proie à d'inquiétantes régressions (**S. Pouget**). À cet égard, les contributions de **J. Mattiussi, D. Porcheron**, ou encore **J. Solal** montrent combien une approche fondée sur le genre permet de mieux saisir les dynamiques structurelles des discriminations et des violences sexistes et sexuelles subies spécifiquement par les femmes.

Au terme de ce dossier thématique, le genre apparaît comme un concept à la fois incontournable et inachevé en droit international. Incontournable, en ce qu'il irrigue désormais l'ensemble des branches du droit international ; inachevé, en raison des incertitudes qui entourent encore sa définition, son articulation avec la notion de sexe, et ses potentialités en matière de protection des minorités sexuées et genrées comme des femmes. Ce constat invite à poursuivre l'effort de conceptualisation, afin de faire du genre un outil d'étude critique qui permette d'interroger aussi largement que possible les rapports sociaux que le droit organise, tout en renforçant la protection des droits fondamentaux de l'ensemble des sujets du droit.

Ce numéro s'achève par une sélection inédite de travaux consacrés au droit de l'environnement. Celle-ci rassemble une contribution qui interroge la gouvernance de

¹⁹ En ce sens, v. par ex., Cour EDH, *X et Y c. Roumanie*, req. n° 2145/16 et 20607/16, arrêts du 19 janvier 2021. Au sein du présent numéro, cette évolution est abordée par C. BIDAUD, « Sexe, genre et état civil : perspective internationale » ; B. MORON-PUECH, « Déconstruction et reconstruction du système d'identification du genre des personnes : de l'assignation du sexe à l'affirmation du genre » ; et C. SANTALÓ GORIS, « La reconnaissance transfrontalière d'un changement de genre légal : une analyse du point de vue du système juridique espagnol à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-4/23, *Mirin* ».

l'eau en tant que bien commun (**M. Aurino**), ainsi que la publication des actes d'un séminaire doctoral abordant le thème de l'éco-conditionnalité. Organisé avec le soutien de la Chaire OSE AJIR, sous la direction de Madame **S. Brimo**, ce séminaire s'est tenu le 5 mai 2025 à l'Université Panthéon-Assas. Les contributeurs y analysent la manière dont la conditionnalité environnementale est appréhendée, à travers l'étude du droit de l'Union européenne (**S. Cohen, R. Zorzos**), de l'action de l'Organisation mondiale de la santé (**C. Bertaux**) ainsi que du droit interne (**G. Cathalan**). Si le principe de l'éco-conditionnalité permet d'intégrer les exigences écologiques dans divers secteurs, les auteur.es en questionnent néanmoins l'application concrète et l'efficacité réelle (**S. Brimo, A. Boudinar-Zabaleta**).

Dans l'espoir que les études réunies dans ce nouveau numéro de la RDIA convaincront de la nécessité de poursuivre l'étude du droit international au prisme du genre mais aussi de l'environnement, nous vous souhaitons une agréable lecture.

Anjovi BANERJEE et Juliette FAUVARQUE,
Rédactrices en chef.

Le dossier thématique : Genre et droit international
Special Feature: Gender and International Law

Le genre dans les droits humains : (im)possibilités existentielles entre corps et constructions

Par Giovanna GILLERI,

*Chercheuse en droit international – The Laboratory on Quantitative Sustainability,
Institut national d’océanographie et géophysique expérimentale (Trieste, Italie),*

*Maîtresse de conférence, Département des sciences politiques et sociales, Université de Bologne (Italie),
Professeure invitée, Faculté de droit, Université Catholique de Lille (Lille et Paris).*

La neutralité du droit, en particulier des droits humains, est un mythe désormais démenti. Les études critiques ont démontré – et continuent de démontrer – que l’analyse de la genèse des normes et de leurs modalités d’application peut en révéler beaucoup sur les conceptions et les présupposés (conscients ou inconscients) de celles et ceux qui les créent et les appliquent¹. Le genre est l’un des domaines qui illustre le mieux le mythe de la neutralité du droit, mais aussi que l’universalité des droits humains est une aspiration loin de garantir, à l’heure actuelle, une protection concrète à toutes les subjectivités de genre. Le genre et les concepts qui y sont liés, tels que le sexe, l’orientation sexuelle, l’identité de genre et les caractéristiques sexuelles, font depuis des décennies l’objet de théories du droit féministes² et queer³, dont les racines se trouvent entre autres dans la sociologie, l’anthropologie, la psychanalyse, la philosophie politique, la littérature et la linguistique. Chacune de ces disciplines examine le genre – ici au sens large, comme englobant toutes les dimensions susmentionnées liées à celui-ci – à travers des méthodologies disparates, qui sont transversalement reliées par une épistémologie commune intégrant les dynamiques de pouvoir issues des rapports de genre.

L’application des études féministes et queer et de leurs méthodologies d’analyse aux droits humains a révélé les limites de ce système juridique, et notamment le fait qu’avant tout, le sujet de droit n’était pas *n’importe quel* individu, mais l’homme blanc hétérosexuel

¹ V. p. ex., D. KENNEDY, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? », *Harvard Human Rights Journal*, 2002, n°15, pp. 101-125 ; M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford-Portland, Hart, 2011, 371 p. ; R. M. UNGER, « Legal Analysis as Institutional Imagination », *The Modern Law Review*, 1996, n°59, pp. 1-23 ; N. PURVIS, « Critical Legal Studies in Public International Law », *Harvard International Law Journal*, 1991, n°32, pp. 81-128 ; A. BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, New York, Oxford University Press, 2016, 320 p., p. 135. Pour une bibliographie d’ouvrages critiques: D. KENNEDY, « New Approaches to International Law: A Bibliography », *Harvard International Law Journal*, 1994, n°35, pp. 417-460.

² H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law », *American Journal of International Law*, 1991, n°85, pp. 613-645 ; C. SMART, « The Woman of Legal Discourse », *Social and Legal Studies*, 1992, n°1, pp. 29-44 ; C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, 330 p. ; S. BADEN, A.M. GOETZ, « Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender] », *Feminist Review*, 1997, n°56, pp. 19-38 ; D. BUSS, A. MANJI (dir.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart, 2005, 303 p. ; V. MUNRO, C. STYCHIN (dir.), *Sexuality and the Law: Feminist Engagements*, London, Routledge, 2007, 317 p.

³ D. OTTO (dir.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Abingdon-New York, Routledge, 2018, 290 p. ; J.E. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 402 p. ; B. COSSMAN, « Sexuality, Queer Theory, and “Feminism After”?: Reading and Rereading the Sexual Subject », *McGill Law Journal*, 2003, n°49, pp. 848-876 ; M. FINEMAN, J.E. JACKSON, A.P. ROMERO (dir.), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham and Burlington, Ashgate, 2009, 490 p. ; K. THOMAS, « Corpus Juris (Hetero)Sexualis: Doctrine, Discourse, and Desire in *Bowers V. Hardwick* », *GLQ - Journal of Lesbian and Gay Studies*, 1993, n°1, pp. 33-51.

« occidental », qui constitue le terme de comparaison et d'alignement pour tous les autres sujets, ou plutôt les sujets rendus « autres⁴ ».

Le patriarcat, conçu comme la domination du genre masculin et de la masculinité hégémonique, est en effet considéré comme l'une des causes fondamentales des discriminations et des stéréotypes qui conduisent à la négation d'une série de droits humains⁵. Il est clair que, dans ce contexte, la configuration binaire du genre – homme ou femme – sous-jacente aux normes socioculturelles a conduit à accorder (à juste titre) une plus grande attention à la condition d'infériorité dans laquelle sont reléguées les femmes, qui subissent structurellement et disproportionnellement des limitations dans la jouissance de leurs droits. Cette réflexion s'engage sur cette base, redevable à celles qui l'ont précédée et héritière de ce savoir critique féministe qui a rendu ce monde plus tolérable pour beaucoup de femmes.

Cette contribution va au-delà du sujet « femme », en s'interrogeant de manière plus large sur la manière dont les droits humains décrivent ou sous-entendent les relations de pouvoir fondées sur le genre, et en partie la manière dont la masculinité et la féminité ont été construites à partir des définitions et interprétations dominantes du genre contenues dans les sources (principalement *soft*) internationales. En bref : qu'est-ce que le genre dans les droits humains ? L'analyse qui suit retrace trois réponses possibles, conceptuellement distinctes mais difficilement séparables dans la manière dont elles opèrent dans les récits sur les droits humains.

I. Sexe *versus* genre ?

Il n'est pas facile de donner un signifié au signifiant « genre ». Malgré l'abondance de traités internationaux interdisant la discrimination fondée sur le sexe⁶, aucun d'entre eux ne contient de définition du sexe ou du genre, ni n'explique la relation entre ces deux concepts. En effet, le « genre » est défini dans le Statut de Rome, dans le cadre des crimes contre l'humanité, mais de manière peu claire : « *it is understood that the term « gender » refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term « gender » does not indicate any meaning different from the above⁷* ».

Le genre fait donc référence à l'un ou l'autre sexe, homme ou femme. En établissant la synonymie entre genre et sexe – *le genre est le sexe* –, la (non)définition ne dit rien sur ce

⁴ G. HEATHCOTE, *Feminist Dialogues on International Law: Successes, Tensions, Futures*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 229 p. ; R. COLLIER, « Masculinities, Law, and Personal Life: Towards a New Framework for Understanding Men, Law, and Gender », *Harvard Journal of Law and Gender*, 2010, n°33, pp. 431-475 ; N. NAFFINE, R. OWENS (dir.), *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, LBC Information Services, 1997, 350 p. ; S. KOUVO, Z. PEARSON (dir.), *Feminist Perspectives on Contemporary International Law: Between Resistance and Compliance?*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, 250 p.

⁵ F. VALDES, « Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender and Sexual Orientation to Its Origins », *Yale Journal of Law and the Humanities*, 1996, n°8, pp. 161-211 ; H. CHARLESWORTH, « Feminist Critiques of International Law and Their Critics », *Third World Legal Studies*, 1994, n°13, pp. 1-16 ; B. RUDOLF, M. FREEMAN, C. CHINKIN (dir.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2012, 731 p. ; A. HELMUM, H. AASEN (dir.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional, and National Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 698 p.

⁶ Art. 2, Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948, A/RES/810 ; art. 2(1), Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, 999 UNTS 171 ; art. 2(2), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, 993 UNTS 3 ; art. 2, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5 ; art. 14, Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, ETS 005 ; art. 1, Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, OASTS 36

⁷ Art. 7(3), Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, 2187 UNTS 3.

qu'est le genre, ni sur ce qu'est le sexe. En plus, la définition se termine par une tautologie : le genre est sexe et « il n'implique aucun autre sens⁸ ».

Cependant, une interprétation évolutive amène à conclure à la signification de genre, selon l'approche bien établie du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes des Nations Unies (Comité CEDAW)⁹, chargé de surveiller l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)¹⁰.

En effet, la définition qui prévaut dans le régime des droits humains est celle du genre comme construction socioculturelle, qui s'oppose au sexe en tant que caractéristiques anatomiques, fruit de l'évolution interprétative dont le Comité CEDAW a été le protagoniste depuis sa Recommandation générale n° 25¹¹. Cette définition a ensuite été reprise dans la Recommandation générale n° 28 du même Comité CEDAW¹², ainsi que dans la Convention d'Istanbul¹³ et, plus généralement, dans les principaux documents interprétatifs des cours régionales et des comités des droits humains des Nations Unies¹⁴. En particulier, le Comité CEDAW explique dans sa Recommandation générale n° 28 :

« The term 'sex' here refers to biological differences between men and women. The term 'gender' refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society's social and cultural meaning for these biological differences resulting in hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favouring men and disadvantaging women. This social positioning of women and men is affected by political, economic, cultural, social, religious, ideological and environmental factors and can be changed by culture, society and community¹⁵ ».

Le sexe comprend donc les caractéristiques physiques sur la base desquelles on détermine si un individu est de sexe masculin ou de sexe féminin, à la naissance. Le genre, en revanche, fait référence aux attentes qu'un système socioculturel donné nourrit en termes de rôles, de comportements et d'attitudes à l'égard d'un certain sujet en raison de son sexe.

⁸ *ibid.* Il convient de noter que la version française du Statut de Rome, contrairement à celle anglaise, emploie le terme « sexe » plutôt que « genre » : « le terme 'sex' s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société ».

⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 25: Article 4, Paragraph 1, of the Convention (Temporary Special Measures) », 2004, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), note 2 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 28: The Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », 2010, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, par. 5.

¹⁰ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979.

¹¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 25: Article 4, Paragraph 1, of the Convention (Temporary Special Measures) », 2004, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), note 2.

¹² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 28: The Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », 2010, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, par. 5.

¹³ Art. 3, Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée l'11 mai 2011, entrée en vigueur le 1^{er} août 2014, CETS 210 (« Convention d'Istanbul »). Pour une étude des obligations internationales découlant de la Convention, S. DE VIDO, « The Istanbul Convention as an Interpretative Tool at the European and National Levels », in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (dir.), *International Law and Violence against Women*, London, Routledge, 2020, pp. 57-64 ; S. DE VIDO, « States' Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A European Perspective in Light of the 2011 CoE Istanbul Convention », in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, M.C. KETTEMANN, M. NOWAK (dir.), *European Yearbook on Human Rights*, Antwerp, Wien, Graz, 2014, pp. 365-382.

¹⁴ V. p. ex., Comité des droits des personnes handicapées, « General Comment No. 3 on Women and Girls with Disabilities », 2016, UN Doc. CRPD/C/GC/3, par. 4(b).

¹⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 28 », op. cit., par. 5.

Opposer le sexe en tant qu'anatomie au genre en tant que construction est toutefois une réponse conceptuellement insatisfaisante à la question qui nous guide : qu'est-ce que le genre dans les droits humains ? Même si l'opposition nature *versus* culture fascine, en simplifiant la compréhension des différences, la distinction entre « ce que l'on est » (sexe) et « ce que l'on fait » (genre) n'est pas si nette¹⁶. La détermination du sexe est généralement considérée comme un fait inné. « Est-il un garçon ou une fille ? » est une question souvent posée avant même la naissance, qui attend une réponse certaine – *aut*, *aut*. Sur la base de l'existence de certaines caractéristiques génitales, hormonales, gonadiques et/ou génétiques, l'attribution du sexe est conçue comme un automatisme. La question est cependant beaucoup plus complexe.

II. Le sexe comme construction

Il convient de distinguer deux aspects du « sexe ». D'un côté, les caractéristiques physiques sont, en effet, une donnée : elles existent et sont une réalité biologique (Sens 1). De l'autre côté, chaque société établit les critères selon lesquels certains traits biologiques conduisent à l'attribution d'un certain sexe¹⁷ (Sens 2). Il en résulte que l'interprétation donnée à la présence de certaines caractéristiques n'a rien de naturel, car elle passe nécessairement par le prisme des normes qui régissent le genre et, par conséquent, les attentes à l'égard des corps gén(é)rés.

Cette machinerie régulatrice est propre à une société donnée, à un moment et à un endroit précis¹⁸. En effet, les critères qui guident l'attribution du sexe changent à travers le temps et l'espace (par exemple, vagin = femme ; pénis = homme), ainsi que le choix même de qualifier certaines parties du corps de « sexuelles » pertinentes pour la détermination du sexe (ovaires, testicules, seins, niveaux de testostérone, clitoris d'une certaine taille, ...).

L'attribution du sexe à la naissance est, en somme, une détermination sociale, puisqu'elle dépend des attentes et des présomptions que la société observe à l'égard des corps. On peut conclure, contrairement aux schémas dominants dans les débats actuels, que le sexe est également une construction au sens 2, dans la mesure où l'effort herméneutique conditionné par les normes de genre contingentes se superpose à la donnée anatomique concrète¹⁹.

La conception du sexe comme détermination, plutôt que comme donnée biologique, prévaut dans le discours social et domine le discours juridique²⁰. Lorsque les sources des droits humains parlent de « sexe » et dans les cas où « sexe » n'implique pas une interprétation évolutive au sens de « genre », elles ne font pas référence à l'ensemble organique des gonades, des hormones, des organes génitaux et des gènes, mais au résultat du processus socioculturel par lequel une signification est attribuée à cette donnée biologique.

En ce sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté une définition du sexe unique au niveau international dans son avis consultatif OC-24/17 : le sexe est la « construction biologique » qui fait référence aux caractéristiques sur la base desquelles une personne est « classée » comme « homme ou femme à la naissance²¹ ». L'attribution

¹⁶ J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990, 236 p. ; C. WEST, D. ZIMMERMAN, « Doing Gender », *Gender & Society*, 1987, n°1, pp. 125-151.

¹⁷ T. LAQUEUR, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990, 336 p., p. 149.

¹⁸ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, 211 p., p. 121.

¹⁹ V. N. BEN-ASHER, « The Necessity of Sex Change A Struggle for Intersex and Transsex Liberties », *Harvard Journal of Law and Gender*, 2006, n°29, pp. 51-98.

²⁰ G. GILLERI, « Gender as a Hyperconstruct in (Rare) Regional Human Rights Case-Law », *European Journal of Legal Studies*, 2020, n°12, pp. 25-42.

²¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Opinión consultiva solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, avis consultatif du 24 novembre 2017,

du sexe est donc liée à la « détermination du sexe en tant que construction sociale », qui n'est pas « un fait biologique inné²² ». En décrivant le sexe comme une construction socioculturelle, cette définition dépasse les conceptions dominantes et dichotomiques du corps, fondées sur une démarcation nette entre les traits considérés comme masculins et ceux considérés comme féminins, ainsi que l'essentialisme de l'attribution du sexe comme un acte mécanique.

Un cas paradigmatique de violations des droits humains liées à l'imposition de normes de genre nuisibles – le binarisme et l'hétéronormativité – est constitué par les opérations dites de « normalisation » pratiquées sur les enfants intersexué·e·s·x, qui naissent avec des caractéristiques génitales, hormonales, gonadiques et/ou génétiques ne correspondant pas aux caractéristiques standard de l'anatomie féminine ou masculine²³. Face à un clitoris « élargi » ou à un « micropénis », il est fréquent que des interventions soient pratiquées pour reconstruire le sexe (en tant qu'anatomie) afin d'imposer un certain genre, en réalignant les corps aux traits typiques du binaire masculin/féminin, même en l'absence de nécessité ou d'urgence médicale avérée²⁴.

Malgré le caractère irréversible des opérations et leurs conséquences physiques et psychologiques, les parents ne sont souvent pas suffisamment informés pour pouvoir prendre une décision éclairée sur la procédure à laquelle leurs enfants sont soumis²⁵. En outre, certaines de ces opérations nécessitent des interventions de suivi supplémentaires, visant par exemple à recréer le canal vaginal afin de rétablir l'« harmonie » d'une relation hétérosexuelle pénétrative dans le vagin, ou à permettre à celui qui doit devenir – selon certaines cultures – un « vrai homme » d'uriner debout²⁶. En dernière analyse, ce qui importe dans ces opérations, ce n'est pas l'apparence anatomique, mais la manière dont la société interprète et catégorise certaines caractéristiques sexuelles et la manière dont ce sexe doit se comporter au sein de cet appareil social.

III. Ce qui reste du corps

Si le sexe est une construction, qu'est-ce donc que le genre ? Le genre est lui aussi une construction, comme nous l'avons dit, phénoménologiquement lié au sexe en tant qu'anatomie, puisqu'il s'exprime à travers le corps, mais conceptuellement détaché du sexe en tant que résultat d'un processus interprétatif, car l'identification subjective à un certain genre fait abstraction du sexe attribué à la naissance. Le genre est autant une norme externe qui modèle les subjectivités et leurs corps qu'une identification très personnelle à un certain genre que chaque sujet effectue inconsciemment, en tenant

n°OC-24/17, par. 32(a) ; pour cette définition et d'autres définitions liées aux concepts de genre et de sexe, la Cour interaméricaine s'est appuyée sur le rapport précédent de la Commission interaméricaine des droits de l'homme: Commission interaméricaine des droits de l'homme, « *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes* », 2012, OEA/Ser.G CP/CAJP/INF.166/12, par. 13.

²² Cour interaméricaine des droits de l'homme, OC-24/17, par. 32(b). Notre trad.

²³ P. CHAU, J. HERRING, « Defining, Assigning and Designing Sex », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, n°16, pp. 327-367 ; S.J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick-London, Rutgers University Press, 1998, 212 p. ; J. GREENBERG, « Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology », *Arizona Law Review*, 1999, n°41, pp. 265-328.

²⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *First, Do No Harm: Ensuring the Rights of Children With Variations of Sex Characteristics in Denmark and Germany*, 2017, www.amnesty.org [consulté le 15 novembre 2025] ; HUMAN RIGHTS WATCH, INTERACT, « *I Want to Be Like Nature Made Me: Medically Unnecessary Surgeries on Intersex Children in the US* », 2017, www.hrw.org [consulté le 15 novembre 2025].

²⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, www.who.int [consulté le 15 novembre 2025]. Sur les origines des interventions attribuées à la « méthode Money », v. J. MONEY, *Hermaphroditism: An Inquiry into the Nature of a Human Paradox*, Cambridge, Mass., Harvard University, 1952, 822 p. ; A.D. DREGER, « “Ambiguous Sex” - or Ambivalent Medicine? Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality », *Hastings Center Report*, 1998, n°28, pp. 24-35.

²⁶ M. BALOCCHI, « Un apparente paradossso: Le pratiche mediche di gestione dell'intersessualità in Italia », in M. BALOCCHI (dir.), *Intersex: antologia multidisciplinare*, Pisa, Edizioni ETS, 2019, 266 p., p. 133 ; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, Basic Books, 2000, 473 p., p. 62.

compte également de sa propre physicalité, sans toutefois en être définitivement déterminé·e·x. La dimension normative et la dimension intime, la « norme » et l'« identité » de genre, coexistent et sont en tension permanente, car chaque sujet s'identifie inconsciemment à un certain genre en l'affirmant et, en même temps, en réélabrant les normes de genre qui restreignent ses possibilités d'existence.

Attention : dire que le genre et le sexe sont tous deux des constructions ne signifie pas vider ces deux catégories de leur relationnalité qui rend leur concrétisation indispensable. En d'autres termes, on n'invente pas un genre, « détaché » de tout et de tous·te·s·x. Notre existence dans le monde dépend en effet intrinsèquement des normes de genre qui le régissent, avec lesquelles chaque subjectivité se rencontre, s'affronte et négocie sa propre position (par rapport aux normes et aux autres individus) et son identité (par rapport à elle-même). La dimension corporelle est indispensable car c'est sur et par le corps que s'exprime la norme de genre²⁷ et c'est à travers le corps que le sujet affirme et manifeste son genre. Nous agissons et « sommes agis » : le genre et le sexe agissent dans et sur notre corps, conditionnant la façon dont nous le concevons²⁸.

La question est complexe, mais quelle que soit l'explication de l'interrelation entre genre et sexe, une chose est claire : si le genre est une catégorie relationnelle, qui existe dans la mesure où deux ou plusieurs sujets interagissent, il est indispensable d'aborder les relations que le genre implique.

IV. Trois récits

Cette section décrit trois des réponses possibles, ou récits, sur les relations entre les genres qui ont prévalu jusqu'à présent dans le domaine des droits humains au niveau international : le genre comme synonyme de femmes (A) ; le dualisme homme *versus* femme (B) ; et, enfin, l'asymétrie entre la domination masculine et la subordination féminine (C).

A. Genre = femmes

Ce premier récit est le point de départ des deux suivants. En ce qui concerne les relations entre les genres, les droits humains se sont concentrés sur la partie « faible », « vulnérable » et « défavorisée » de la dynamique du pouvoir. Nous avons peut-être une réponse possible à la question « qu'est-ce que le genre dans les droits humains ? ». La réponse est : le genre, ce sont les femmes. Il s'agit d'une conclusion fondée sur la plupart des instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits humains. La CEDAW a elle-même été créée comme un instrument sur les droits des femmes et non comme une convention sur le genre en tant que catégorie discriminatoire, bien que le modèle pour sa création ait été la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²⁹, s'articulant autour de la catégorie « race » plutôt autour d'un groupe spécifique.

Une confirmation supplémentaire du fait que *genre = femmes* dans le domaine des droits humains se retrouve dans la pratique des institutions internationales : pensons aux

²⁷ J. BUTLER, *Gender Trouble*, op. cit., p. 146.

²⁸ A. FAUSTO-STERLING, « Gender/Sex, Sexual Orientation, and Identity Are in the Body : How Did They Get There? », *The Journal of Sex Research*, 2019, n°56, pp. 529-555.

²⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969, 660 UNTS 195.

initiatives de « *gender mainstreaming*³⁰ » et de « *gender budgeting*³¹ » ou aux différents « *gender teams*³² » constitués au sein de divisions ou de départements spécialisés.

Il va sans dire que les motivations à la base de la synecdoque femmes-genre sont anciennes et certainement plus complexes que la synthèse qui suit³³. Il suffit ici de rappeler que la CEDAW et les développements interprétatifs qui ont suivi³⁴ sont la réponse à l'urgence de revendication (féministe) des droits contre l'assujettissement des femmes aux hommes. Les femmes étaient et sont toujours disproportionnellement et structurellement soumises à la discrimination et la violence, cette dernière étant elle-même une forme de discrimination.

Dire que le genre ne se limite pas aux femmes ne signifie donc pas nier les avancées réalisées en matière de protection des droits humains au cours des dernières décennies, ni reléguer la lutte pour l'égalité à d'autres domaines. Au contraire, l'utilisation du genre comme catégorie d'analyse du droit implique l'examen de toutes les situations juridiques dans lesquelles le genre en tant que construction sociale joue un rôle central, qu'elles concernent les femmes, les hommes ou tout autre genre.

Les deux autres récits identifiés dans cette contribution sont intimement liés au *genre = femmes*, dans la mesure où ils placent respectivement les hommes et les femmes dans des positions respectives de domination et d'oppression, ce qui permet de comprendre pourquoi le genre a été considéré uniquement comme une « question féminine ».

B. Homme / femme

Les dynamiques de pouvoir entre les genres, reproduites dans la plupart des instruments internationaux relatifs aux droits humains, reproduisent le binarisme de genre de la société occidentale des XXe et XXIe siècles. Prenons par exemple l'article 2(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

«Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status³⁵ ».

L'interdiction de toute discrimination fondée sur le genre (« sexe », dans le texte) est considérée instrumentale à la réalisation de l'égalité entre deux groupes de genre spécifiques : les hommes et les femmes. Une définition similaire figure également à l'article 2(2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁶.

Dans le contexte de la dichotomie homme-femme, les sources internationales des droits humains considèrent la femme comme si elle était le seul sujet marqué par le genre³⁷. Peut-être ne pensaient-elles pas aux penseuses des droits humains que sont Monique

³⁰ ONU Femmes, *Gender Mainstreaming: A Global Strategy for Achieving Gender Equality and the Empowerment of Women and Girls*, 2020, www.unwomen.org [consulté le 15 novembre 2025] ; Conseil de l'Europe, *Gender Mainstreaming at the Council of Europe*, www.coe.int [consulté le 15 novembre 2025].

³¹ Organisation de coopération et de développement économiques, *Gender Budgeting Framework*, www.oecd.org.

³² Les exemples abondent, notamment Organisation internationale du Travail, *Gender, Equality, Diversity and Inclusion Branch*, www.ilo.org [consulté le 15 novembre 2025] ; Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Inclusive Rural Transformation and Gender Equality Division*, www.fao.org [consulté le 15 novembre 2025].

³³ B.E. HERNANDEZ-TRUYOL, « Unsex CEDAW? No! Super-Sex It! », *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, n°20, pp. 195-223, p. 215.

³⁴ Parmi lesquelles, en particulier, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « General Recommendation No. 28 », op. cit.

³⁵ Art. 2(1), Pacte international relatif aux droits civils et politiques, op. cit.

³⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, op. cit.

³⁷ H. CHARLESWORTH, « Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations », *Harvard Human Rights Journal*, 2005, n°18, pp. 1-18.

Wittig et Luce Irigaray, lorsqu'elles ont avancé leur critique du genre comme étant un et seul. Wittig affirmait que le genre est singulier, le sujet masculin constituant l'universalité sans signe, tandis que le sujet féminin constitue la particularité, donc le *seul* genre³⁸. Irigaray, tout en adhérant à la théorie du genre singulier, décrivait le genre masculin comme le seul qui produit et rend « autre » le genre féminin³⁹.

Quelle que soit l'origine du « deuxième » genre⁴⁰, le discours qui oppose l'homme à la femme en matière de droits humains repose sur l'existence de deux seules subjectivités de genre. Telle est la deuxième réponse à la question de savoir ce qu'est le genre dans les droits humains. Concrètement, le dualisme *homme/femme* est la condition de fonctionnement de l'asymétrie de pouvoir entre les « deux » genres, à savoir *homme > femme*.

C. *Homme > femme*

La troisième réponse à la question sur le genre dans les droits humains est le récit qui ajoute une connotation de domination du côté masculin et de soumission du côté féminin au dualisme *homme/femme*. L'asymétrie entre l'homme et la femme apparaît dès le début de la CEDAW. À l'article 1, la discrimination à l'égard des femmes est définie comme suit :

« Any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field⁴¹ ».

En se concentrant sur le groupe social des « femmes », la CEDAW évalue et mesure leur jouissance des droits par rapport à celle de l'« autre » groupe social, les « hommes ». Il ne s'agit toutefois pas d'une comparaison entre pair-e-s-x, car c'est le côté masculin qui sert de référence, ou *benchmark*⁴².

Une grande partie de l'activité interprétative des organismes internationaux de défense des droits humains a mis en évidence (au moins) trois formes différentes de passivité chez les femmes, auxquelles correspondent autant de positions d'autorité masculine. La première est celle de la femme comme ayant besoin d'un homme « protecteur⁴³ ». La deuxième est la proclamation de l'égalité formelle entre la femme et l'homme dans la vie publique, où ce dernier constitue le terme de comparaison sur la base duquel construire l'égalité, ainsi que l'obstacle à éliminer dans la « course » vers l'égalité⁴⁴. La troisième dimension de la passivité décrit la femme comme un sujet extrêmement vulnérable et se rattache, en ce sens, à l'image de la femme victime de violence commise par l'homme⁴⁵. Entre autres, le Comité des droits de l'homme souligne la position de vulnérabilité des femmes en temps de guerre en ces termes : « *Women are particularly vulnerable in times of internal or international armed conflicts. States parties should inform the*

³⁸ M. WITTIG, *The Straight Mind and Other Essays*, Boston, Beacon Press, 1992, 110 p., p. 59 ss.

³⁹ L. IRIGARAY, *Speculum of the Other Woman*, Ithaca, Cornell University Press, 1985, 365 p., p. 11.

⁴⁰ S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe - Vol. I*, Paris, Gallimard, 1949, 400 p.

⁴¹ Art. 1, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, op. cit.

⁴² C. MACKINNON, « Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman », *International Journal of Constitutional Law*, 2016, n°14, pp. 739–746, p. 744.

⁴³ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, « General Recommendation XXV on Gender-Related Dimensions of Racial Discrimination », 2000, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, par. 2.

⁴⁴ Comité des droits de l'homme, « General Comment No 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women) », 2000, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, par. 20-24.

⁴⁵ D. OTTO, « Disconcerting “Masculinities”: Reinventing the Gendered Subject(s) of International Human Rights Law », in A. MANJI, D. BUSS (dir.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford-Portland, Hart, 2005, 303 p., p. 108 ss.

*Committee of all measures taken during these situations to protect women from rape, abduction and other forms of gender-based violence*⁴⁶ ».

Cependant, l'utilisation exclusive du schéma *homme > femme* cristallise la masculinité et la féminité sous les seules formes de masculinité hégémonique (ou toxique) et de féminité vulnérable, négligeant le fait que des masculinités et des féminités diverses et plurielles sous-tendent les relations de pouvoir. En conséquence, de nombreuses violations liées au genre restent invisibles : par exemple, les cas de viol entre hommes, qui portent la « tache » de l'homosexualité⁴⁷ ; la violence entre femmes au sein du couple⁴⁸ et, plus généralement, celle à l'égard des femmes transgenres, intersexuées et bisexuelles ; ou encore les abus intergénérationnels entre adultes et mineurs du même genre ou de genre différent, en dehors de l'asymétrie *homme > femme*, tels que ceux commis par des chefs de communauté ou des prêtres. Voici quelques exemples qui pourraient mettre en lumière une conception dynamique du genre, compris comme le dispositif de pouvoir qui régit les interactions entre une multiplicité de subjectivités.

V. Des réponses alternatives non concluantes

Trois formules résument trois des réponses possibles à la question, loin d'être simple, de savoir ce qu'est le genre dans les droits humains, avec laquelle cet article s'est ouvert. Pour les droits humains, le « genre » fait référence aux femmes (*genre = femmes*), situées sur le binaire *homme/femme* qui épuise les possibilités d'existence (juridique) du sujet de genre. Les interprétations dominantes attribuent la responsabilité de la violation des droits à l'homme, représentant d'une masculinité unique, hégémonique, à laquelle est subordonnée la féminité unique de la femme, vulnérable (*homme > femme*). Ces trois réponses-récits, qui s'entrecroisent dans l'accumulation de définitions et d'interprétations du genre et des concepts connexes, n'ont toutefois pas le monopole de l'histoire des conceptualisations du genre dans les droits humains.

Il existe des réponses alternatives à la question-guide sur la forme du genre dans les droits humains, qui le considèrent comme une catégorie globale d'analyse. En abandonnant l'asymétrie *homme > femme*, certaines de ces alternatives mettent en évidence l'existence de formes de discrimination à l'égard des hommes – qui sont évidemment structurellement incomparables à celles à l'égard des femmes, compte tenu du caractère systémique de la subordination patriarcale dans ce dernier cas. Par exemple, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels condamne le refus d'accorder un congé de paternité comme suit : « *The Covenant guarantees the equal right of men and women to the enjoyment of economic, social and cultural rights. [...] Refusal to grant paternity leave may also amount to discrimination against men*⁴⁹ ».

D'autres interprétations, en revanche, expliquent que certaines formes de féminité peuvent alimenter certaines formes de violence⁵⁰, notamment terroriste. Certains ont proposé une définition large du genre, en explicitant le dépassement de la métonymie entre les femmes et le genre, et en soulignant le lien étroit entre, d'une part, les constructions sociales sous-jacentes aux rôles et fonctions de genre et, d'autre part, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. C'est le cas de l'ancien Rapporteur spécial sur les droits de l'homme et la lutte antiterroriste, Martin Scheinin : « *Gender is not synonymous with women but rather encompasses the social constructions that underlie how women's and*

⁴⁶ Comité des droits de l'homme, « General Comment No 28 », op. cit., par. 8.

⁴⁷ S. SIVAKUMARAN, « Male/Male Rape and the “Taint” of Homosexuality », *Human Rights Quarterly*, 2005, n°27, pp. 1274-1306.

⁴⁸ L. STEMPEL, A. FLORES, I.H. MEYER, Sexual Victimization Perpetrated by Women: Federal Data Reveal Surprising Prevalence, *Aggression and Violent Behavior*, 2017, n°34, pp. 302-311.

⁴⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « General Comment No 20 : Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2) », 2009, UN Doc. E/C.12/GC/20, par. 20.

⁵⁰ Comité contre la torture, « General Comment No 2 : Implementation of Article 2 by States Parties », 2008, UN Doc. CAT/C/GC/2, par. 22.

*men's roles, functions and responsibilities, including in relation to sexual orientation and gender identity, are defined and understood*⁵¹ ».

De même, l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Victor Madrigal-Borloz, a précisé dans son rapport de 2021 que « *there is nothing in the definitional system [of international law] that restricts gender to women*⁵² », surpassant ainsi la bien connue synecdoque.

Dans l'ensemble, cependant, le discours dominant des droits humains s'appuie sur des interprétations-récits métonymiques, binaires et asymétriques qui excluent de la sphère de certains droits humains une série de sujets et de relations entre sujets. Ces derniers récits alternatifs sont, en fait, des interprétations minoritaires, car l'espace qu'ils occupent dans le discours sur les droits humains reste, à ce jour, très limité et souvent dépourvu de continuité institutionnelle. Les oublier reviendrait toutefois à trahir la promesse d'universalité des droits humains.

⁵¹ Assemblée générale des Nations unies, « Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism », 2009, UN Doc. A/64/2011, par. 20

⁵² Assemblée générale des Nations unies, « Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity: The Law of Inclusion », 2021, UN Doc. A/HRC/47/27, par. 14.

Déconstruction et reconstruction du système d'identification du genre des personnes : de l'assignation du sexe à l'affirmation du genre¹

Par 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.

D'une métamorphose à l'autre – Au sortir de la deuxième guerre mondiale, une partie des civilistes français eurent le projet de réécrire en profondeur le droit civil français. Il y eut des initiatives collectives, soutenues politiquement, tels les travaux de la Commission de réforme du code civil, présidée par le doyen Julliot de la Morandière, et des initiatives plus personnelles, en particulier celle de René Savatier, dans son ouvrage intitulé *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*², dont l'optimisme sur les évolutions de son temps contrastait avec le pessimisme d'un Georges Ripert écrivant au même moment son *Déclin du droit*³, après avoir séjourné dans les prisons républicaines. Comme le relevait le comparatiste René David, dans sa recension de l'ouvrage de Savatier, « l'une des [illustration les] plus typiques [de ces métamorphoses] est sans doute celle qu[e Savatier] appelle la promotion de la personne. Le code civil ignorait les droits de la personne [...] la personne humaine est maintenant au premier plan de ses préoccupations »⁴. Mieux prise en compte, cette personne demeurait néanmoins conçue à l'aune d'un « maître-étalon », pour parler comme Gilles Deleuze, un « homme blanc, hétérosexuel, cisgenre, de classe supérieure » comme on dirait de nos jours », ne laissant guère de place à une approche minorisée de la personne⁵. Or, en France et à l'étranger, en particulier au Japon, une partie de la société civile, rejointe par les universitaires, s'active pour que soient mieux pensées les personnes minoritaires, en s'efforçant de dépasser l'écueil de la personne abstraite, désincarnée, qu'on a cru parfois imposée par l'idée d'universalisme, là où d'autres visions de l'universalisme sont possibles⁶. Or, ces idées sont en train d'entraîner différentes métamorphoses du droit des personnes.

Délimitation – La métamorphose qui m'intéressera ici est celle résultant de la prise en compte, par le droit, des « minorités sexuées et genrées »⁷, en particulier les personnes intersexuées, transgenres, non-binaires ou agenres, qui ont ceci de commun que leur

¹ L'existence de ce texte, issu d'une communication orale prononcée le 12 décembre 2025 à l'université Aoyama Gakuin à Tokyo doit beaucoup à Lisa Oshima que je remercie chaleureusement. Mes remerciements vont aussi à la JSPS (Japan Society for the Promotion of Science) pour son soutien financier, en particulier via la bourse Grant-in-Aid for Scientific Research (A), n° JP24H00134, dirigée par Naoya Katayama, de l'université Musashino.

² L'œuvre, parue chez Dalloz sera composée de plusieurs séries et connaîtra deux éditions, étalées entre 1948 et 1959.

³ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, Dalloz, 1949, 226 p.

⁴ R. DAVID, « Note bibliographique de R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », *Revue internationale de droit comparé*, 1952, n°4-4, p. 819-821.

⁵ Rapp. G. DELEUZE, « Philosophie et minorité », *Critiques*, 1978, vol. 34, n°369, p. 154-155.

⁶ B. PERREAU, *Sphères d'injustice. Pour un universalisme minoritaire*, Paris, La Découverte, 2023.

⁷ B. MORON-PUECH et T. SAITO, *Les droits humains des minorités sexuées, sexuelles et genrées. Regards franco-japonais*, Paris, Société de législation comparée, 2024.

sexuation ou leur genre s'écarte du maître-étalon. Précisons d'emblée le sens des mots sexuation et genre. J'appelle sexuation *le dispositif social de classification des individus assis sur la biologie, à savoir les caractéristiques sexuées, lesquelles peuvent être primaires (organes génitaux, chromosomes...) ou secondaires (pilosité, muscle...)*. Par extension, la sexuation désigne la catégorie à laquelle un individu est rattaché ou se rattache en fonction de ses caractéristiques sexuées. J'appelle genre *le dispositif social de classification des individus, à partir d'éléments psychosociaux, dits caractéristiques genrées, et prétendument liées à leurs caractéristiques sexuées*. Par extension, le genre est la catégorie à laquelle un individu est rattaché ou se rattache en fonction de ses caractéristiques genrées.

En tant que minorité de sexe – et j'entends là le terme de *sexe* au sens large, comme englobant la sexualité, le genre et la sexuation (en ne se limitant donc pas à la seule biologie) –, les minorités sexuées et genrées font face aux limites de la catégorie de sexe à l'état civil, une catégorie construite sans penser à elles. Contrairement à ce qui est parfois soutenu, ces minorités n'aspirent pas forcément à des règles spéciales, à un « exceptionnalisme »⁸, mais demandent plutôt, pour certaines d'entre elles, une refonte du droit commun pour le rendre plus inclusif.

Les deux systèmes sexe/genre – Traditionnellement, en Occident, de la période antique jusqu'à la fin du XX^e siècle, le sexe officiel d'une personne, soit celui aujourd'hui inscrit sur son acte d'état civil, était déterminé par un examen de ses parties génitales à la naissance. Ce sexe déterminait ensuite toute une série de comportements, l'habillement, la sexualité et même, dans une certaine mesure, le phénotype (qu'on pense aux cheveux, ongles, ou même à la forme du corps, aux structures musculaires et osseuses différemment « travaillées » selon le sexe des individus⁹). C'est là le système qu'on a pu appeler de *l'assignation du sexe*¹⁰.

Depuis la fin des années 2000, s'est toutefois développé un système concurrent, dit d'*affirmation du genre*, ou encore d'*autodétermination du genre*. Dans un tel système, ce n'est plus la biologie qui dicte le sexe à l'état civil mais le « sentiment profond d'appartenance »¹¹ aux catégories de genre.

Ces deux systèmes d'identification du sexe ou du genre, sont assez largement des idéaux-types¹². En effet, rares sont les ordres juridiques à adopter pleinement le système de l'assignation du sexe ou de l'affirmation du genre. Par exemple, le code civil français de 1804, qui adopte avant tout le système de l'assignation du sexe, permet toutefois aux adultes intersexes de rectifier leur état civil en fonction de leur sentiment profond¹³. À l'inverse, aujourd'hui, même dans les États qui disent reconnaître l'autodétermination

⁸ Contra R. WINTEMUTE, *Transgender Rights vs Women's Rights. From Conflicts to Coexistence*, Cambridge, Polity Press, 2025, 228 p.

⁹ P. TOURAILLE, *Homes grands, femmes petites : une évolution coûteuse. Les régimes de genre comme force sélection de l'adaptation biologique*, D. Pestre (préf.), 2014, éd. de la Maison des sciences de l'homme.

¹⁰ L. HERAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport à la Mission de recherche droit et justice, 2018.

¹¹ Expression qu'on trouve dans les principes dits de Yogyakarta, 2006.

¹² « On obtient un idéaltype en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue unilatéralement, pour former un *tableau de pensée* homogène. On ne trouvera nulle part empiriquement un pareil tableau dans sa pureté conceptuelle : *il est une utopie* » (M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Pocket, [1904-1917], 1992, p. 181, cité par S. PAUGAM, « Tableau croisé », in S. PAUGAM (dir.), *Les 100 mots de la sociologie*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Que Sais-Je ? », n° 1, 2011, 128 p.

¹³ V. les décisions recensées dans B. MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master 2, sous la dir. de D. FENOUILLET, Université Panthéon-Assas, 2010 [en ligne]. Adde G. HOUVRE, *Les deux vies d'Abel Barbin, né Adélaïde Herculine (1838-1868). Édition annotée des Souvenirs d'Alexina Barbin*, Paris, PUF, 2020, spéc. pp. 239-281.

de son genre, on continue toujours par principe à enregistrer à la naissance un sexe déterminé sur une base biologique¹⁴.

Les facteurs d'évolutions – Ces dernières décennies, le système de l'autodétermination de genre s'est considérablement développé en raison de plusieurs évolutions scientifiques et sociales.

Scientifiquement, d'abord, les progrès scientifiques ont permis une compréhension plus fine de la sexuation, contribuant ainsi à normaliser les corps des personnes intersexuées et transgenres, les faisant par-là sortir de la tératologie, la science des monstres. Les progrès des techniques médicales ont également accru les possibilités de transformations du corps, facilitant l'adéquation des sexes psychologique et phénotypique et préparant ainsi l'éclatement – parachevé par les sciences sociales – du mot sexe, entre la sexuation, la sexualité et le genre.

Les sciences sociales, également, ont amélioré la compréhension de la pluralité des systèmes de genre concevables, qu'il s'agisse de souligner les alternatives à une philosophie aristotélicienne du tiers exclu, soupçonnée d'être à l'origine du binarisme – je pense ici aux travaux de l'anthropologue français Bernard Saladin d'Anglures prolongé d'une autre manière par ceux des philosophes nord-américaines Donna Haraway ou Judith Butler¹⁵ –, ou encore de souligner le caractère éminemment construit des rôles de sexe (on ne parle pas encore à l'époque du genre), comme l'a fait l'ethnologue britannique Marilyn Strathern¹⁶, à partir des années 70, en prolongeant à sa manière les travaux de la philosophe française Simone de Beauvoir¹⁷. Mais la science n'est pas tout, car la société a aussi évolué, rendant inéluctable le passage d'un système d'assignation du sexe à un système d'affirmation du genre.

Deux évolutions sociales majeures sont intervenues. D'un côté, à partir du milieu du XX^e siècle, la bureaucratisation et la technicisation de la société, combinée à l'affirmation progressive d'une liberté de circulation des personnes dans une société sécuritaire, a conduit à réhausser la place des titres d'identité dans le quotidien des personnes. Or, ces titres vont recourir de manière croissante au sexe ou au genre des personnes pour les contrôler. D'où d'importantes difficultés pour les minorités de sexe, dont la catégorie renseignée ne correspond pas toujours à leur apparence.

D'un autre côté, néanmoins, ces minorités vont trouver, dans le renforcement concomitant des droits fondamentaux, un outil de protection *de jure*, plus efficace que la souplesse que leur offrait naguère *de facto* l'absence de système fiable d'identification des personnes¹⁸. Prenant appui sur ces droits fondamentaux, s'est progressivement mis sur pied un mouvement international de défense des intérêts de ces minorités, avec notamment la revendication d'un droit à l'autodétermination de son genre. C'est ce système qu'incarnent en particulier à l'international les organisations non-gouvernementales comme ILGA (*International Lesbian and Gay Association*) World ou Europe, ou OII (*Organisation Intersex International*) Europe.

¹⁴ Parlement maltais, *GIGESC Act (2015)*, art. 4 (1) parlant de droit à l'autodétermination de son genre, mais Code civil, art. 278, continuant à exiger l'inscription du « sexe » sur l'acte de naissance. Sur le droit maltais v. L. HERAULT (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 61 et s.

¹⁵ V. le vol. 9 de la revue *Socio*, « Combien de sexes », 2017.

¹⁶ M. STRATHERN, *Before and After Gender*, Hau Books, 2016 [1974].

¹⁷ S. de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Gallimard, 1949.

¹⁸ B. MORON-PUECH et C. MAILLET, « Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours », *Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit*, vol. 25, 2023.

Les droits fondamentaux de ces minorités demeurent toutefois encore fragiles. Si, depuis une résolution historique de 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies s'est progressivement emparé de la question de la protection de l'identité de genre¹⁹, il n'existe pour l'instant aucune résolution de cet organe, ni même de l'Assemblée générale, appelant l'ensemble des États à adopter un tel système. En revanche, l'expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre a reconnu l'existence d'un tel droit²⁰ et le Comité des droits de l'homme s'est appuyé dessus pour recommander à des États d'assouplir leurs conditions de reconnaissance légale du genre.

Cependant, jusqu'à présent, ces organismes internationaux n'ont pas cherché à indiquer, de manière structurée, l'ensemble des réformes à mener pour respecter cette autodétermination, tout en ménageant les intérêts de l'État et ceux des tiers^{*21}. D'où l'intérêt, dans cette contribution, de présenter les grandes lignes de ce qui pourrait être fait pour déployer pleinement un système d'autodétermination du genre.

Dans un premier temps, on indiquera les conséquences du passage de l'assignation du sexe à l'affirmation du genre, du point de vue des règles d'identification des personnes. Puis on examinera la manière dont les intérêts des États et des tiers peuvent être malgré tout préservés.

I. Prendre la mesure du passage d'un système sexe/genre à l'autre

Dans leur livre intitulé *transidentité et transitivité*²² les chercheuses Karine Espineira et Maud-Yeuse Thomas qualifient le système traditionnel d'enregistrement du sexe de « bio-binaire », signifiant par-là que ce système est assis sur la biologie, mais aussi gouverné par un principe binaire que la biologie n'impose pas. Or, adopter l'idéal-type de l'autodétermination de genre, revient à mettre à distance cet ancrage biologique du sexe, ainsi que l'injonction à se situer dans la binarité. C'est ce qu'on appellera ici la socialisation du sexe et sa débinarisation.

A. La socialisation du sexe

D'une part donc, la socialisation du sexe, c'est-à-dire le fait de refuser un ancrage biologique pour aller vers un ancrage social. Cette socialisation entraîne des conséquences tant formelles que substantielles.

Formellement, tout d'abord, la socialisation du sexe va être souvent manifestée par une substitution du terme de « genre » à celui de « sexe ». Par exemple, le récent règlement de l'Union européenne 2025/1208, relatif aux titres d'identité, parle de mention de

¹⁹ Nations unies, Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19, 17 juin 2011. Il faudra attendre treize ans pour avoir une résolution similaire pour les personnes intersexes (*Lutte contre la discrimination, la violence et les pratiques préjudiciables à l'égard des personnes intersexes*, A/HRC/RES/55/14, 4 avr. 2024), bien que le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies ait commencé à en parler dès 2015 dans le cadre de sa campagne *Free & Equal*.

²⁰ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juill. 2018, A/73/152, spéc. §81, d, i).

²¹ Ce mot, comme tous ceux qui suivront et dont la première occurrence sera suivie d'un astérisque, sont accordés selon une classe grammaticale hors-sexe, en suivant les régularités proposées dans Alphertaz, *Grammaire du français inclusif*, Vent Solars, 2018

²² K. ESPINEIRA, M.-Y. THOMAS, *Transidentités et transitivité. Se défaire des idées reçues*, Paris, Cavalier bleu, 2022, 192 p.

genre et non de sexe²³. La substitution va parfois très loin puisque, par exemple, dans la décision *Deldits* du 13 mars 2025, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) va dans les versions anglaises et françaises de ces décisions traduire le mot hongrois *neme*, signifiant littéralement sexe²⁴, par identité de genre.

Substantiellement, ensuite, la socialisation du sexe affecte *primo* la date d'inscription de la mention et *secundo* son unicité.

Primo, la socialisation du sexe rend théoriquement impossible le rattachement du nouveau-næ* aux catégories de genre. En effet, impossible de connaître à la naissance son identité de genre, puisqu'à ce moment-là l'enfant n'a pas encore pu l'exprimer. Pour réaliser cet enregistrement, il faudrait donc attendre que l'enfant exprime son genre ce qui arrive vers 3 ou 5 ans, lors de l'acquisition du langage. Impossible donc d'enregistrer cette mention de sexe à la naissance. Si l'on veut vraiment la garder, cela devrait conduire à un enregistrement moins sur l'acte de naissance que sur les titres d'identité, souvent en pratique établis à partir d'un âge où l'enfant commence à s'exprimer. On entend ici par titre d'identité ces documents servant à prouver l'identité des personnes tel le passeport. Ils sont parfois établis en reprenant certaines mentions de l'acte de naissance, mais pas toujours. Quoi qu'il en soit, si l'on suit ma proposition, alors, la mention dite de « sexe » présente dans le registre des actes de naissance, finirait par ne renvoyer qu'aux caractéristiques sexuées, tandis que le titre d'identité renverrait au genre, aisément modifiable, puisqu'il suffirait alors de rééditer son titre d'identité pour y indiquer le nouveau genre auquel on s'identifie désormais. Cette dualité des documents (sexe biologique pour l'acte de naissance et sexe psycho-social, ou genre, pour le titre d'identité) aurait le mérite par ailleurs de couper court à l'argument de certains groupes conservateurs qui reprochent aux personnes transgenres un déni de réalité, en ce qu'elles viendraient rectifier une réalité sexuée constatée à la naissance, falsifiant, selon les mots de ces groupes, une réalité biologique inaltérable²⁵.

Pour l'instant, toutefois, aucun des État « progressistes » ne s'est sérieusement lancé dans cette voie. À Malte, certes, il est désormais indiqué à l'article 278 (1), (c) du code civil que « lorsque l'identité de genre de l'enfant n'est pas encore déterminée, il est possible de ne pas déclarer le sexe ». À ma connaissance, toutefois, cela n'est appliqué que pour les personnes intersexes, ce qui est d'ailleurs une bien curieuse interprétation de la notion d'identité de genre, limitée à ces seules personnes.

Outre le cas maltais, mentionnons le cas québécois où, sans aller jusqu'à ouvrir la voie à un report systématique de l'inscription de la mention de sexe du nouveau-næ, il est prévu dans l'article 70.1 du code civil que « La mention du sexe figurant à l'acte de naissance et de décès d'une personne désigne le sexe de cette personne constaté à sa naissance ou encore son identité de genre, lorsque cette dernière n'y correspond pas ». Dans le premier cas, la mention de sexe renseigne la sexuation, mais aussi l'expression

²³ Règlement relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, n° 2025/1208, art. 3, 2. C'est d'autant plus surprenant qu'il prétend indiquer aux États comment appliquer les normes de l'OACI (*Documents de voyage lisibles à la machine*, Doc 9303, 8^e éd., 2021), laquelle ne comprend aucune mention du *genre*, mais seulement du *sexe*.

²⁴ V. B. MORON-PUECH, « L'arrêt *Deldits* ou quand le règlement général sur la protection des données vient au secours des « LGBT+ ». Commentaire de l'arrêt *Deldits* de la Cour de justice, du 13 mars 2025 », *Cahiers de droit européen*, 2025-3, p. 251-282.

²⁵ Rappr. B. MORON-PUECH, « R. WINTEMUTE, *Transgender Rights vs Women's Rights*, Cambridge, Polity Press, 2025, 228 p. » (recension), *RTD civ* 2025. 704.

officielle du genre de la personne, puisque le prénom devra être « accordé » à la mention de sexe ; en revanche, cette mention de sexe ne dit rien de l'identité de genre, sur laquelle des informations ne seront données que dans le second cas évoqué par l'article 70.1, c'est-à-dire en pratique quand la personne aura changé sa mention de sexe. On trouve une disposition similaire dans l'article du code civil maltais précité qui énonce aussi que « le terme "sexe" doit aussi inclure le terme "genre" » (article 278 précité).

Ce dualisme n'est toutefois pas très satisfaisant, car il rend la mention de sexe ambiguë, ce qui en soit pourrait être un problème au regard du droit des données personnelles, qui, à propos des minorités des sexes, a donné lieu à plusieurs applications spectaculaires par la CJUE en 2025²⁶.

Quoi qu'il en soit, ce dualisme de l'enregistrement – tant les caractéristiques sexuées que le genre – pose fondamentalement la question de savoir ce qu'il advient de l'enregistrement des caractéristiques sexuées dans un état civil où la mention de sexe a été socialisée. Pour ma part, je pense que l'enregistrement des caractéristiques sexuées peut être pertinent à la naissance, à des fins démographiques et à la condition de faire une place aux caractéristiques intersexuées, comme le proposent la plupart des certificats-type d'accouchement dans les hôpitaux français. Toutefois, cela doit être uniquement à des fins démographiques et non d'identification par l'État²⁷. Or, en France – et j'imagine que c'est le cas dans nombre de pays –, les mairies assurent cette double fonction d'état civil et de veille démographique. En effet, chaque mairie doit tenir un registre des naissances, mais aussi envoyer des « bulletins d'état civil », dont le bulletin n° 5 de naissance, à l'Institut national des statistiques et des études (l'INSEE). Ce bulletin reprend les mentions de l'acte de naissance, mais aussi d'autres informations recueillies par les maternités. Or, l'on pourrait concevoir que la mention de sexe, recueillie par la maternité, soit retirée de l'acte de naissance mais reste dans le bulletin de naissance transmis. Cela pourrait même être présenté comme une concession aux conservateurs*, qui tiennent généralement à la différence des sexes et sont hostiles à son effacement. En effet, point d'effacement du sexe ici, mais seulement un déplacement : de l'acte de naissance vers le bulletin de naissance. Ce faisant, le sexe du bulletin de naissance serait restreint à sa dimension biologique. Néanmoins, cela n'entamerait en rien la dynamique profonde de socialisation du sexe, qui a aussi une autre conséquence : la fin de l'unicité du sexe à l'état civil.

En effet, *secundo*, la socialisation du sexe a aussi pour corollaire la fin de son unicité, tant diachronique que synchronique. Diachroniquement, la socialisation de la mention de sexe facilite son changement, car cette mention n'est plus liée à une biologie difficile à modifier, surtout dans les systèmes juridiques qui, tels ceux de *World Athletism*²⁸ ou des États-Unis²⁹, décident de définir le sexe par référence à la génétique ou à la production

²⁶ Outre l'arrêt *Deldits* précité, mentionnons l'arrêt *Mousse*, 9 janv. 2025, C-394/23.

²⁷ Ce qu'est précisément l'état civil, comme le suggère le mot état qui est le même en Français. V. A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », *Ruptures, Mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 246 et s.

²⁸ World Athletics, *World Athletics introduces SRY gene test for athletes wishing to compete in the female category*, Communiqué de presse, 30 juill. 2025, à propos des réglementations C3.3A et C3.5A du *Book of Rules*.

²⁹ White House, *Defending Women From Gender Ideology Extremism And Restoring Biological Truth To The Federal Government*, 20 janv. 2025, définissant le sexe comme « an individual's immutable biological classification as either male or female » et ajoutant que « "Sex" is not a synonym for and does not include the concept of "gender identity" ». *Adde Department of Health & Human Services, Defining Sex: Guidance for Federal Agencies, External Partners, and the Public Implementing Executive Order 14168 Defending Women from Gender Ideology*

de gamètes, ce qui rend alors impossible la modification du sexe, contrairement à ce qui se faisait des années 60 à 2010, lorsque la modification corporelle associée à une stérilisation était la norme (encore qu'on pourrait observer que des scientifiques du Japon sont récemment parvenu à produire des ovocytes à partir de cellules de peau d'une souris mâle³⁰). Quoi qu'il en soit, désormais, l'autodétermination de genre signifie que la personne peut changer sa mention de genre, sur simple demande, potentiellement plusieurs fois³¹, si son rapport aux catégories de genre évolue. Toutes les conditions de stérilisation, de régime matrimonial, d'absence d'enfants, de nationalités ou autres deviennent condamnées. Je peux ici renvoyer aux nombreuses décisions des juges d'Europe³² ou, plus récemment, du Japon³³ condamnant de telles exigences.

Synchroniquement, adopter une conception sociale du sexe implique que, selon ses interactions sociales, une personne peut avoir des genres différents³⁴. Par exemple, dans certains environnements, une personne peut agir comme une personne non-binaire, mais dans d'autres comme une femme. C'est ainsi que l'Allemagne reconnaît la légitimité pour une personne d'avoir une carte d'identité avec un marqueur « divers », mais un passeport avec un marqueur M ou F, afin de faciliter le franchissement de la frontière³⁵. Ceci nous amène alors logiquement, d'autre part, à examiner non plus la socialisation du sexe, mais sa débinarisation.

B. La débinarisation du sexe

Débinariser la mention de sexe signifie d'abord sortir du cadre binaire dans lequel l'avait enfermée via une certaine biologisation du sexe. Soulignons-le, la socialisation du sexe n'entraîne pas en tant que telle sa débinarisation. Un bon exemple en est le Statut de Rome qui crée en 1998 la Cour pénale internationale, ou même la Convention d'Istanbul de 2011 sur les violences intra-familiales. Ces deux textes incluent le mot genre, mais on comprend vite à leur lecture qu'ils n'entendent aucunement abandonner une conception binaire du sexe³⁶. D'ailleurs, à l'inverse, la biologisation du sexe, selon la manière dont on entend la catégorie de sexe, peut aussi conduire à avoir une vision débinarisée de celui-ci³⁷. C'est ainsi par exemple que le bulletin de naissance, assis sur la biologie, reconnaît généralement l'existence d'un troisième sexe. Tout ceci montre donc que la débinarisation du sexe est autre chose que sa socialisation.

Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government, 19 févr. 2025 renvoyant expressément aux gamètes pour définir le sexe.

³⁰ K. MURAKAMI et al., « Generation of functional oocytes from male mice in vitro », *Nature*, 15 mars 2023.

³¹ L'hypothèse est par exemple expressément prévue par l'article 62bis, §10 du code civil belge, tel que modifié par la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets.

³² Cour EDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avr. 2017, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132.

³³ Cour suprême, 25 oct. 2023, https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/446/092446_hanrei.pdf.

³⁴ V. « Suppression de la « mention du sexe » ou ajout du « sexe neutre » sur les cartes d'identité et les passeports ? Regards comparés », in O. BUI-XUAN (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, Paris, IFDJ, 2023, pp. 55-69.

³⁵ B. Moron-Puech, « Suppression de la « mention du sexe » ou ajout du « sexe neutre » sur les cartes d'identité et les passeports ? Regards comparés », in O. Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, juin 2023, pp. 55-69

³⁶ V. ces extraits de ces deux conventions. Statuts de Rome, art. 8 : « Aux fins du présent Statut, le terme « » [*gender* en langue anglaise] s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens. » ; Conseil de l'Europe, *Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)*, 11 mai 2011, art. 3, c. : « le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes ».

³⁷ V. A. FAUSTO-STERLING, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Lausanne, Payot, 2018, 96 p.

Quoi qu'il en soit, adopter l'autodétermination de genre aboutit également à débinaiser la mention de sexe, dès lors que qui dit autodétermination dit aussi possibilité de créer d'autres catégories de sexe, voire d'en relativiser l'importance au point de vouloir la supprimer.

Sur le premier point, c'est au nom de l'autodétermination du genre que Malte ou l'Allemagne ont accepté des mentions de sexe non binaires sur les titres d'identité³⁸.

Quant au second point, c'est afin de mieux protéger les droits des personnes transgenres et non-binaires qu'une association française est parvenue à obtenir de la CJUE la suppression de la collecte de la mention de la civilité par les entreprises³⁹. Certes, la référence à l'autodétermination ne figure pas dans la décision de la CJUE, mais l'argument du droit au respect de l'identité de genre, sur le fondement duquel ce principe d'autodétermination a été dégagé, est bien invoqué par l'association requérante. D'ailleurs, je remarque que les juridictions constitutionnelles allemandes et belges, en 2017 et 2019, ont enjoint à leur parlement, au nom des droits fondamentaux des minorités de sexe, de supprimer la mention de sexe à l'état civil, si du moins les parlementaires ne voulaient pas reconnaître positivement ces minorités⁴⁰. Où l'on voit que débinaiser l'état civil pourrait non seulement aboutir à supprimer la mention de sexe à l'état civil pour les personnes qui en feraient la demande, mais potentiellement aussi pour tout le monde.

On le comprend, les conséquences du système de l'autodétermination du genre sont considérables pour le système sexe/genre d'identification des personnes mis en place par l'État. Reste à examiner comment vont être pris en compte les intérêts et droits des tiers (y compris l'État) dans ces changements à venir.

II. Prendre en compte les intérêts des tiers

La prise en compte de ces intérêts peut se faire d'une part lors de l'identification proprement dite des personnes (A) ou d'autre part lors de la mise en œuvre des règles dépendant du sexe, au sens large indiqué plus haut (B). En effet le sexe n'est pas qu'un instrument d'identification, il est aussi une condition de l'application de toute une série de normes juridiques.

A. Quelle prise en compte dans le système d'identification du sexe ?

Concernant le système d'identification du sexe, tous les changements invoqués plus haut vont nécessiter d'importantes mises à jour des logiciels, ce qui aura un coût. Les entités devant supporter de tels coûts ne pourraient-elles pas avancer à ce titre un argument économique pour s'opposer à ces évolutions ?

³⁸ V. sur le droit maltais L. HERAULT (dir.), *op.cit.*

³⁹ CJUE, *Moussa*, *op. cit.*

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, 10 oct. 2017, 1 BvR 2019/16 et Cour constitutionnelle belge, 19 juin 2019, n°99/2019. Depuis lors, le Parlement allemand a progressivement ouvert la possibilité pour toute personne de se faire enregistrer comme « divers » ou sans mention de sexe, outre les options du masculin et du féminin (Loi du 21 juin 2024 sur l'autodétermination du genre, dite Loi « SBGG », sur laquelle v. P. Michel « La loi sur l'autodétermination du genre entre en vigueur : l'Allemagne montre-t-elle la voie ? », *Le Club des Juristes*, 7 nov. 2024), tandis que le ministre de l'intérieur belge a annoncé aux médias qu'il ouvrirait la possibilité aux personnes non-binaires en faisant la demande de supprimer le marqueur de sexe (T. RENSON, « Een wereldwijde primeur rond 'M/V/X': België kiest voor twee soorten identiteitskaarten, maar oogst ook kritiek », *GV&A*, 1^{er} avr. 2025).

En 2021, la Cour suprême du Royaume-Uni a pu refuser la délivrance d'un passeport non-binaire en s'appuyant notamment sur les millions de Livre sterling que cela coûterait, tout en indiquant que cet élément n'était pas à lui seul déterminant de sa décision⁴¹. La Nouvelle-Zélande, également, a pu défendre un argument similaire pour justifier le maintien d'une mention de sexe sur les passeports⁴², tandis que le ministère de l'enseignement supérieur français, selon nos informations, a refusé de modifier le logiciel d'inscription des élèves, compte tenu des coûts que cela entraînerait.

Il n'est pas sûr toutefois que de tels arguments soient toujours entendables au regard du droit des données personnelles, du moins tel que réglementé en droit européen. En effet, l'article 23 du règlement général à la protection des données (RGPD) ne permet de déroger aux principes d'exactitude, d'adéquation et de minimisation des données qu'en cas d'intérêt économique *important* pour un État, ce qui *primo* exclut de tels motifs pour les entreprises et *secundo* réduit la possibilité pour l'État de l'invoquer dans les cas de moindre importance. Or, tel nous semble être ici le cas, d'autant que toute la philosophie du RGPD, telle qu'exprimée dans son préambule, est de renforcer les droits et libertés des personnes.

En revanche, le droit à l'autodétermination, toujours vis-à-vis du seul système d'identification, ne pourrait-il pas trouver quelques limites dans les droits des tiers ? Par exemple, une enfant ou une conjointe d'une personne transgenre pourrait-elle refuser que ses propres documents d'état civil, reflétant la mention de sexe de son parent ou conjoint transgenre, ne soient rectifiés, en avançant son souci de ne pas perturber les liens familiaux ? Le droit français n'offre pas vraiment de réponse cohérente, exigeant parfois le consentement de la personne tierce dont l'état civil est modifié de manière subséquente, parfois non⁴³. Un raisonnement fondé sur le RGPD commanderait de ne pas exiger le consentement des autres membres de la famille, dans la mesure où ce changement d'intitulé ne modifie pas leurs droits.

En revanche, sitôt que leurs droits seraient en jeu, les tiers devraient avoir le droit de contester les décisions de changement de sexe ou de genre des personnes. En effet, dès lors que le rattachement à un sexe produit des conséquences, il faut pouvoir démontrer qu'on appartient réellement à la catégorie revendiquée. Les tiers, disposant d'un droit d'accès à un tribunal, devraient donc pouvoir contester un genre à leurs yeux frauduleusement déclaré par une personne. L'autodétermination du genre ne veut donc pas forcément dire le subjectivisme absolu, contrairement à ce qui est parfois soutenu. Ici encore⁴⁴, c'est moins une suppression qu'un déplacement : déplacement du contentieux de l'amont vers l'aval du changement d'état civil. L'autodétermination n'exclut donc pas le contrôle du sexe, sitôt que restent associés à ce dernier des droits spécifiques. Ceci m'amène alors d'autre part à la question des règles dépendant du sexe.

⁴¹ UK Supreme Court. See: R (*on the application of Elan-Cane*) (*Appellant*) v *Secretary of State for the Home Department* (*Respondent*), § 21.

⁴² *International Civil Aviation Organization, A Review of the Requirement to Display the Holder's Gender on Travel Document* 7, 2012.

⁴³ L. HERAULT (dir.), *op. cit.*, comparant le régime du changement de prénom avec celui du changement de sexe entraînant un changement de prénom. Le ministère de la justice français évoque cette difficulté d'ailleurs dans son rapport de septembre 2025, intitulée *Rapport d'évaluation de l'application de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle sur la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil* et formule une proposition de réforme à cet égard (Recommandation n° 6).

⁴⁴ Rapp. *supra* ce qu'on a vu sur la biologisation du sexe déplacée de l'acte au bulletin de naissance.

B. Quelle prise en compte des tiars dans les règles assises sur le sexe ?

Bien que nos États aient proclamé formellement dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 l'égalité des hommes et des femmes, nombre de règles continuent à dépendre du sexe et pas toujours pour de bonnes raisons. Dès lors, la perturbation des règles sur l'état civil vient nécessairement affecter ces règles, ce qu'avait d'ailleurs perçu le Parlement Suédois⁴⁵, premier au monde à accepter le changement d'état civil en 1972⁴⁶. Or, cette notion de sexe, sur laquelle reposent ces règles, est quelque peu archaïque, car présupposant que sexuation et genre seraient toujours alignés, alors qu'il n'en est rien. D'où des problèmes considérables pour les personnes transgenres et intersexuées.

Il est très important que, pour les règles existantes et qui dépendent du sexe, les autorités responsables de leur application déterminent si elles souhaitent renvoyer à la sexuation ou au genre. Certes, cela ne sera pas toujours aisé, notamment pour les toilettes ou le sport. Toutefois, le fait de trancher permettra peut-être aussi parfois de sortir des idées reçues. Par exemple, en sport, on pourrait envisager qu'en explicitant que ce qui compte, pour la performance sportive, c'est moins le genre que la sexuation, cela conduise à terme à classer les individus dans des catégories sportives plus pertinentes que leur seule sexuation : le poids, la hauteur, le tonus musculaire, etc. De même, dans la parenté, dans l'accès à l'assistance médicale à la procréation ou aux congés parentaux, en passant par la filiation, on pourrait être amené à considérer que s'il est important que les parenz* soient genræs* correctement pour tout ce qui concerne les effets de la filiation, il est en revanche pertinent, pour l'accès à l'assistance médicale à la procréation ou l'établissement de la filiation, de davantage se référer à la sexuation⁴⁷. Notons parfois que cette clarification de la catégorie de sexe pourrait non seulement permettre de respecter les droits des personnes transgenres, mais aussi de protéger plus efficacement les droits des personnes cisgenres qui, en l'état de cette ambiguïté de la notion de sexe, peuvent en effet ne pas être correctement protégées. C'est par exemple ce qu'a jugé en 2018, non sans malice, la Cour constitutionnelle bulgare, estimant que la confusion des notions de sexuation et de genre par la Convention d'Istanbul (du moins telle que traduite en bulgare) était problématique pour la protection effective des droits des femmes⁴⁸. On pourrait ainsi dire, plus généralement, que la déconstruction de la notion de sexe, pourvu que soit bien précisée si cela renvoie à la sexuation ou au genre, serait aussi de nature à désessentialiser la catégorie de femmes, ce qui devrait à terme conduire à quelques progrès.

⁴⁵ Suède, Projet de loi n° 6 de 1972, spé. p. 17 et 44, <https://data.riksdagen.se/fil/2F6D75B0-F382-44F8-ADE4-FE822854FCA5>.

⁴⁶ Socialstyrelsen, *Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar. Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd*, Stockholm: Socialstyrelsen, 2010, p. 13, <https://fpes.se/wp-content/uploads/2012/01/Utredning20100630.pdf>, cité par J. Garland « The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Sweden », in J. Sherpe (dir.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Cambridge : Intersentia, 2015.

⁴⁷ V. en ce sens, Cass. 1re, civ., 16 sept. 2020, à propos de la filiation et de l'autorité parentale et CC, 8 août 2025, no 2025-1145 QPC, à propos du congé parental.

⁴⁸ Cour constitutionnelle bulgare, 27 juill. 2018, n° 65, <https://www.constcourt.bg/bg/act-6340>.

La personne intersexe au prisme du droit international. Sexe ou genre *versus* sexe et genre

Par Carine LAURENT-BOUTOT,

Maîtresse de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Limoges,

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ-UR14476).

La qualification est indispensable en droit et pourtant le juriste demeure trop souvent démuni face à une fâcheuse posture du législateur consistant à user de mots qu'il s'abstient de définir. *De facto* de nombreuses notions, institutions même, échappent à cet effort, abandonnant chercheurs et praticiens à des abîmes de perplexité. Il faut néanmoins statuer de manière cohérente sur des situations nouvelles, sur les revendications à l'égard de droits subjectifs de plus en plus précises, alors que le droit ne l'est pas. Qu'est-ce qu'une famille ? Quelle est la géométrie de l'intérêt supérieur de l'enfant et comment le coordonner avec nos normes nationales ? Entre autres questions... D'autant que la difficulté ne s'arrête pas à un discours de science juridique. Saisir le sens des mots implique de confronter leur usage dans d'autres disciplines, qui en ont possiblement des perceptions différentes, autonomes. Pour se convaincre de la difficulté de l'exercice, il suffit d'évoquer les termes d'altération ou d'abolition du discernement en psychiatrie, d'addiction en sciences dites exactes ou humaines et sociales, ou encore de vulnérabilité(s).

Les mots sexe et genre reflètent ces difficultés, mais ils cristallisent surtout bien des divergences, des vives tensions. Elles ne sont que le reflet de problématiques plus générales : celles du manque de dialogue entre les sciences et d'une écoute trop parcellaire des arguments portés par une société civile elle-même divisée sur ces questions. L'exercice conduisant à user de ces mots s'avère alors périlleux, susceptible de heurter et les précautions prises sont nombreuses. En effet, ces termes sont mobilisés afin d'aborder les situations d'un très grand nombre de personnes dont l'orientation sexuelle ou/et l'assignation sont questionnées. Les personnes nées intersexuées sont regroupées dans les discussions relatives à l'identité de genre, mais la spécificité de leur situation est souvent ignorée, parfois confondue avec celle des personnes transgenres ou « trans (personnes) »¹. Pourtant, les « intersexes » sont à l'origine des premières investigations menées sur les questions du genre, entendu sous un angle scientifique « comme « identité profonde » de l'individu »². Le Haut-commissariat aux droits de l'Homme des Nations définit les personnes intersexes comme nées « avec des caractères sexuels (génitaux, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins »³. Or, comme le souligne Ilana Löwy, le sexe social étant « construit sur un

¹ Terme emprunté à C. CARAYON, entrée « Trans (personne) », in C. LAURENT-BOUTOT, Y. LECUYER, D. THARAUD (dir.), *Dictionnaire thématique de la Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 418-420.

² Pour une approche historique voir tout particulièrement : I. LÖWY, H. ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n°34, pp. 5-16.

³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Violations des droits humains contre les personnes intersexes*, 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/discrimination/lgbt/2022-12-19/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople-FR.pdf>.

mode binaire », les personnes présentant un « double sexué » sont confrontés à une « urgence sociale », « un besoin impératif d'aligner des corps avec des catégories sociales légitimes »⁴. L'évolution de la médecine a conduit les enfants nés intersexués à suivre des traitements leur imposant de remédier à l'ambivalence de leurs corps, voilant pudiquement une condition pourtant si essentielle : celle du consentement. Car, il est un chemin qui n'est pas fréquemment parcouru par l'enfant, celui qui mène au choix de l'assignation ou celui qui conduit au renoncement à celle-ci. En effet, la première voie est empruntée par les adultes parents et la seconde est proscrite par la majorité des droits nationaux. Ainsi, aujourd'hui encore l'avenir de l'enfant né intersexué est dominé par l'autorité parentale et le diagnostic médical. Finalement le concernant, la littérature scientifique se polarise davantage sur le parcours de santé imposé, moins sans doute sur les questions de sexe de la personne présentant une « variation du développement génital ». La raison en est peut-être que ce corps appartient aux deux sexes reconnus par le droit et se fonde mal dans une conception sociologique et juridique plus féministe du genre, qui interroge davantage la domination du masculin. Ces riches discussions doctrinales sont formidablement bienvenues tant elles sont nécessaires pour comprendre les enjeux de l'égalité et de la lutte contre les discriminations, qualification dans laquelle la situation des trans (personnes) est parfaitement envisagée⁵. Il n'en demeure pas moins que la personne née intersexuée est trop souvent abandonnée sur le bord du chemin, alors même que son corps est nié voire effacé par les pratiques médicales consistant à l'assigner à un sexe, quitte à lui imposer des souffrances indescriptibles. C'est omettre sans doute que ce sont ces corps qui ont originellement suscité les études anthropologiques, puis de sexologie et enfin de biologie qui entre autres ont conduit à développer les techniques médicales permettant de séparer sexe et genre. Et pourtant, les personnes nommées jadis « hermaphrodites » furent et sont parfois encore corrigées afin que, dès l'enfance, elles puissent se fondre dans une normalité sexuée souhaitée par leurs parents⁶. L'ombre reste le repli des personnes intersexes, simplement parce que le temps ne leur est pas accordé afin de réfléchir sur le sexe ou le genre qu'elles entendront choisir. Il est vrai que leurs spécificités physiques révèlent des variations incroyablement diverses, mais selon les études, elles concernent jusqu'à 4% des naissances⁷. En France, un rapport sénatorial révèle que plus de 12 000 enfants peuvent naître intersexués sur le temps d'une seule année⁸. Le silence qui les entoure devient assourdissant surtout lorsqu'est prise la mesure des violences médicales dont ils sont parfois victimes. Il conduit à s'interroger sur la posture « misopède » du

⁴ I. LÖWY « Intersexe et transsexualité : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n°34, pp. 81-102.

⁵ Voir plus spécialement les travaux menés par REGINE (programme de recherche et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe), particulièrement l'ouvrage dirigé par S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN, *Ce que le droit fait au genre*, A droit ouvert, Dalloz, 2013, 287p. ; C. CARDI, A.-M. DEVREUX, « Le genre et le droit : une coproduction », *Cahiers du genre*, 2014/2 n°57, pp. 5-18.

⁶ L. MARTINER, C. BOUVATTIER, « Les enfants présentant une variation du développement génital », *Bull. de l'Académie nationale de médecine* 2022, n°206, p. 424. C. GAGNON, « L'injustice épistémologique vécue par les personnes intersexuées : l'effacement des corps sexés comme violence institutionnelle », *Revue canadienne de bioéthique*, 2024, vol. 7, n°2-3, pp. 12-22.

⁷ C. KRAUS, C. PERRIN, S. REY, L. GOSSELIN, V. GUILLOT, « Démédicaliser les corps, politiser les identités : convergences des luttes féministes et intersexes », *Nouvelles questions féministes*, 2008/1, vol.27, pp. 4-15.

⁸ Soit environ 1,7% des naissances : Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions : <https://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf>.

droit à leur égard⁹. Cette notion identifiée en sciences médicales comme une « lésion de l'amour de la progéniture », les père et mère étant au centre de ce rapport dysfonctionnel¹⁰, est aujourd'hui redessinée par les sciences humaines et sociales¹¹ considérant qu'elle recouvrirait les situations dans lesquelles la souffrance des enfants est ignorée « soit parce qu'on suppose qu'ils ne souffrent pas, soit parce qu'on estime qu'ils doivent maîtriser leur souffrance. L'avis des enfants ne compte pas, ils doivent se plier aux règles de la société »¹². La citation est éclairante pour l'enfant né intersexué, à l'égard duquel il n'est sans doute pas aberrant de considérer que la misopédie a pu contaminer le droit¹³.

Il faut cependant nuancer ce propos car depuis le début des années 2000, les personnes intersexes cherchent à sortir de l'ombre et leur démarche est soutenue par l'émergence d'un droit supranational reflété par quelques jurisprudences et par la *soft-law* développée par les organisations internationales et européennes. Bien que largement perfectibles, ces sources tendent à prendre en considération la situation des personnes intersexuées et à garantir leurs droits fondamentaux. Il n'en demeure pas moins que si louables soient ce droit embryonnaire, les personnes intersexuées demeurent très largement invisibilisées (I), probablement d'ailleurs en raison des tensions que soulève la qualification de genre à leur égard (II).

I. L'invisibilisation juridique de l'identité intersexuée

Il ne faut pas révéler, semble-t-il, que la nature ne garantit pas à tous les êtres humains un sexe nettement et absolument déterminé, alors même que les sciences médicales connaissent parfaitement la multitude des variations du développement¹⁴. Or, si la science n'ignore pas l'enfant intersexué, il semble important de soutenir que le droit est la cheville ouvrière de cette invisibilisation. Il faut donc rechercher les facteurs de celle-ci, pour en assimiler les conséquences, ceci permettant de constater que droit et médecine sont intriqués, scellant le sort des personnes intersexuées.

A. *Les facteurs de l'invisibilisation* des personnes intersexuées tiennent évidemment et, en tout premier lieu, aux droits nationaux qui ne saisissent pas, pour la majorité, la spécificité de leur situation. Cette indifférence accompagne donc un consensus international et européen tendant à nier leurs corps. Le mur de cette convergence des

⁹ La misopédie peut être entendue comme la haine (*miséo*), la détestation de l'enfant (*païdos*) ou de l'instruction (*païdeïa*). Ce terme est plus particulièrement présent dans le dictionnaire de la langue française Littré, dans le supplément paru dès 1886, p. 231, accessible sur le site Gallica.

¹⁰ P. ALPHONSE, *Catalogue des sciences médicales, 1857-1889*, Tome 2, p. 61, relevant les études menées par le Dr. Ph. BOILEAU DE CASTELNAU, *Annales médico-psychologiques*, Paris, Martinet, 1862 (auxquelles nous n'avons pas eu accès). Ces travaux sont retranscrits dans le journal de médecine légale du 1^{er} janvier 1862 (p. 10 et 11), qui précise que le praticien envisage la misopédie comme une « aversion particulière qui pousse les pères et mères dénaturés à se faire les bourreaux de leurs propres enfants ». Ces documents sont accessibles sur le site Gallica.

¹¹ C. KOVACSHAVY (dir.), *Misopédie – La domination adulte dans les discours contemporains, I – Définir*, Le Hêtre, 2024, v. l'introduction, pp. 9-21

¹² O. MAUREL, *Où, la nature est bonne !*, Paris, R. Laffont, 2009, p.264.

¹³ C. LAURENT-BOUTOT, « L'intersexuation de l'enfant saisie par le droit : l'expression d'une misopédie juridique ? », in C. KOVACSHAVY (dir.), *Misopédie – La domination adulte dans les discours contemporains, I – Définir*, Le Hêtre, 2024, v. l'introduction, pp. 135-149.

¹⁴ Pour une compréhension de la diversité des cas, il est opportun de se référer à l'avis n°132 du CCNE relatif aux questions éthiques soulevées par la situation des personnes ayant des variations du développement sexuel ; L. LAMARCHE, « Variations du développement sexuel : questions éthiques pour les personnes intersexes », *Droit de la famille*, 2020, n°4, Alerte 27.

droits internes à chaque pays tend à immobiliser les forces supranationales les plus effectives à inciter les États à faire évoluer la législation en leur faveur.

1. Les droits nationaux admettant que le sexe ne soit pas au cœur de l'identification des personnes intersexuées sont extrêmement peu nombreux, une poignée véritablement. Pour ne s'en tenir qu'à l'espace européen, l'Allemagne et Malte admettent le sexe neutre sur les actes d'état civil et/ou les pièces d'identité. D'autres pays considèrent qu'il est possible de reporter à l'infini la mention du sexe : c'est le cas de la Finlande et du Portugal. En dehors de l'espace européen, une grande minorité d'États élaborent différents dispositifs, c'est le cas de l'Australie, de l'Afrique du Sud, de la Malaisie, du Népal ou de la Nouvelle Zélande. Certains admettent la mention X, y compris sur les passeports. Cependant la plupart des États n'articulent leur droit qu'autour de la binarité féminine et masculine, à l'image de la France qui n'a que fort peu progressé à l'occasion des réformes en droit de la bioéthique. Ainsi, l'assignation à un sexe est décidée lors de la déclaration de naissance puis mentionnée dans l'acte de naissance qui doit, en principe, être rédigé dans les 5 jours¹⁵. Afin de prendre en considération la situation des personnes intersexuées, la dernière loi bioéthique du 2 août 2021 a inséré un alinéa 2 à l'article 57 du Code civil, qui permet de reporter de 3 mois cette mention si l'enfant présente une variation du développement génital. D'aucun pourrait penser qu'il s'agit là d'une dégradation de l'état du droit antérieur, tel que prolongé par la circulaire du 28 octobre 2011, qui offrait un délai de 1 à 2 ans¹⁶. Tel n'est pas le cas. En effet, la circulaire renvoyait les parents vers le médecin afin que celui-ci les aide, dès la naissance, à déterminer le sexe probable ou prévisible à la suite de traitements. Ce n'est donc que subsidiairement que le délai était accordé avec l'accord du procureur de la République, afin de laisser le temps aux « traitements appropriés » de faire leur œuvre. Les parents étaient d'ailleurs invités à choisir un prénom tant adapté aux filles qu'aux garçons. Désormais le droit positif, tel que complété par une circulaire du 8 septembre 2023¹⁷, permet à l'officier d'état civil sur autorisation du procureur de la République de ne pas mentionner le sexe sur l'état civil. Il suffit pour cela de disposer d'un simple certificat médical. Dans les trois mois à compter de la naissance, un sexe médicalement constaté doit être porté en marge de cet acte, éventuellement accompagné d'un changement de prénom. Ceci étant, l'article 99 du Code civil facilite, par la suite, la modification du sexe pour les personnes, y compris mineures, présentant une variation du développement génital par l'intermédiaire d'une rectification d'état civil prononcée par le Président du tribunal judiciaire, s'il est médicalement constaté que son sexe ne correspond pas à celui figurant sur son acte de naissance. Cette mesure s'accompagne de précautions prévues par la circulaire de 2023 afin de préserver le droit au respect de la vie privée. Ainsi, l'officier d'état civil amené à délivrer la copie intégrale d'un acte d'état civil devra intégrer le sexe de l'enfant et, le cas échéant, les noms et prénom(s) modifié(s), dans le corps de l'acte et supprimer visuellement les mentions marginales correspondantes. Malgré cette évolution notable du droit, les personnes intersexuées sont obligatoirement rattachées à un sexe, qui ne correspond pas nécessairement à la réalité de leur corps, si tant est évidemment que celui-ci n'ait pas été modifié.

¹⁵ Art. 55 du Code civil.

¹⁶ Circulaire relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, point 55, BOMJL du 30 novembre 2011.

¹⁷ Ministère de la Justice, *Circulaire du 8 septembre 2023*, JUSC 2324169C ; C1/1.6.9/202330001103/RW.

2. La jurisprudence européenne n'a pas encore eu l'occasion de faire échec à la tentation du recours à la chirurgie corrective. Nombreux sont les exemples d'États permettant ce qui ne peut être qualifié que de mutilations. Elles sont unanimement condamnées, par les organisations internationales, par les comités éthiques, qui considèrent que l'intervention ne devrait être envisagée que lorsqu'elle est vitalemment nécessaire, dans des cas extrêmement isolés¹⁸. Tous considèrent que si l'intervention peut être reportée, elle doit l'être de manière à associer la personne aux choix médicaux qui la concerne, selon son consentement¹⁹. Afin de se convaincre de la gravité des pratiques, il faut se reporter à la décision d'irrecevabilité rendue dans l'affaire *M. contre France*²⁰. Elle concerne une personne née intersexuée en 1977, son corps étant « caractérisé par une petite verge enlisée, deux testicules, une cavité vaginale, un orifice unique, un caryotype XY, pas d'utérus ni de dérivé müllérien ». Le parcours de santé se ponctue de multiples opérations et traitements de féminisation : les actes médicaux consistant en une castration, une clitoridoplastie, une dilatation du vagin par bougirage, une vulvoplastie. Ce chemin de souffrances dure des années et aboutit à un échec causant de graves troubles psychologiques, un statut de travailleur handicapé. Ce n'est qu'à l'âge adulte que la requérante prend véritablement conscience de sa situation et alors que l'infraction pénale de violence volontaire sur mineure de quinze ans est prescrite²¹. Devant la Cour européenne, elle se heurte à une cause d'irrecevabilité, faute d'avoir invoqué devant les juridictions nationales l'article 3 de la Convention, qui interdit toute forme de traitement dégradant, inhumain ou de torture. Elle n'a donc pas épuisé les voies de recours internes. La décision est un peu décevante dans la mesure où le juge strasbourgeois ne s'interdit pas systématiquement quelques libertés avec ce motif d'irrecevabilité lorsque les droits intangibles sont frappés au cœur, particulièrement lorsque l'État est défaillant à l'égard de son obligation positive de prévention de la torture. Cependant, malgré l'irrecevabilité de la requête, la Cour souligne que les faits relèvent bien de l'article 3. Elle invite la France à faire cesser les interventions chirurgicales non nécessaires, douloureuses, stérilisantes sur les enfants intersexués. Elle prolonge en ce sens les travaux d'autres organes de contrôle supranationaux. En effet, comme le souligne le Professeur Moron-Puech : « en France par exemple, malgré plusieurs interpellations des autorités françaises par les comités onusiens en 2016 et quelques rapports non contraignants d'autorité publique, rien n'a changé dans les pratiques médicales. Depuis 1970, ces pratiques médicales ont même été rationalisées du point de vue du financement, des structures d'accueil ou du parcours médical. C'est par exemple ainsi qu'entre 2011 et 2020, quelques deux cents enfants de moins de quinze ans ont subi la pratique traumatisante du bougirage, remboursée par la sécurité sociale et consistant pour le médecin, puis les parents ou l'enfant, à insérer une "bougie" dans le vagin nouvellement créé ou allongé afin d'éviter qu'il ne se referme »²². Cette décision permet de saisir que le corps intersexué est rejeté, il faut le conformer,

¹⁸ M.-X. CATTO, « La loi bioéthique et les intersexes », *JDSAM* 2020/1, n°25, pp. 64-76 ; « La loi bioéthique et les intersexes : contraindre les médecins ou conférer un cadre à leur pratique ? », *JDSAM*, 2022/2, n°32, pp. 52-57.

¹⁹ Sur cette question, voir les propositions du Comité directeur pour les droits humains dans le domaine de la biomédecine et de la santé et Comité directeur pour les droits de l'enfant du Conseil de l'Europe, *Guide sur la participation des enfants aux décisions concernant leur santé*, Éditions du Conseil de l'Europe, Avril 2024.

²⁰ Cour EDH, *M. v. France*, n°42821/12, arrêt du 26 avril 2022.

²¹ B. MORON-PUECH, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? », *RAJSP*, n°15, juin 2018, pp. 71-104

²² B. MORON-PUECH, « La conformation sexuée. Qualification et régime juridique de la torture et autres traitements inhumains et dégradants (tierce intervention sous CEDH, M. c. France, n°42821/18) », *RDLF* 2022, chron., n°06.

assigner grâce à la médecine et au droit, dans le respect d'une autorité parentale soucieuse de l'appartenance sociale. « Il s'agit de faire entrer une diversité naturelle dans une dichotomie culturelle »²³.

B. *Les effets de l'invisibilisation* sont alors flagrants, le corps intersexué est capturé par la médecine et celle-ci guide les droits nationaux, sous le regard impuissant des juridictions européennes ou des organes de contrôles onusiens.

1. Le droit se maintient en repli derrière la médecine qui préside à la destinée de l'enfant né intersexe. Même si le Comité national de bioéthique encourage à l'attente, réproouve l'intervention si le pronostic vital n'est pas engagé, les mots de la loi placent l'enfant sous le haut patronage des acteurs du parcours médical²⁴, en l'envisageant sous l'angle de la pathologie²⁵. Certes, les termes ont changé et les formules « d'ambiguïté sexuelle » ou de « pseudohermaphrodisme » ont disparu. Cependant, aujourd'hui encore, il n'est pas interdit formellement d'intervenir médicalement dans tous les cas d'ambiguïté, alors même que le principe de nécessité justifie une limitation drastique de l'intervention à un stade précoce. En cela, la dernière loi bioéthique du 2 août 2021 n'aura apporté que de très relatifs progrès²⁶. Le droit va encadrer la possibilité d'intervention individuelle du médecin en imposant la prise en charge des enfants par des équipes pluridisciplinaires, évoluant au sein de centres spécialisés. L'objectif est de poser un diagnostic construit, de présenter des propositions thérapeutiques et leurs conséquences, ce dans le respect du principe de proportionnalité qui implique que « l'acte médical ne doit pas faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ». L'abstention thérapeutique est aujourd'hui une proposition clairement énoncée. L'obligation d'information de l'enfant et de sa famille est aussi formellement exigée dans le Code de la santé publique en son article L. 2131-6²⁷. Cependant, la loi n'a pas interdit les opérations dénuées d'urgence, y compris chez les jeunes enfants²⁸. Hélas, la question du consentement éclairé de l'enfant, prescrit par l'article L. 111-4 du Code de la santé publique, ne se posera que si le temps lui est laissé, ce que le droit français n'accompagne en aucune manière, en ne concédant aux parents que trois mois avant de se déterminer quant au choix du sexe de

²³ B. PASTORELLI, « Mon sexe est-il mon genre ? », *The conversation*, <https://theconversation.com/mon-sexe-est-il-mon-genre-230942>

²⁴ A. BOISGONTIER, « Neutralité scientifique, neutralité juridique ? La prise en charge de l'intersexuation appréhendée dans le cadre de la loi bioéthique », *RDH*, 2023, n°24, pp. 1-18.

²⁵ C. GAGNON, « L'injustice épistémique vécue par les personnes intersexuées : l'effacement des corps sexés comme violence institutionnelle », *Revue canadienne de bioéthique*, 2024, vol. 7, n°2-3.

²⁶ M.-X. CATTO, « La loi bioéthique et les intersexes », *JDSAM* 2020/1, p. 64.

²⁷ Art. L.2131-6 du CSP : « La prise en charge d'un enfant présentant une variation du développement génital est assurée après concertation des équipes pluridisciplinaires des centres de référence des maladies rares spécialisés, dans les conditions prévues à l'article L. 1151-1. Cette concertation établit le diagnostic ainsi que les propositions thérapeutiques possibles, y compris d'abstention thérapeutique, et leurs conséquences prévisibles, en application du principe de proportionnalité mentionné à l'article L. 1110-5. Ces informations et l'avis issus de la concertation sont portés au dossier médical de l'enfant. L'équipe du centre de référence chargée de la prise en charge de l'enfant assure une information complète et un accompagnement psychosocial approprié de l'enfant et de sa famille et veille à ce que ces derniers disposent du temps nécessaire pour procéder à un choix éclairé.

Lors de l'annonce du diagnostic, un membre de l'équipe pluridisciplinaire du centre assurant la prise en charge de l'enfant informe les titulaires de l'autorité parentale de l'existence d'associations spécialisées dans l'accompagnement des personnes présentant une variation du développement génital et, le cas échéant, de la possibilité d'accéder à un programme de préservation de la fertilité en application de l'article L. 2141-11.

Le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». Le texte est complété par l'arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prises en charge des enfants présentant des variations du développement génital : JORF n°0266 du 17 novembre 2022.

²⁸ M.-X. CATT CATTO, « La loi bioéthique et les intersexes : contraindre les médecins ou conférer un cadre à leurs pratiques ? », *Bull. de l'Académie nationale de médecine*, 2022, n°202, p. 412.

leur enfant. Ce droit restrictif est tellement ancré dans la marge nationale d'appréciation des États qu'il ne permet pas aux organes supranationaux d'accompagner valablement les victimes premières de ces conformations.

2. Les organes supranationaux de contrôle sont impuissants. Trois raisons expliquent l'ineffectivité de leurs interventions. La première tient aux causes des recours, la deuxième à la marge nationale d'appréciation des États et la troisième à la force normative des sources.

(i) Concernant les causes des recours, elles s'articulent essentiellement autour des pratiques médicales. Celles-ci ne peuvent être que sanctionnées particulièrement sur le fondement de la prohibition de la torture, des traitements inhumains et dégradants. Pour ne s'en tenir qu'aux interprétations fournies à l'égard de l'État français et ne revenant pas sur la décision *M. contre France* déjà présentée, il importe de prendre en considération aussi les travaux du Comité des droits de l'enfant²⁹, mais également du Comité contre la torture des Nations-Unies³⁰. Ces organes de contrôle, chargés de veiller au respect des célèbres Conventions internationales des droits de l'enfant et de lutte contre la torture s'interrogent, dans les rapports périodiques, sur les pratiques médicales de conformation sexuelle menées en France à l'égard des enfants intersexués. Récemment encore, le Comité des droits de l'enfant caractérise les pratiques françaises de violences faites aux enfants³¹. Cependant, les récriminations ne portent que sur la dimension médicale, mais ne se questionnent pas sur l'assignation binaire du sexe proposée par le droit.

(ii) Sur cette question cependant, la Cour européenne des droits de l'Homme a été interrogée et a rendu un arrêt le 31 janvier 2023³². Une personne biologiquement intersexuée avait été assignée de sexe masculin. À plus de 70 ans, elle sollicita du Tribunal de Tours une mention de sexe neutre. Cette juridiction admit cette requête, mais la décision fut réformée par la Cour d'appel d'Orléans que la Cour de cassation ne démentit pas. Le refus de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » auprès de l'état civil français est bien considéré par la Cour strasbourgeoise comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant. Cependant, elle refuse de condamner la France sur le fondement de l'article 8 de la Convention, alors même que le requérant insiste sur le fait qu'il n'agit que pour lui-même et non dans l'intention de faire changer la loi pour tous. Pour autant, malgré la souffrance et l'anxiété que la Cour reconnaît, elle précise qu'admettre le sexe neutre pour ce requérant en particulier aurait des répercussions sur l'ensemble des règles du droit français. Il appartient à la France, non à une juridiction sur un cas isolé, de réfléchir à l'inadéquation entre le cadre juridique du sexe et la réalité biologique des personnes intersexuées. Or, en ce domaine le législateur dispose d'une importante marge nationale d'appréciation dans la mise en œuvre de la Convention puisqu'il n'existe pas de consensus entre les États en faveur du sexe neutre. Sans l'identification d'une telle communauté de vues, la France ne se voit pas imposer une

²⁹ Comité des Droits de l'Enfant (CDE), *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, par. 47.

³⁰ Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, 10 juin 2016, CAT/C/FRA/CO/7, n°34.

³¹ CDE, *Observations finales concernant le rapport de la France valant sixième et septième rapports périodiques*, Violence à l'égard des enfants – Pratiques préjudiciables, pt b) et c), *Observations finales concernant le rapport de la France valant sixième et septième rapport périodique*, 4 décembre 2023, CRC/C/FRA/CO/6-7.

³² Cour EDH, *Y. v. France*, n°76888/17, arrêt du 31 janvier 2023.

obligation positive de modifier les règles relatives à son état civil et le droit au respect de la vie privée de cet “homme assigné” n’est pas violé.

(iii) La difficulté pour le droit international protecteur des droits humains d’entreprendre une politique de protection des droits des personnes intersexuées est clairement avérée et le concept de force normative peut l’expliquer scientifiquement³³. En effet, cet outil de diagnostic de la norme permet de considérer que si la source a une valeur normative forte, en ce qu’il s’agit de traités portés par le principe *pacta sunt servanda*, les interprétations fournies par les organes de contrôle n’ont qu’une garantie normative assez faible en ce qu’elles ne sont pas assorties de sanctions. Par voie de conséquence, la portée normative des décisions n’influe pas plus sur les pratiques ou les conduites que sur le droit. Donc, les sources comme les normes permettant de protéger les droits des personnes intersexuées existent en droit international et européen, particulièrement lorsqu’il s’agit de condamner les interventions précoces sur les corps des enfants privés du droit d’exprimer un consentement, mais il appartient aux États de concrétiser ces outils d’une part en éradiquant les pratiques médicales contraires au droit international et européen, d’autre part en proposant une évolution juridique favorable à leur reconnaissance par l’état civil. Sans nul doute, l’acceptation juridique des corps intersexués participerait de ce processus en ce qu’elle admettrait que l’humain ne naît pas nécessairement parfaitement homme ou parfaitement femme. Demeure alors entière l’interrogation consistant à considérer que l’enveloppe du genre est le meilleur moyen d’accueillir la personne née intersexuée.

II. Les tensions autour du genre de la personne intersexuée

La notion de genre est complexe, elle happe des perceptions extrêmement diverses selon les sciences qui la manipulent. La personne intersexuée semble bloquée entre les deux problématiques du sexe et du genre. Elle n’appartient pas à la binarité reconnue par le droit, mais elle ne peut pas davantage s’ancrer dans les discussions relatives au genre entendu comme s’opposant à une domination du masculin sur le féminin, y compris en ce qu’il permet la mobilité de l’assignation. Les personnes intersexes appartiennent aux deux sexes. À leur égard le questionnement est double, d’une part il consiste à les envisager sous l’angle du genre, d’autre part il impose de se demander si celui-ci est assez inclusif pour les accueillir.

A. *Révéler les personnes intersexuées par l’intermédiaire du genre* est tentant. En effet, la notion est aujourd’hui largement utilisée scientifiquement, en doctrine comme d’ailleurs dans la jurisprudence européenne³⁴. Même, certaines normes nationales tendent à préserver le genre en usant de ce terme³⁵. Ces accélérateurs de cette révélation du genre, en lieu et place du sexe ne doivent cependant pas masquer un certain nombre de freins juridiques.

³³ La valeur normative se rapporte à la force conférée par la source, la portée normative évalue la force exercée sur les destinataires, enfin, la garantie normative envisagée strictement correspond à la force attribuée par le système juridique. Sur ce concept voir : C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », in C. THIBIERGE *et alii*, *La force normative. Naissance d’un concept*. LGDJ, Bruylant, 2009, spéc. p. 821 et s.

³⁴ M.-X. CATTO, « En finir avec le sexe ? », *Intersections*, RSGD, 2024/1, <https://revue-intersections.parisnanterre.fr/index.php/accueil/article/view/49>

³⁵ Notamment et de manière non exhaustive mais très significative en droit pénal, l’article 225-4-13 du Code pénal, sanctionnant depuis une loi du 10 mai 2024, les pratiques visant à modifier l’orientation sexuelle ou l’identité de genre. Il existe de nombreux textes faisant référence au genre dans le Code de la santé publique.

1. L'inclusion des personnes intersexuées dans la notion de genre apparaît peu discutée, tant dans la société civile que dans la *soft-law*, probablement parce que la terminologie anglaise *gender* semble unanimement reconnue dans la société contemporaine. Ainsi, l'acronyme LGBTQIA+, regroupe des personnes de différentes orientations sexuelles (lesbienne, gay, bisexuelle, aromantique, asexuelle), ou se reconnaissant dans différentes assignations (trans, *queer*). La personne intersexuée se fonde sans doute dans cette seconde "catégorie". Le sigle est volontairement inclusif, comme le révèle le « + » puisqu'il s'agit de n'omettre finalement aucune appartenance. Les organisations non gouvernementales dédiées à ces personnes ont été, le plus généralement, fondées sur la volonté de les protéger. Des structures nationales les accompagnent dans cette voie. C'est le cas en France de la délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT+, qui ouvre des lieux d'accueil pour les victimes d'exclusion ou de violence liées à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre³⁶. La lutte contre l'exclusion, la discrimination, la violence sont le soutien de ces structures. Ces dispositifs sont indiscutablement essentiels. Cependant, il demeure un écueil : la lutte contre toutes les formes de rejets subis par l'ensemble des personnes englobées dans l'acronyme LGBTQIA+ ne permet peut-être pas d'avancer avec clarté sur la spécificité de chacune, qui n'est pas concrètement saisie par l'ensemble de la société. Ainsi, l'orientation sexuelle n'est pas l'identité de genre. Toutes les personnes sont bien victimes d'exclusions et de violences répréhensibles, mais le droit devrait aussi se positionner quant à leur assignation à l'état civil, tant celle-ci conditionne notamment et très particulièrement pour les personnes intersexuées, les désespoirs des familles et les interventions chirurgicales prématurées.

Cette même assimilation se rencontre également en droit international dans les travaux d'organes déployant des instruments de *soft law*. Cela est particulièrement net dans les documents de travail fournis par le Haut-commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies³⁷, qui égraine l'ensemble des engagements internationaux rendant injustifiables les pratiques médicales³⁸, tout en plaidant pour la reconnaissance de l'identité de genre mais sans distinguer entre les trans-personnes et les personnes intersexuées³⁹. Il faut cependant souligner que l'émergence d'un droit propre se cristallise dans la résolution adoptée le 4 avril 2024 par le conseil des droits de l'homme⁴⁰. Au niveau européen, la ligne directrice est plus nette. Dès 2015, le Commissaire des droits de l'Homme élabore des documents de travail spécifiquement réservés aux personnes intersexes⁴¹. L'organisation internationale vient, très récemment le 7 octobre 2025, de formuler une recommandation historique. En effet, le Comité des Ministres du Conseil

³⁶ Délégation, interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, <https://www.dilcrah.gouv.fr/la-delegation/nos-missions>.

³⁷ Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, *Born Free and Equal*, 2019, HR/PUB/12/06/Rev.1, <https://www.ohchr.org/fr/publications/special-issue-publications/born-free-and-equal-sexual-orientation-gender-identity-and>

³⁸ *Ibid*, pp. 38-43.

³⁹ *Ibid*, pp. 74-77.

⁴⁰ Assemblée Générale des Nations unies, Lutte contre la discrimination, la violence et les pratiques préjudiciables à l'égard des personnes intersexes, A/HRC/RES/55/14, 8 avril 2024; <https://docs.un.org/fr/A/HRC/RES/55/14>. V. B. MORON-PUECH, « La résolution 55/L.9 du Conseil des droits de l'homme des Nations unies : un texte historique pour les personnes intersexuées », *JCP G*, 2024, n°18, act. 555.

⁴¹ Commissariat aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Droits de l'homme et personnes intersexes, 2015, <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes-document-thematique-public-p/16806da66e#:~:text=du%20Commissaire,-1.&text=Les%20traitements%20de%20détermination%20du,du%20sexe%20doit%20être%20respecté>.

le droit de l'Union s'oppose à la réglementation d'un État membre qui ne permettrait pas le changement des données relatives au genre inscrites dans les registres d'état civil d'un de ses ressortissants ayant exercé son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre. Cependant, dans les deux affaires évoquées, il s'agit de reconnaître certes une identité de genre, mais afin de réassigner la personne à un sexe. Or, la personne intersexuée, n'ayant pas fait l'objet de traitements médicaux n'appartient pas à un sexe, mais plus justement aux deux. Ainsi donc, le droit pense l'identité de genre à travers la question de la réassignation à un sexe, mais pas véritablement à travers celle du double sexué. *Quid* alors de la circulation d'un acte d'état civil allemand (par exemple) vers un pays ne reconnaissant pas le sexe neutre ?

B. *Les notions de sexe et de genre* demeurent insuffisantes lorsque les personnes intersexuées sont en cause. Malgré le caractère indiscutablement inclusif du genre, il n'est pas certain qu'il permette de lutter clairement contre « l'éradication de l'intersexuation »⁴⁷. Parce que le genre se rapporte au masculin et au féminin dans nos dictionnaires, ils se confondent dans l'esprit commun dès l'apprentissage. Parce que le genre est aussi un moyen de discuter la tension entre les sexes et l'orientation sexuelle, finalement ils fusionnent. Pour que la personne intersexuée soit clairement identifiée, il faut enrichir l'état civil d'un nouveau sexe, neutre, en complément du masculin et du féminin⁴⁸. Il permettrait d'accueillir et les personnes intersexuées et les personnes ne se reconnaissant dans aucune des deux assignations reconnues aujourd'hui. Certes, le consensus européen ne va pas en ce sens, mais seule cette voie est possible pour refléter les caractéristiques physiques, psychologiques et sociales de l'ensemble des personnes. Pour parvenir à rapprocher le droit de cette société diverse, cette évolution doit être pensée au plan certes national, mais aussi au sein de l'Union Européenne, probablement par l'intermédiaire d'un règlement dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile. Le chemin vers le consensus pourrait être ainsi engagé. Il ne sera pas abouti, mais entrouvert. Il n'entraînera pas les pays hors Union dans la reconnaissance de l'état civil renouvelé⁴⁹, mais pourra impulser un accueil inclusif au sein de nos territoires. Cela ne sera pas sans soulever de nouvelles difficultés car l'assignation au sexe masculin ou au sexe féminin emporte toute une série de droits, mais un nouveau sexe pourrait enrichir les recherches sur le genre en un sens beaucoup plus conforme à la réalité.

⁴⁷ B. MORON-PUECH, « Les droits des personnes intersexuées à la traîne », *Hommes et libertés*, 2018, n°181, pp. 14-16.

⁴⁸ M.-X. CATTO, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil », *Délibérée* 2018/2, n°4, pp. 10-14

⁴⁹ Comme le démontre le Tribunal fédéral de Suisse : G. SALAME, G. KESSLER, « Réflexions sur l'accueil du sexe neutre en droit international privé (à propos de la décision du Tribunal fédéral de suisse du 8 juin 2023) ; RCDIP, 2025/2, pp. 261-291.

Une prison sensible au genre ? Proposition de lecture critique du droit international de la détention à l'aune du genre

Par Maité SAULIER,
Maîtresse de conférences,
CY Cergy Paris Université.

La Convention de Genève de 1929 dédiée aux *prisonniers* de guerre comporte une règle propre aux *prisonnières* : en vertu de la deuxième partie de son article 3, « les femmes seront traitées avec tous les égards dus à leur sexe ». Cette convention n'explique pas ce que sont ces égards, pas plus qu'elle ne détaille les pratiques spécifiques auxquelles ils devraient conduire. Dès cette époque, le droit international de la détention¹ invite cependant à penser les femmes comme une catégorie de personnes détenues spécifique, distincte de la majorité masculine.

Quelques années plus tard, la troisième convention de Genève du 12 août 1949 précise cette approche : les « personnes du sexe faible »² doivent bénéficier « d'un traitement aussi favorable que celui qui est accordé aux hommes »³ et en être séparées au cours de la détention⁴. Les rédacteur·ices de l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus des Nations unies de 1955⁵ emprunteront une méthodologie législative similaire. Applicables aux *détenus*, ces normes ne font référence au sexe des personnes incarcérées que pour répartir femmes et hommes dans des lieux distincts⁶ et prévoir des « installations spéciales » pour les femmes enceintes ou convalescentes⁷.

L'examen des premiers textes internationaux dédiés à l'amélioration du sort des personnes incarcérées⁸ fait émerger un paradoxe dans l'articulation entre droit, sexe et

¹ Sur cette terminologie, D. SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs de l'Etat*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2015.

² V. le commentaire de l'article 14 de la III^e Convention de Genève du 12 août 1949, datant de 1960.

³ Art. 14. Le commentaire de 1960 de cette disposition détaille la notion d'égards en indiquant que « certains points doivent être retenus : a) la faiblesse ; b) l'honneur et la pudeur ; c) la grossesse et l'enfantement ».

⁴ Art. 97 ; art. 108.

⁵ Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, le 30 août 1955, puis révisé en 1977 approuvé par le Conseil économique et social, v. résolutions 663 du 31 juillet 1957 et 2076 du 13 mai 1977. Ces règles sont devenues en 2015 les « Règles Nelson Mandela ».

⁶ Règle 8.

⁷ Règle 23. 1).

⁸ Spéc. III^e Convention de Genève de 1949 ; Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955 ; Règles pénitentiaires européennes de 1973, révisées en 1987 ; Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement de 1988 (Résolution 43/173, Assemblée générale des Nations unies, 76^e séance plénière, 9 décembre 1988) ; Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus de 1990 (Résolution 45/111, 68^e séance plénière, 14 décembre 1990) ; Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté de 1990 (Dites Règles de Tokyo, Résolution 45/110, 14 décembre 1990). Il ne sera fait qu'exceptionnellement mention, dans cette contribution, des textes généraux de défense des droits humains qui peuvent comprendre quelques dispositions globales sur la privation de liberté, à l'image de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 (DUDH) ; de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950 (Conv. EDH) ; du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (PIDCP) ; de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

genre. Au plan terminologique, *le* détenu est considéré comme un sujet neutre et universel. Ces normes se destinent à « toute personne »⁹ ou mobilisent des catégories masculines prétendument neutres à des fins universelles¹⁰ (« le détenu », « le prisonnier », « tout individu »). Mais au plan substantiel, les femmes, catégorie distincte et séparée de celle des hommes¹¹, sont appréhendées au prisme de leur corps, par référence à leur fonction reproductive ou leur santé¹².

Cette approche datée et stéréotypée semble toutefois abandonnée depuis les années 1990. Dans le foisonnement des normes supranationales relatives à la privation de liberté¹³, plusieurs instruments juridiques ont été révisés ou créés pour développer un droit « sensible au genre » des personnes détenues¹⁴.

À l'étude, ces normes ont été adoptées pour mieux garantir les droits fondamentaux des personnes détenues femmes et LGBT+ par la mise en place de mesures spécifiques, visant à répondre à des besoins particuliers. Le genre devient alors un véritable critère de protection juridique : sa prise en compte peut favoriser l'effectivité des droits et permettre une lutte plus efficace contre les discriminations.

Mais une étude approfondie de ces règles et de leurs applications révèle qu'en construisant ces normes catégorielles, le droit véhicule, voire renforce simultanément certaines assignations et certains stéréotypes de genre. Le droit international ne se détache pas des normes de genre traditionnelles. Il contribue à la production de figures normatives féminine et masculine excluantes et à la pathologisation des minorités de genre. Le « genre-protection » constitue donc simultanément un « genre-assignation » :

⁹ Résolution 43/173 précitée.

¹⁰ III^e Convention de Genève de 1949 ; Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955 ; Résolution 43/173 précitée.

¹¹ Règles primaires évoquant le principe organisationnel de non-mixité : III^e Convention de Genève, art. 25, art. 29, art. 97, art. 108 ; Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955, règle 8 et règle 53.

¹² Règles primaires évoquant la maternité et/ou l'éducation des enfants par les femmes : Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955, art. 23.1, 1^{re} partie : « Dans les établissements pour femmes, il doit y avoir les installations spéciales nécessaires pour le traitement des femmes enceintes, relevant de couches et convalescentes » ; Résolution 43/173, Assemblée générale des Nations unies, 76^e séance plénière, 9 décembre 1988, spéc. Principe 5.2 : « Les mesures appliquées conformément à la loi et destinées exclusivement à protéger les droits et la condition particulière des femmes, *surtout des femmes enceintes et des mères d'enfants en bas âge*, des enfants, des adolescents et des personnes âgées, malades ou handicapées ne sont pas réputées être des mesures discriminatoires » (c'est nous qui soulignons) ; V. égal. en ce sens le 6^e congrès des NU pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, 1980, qui « recommande en outre que l'Organisation des Nations organisations gouvernementales et non gouvernementales dotées du statut consultatif, ainsi que toutes les autres organisations internationales, poursuivent leurs efforts en vue d'assurer aux femmes délinquantes un traitement équitable et juste pendant leur détention préventive, leur procès, leur jugement et leur incarcération éventuelle, en accordant une attention spéciale aux problèmes particuliers auxquels ont à faire face les femmes délinquantes, *comme la grossesse et le soin des enfants* » (c'est nous qui soulignons).

¹³ Sur ce sujet, D. SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs de l'Etat*, op. cit., pp. 4-5 qui note qu'il existe « un enchevêtrement des normes et des espaces normatifs relatifs à la privation de liberté. En effet, la prolifération ou l'inflation de normes et d'organes de contrôle des conditions de détention participe au phénomène de fertilisation croisée (ou cross-fertilization) ou de fécondation croisée. Si ces mécanismes permettent de « favoriser l'émergence et le développement [...] du corpus international de protection », ils engendrent des complications et des risques de perte de sens voire de contradiction » (citant, TURGIS S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Pedone, Paris, 2012, p. 19).

¹⁴ Dans cette contribution, cette expression désigne l'ensemble des instruments juridiques qui, rompant avec une conception formelle de l'égalité et érigeant le masculin en valeur universelle, incitent ou obligent à prendre en compte les expériences différenciées de la détention selon le sexe, l'identité de genre ou l'orientation sexuelle, afin de prévoir des aménagements spécifiques de la privation de liberté.

sous couvert de protection, le droit poursuit la construction de catégories genrées essentialisantes, qui peuvent atteindre la liberté individuelle.

Cette contribution entend donc démontrer que l'évolution contemporaine du droit international de la détention ne participe pas tant d'un mouvement d'*émancipation* à l'égard des catégories de genre que de leur *reproduction* sous des formes renouvelées. Elle se fonde sur l'étude des règles internationales relatives aux droits des personnes incarcérées, très rarement analysées à l'aune du genre en France¹⁵, autant que sur une étude systématique de la jurisprudence de la Cour EDH et des constatations des comités onusiens¹⁶. Ce terrain d'observation contentieux présente, de fait, certaines limites. Parce que numériquement minoritaires en détention, les femmes et les personnes LGBT+ n'initient que rarement un contentieux, qui plus est international. En outre, plusieurs études démontrent que des difficultés économiques, sociales et administratives sont spécifiquement rencontrées par ces personnes dans de nombreux pays pour organiser leur représentation juridique et dénoncer les violations de leurs droits¹⁷. Pour autant, une recherche systématique dans les bases de données onusiennes et européennes a permis d'identifier un corpus de référence pour la présente étude.

L'étude de la construction du genre-protection (I) précédera l'examen de la persistance du genre-assignation (II).

I. La construction du genre-protection

Au cours des années 1990, le droit international pénitentiaire s'est transformé pour tenir compte d'une approche sensible au genre des personnes détenues (A), ce qui a pu renforcer, à certains égards les droits des femmes et des personnes LGBT+ incarcérées (B).

¹⁵ Si au niveau interne, des études sur le genre carcéral existent, elles demeurent rares, particulièrement en droit. V. toutefois J. GATE, « Genre et droit pénal », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. MÖSCHEL, D. ROMAN (Dir.), *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013 ; A. JENNEQUIN, « Le traitement carcéral des rapports entre les sexes : la regrettable exception pénitentiaire », in P. DEMAYE-SIMONIE, V. MUTELET, F. VASSEUR-LAMBRY, *Explorer le champ lexical de l'égalité homme/femme*, Arras, Artois Presses Université, 2022, p. 151 ; J. GATE, « Les femmes détenues sont-elles des hommes comme les autres ? », in CNCNDH, *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, Paris, Doc. fr., 2014 ; A. AMADO, « Quelle place pour l'autre parent d'un enfant en prison ? », *Criminologie*, 2019, p. 119 ; *L'enfant en détention en France et en Angleterre : contribution à l'élaboration d'un cadre juridique pour l'enfant accompagnant sa mère en prison*, Mare & Martin, 2020 ; A. JENNEQUIN, C. ROSTAING (sociologue), « La non-binarité en détention. Un défi pour l'administration pénitentiaire » in O. BUI-XUAN (Dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, IFJD, 2023, p. 169 ; M. SAULIER, « Les femmes enfermées. Femmes invisibles, discriminations invisibles ? », in J. HOUSIER, M. SAULIER, *Les femmes et le droit. Les discriminations invisibles*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2023, p. 137 ; M. SAULIER, « Un enfermement au féminin ? Réflexions comparatives franco-québécoises », *RTDH*, 2024/3, n°139 ; A. AMADO, Q. MARKARIAN, O. NEDERLANDT, « Le traitement des femmes et des personnes trans en prison : une approche comparée en droit belge, français et suisse », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2024, vol. 2024, n° 4, p. 333 ; Dossier thématique *Intersections. Genre et droit*, « Genre et privations de liberté », 2025/4.

¹⁶ Ce choix s'explique par l'origine des normes supranationales pénitentiaires, essentiellement produites par l'ONU et le Conseil de l'Europe (v. infra, Partie I). Le droit de l'Union européenne ne sera pas convoqué dans cette contribution, l'Union européenne n'ayant pas de compétence en matière pénitentiaire. Les rapports du CPT, incompétent pour statuer sur des requêtes individuelles, ne seront exploités qu'à la marge.

¹⁷ "Women in criminal justice systems and the added value of the UN Bangkok Rules", *Penal Reform International*, 2015; J. RODGERS, N. ASQUITH, A. DWYER, « Cisnormativity, criminalisation, vulnerability: Transgender people in prisons », University of Tasmania, *Briefing Paper*, n° 12, fév. 2017.

A. L'élaboration d'un droit pénitentiaire international sensible au genre

Origines. L'émergence d'un droit international de la détention sensible au genre est souvent justifiée de deux façons. Elle l'est d'abord, au nom d'une transformation de la population pénitentiaire elle-même¹⁸, puisqu'une augmentation mondiale du nombre de personnes identifiées LGBT+ en détention et de femmes – particulièrement aux États-Unis¹⁹ et en Asie²⁰ – est perceptible. Ces personnes demeurent cependant minoritaires : les hommes représentent 94% des 11,7 millions de personnes détenues dans le monde en 2023²¹ et parmi les hommes et femmes incarcérées, les personnes LGBT+ constituent une autre minorité, délicate à quantifier²². Elle l'est, ensuite, par la volonté de mieux garantir les droits des femmes et des personnes LGBT+ qui subissent des conditions de détention dégradées, comme l'ont montré de nombreuses études²³. Plus

¹⁸ V. p. ex. les observations préliminaires des règles de Bangkok, spécialement 1), *in fine* : « Au vu de l'augmentation du nombre de détenues dans le monde, il est devenu d'autant plus important et urgent de faire mieux ressortir ces considérations ». Egal. P. HEIN VAN KEMPEN, M. KRABBE, *Women in Prison, The Bangkok Rules and beyond. Femmes en prison. Les règles de Bangkok et au-delà*, Intersentia, 2017, p. 53.

¹⁹ Les États-Unis d'Amérique ont connu une augmentation du nombre de femmes détenues de plus de 159 % depuis 2000, avec une légère baisse entre 2022 et 2024 dont les causes sont débattues. V. sur le sujet, Thailand Institut of Justice & Penal Reform International, *Global Prison Trends 2025*, spéc. p. 21 et H. FAIR, R. WALMSLEY, *World Female Imprisonment List*, 6^e éd., ICPR, 2025. En 2024, sur les 733.000 femmes et filles détenues dans le monde (détention provisoire incluse), 174.607 femmes étaient nord-américaines. Sur ce sujet, v. le documentaire de B. LAMBERT, G. Le GOUIL, *Femmes en peine, les oubliées de l'Amérique*, 2022.

²⁰ En Indonésie, par ex., le nombre de femmes détenues a augmenté de 622% par rapport à 2000. V. Thailand Institut of Justice & Penal Reform International, *op. cit.*, p. 18. En Asie, de façon générale, le nombre de femmes incarcérées a augmenté de 114,2% depuis 2000, v. H. FAIR, R. WALMSLEY, *World Female Imprisonment List*, *op. cit.*

²¹ UNODC, *Prison Matters 2025 : Global Prison Population and Trends; A Focus on Rehabilitative Environments* (United Nations, 2025).

²² Le manque de statistiques étatiques autant que le silence que conservent souvent les personnes sur leur identité de genre ou leur orientation sexuelle au jour de leur admission expliquent la difficulté d'obtenir un recensement fiable au niveau mondial. V. cependant pour quelques chiffres par pays, Thailand Institut of Justice & Penal Reform International, *op. cit.*

²³ Pour des constats empiriques, en France, v. not. CGLPL, *Avis du 25 janvier 2016 relatif à la situation des femmes privées de liberté*, NOR : CPLX1604501V, JORF n°0041 du 18 février 2016, Texte n° 89 ; CGLPL, *Avis du 25 mai 2021 relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté*, NOR : CPLX2120428V, JO 6 juillet 2021, Texte n° 66 ; CGLPL, *Rapport d'activité 2024*, 2025, p. 73 et s. sur le suivi des recommandations de l'avis du 25 mai 2021 ; OIP, *La santé incarcérée, Enquête sur l'accès aux soins spécialisés en prison*, 2022.

Au niveau mondial, v. not. CPT, *Les femmes en prison*, CPT/Inf(2018)5, juillet 2018 ; CPT, *Personnes transgenres en prison*, Normes pénitentiaires, Extrait du 33^e rapport général CPT/Inf (2024) 16 – part ; Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, *Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des filles : prévenir et combattre toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des filles placées en détention pénale*, 14 avril 2025.

Pour des analyses, en France, v. not. A. AMADO, Q. MARKARIAN, O. NEDERLANDT, « Le traitement des femmes et des personnes trans en prison : Une approche comparée en droit belge, français et suisse », *op. cit.* ; N. CHETCUTI-OSOROVITZ, *Femmes en prison et violences de genre*, La dispute, 2021 ; M. PENOT, « Les personnes détenues transgenres: quelle prise en compte? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2024, n°22, pp.45-52 ; L. GAUTHIER, « Le traitement pénal des femmes : reflet d'un ordre genré », *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 2021, n° 2, p. 547 ; M. SAULIER, « Les femmes enfermées : femmes invisibles, discriminations invisibles? », *op. cit.* ; M. SAULIER, « Les personnes trans incarcérées : l'ordre pénitentiaire troublé ? », *op. cit.*

Au niveau mondial, v. not. sur les constats du CEDAW et du CAT depuis 2010 sur la santé des femmes, M.-C. VAN HOUT, S. FLEIBNER, H. STÖVER, « 'Women's right to health in detention': United Nations Committee Observations since the adoption of the United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules) », *Journal of Human Rights Practice*, 2022, XX, 1–18 ; sur les difficultés propres aux personnes trans, M.-C. VAN HOUT, D. CROWLEY, « The "double punishment" of transgender prisoners: a human rights-based commentary on placement and conditions of detention », *International Journal of Prison Health*, Vol. 17, Issue 4, 17 nov. 2021 ; J. RODGERS, N. ASQUITH, A. DWYER, « Cisnormativity, criminalisation, vulnerability: Transgender people in prisons », *op. cit.* ; J.-S. BLANC, *Trouble dans la prison. Le monde carcéral à l'épreuve du genre et de la sexualité*, Thèse pour le doctorat sciences de la société, mention études du genre, Université de Genève, 2025.

souvent victimes de violences et de discriminations, elles bénéficient d'activités professionnelles et socio-culturelles réduites, rencontrent des difficultés d'accès aux soins plus grandes et peuvent être plus souvent placées à l'isolement à des fins disciplinaires ou de protection. Les personnes trans rencontrent des difficultés spécifiques, notamment s'agissant de leur affectation dans des établissements ou quartiers ne correspondant pas à leur identité de genre. Pour les femmes, l'éloignement du domicile familial est fréquent en raison du faible nombre d'établissements pénitentiaires réservés aux détenues, rendant les visites familiales moins nombreuses que pour les hommes. Pour contrer ces atteintes aux droits fondamentaux, ériger le genre en critère de protection peut sembler efficace, particulièrement dans un contexte de prise de conscience et de visibilisation des violences de genre.

Manifestations. Plusieurs instruments internationaux, révisés ou créés, délaissent ainsi la représentation abstraite d'un *détenu* universel pour reconnaître juridiquement des expériences carcérales différenciées selon le genre, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les règles des Nations Unies de 2010 concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes, dites règles de Bangkok²⁴, en témoignent particulièrement. Destinées aux organismes de justices pénales et aux autorités pénitentiaires²⁵, ces normes ont été pensées comme un remède aux lacunes des textes antérieurs qui « ne prêt[ai]ent pas suffisamment attention aux besoins particuliers des femmes »²⁶. Partant du principe que le parcours de délinquance des femmes est distinct, que leurs besoins en détention sont différents, qu'elles ne posent pas les mêmes problématiques de sécurité que leurs homologues masculins ou que leur réinsertion sociale n'emprunte pas les mêmes voies, ces soixante-et-onze règles veillent à adapter la prison aux délinquantes dans tous les domaines : hygiène, soin de santé, discipline, activités, contacts avec le monde extérieur, maternité ou encore formation du personnel.

Le genre est érigé en critère de protection des droits dans d'autres instruments internationaux. Ainsi, les règles minimales des Nations Unies de 1955, devenues règles Nelson Mandela en 2015, incitent depuis cette révision au respect du « sentiment d'appartenance à un sexe » d'une personne détenue lors du recueil d'information le ou la concernant²⁷. Quant aux règles pénitentiaires européennes, adoptées en 1973, et révisées en 1987, 2006 et 2020, elles invitent désormais les Etats membres du Conseil de l'Europe à adopter « des politiques spécifiques intégrant la notion de genre »²⁸.

²⁴ Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (Règles de Bangkok), Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 2010, A/RES/65/229. V. P. HEIN VAN KEMPEN, M. KRABBE, *Women in Prison, The Bangkok Rules and beyond. Femmes en prison. Les règles de Bangkok et au-delà*, op. cit.

²⁵ Observation préliminaire n° 4.

²⁶ La règle 1 précise en outre que « Les mesures adoptées pour satisfaire à ces besoins dans un souci d'égalité des sexes ne doivent pas être considérées comme discriminatoires ». L'objectif des règles de Bangkok était notamment d'intégrer les principes contenus dans la Convention EDAW de 1979 à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus de 1955. La convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul, est entrée en vigueur en 2011, soit après les Règles de Bangkok. Elle ne fait référence qu'à la privation de liberté arbitraire des femmes en son article 3.a, privation qu'elle définit comme intégrant la notion de « violence envers les femmes ».

²⁷ Règle 7.

²⁸ Règle 34.1 inscrite dans la section « Femmes » des règles pénitentiaires européennes. V. toutefois le commentaire révisé de la RPE n°18 qui précise qu'« il peut en outre s'avérer nécessaire de mettre en place des aménagements spécifiques pour les détenus transgenres et ceux qui s'identifient à un genre différent

Une méthodologie normative renouvelée ressort donc de l'examen des instruments internationaux. L'effectivité de ces normes catégorielles, sans être inexistante, apparaît pourtant relative.

B. *L'effectivité relative d'un droit international pénitentiaire sensible au genre*

L'étude de l'invocation des normes sensibles au genre dans le contentieux international par les personnes incarcérées et leur réception par les juridictions démontre qu'elles ne constituent qu'un moyen de protection résiduel des droits.

Limites. Cette relativité s'explique, d'abord, par la dispersion de ces normes dans des instruments divers, empêchant les juges et les membres de comité onusiens de faire œuvre de systématisation²⁹. Cette relativité s'explique ensuite par l'absence de force contraignante des normes qui composent ce corpus normatif : qu'il s'agisse des règles de Bangkok, des règles Nelson Mandela ou de la dernière version des règles pénitentiaires européennes³⁰, aucune ne s'impose aux Etats. Parce qu'elles sont de simples standards internationaux non contraignants, les personnes incarcérées, leurs conseils, mais aussi les juges peuvent les ignorer et aborder ou trancher un litige en occultant sa dimension genrée³¹.

Cette approche se manifeste de manière notable dans la jurisprudence de la Cour EDH. Elle apparaît, par exemple, à l'étude du contentieux portant sur des examens gynécologiques forcés réalisés en Turquie. Dans trois affaires – *Jubnke c. Turquie*, *Y.F. c. Turquie*, *Yazgül Yılmaz c. Turquie*³² – des femmes se plaignaient d'avoir subi de telles pratiques pendant leur privation de liberté. Le gouvernement soutenait que « les examens gynécologiques des femmes détenues [étaient] nécessaires pour éviter que de fausses accusations de violences sexuelles ne soient portées contre les membres des forces de l'ordre »³³. Dans ces affaires, la Cour condamne l'Etat turc pour atteinte à la vie privée³⁴ ou traitements inhumains et dégradants³⁵. S'il faut évidemment saluer ces condamnations, le raisonnement adopté est critiquable en ce qu'il occulte la dimension

de leur sexe biologique, qui ne trouvent pas nécessairement leur place dans la séparation des établissements ou quartiers selon le cadre binaire hommes-femmes ».

²⁹ Sur ce point, D. SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs de l'Etat*, op. cit., p. 5, § 6 : « L'absence de convention unique en matière de conditions de détention, accompagnée de la prolifération d'instruments non contraignants, démontre, s'il en est réellement besoin, la volonté des Etats de ne pas s'obliger (ou être contraints), de garder leur souveraineté sur et dans les lieux privatifs de liberté. Mais, parallèlement, ils souhaitent faire « bonne figure » et ne peuvent pas ne pas agir, à tout le moins au niveau normatif ».

³⁰ Ces règles émanent en effet d'une recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe.

³¹ V. S. CIUFFOLETTI, « “Regardless of their sex” or “biological differences”. An analysis of the European Court of Human Rights' case law on women in prison », *Revista Direito e Práxis*, Vol. 11, n° 2, 2020, p. 1275 et s.

³² Cour EDH, *Yazgül Yılmaz c. Turquie*, req. n° 36369/06, 1^{er} février 2011 ; Cour EDH, *Y.F. c. Turquie*, req. n° 24209/94, 22 octobre 2003 ; Cour EDH, *Jubnke c. Turquie*, req. n° 52515/99, 13 août 2008.

³³ Cour EDH, *Y.F. c. Turquie*, précité, § 38 ; v. égal. Cour EDH, *Jubnke c. Turquie*, précité, § 60 : « cet examen visait à protéger les gendarmes d'éventuelles accusations de viol » ; Cour EDH, *Yazgül Yılmaz c. Turquie*, précité, § 37.

³⁴ Cour EDH, *Jubnke c. Turquie*, précité (la requérante invoquait une violation de l'art. 3, non retenue) ; Cour EDH, *Y.F. c. Turquie*, précité.

³⁵ Cour EDH, *Yazgül Yılmaz c. Turquie*, précité, § 37.

générée du litige³⁶. Ainsi, dans l'affaire *Yazgül Yılmaz c. Turquie* de 2011³⁷, concernant une mineure de seize ans, la Cour reconnaît bien une violation de l'article 3. Elle souligne l'existence d'une « pratique généralisée consistant à soumettre automatiquement des femmes détenues à un examen gynécologique, au seul motif que cet examen est nécessaire pour éviter que de fausses accusations de violences sexuelles ne soient portées contre les membres des forces de l'ordre »³⁸. Mais les juges fondent leur décision sur l'âge, la vulnérabilité de la requérante et surtout son défaut de consentement³⁹. L'affaire *Juhnke* est abordée de la même façon : l'examen gynécologique est qualifié d'atteinte atteinte à la vie privée, faute de consentement de la victime⁴⁰. Certes, la mobilisation de normes sensibles au genre n'aurait certainement pas modifié le résultat auquel la Cour est parvenue. Il n'empêche qu'en refusant de considérer le genre de la victime comme central, alors même que le test n'avait d'autres finalités que la démonstration de l'absence de violences de genre pour protéger les forces de l'ordre, la Cour occulte le caractère systémique et sexiste d'une pratique pour l'aborder sous un angle purement individuel. Ce faisant, la juridiction contribue à invisibiliser et donc dépolitiser le genre. Il aurait pourtant été possible soit de mobiliser les normes internationales sensibles au genre en vigueur à l'époque⁴¹, soit d'interpréter le seuil de gravité nécessaire au constat d'une violation de l'article 3 à l'aune du « sexe »⁴², soit encore d'interpréter l'article 14 comme interdisant la discrimination fondée sur le genre, spécialement dans le champ carcéral⁴³. La Cour préfère déployer une jurisprudence fondée sur la volonté et la vulnérabilité.

Bénéfices. Il ne faut toutefois pas conclure à l'inefficacité totale du droit international sensible au genre. D'abord, il n'est pas exclu que dans sa jurisprudence la plus récente,

³⁶ Ce n'est pas la seule critique à apporter. On s'étonnera de lire sous la plume des magistrats que le but poursuivi par les examens, à savoir protéger les forces de sécurité contre de fausses accusations d'agression sexuelle, pouvait être « en principe » considéré comme légitime (Cour EDH, *Juhnke c. Turquie*, précité, § 81) ou encore que l'une des détenues « a résisté à un examen gynécologique jusqu'à ce qu'elle y consente » (Cour EDH, *Juhnke c. Turquie*, précité, § 76).

³⁷ Cour EDH, *Yazgül Yılmaz c. Turquie*, Req. n° 36369/06, 1^{er} février 2011.

³⁸ § 48.

³⁹ Not. en s'appuyant sur les art. 5 et 6 de la Convention d'Oviedo. L'art. 5 de cette convention est également utilisé dans le raisonnement des juges dans l'affaire *Juhnke contre Turquie*, précitée, § 56.

⁴⁰ Le gouvernement allait jusqu'à évoquer le consentement de l'époux de la victime dans l'affaire *Y.F. c. Turquie*, spéc. § 30.

⁴¹ La Conv. EDAW de 1979 ou les règles pénitentiaires européennes, par exemple, pour les affaires antérieures à 2010 ; soit les règles de Bangkok pour l'affaire *Yazgül Yılmaz c. Turquie* de 2011.

⁴² La Cour décide en effet, de façon constante, que « pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime ». V. par ex., Cour EDH, 24 oct. 2006, *Vincent c. France*, req. n° 6253/03, spéc. § 94. La Cour cite ce principe dans l'affaire *Juhnke* précitée, mais sans en faire application, puisque décidant de statuer à l'aune du seul article 8 Conv. EDH.

⁴³ L'art. 14 Conv. EDH ne consacre pas une liste exhaustive de facteurs de discrimination, dès lors qu'il peut être tenu compte de « toute autre situation » : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». On constate d'ailleurs que la Cour a pu, dans d'autres affaires, conclure à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle – laquelle n'apparaît pas en tant que tel dans l'article 14. V. Cour EDH, *X c. Turquie*, 27 mai 2013, req. n°24626/09 sur le placement à l'isolement d'un homme homosexuel (spéc. § 64 : « la Cour n'est pas convaincue que la nécessité de prendre des mesures de sécurité pour protéger l'intégrité physique du requérant était la raison prépondérante de l'exclusion totale de celui-ci de la vie carcérale. A ses yeux, l'orientation sexuelle du requérant a été la principale raison de l'adoption de cette mesure. Elle juge par conséquent établi que le requérant a subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Elle constate par ailleurs que le Gouvernement n'a pas avancé de justification montrant que la distinction litigieuse était compatible avec la Convention »).

la Cour EDH le mobilise davantage et que les juges européens s'acculturent à cet ensemble normatif spécifique, comme ils se sont acculturés aux règles internationales non contraignantes relatives aux droits des personnes détenues en général. Une décision rendue en 2024 contre la Pologne, concernant l'accès aux soins d'hormonothérapie d'une personne trans incarcérée, conclut par exemple à une violation de l'art. 8 de la Conv. en s'appuyant sur un ensemble important de normes sensibles au genre⁴⁴.

Ensuite, ces textes non contraignants peuvent constituer des standards interprétatifs, des normes de référence et orienter l'application de dispositions contraignantes qui, en elles-mêmes, n'intègrent ni les spécificités liées au genre, ni même le champ de la privation de liberté. En les mobilisant ainsi, les organes juridictionnels et quasi-juridictionnels peuvent faire passer des instruments du *soft law* au *hard law*⁴⁵. Plusieurs constatations du comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) s'inscrivent dans cette tendance. Bien que la Convention CEDAW de 1979⁴⁶ ne contienne pas de dispositions propres à la détention, le CEDAW a favorisé le développement d'une protection fondée sur le genre à l'endroit des femmes détenues, particulièrement à partir des Règles de Bangkok. Ce mouvement a été initié dès 2011 par la constatation *Inga Abramova c. Belarus*. Une femme militante dénonçait ses mauvaises conditions de détention, en soulignant qu'elle n'avait été surveillée que par des hommes qui pouvaient l'observer dans son intimité et avaient usé de propos sexistes et de gestes inappropriés. Le comité s'appuie sur le principe 5 2) de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement et sur les règles de Bangkok pour considérer qu'en application de l'article 4 de la Convention CEDAW, au cours de la détention, « le fait que les installations ne répondent pas aux besoins spécifiques des femmes constitue un cas de discrimination, au sens de l'article 1 de la Convention »⁴⁷. La surveillance des prisonnières par du personnel masculin est également reconnue comme une discrimination à l'égard des femmes dans deux autres constatations de 2018 et 2020⁴⁸. Le comité CEDAW énonce alors un principe plus général encore selon lequel « le fait que les centres de détention ne répondent pas aux besoins particuliers des femmes constitue une forme de discrimination au sens de l'article 1^{er} de la Convention »⁴⁹. En choisissant d'interpréter la Convention à l'aune du droit international sensible au genre, le comité CEDAW rappelle que le contrôle pénitentiaire s'exerce sur des corps sexués, dans un rapport de domination genré et participe à la reconnaissance d'une discrimination systémique et non simplement individuelle.

⁴⁴ Cour EDH, *W.W. c. Pologne*, req. n° 31842/20, 11 octobre 2024, *JCP G* 2024, n° 40, p. 1638, note S. TABANI, *D.* 2025, n° 18, p. 1092, Panorama Exécution des peines, obs. J.-P. CERE ; *D.* 2025, 852, Panorama Droit et genre, obs. M. SAULIER. Egal. M. SAULIER, « Les personnes trans incarcérées : l'ordre pénitentiaire troublé ? », *op. cit.* Parmi les instruments utilisés, figurent les règles pénitentiaires européennes, les règles Mandela, les travaux du sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et les travaux du CPT. La Cour fait également référence à la recommandation du Comité des Ministres du 31 mars 2010 (CM/Rec(2010)5) relative aux mesures de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

⁴⁵ D. SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs de l'État*, *op. cit.*, spéc. p. 457 et s. au sujet de l'ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et des normes du comité européen pour la prévention de la torture. L'auteur constate que « l'élément important de ce procédé relève du fait que les transformations du soft en hard s'effectuent sans analyse du consentement des Etats auxquels ces normes s'appliquent » (p. 485).

⁴⁶ Ci-après Conv. CEDAW.

⁴⁷ CEDAW, *Inga Abramova c. Belarus*, 3 avril 2009, C/49/D/23/2009, § 7.5.

⁴⁸ CEDAW, *R. G c. Kirghizistan*, 10 mai 2018 ; CEDAW, *E.D. et M.D c. Belarus*, 10 avril 2020.

⁴⁹ *Ibid.*, § 7.5.

L'appréhension du genre par le droit international de la détention peut donc conduire à une meilleure protection des droits, qu'il faut évidemment saluer. Néanmoins, l'analyse des règles édictées ou révisées à l'aune de ce critère de protection révèle que les assignations de genre sont largement recomposées par les textes les plus récents.

II. La persistance du genre-assignation

Le droit international n'est pas sensible à n'importe quel genre : d'une part, les personnes LGBT+ sont nettement invisibilisées dans ce corpus normatif qui sauvegarde un ordre de genre traditionnel (A) ; d'autre part, sous couvert de protection des droits et d'ambition égalitaire, le droit international participe à la reproduction de stéréotypes de genre problématiques (B).

A. La permanence d'un ordre de genre traditionnel

Les textes normatifs internationaux sur la condition des personnes incarcérées ne font explicitement référence qu'à deux catégories – les femmes et les hommes – pensées comme hégémoniques et ayant des besoins différents. La non-mixité qui structure les institutions pénitentiaires, dans leur fonctionnement comme dans leur architecture⁵⁰, se traduit par la reproduction de la binarité dans les règles juridiques elles-mêmes. Ainsi, malgré la promotion d'un droit pénitentiaire « sensible au genre », l'invisibilisation des identités « non-conformes » est largement poursuivie par le droit international. Quentin Markarian, dans son article « Peine privative de genre : ce que la prison fait aux corps trans »⁵¹ montre ainsi que si la prise en compte des personnes trans a souvent été envisagée au cours des travaux préparatoires des textes internationaux les plus récents, aucun n'y fait explicitement référence. « L'identité de genre » n'a, par exemple, pas été retenue comme critère de discrimination dans les règles Nelson Mandela en raison d'un refus des autorités chinoises d'y faire référence⁵². Les femmes trans ne sont pas explicitement destinataires des règles de Bangkok, au motif que leur statut n'était pas compris dans le mandat des expert·es chargé·es de réfléchir à la rédaction de cet instrument⁵³. Quant aux règles pénitentiaires européennes de 2020, seul leur commentaire fait référence aux personnes trans⁵⁴. En définitive, « l'absence d'une

⁵⁰ Sur la non-mixité des établissements pénitentiaires en France, C. CARDI, A. HENNEGUELLE, A. JENNEQUIN, C. ROSTAING, *La mixité genrée à l'épreuve de la prison. Recherche interdisciplinaire sur interactions, espaces et temps mixtes en prison*, IERDJ, Juillet 2024. Des mêmes autrices : « La (non-)mixité genrée en détention : révolution en cours ou simples ajustements ? Réflexions sur les modifications apportées au code pénitentiaire par le décret du 12 décembre 2023 », *RSC*, 2024/3, n° 3 ; C. ROSTAING, « La non-mixité des établissements pénitentiaires et ses effets sur les conceptions de genre : une approche sociologique », in I. HEULLANT-DONAT, J. CLAUSTRE, E. LUSSET, F. BRETSCHNEIDER (Dir.), *Enfermements. Volume III*, Éd. de la Sorbonne, 2017.

⁵¹ Q. MARKARIAN, « Peine privative de genre : ce que la prison fait aux identités et corps trans », in J. VUILLE, N. KAPFERER, S. HOTZ, A. HEFTI, V. BOILLET, *Ce que le droit fait à nos corps*, DIKE, Zurich, Saint-Gall, 2024, p.183.

⁵² Seul « le sentiment d'appartenance à un sexe » apparaît à la lecture de la règle 7, en tant que renseignement devant être consigné dans le système de gestion des dossiers des détenus lors de l'admission.

⁵³ Sur ce point, v. P. HEIN VAN KEMPEN, M. KRABBE, *op. cit.*, qui s'interrogent cette lacune de la sorte : « L'on peut se demander dans quelle mesure les Règles de Bangkok s'appliquent aux transgenres, c'est-à-dire les personnes qui ne sont ni des hommes, ni des femmes ».

⁵⁴ En particulier, le commentaire de la règle 18.5 énonce : « Étant donné que la composition de la population carcérale évolue, il convient aussi de prêter attention aux besoins spécifiques d'autres catégories de détenus en matière de locaux de détention. Un aménagement des conditions ordinaires peut en particulier s'avérer nécessaire pour les détenus âgés, qui pourront par exemple être regroupés et séparés des détenus plus jeunes. Il peut en outre s'avérer nécessaire de mettre en place des aménagements spécifiques pour les détenus transgenres et ceux qui s'identifient à un genre différent de leur sexe biologique, qui ne trouvent pas nécessairement leur place dans la séparation des établissements ou quartiers selon le cadre binaire hommes-femmes ».

protection explicite des personnes trans » n'est pas « un impensé mais ressort de choix politiques conscients »⁵⁵. En outre, ces règles reproduisent un ordre hétéronormatif très fort : l'orientation sexuelle n'apparaît pas comme critère de discrimination prohibé dans le corpus précité⁵⁶ et ni les hommes gays, ni les femmes lesbiennes ne sont visés explicitement dans ces normes.

Cela ne signifie pas que la protection des droits des personnes trans ou homosexuelles incarcérées soit impossible en l'état du droit positif. D'une part, le droit commun de la non-discrimination peut être invoqué. Les recours sont toutefois rares - comme l'illustre l'encadré ci-dessous - et l'identité de genre et l'orientation sexuelle ne sont que rarement retenus comme la cause des mauvais traitements subis. En outre, il ne s'agit que de requêtes individuelles qui ne permettent pas de mettre en exergue le caractère systémique des inégalités dénoncées.

Requêtes individuelles de personnes trans incarcérées Nombre de requêtes : 4	Requêtes individuelles de personnes homosexuelles incarcérées Nombre de requêtes : 5
<p>Une requête n'a jamais été jugée :</p> <p>Cour EDH, <i>Russie c. Bogdanova</i>, déposée le 19 septembre 2013, Req. n° 63378/13.</p>	<p>Une requête a conduit à un constat de non-violation de l'art. 3, sans que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle invoquée ait été prise en considération</p> <p>Cour EDH, <i>Stasi c. France</i>, 20 janvier 2012, Req. n° 25001/07⁵⁷ [absence de protection contre les mauvais traitements infligés par des codétenus]</p>
<p>Deux requêtes ont été déclarées irrecevables</p> <p>Cour EDH, <i>Lastra Lamar contre Espagne</i>, 18 nov. 1999, Req. n° 46192/99</p> <p>Cour EDH, <i>D.Ç. c. Turquie</i>, 7 février 2017, Req. n° 10684/13.</p>	<p>Une requête a conduit à une violation de l'art. 3, sans que l'orientation sexuelle ne soit mentionnée par la Cour, ni invoquée par le requérant au soutien d'une violation de l'art. 14</p>

⁵⁵ Q. MARKARIAN, « Peine privative de genre : ce que la prison fait aux identités et corps trans », *op. cit.*, spéc. p. 189.

⁵⁶ L'orientation sexuelle ou l'identité de genre ne peuvent qu'intégrer la périphrase générale « toute autre situation » : RPE, règle 13 : « Les présentes règles doivent être appliquées avec impartialité, sans discrimination aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Règle Nelson Mandela, règle 2.1. « Les présentes règles doivent être appliquées impartialement. Il ne doit y avoir aucune discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Les croyances religieuses et les préceptes moraux des détenus doivent être respectés ».

⁵⁷ *AJDA* 2012. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *RSC* 2012. 238, obs. D. ROETS.

	Cour EDH, <i>Zontul c. Grèce</i> , 17 avril 2012, Req. n° 12294/07 ⁵⁸ [viol d'une personne détenue]
Une requête a conduit à un constat de violation de l'art. 8 : Cour EDH, <i>W.W. c. Pologne</i> , 11 juillet 2024, Req. n° n° 31842/20 ⁵⁹	Une requête a conduit à un constat de violation des art. 3 et 14 Cour EDH, <i>X c. Turquie</i> , 9 octobre 2012, Req. n° 24626/09 ⁶⁰ [placement à l'isolement du requérant à raison de son orientation sexuelle]
	Une requête a été déposée par un détenu pour recevoir des visites conjugales de son conjoint, mais a été radiée après accord conclu avec l'Etat Cour EDH, <i>Mihai Klepper Duta c. Roumanie</i> , Introduite le 11 mai 2015, req. n° 8783/15
	Une requête a été déposée pour détention arbitraire, torture, et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ⁶¹ CCPR, <i>Mikbail Kudryashov c. Kirghizistan</i> , 13 juillet 2023, C/138/D/2998/2017

D'autre part, des travaux institutionnels ont été consacrés au statut des personnes trans ou homosexuelles incarcérées. Le CPT a ainsi dédié le chapitre thématique de son 33^e rapport annuel de 2023 aux personnes trans et a dénoncé le fonctionnement du quartier spécifique de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis dédié aux personnes trans dans son rapport de visite consacré à la France de 2026⁶². De même, certains textes ayant pour objet d'interdire les discriminations à l'égard des personnes LGBT+ contiennent des dispositions relatives à la détention⁶³. Une certaine préoccupation institutionnelle existe. Elle n'est cependant jamais exprimée dans les règles pénitentiaires internationales,

⁵⁸ La présente affaire présente la particularité de ne pas se dérouler, à proprement parler, en détention mais au sein d'une école désaffectée accueillant des personnes migrantes. La Cour EDH évoque toutefois le statut de « détenu » du requérant ainsi que ses « conditions de détention », d'où son intégration dans notre corpus.

⁵⁹ V. références citées en note de bas de page n° 42.

⁶⁰ N. HERVIEU, « L'orientation sexuelle, inédite clé de lecture européenne des conditions carcérales », *La revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, octobre 2012.

⁶¹ L'affaire concerne une détention arbitraire dans des locaux de police.

⁶² CPT, *Rapport de visite France, septembre-octobre 2024*, CPT/Inf (2026) 02, publié le 22 janvier 2026.

⁶³ Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, spéc. §4. Pourraient également être cités les principes de Jogjakarta de 2006, rédigés par un groupe d'expert indépendants, qui prévoient que « toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. L'orientation sexuelle et l'identité de genre font partie intégrante de la dignité de chaque personne » (Principe 9).

même non contraignantes : la force de la règle comme sa fonction expressive demeure réservée aux normes de genre traditionnelles.

B. *La reproduction de stéréotypes de genre*

Un postulat innervé la construction du droit international de la détention sensible au genre : au nom de besoins spécifiques fondées sur leur genre, certaines personnes sont destinataires de normes particulières. Cette approche conduit à considérer que tous les membres d'une même catégorie de la population pénitentiaire ont, en raison de leur genre, leur identité de genre ou leur orientation sexuelle, les mêmes besoins⁶⁴. Cette approche comprend un risque majeur d'essentialisation⁶⁵ et participe à la production, voire à la consolidation de certains stéréotypes. Deux d'entre eux sont particulièrement saillants à l'examen des règles en vigueur : la vulnérabilité des femmes, également perceptible au contentieux pour les personnes LGBT+, et la maternité des femmes cisgenres incarcérées.

Des femmes fragiles (et des hommes forts ?). Les femmes sont envisagées comme une catégorie singulière du droit international de la détention : destinataires uniques des règles de Bangkok, elles sont également les sujets de dispositions spécifiques, dans d'autres instruments juridiques. A l'examen, ces règles présentent souvent les femmes comme des personnes plus fragiles que les hommes. Il est sous-entendu, par exemple, qu'elles ne supportent pas l'emprisonnement⁶⁶ et vivent très mal les mesures d'isolement et de haute sécurité⁶⁷. Les femmes apparaissent également comme des victimes – de violences en général⁶⁸ et sexuelles en particulier⁶⁹, de précarité⁷⁰ ou de

⁶⁴ Sur ce risque dans les règles de Bangkok, R. BARBERET, C. JACKSON, « UN rules for the treatment of women prisoners and non-custodial sanctions for women offenders (The Bangkok rules): A gendered critique », *Papers* 2017, 102/2, p. 215 et s.

⁶⁵ V. M. SAULIER, « Un enfermement au féminin ? Réflexions comparatives franco-québécoises », *ibid.*

⁶⁶ Règles de Bangkok, 2.1, 1^{re} partie : « Il convient de prêter l'attention voulue aux procédures d'admission des femmes et des enfants, particulièrement vulnérables à un tel moment ». Règles de Bangkok, 13 : Le personnel pénitentiaire doit être sensibilisé aux situations susceptibles d'être *particulièrement difficiles pour les femmes*, de sorte qu'il soit réceptif et veille à ce que celles-ci reçoivent le soutien voulu. (nous soulignons)

⁶⁷ Règles de Bangkok, 41 : « L'évaluation des risques et la classification des détenues qui en résulte doivent : a) Tenir compte du risque relativement faible que présentent généralement les détenues pour autrui, ainsi que des effets particulièrement négatifs que des mesures de haute sécurité et des niveaux renforcés d'isolement peuvent avoir sur elles (...) ».

Règles Nelson Mandela, 45. 2 : « Le recours à l'isolement cellulaire devrait être interdit pour les détenus souffrant d'une incapacité mentale ou physique lorsqu'il pourrait aggraver leur état. L'interdiction de recourir à l'isolement cellulaire et à des mesures similaires *à l'égard des femmes* et des enfants, qu'imposent d'autres règles et normes des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale, continue de s'appliquer (nous soulignons).

⁶⁸ Règles de Bangkok, 15 : « Les services de santé pénitentiaires doivent offrir ou faciliter des programmes de traitement spécialisés pour les femmes toxicomanes, en tenant compte de *leur passé de victimes*, des besoins particuliers des femmes enceintes et des femmes accompagnées d'enfants, ainsi que de la diversité des milieux culturels (nous soulignons) ».

⁶⁹ V. Règles de Bangkok, 7.1 : « Si des violences sexuelles ou d'autres formes de violence subies avant ou pendant la détention sont diagnostiquées, la détenue doit être avisée de son droit de saisir la justice et être pleinement informée des procédures et mesures que cela implique. Si elle décide d'engager une action en justice, le personnel concerné doit en être averti et saisir immédiatement l'autorité compétente afin qu'une enquête soit menée. Les autorités pénitentiaires doivent aider les détenues se trouvant dans une telle situation à accéder à une aide judiciaire » ; RPE 34.3 : « Des efforts particuliers doivent être déployés pour protéger les détenues de toute violence physique, mentale ou sexuelle et pour permettre l'accès à des services spécialisés à celles qui ont des besoins ainsi que mentionné à la règle 25.4, notamment les informer de leur droit de faire appel aux autorités judiciaires, de leur droit à une assistance juridique, à un soutien psychologique ou à des conseils et à des avis médicaux appropriés ».

⁷⁰ V. les commentaires des règles de Bangkok 2, 61, 66.

maladies physiques ou mentales⁷¹. Ce faisant, elles sont très majoritairement représentées comme des personnes fragiles, à aider et à soutenir pendant l’incarcération⁷². À l’égard des personnes LGBT+, la jurisprudence de la Cour EDH conforte d’ailleurs cette approche en appréciant bien souvent le dépassement du seuil de gravité de l’article 3 de la Convention à l’aune de la « particulière vulnérabilité » des personnes considérées⁷³. Cette critique de la représentation juridique des minorités n’est pas une négation des faits. La fragilité de l’état de santé physique et psychique des personnes détenues est connue⁷⁴, comme le fait que les femmes et les personnes LGBT+ soient plus souvent victimes de violences, de discriminations et de précarité⁷⁵. Il s’agit plutôt d’interroger le rôle du droit lorsqu’il s’appuie précisément sur ces présupposés pour énoncer des règles dont l’objet demeure, rappelons-le, de priver ces personnes de liberté.

D’une part, le droit dessine des stéréotypes de genre en creux. Par effet de contraste, les hommes cisgenres incarcérés apparaissent comme non, ou moins, vulnérables. Se dégage ainsi des textes une certaine représentation de la masculinité enfermée qu’il s’agirait de « redresser » plutôt que de protéger, de soigner ou d’accompagner vers la réinsertion⁷⁶. D’autre part, les règles construisent une représentation idéaliste des établissements pénitentiaires qui ne seraient pas uniquement punitifs, mais aussi protecteurs, voire réparateurs et thérapeutiques⁷⁷. L’enfermement pourrait soigner, et soigner en particulier les femmes. Ce faisant, le droit ne s’attache pas à questionner les causes structurelles d’une éventuelle vulnérabilité des femmes, liée à un contexte antérieur à l’incarcération. Il naturalise leur vulnérabilité et tend à présenter la prison comme lieu de prise en charge individuelle et de soin⁷⁸.

Les allusions à cette finalité prétendue de l’enfermement, tendant à pathologiser les femmes détenues, sont très nombreuses en droit international. Les règles de Bangkok prévoient ainsi que « des efforts particuliers doivent être faits pour offrir des services appropriés aux détenues nécessitant un soutien psychosocial, en particulier celles qui

⁷¹ Règles de Bangkok, 12 : « De vastes programmes de soins de santé mentale et de réadaptation personnalisés et tenant compte des différences entre les sexes et des traumatismes subis doivent être offerts, en prison ou en milieu non carcéral, aux détenues nécessitant des soins de santé mentale ».

⁷² Le terme de « soutien » à apporter aux femmes détenues apparaît 9 fois dans les règles de Bangkok, de même que le terme « aide ». V. égal. RPE, 34.3 précitée.

⁷³ La Cour EDH reconnaît, de façon générale, que les personnes détenues sont en situation de vulnérabilité (v. par ex. Cour EDH, *Stasi c. France*, 20 janv. 2012, Req. n° 25001/07, précité ; Cour EDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 20 janv. 2012, Req. n° 27229/95). La particulière vulnérabilité est un terme auquel la Cour peut recourir pour les minorités de genre et les femmes en détention. V. par ex. *W.W. c. Pologne*, 11 oct. 2024, Req. n° 31842/20. La particulière vulnérabilité est aussi invoquée par les requérant.es, par ex. CCPR, *M.Z. B.M. c. Danemark*, 20 mars 2017, C/119/D/2593/2015.

⁷⁴ Dans sa thèse de doctorat, soutenue en 2024, A. VANHAESEBROUCK démontre, à partir de l’étude des dossiers médicaux de près de 600 détenu·es morts par suicide, que le taux de suicide est 10 fois plus élevé chez les hommes, 40 fois plus élevée chez les femmes qu’en population générale, *Le suicide des personnes détenues en France : états des lieux, facteurs de risque et enjeux pour la prévention*, Université Paris Nord, 2024.

⁷⁵ V. les références précitées *supra*, I. A.

⁷⁶ V. sur ce terme J.-S. BLANC, *op. cit.* ; Egal. C. LANCELEVÉE, « Hommes dangereux, femmes vulnérables. Stéréotypes de genre et santé mentale en milieu carcéral », in N. CHETCUTI-OSOROVITZ, P. PAPERMAN, *Genre et monde carcéral. Perspectives éthiques et politiques*, MSH Paris Saclay Ed., 2020.

⁷⁷ Sur ce sujet, C. LANCELEVÉE, Th. FOVET, *La prison pour asile ? Enquête sur la santé mentale en milieu carcéral*, Ed. MSH, 2024.

⁷⁸ V. sur ce sujet en sociologie les travaux de C. CARDI, spéc. *La déviance des femmes. Délinquantes et mauvaises mères : entre prison, justice et travail social*, thèse pour le doctorat en sociologie, Université Denis Diderot, Paris 7, 2008 ; « Le contrôle social réservé aux femmes : entre prison, justice et travail social », *Déviance et société* 2007 /1, vol. 31, p. 3 et s.

ont été victimes de maltraitance physique, psychologique ou sexuelle »⁷⁹ ; que « les besoins en matière de soins de santé mentale, et notamment les troubles de stress post-traumatique et les risques de suicide ou d'automutilation »⁸⁰ doivent être détectés lors des examens médicaux d'admission ou encore que « les détenues qui ont été victimes de violences sexuelles, et en particulier celles qui sont tombées enceintes à la suite de telles violences, doivent recevoir un avis et des conseils médicaux appropriés et se voir offrir les soins de santé physique et mentale, l'appui et l'aide juridique requis »⁸¹. Les règles pénitentiaires européennes de 2020 s'inscrivent dans un registre identique en prévoyant que les autorités doivent déployer « des efforts particuliers doivent être déployés pour protéger les détenues de toute violence physique, mentale ou sexuelle et pour permettre l'accès à des services spécialisés à celles qui ont des besoins (...) »⁸². À la lecture de telles dispositions, « le vilain métier de punir se trouve ainsi retourné dans le beau métier de guérir »⁸³. Et c'est alors l'enfermement des femmes qui, *in fine*, se trouve légitimé en droit.

Une protection genrée (toujours) fondée sur la maternité. Au cœur des « impératifs propres à la situation des délinquantes »⁸⁴ identifiés par le droit international de la détention, figurent la grossesse et le soin des enfants. Sur l'ensemble des soixante-et-onze règles de Bangkok, le terme « enfant » apparaît ainsi soixante-deux fois⁸⁵, tandis que le terme « enceinte » apparaît douze fois⁸⁶, tout comme le terme « allaitante » ou « allaiter »⁸⁷, et ce alors même que cinq règles sont explicitement dédiées aux « femmes enceintes, mères allaitantes et mères séjournant avec leurs enfants en prison »⁸⁸. Les femmes sont donc très clairement pensées comme des mères⁸⁹. Selon ces règles, cela implique par exemple de veiller aux conditions d'hygiène des locaux « pour les soins personnels des femmes et de leurs enfants, en particulier pour les femmes devant cuisiner, les femmes enceintes, les mères allaitantes ou les femmes ayant leurs menstruations »⁹⁰ ou encore d'assurer « des cours de sensibilisation au développement de l'enfant et une formation de base en soins pédiatriques »⁹¹. Pour les mères incarcérées sans leurs enfants, le texte invite à ne pas prononcer de sanction disciplinaire conduisant à une interdiction de contacts avec les enfants⁹² et à favoriser des visites autorisant un contact prolongé avec ces derniers⁹³.

⁷⁹ Règle 42.4.

⁸⁰ Règle 6. b).

⁸¹ Règle 25.2.

⁸² RPE 34.3.

⁸³ M. FOUCAULT, « Qu'appelle-t-on punir ? » in *Dits et écrits IV*, Paris, Gallimard, 1994, p. 637.

⁸⁴ Règles de Bangkok, Obs. préliminaires, 5.

⁸⁵ 157 fois en incluant le commentaire de ces normes.

⁸⁶ 29 fois en incluant le commentaire de ces normes.

⁸⁷ 9 fois en incluant le commentaire de ces normes.

⁸⁸ Règles 48 à 53.

⁸⁹ Sur la proposition d'un droit infantile applicable à l'enfant accompagnant sa mère en détention, v. A. AMADO, *L'enfant en détention en France et en Angleterre. Contribution à l'élaboration d'un cadre juridique pour l'enfant accompagnant sa mère en prison*, Mare & Martin, Coll. Bibliothèque des thèses, 2020. Sur la maternité en détention en France, C. CARDI, « Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes », *Pouvoir*, 2009/1, n° 128, p. 75 et s. ; égal. C. CARDI, « Les ambivalences du traitement pénal des femmes criminalisées », *AJ Pénal* 2010, p. 17 ; « La « mauvaise mère » : figure féminine du danger », *Mouvements*, 2007/1, n° 49, p. 27 et s. ; C. CARDI « Les quartiers mères-enfants : l'autre côté du dedans », *Champ pénal*, vol. XI, 2014 ; C. ROSTAING, « Des mères incarcérées avec leur enfant : un statut suprême mais paradoxal », *Enfances & psy*, 2019/3, n° 83, p. 58 et s.

⁹⁰ Règles de Bangkok, 5.

⁹¹ Règles de Bangkok, 33. 3.

⁹² Règles de Bangkok, 23.

⁹³ Règles de Bangkok, 28.

Ces règles peuvent favoriser une protection plus grande des mères et des enfants incarcérées avec elles⁹⁴. Néanmoins, il s'agit ici de questionner le fait que la maternité soit pensée comme évidente dans ces textes internationaux⁹⁵, quand la paternité des hommes détenus ne l'est jamais⁹⁶. Au mieux est-il fait référence dans ces textes à la parenté de manière purement symbolique : les règles Nelson Mandela et les règles pénitentiaires européennes énoncent ainsi que les enfants en bas-âge peuvent rester en prison avec « un parent incarcéré »⁹⁷, mais à l'exception de la Suède⁹⁸, aucun pays n'autorise à notre connaissance un père à demeurer en détention avec son enfant à notre connaissance⁹⁹. Fonder une partie substantielle de la protection des femmes sur la maternité elle-même conduit à d'importantes conséquences. Ainsi, cela peut laisser penser à certaines femmes qu'elles sont obligées de faire état de leur capacité reproductive pour dénoncer des atteintes à leurs droits fondamentaux. Devant le comité CEDAW, une femme a ainsi soutenu que « l'Etat partie avait l'obligation de lui assurer de meilleures conditions de détention que pour les hommes, étant donné qu'elle était une jeune femme *en âge de procréer* »¹⁰⁰. Les femmes qui ne sont pas mères pourraient ainsi être moins bien protégées et l'on notera d'ailleurs que ni l'accès à la contraception, ni l'accès à l'interruption de grossesse ne font l'objet de dispositions spécifiques explicites¹⁰¹.

L'assignation des femmes à la maternité par les textes internationaux peut aussi légitimer l'approche naturalisante et discriminante défendue par certains Etats. En 2017¹⁰², la

⁹⁴ Sur ce sujet, Cour EDH, *Neshcheret c. Ukraine*, req. n° 41395/19, 22 juin 2023. La décision Cour EDH, *Korneykova et Korneykov c. Ukraine*, req. n° 56660/12, 24 mars 2016 bien que relative à cette thématique, ne fait pas mention des règles de Bangkok. Au niveau onusien, CCPR, *ME c. Grèce*, 18 mars 2025, C/143/D/3597/2019. La constatation du comité sur les droits de l'enfant, CRC, *A.M. and E.P. c. Suisse*, 27 janvier 2025, C/98/D/153/2021, bien que relative au même sujet, ne fait pas mention des règles de Bangkok.

⁹⁵ En ce sens, R. BARBERET, C. JACKSON, *op. cit.*

⁹⁶ Les rédacteur·ices du texte semblent avoir eu conscience de cet écueil en soulignant, non sans confusion, que « certaines de ces règles abordent des questions pouvant s'appliquer à toutes les personnes détenues, hommes et femmes, notamment celles ayant trait aux responsabilités parentales (...) mais, dans l'ensemble, les règles traitent principalement des besoins des femmes et de leurs enfants. Toutefois, étant donné que l'accent est notamment mis sur les enfants des détenues, il est indispensable de reconnaître le rôle central des deux parents dans la vie des enfants. Par conséquent, certaines règles s'appliquent également aux pères détenus ou délinquants » (observations préliminaires n° 12). Il n'empêche qu'aucun texte applicable aux détenus en général ne fait référence à la paternité. Sur la question de la paternité en détention en France, v. les travaux de M. QUENNEHEN : La paternité « ordinaire » en prison, Paris, EHESS, 2019 ; « Expérience carcérale et exercice de la paternité : le point de vue de pères détenus », *Champ pénal*, 2019, n° 18 ; « Paternités cachées, paternités impensées : être père en prison », *Genre, sexualité & société*, Automne 2021, n° 26.

⁹⁷ Règle Nelson Mandela 29 ; Règle pénitentiaire européenne 36.1.

⁹⁸ Fängelslagen, chapitre 2, art. 5, qui prévoit depuis 2010 qu'« un détenu peut être autorisé à avoir son nourrisson avec lui si cela peut être considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant » - https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/fangelslag-2010610_sfs-2010-610/#K2 [consulté le 1^{er} mars 2026].

⁹⁹ V. sur ce sujet, Cour EDH, *Namik Yüksel c. Turquie*, req. n° 28791/10, 27 août 2024, *Dr. Fam.* 2024, n° 12, chron. 9, obs. A. GOUTTENOIRE, F. MARCHADIER ; *JCP G* 2024, act. 1033, obs. F. SUDRE ; *RJPF* 2024, n° 295, note M. SAULIER ; égal. *Intersections. Revue Genre et Droit*, 2025, chron. Etat civil, familles et conjugalités, §31.

¹⁰⁰ CEDAW, *Inga Abramova c. Belarus*, 3 avril 2009, C/49/D/23/2009.

¹⁰¹ On notera uniquement le commentaire de la règle de Bangkok n° 18 qui indique « les moyens contraceptifs devraient être disponibles en prison de la même manière que dans la communauté, en tenant compte de ce que les pilules contraceptives ne sont pas uniquement utilisées pour prévenir la grossesse mais également pour traiter d'autres problèmes spécifiques aux femmes, tels que les menstruations douloureuses ». Le respect des différences nationales sur l'avortement pourrait justifier une certaine prudence des rédacteur·ices.

¹⁰² Cour EDH, *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, req. n° 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017.

Russie a ainsi pu défendre une disposition interdisant la réclusion criminelle à perpétuité pour les femmes¹⁰³ : après avoir souligné que « le droit international consacre une approche plus humaine envers les femmes »¹⁰⁴, les autorités ont qualifié cette exception d'« inégalité positive » conçue pour compenser, par des moyens légaux, « la vulnérabilité naturelle de ces groupes sociaux »¹⁰⁵ et l'ont justifié par le « rôle spécial » des femmes dans la société « lié, avant tout, à leur fonction reproductive »¹⁰⁶. La Cour EDH ne contredit pas ces arguments sexistes et essentialistes¹⁰⁷, et considère simplement qu'il existe « un intérêt général justifiant l'exclusion des femmes de la réclusion à perpétuité par une règle globale ». La différence de traitement n'est donc pas fondée « sur un désavantage factuel réel mais sur une idée préconçue des faiblesses supposées »¹⁰⁸ des femmes par rapport aux hommes, et en particulier ici sur leur fonction reproductive¹⁰⁹.

Conclusion

Le droit international de la détention témoigne d'une volonté affichée des autorités d'améliorer le sort des femmes et des personnes LGBT+. Cet objectif se construit, dans des normes largement recommandatoires, au prix d'une essentialisation normative des identités, d'une marginalisation des identités « non-conformes » et de la reproduction de stéréotypes de genre. Certes, ériger le genre en critère juridique de protection peut conduire dans certains cas, et sous réserve d'une mise en œuvre effective des règles, à réduire l'indignité des conditions de détention et certaines discriminations. Mais, ce faisant, le droit contribue aussi au maintien et à la légitimation de l'enfermement des personnes concernées. Si l'enfermement est approprié, ajusté aux « besoins spécifiques », à quoi bon penser sa disparition ? Les analyses issues du féminisme anticarcéral offrent une voie permettant de déplacer les termes de ce « dilemme »¹¹⁰ : la

¹⁰³ Art. 57 C. pén. Russe. Et pour les hommes de moins de 18 ans et de plus de 65 ans. Pour des requêtes similaires, CCPR, *Anton Marz c. Fédération de Russie*, 14 mars 2005, C/97/D/1425/2005 ; Cour EDH, *Ēcis c. Lettonie*, req. n° 12879/09, 24 juin 2019 (interdiction généralisée des sorties de prison pour les détenus masculins uniquement).

¹⁰⁴ Cour EDH, *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, *op. cit.*, § 45.

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 46.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 47.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 82 : « dans la mesure où les requérants se plaignent d'être traités différemment des *femmes* adultes relevant de la même catégorie d'âge qu'eux (18 à 65 ans), que le législateur a exclues de la réclusion à perpétuité en raison de leur sexe, la Cour prend note des divers instruments européens et internationaux qui traitent des besoins de protection des femmes contre les violences fondées sur le sexe, des abus et du harcèlement sexuel dans l'environnement pénitentiaire, ainsi que de la nécessité de protéger les femmes enceintes et les mères (paragraphe 27 à 30 ci-dessus). Le Gouvernement a présenté des données statistiques indiquant une différence considérable entre le nombre total d'hommes détenus et le nombre total de femmes détenues [...], et a également souligné le nombre relativement réduit de détenus condamnés à la réclusion à perpétuité (*ibidem*). Il n'appartient pas à la Cour de revenir sur l'appréciation par les autorités nationales des données en leur possession ou du raisonnement pénologique que de telles données cherchent à appuyer. Dans les circonstances particulières de l'affaire, les données disponibles ainsi que les éléments ci-dessus fournissent à la Cour une base suffisante pour qu'elle conclue qu'il existe un intérêt général justifiant l'exclusion des femmes de la réclusion à perpétuité par une règle globale ».

¹⁰⁸ Opinion dissidente du juge portugais Pinto de Albuquerque.

¹⁰⁹ Certaines opinions concordantes inquiètent d'ailleurs particulièrement. V. p. ex. opinion concordante du juge Sajo : « Par ailleurs, j'estime que pour la même durée d'emprisonnement, une femme souffrira plus qu'un homme, ne serait-ce, par exemple, que parce qu'elle ne pourra pas être mère. Cette considération peut paraître relever du simple stéréotype de genre, quoique d'aucuns diraient que le cerveau féminin présente des spécificités et des différences biologiques. Mais dans une société où on attend des femmes qu'elles aient des enfants et où les jeunes filles sont élevées dans un contexte social qui les conditionne à croire qu'elles ne pourront s'épanouir que dans la maternité, une femme souffrira de ne pas avoir réalisé cette attente imposée par la société ».

¹¹⁰ Cela rejoint le « dilemme » des prisons : « D'un côté, chercher à faire de la prison un espace de droit, c'est entériner l'existence d'un espace carcéral qui souffre d'un grave déficit de légitimité, accepter le

prison constitue elle-même un espace producteur de violences genrées. Penser la protection des personnes détenues suppose, non pas de penser l'humanisation de la prison, et notamment de la rendre « sensible aux genre », mais bien de questionner sa nécessité même et d'explorer pleinement les voies pénales non privatives de liberté¹¹¹.

maintien d'un système pénal qui repose sur une privation de liberté qu'on peut juger contraire aux droits de l'homme (...) de l'autre, refuser toute réforme de la prison, c'est s'empêcher de penser le développement d'un droit de l'exécution des peines, source de garanties, de protection et d'améliorations véritables pour les détenus confrontés, dans leur vie quotidienne, à l'arbitraire et au vide du monde carcéral», Y. CARTUYVELS, « Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons », in O. DE SCHUTTER, K. DAN (Eds.), *L'institution du droit pénitentiaire*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, La pensée juridique, 2002, p. 113, spéc. p. 130, cité par G. CHANTRAINE et D. KAMINSKI, « La politique des droits en prison. Police institutionnelle, militantisme juridique, luttes démocratiques », *Champ pénal*, 2007, vol. IV bis.

¹¹¹ V. les écrits d'Angela Yvonne DAVIS et not., *La prison est-elle obsolète ? Au diable Vauvert*, 2003, rééd. 2021 ; *Abolition. Volume I. Politiques, pratiques, promesses*, Au diable Vauvert, 2025 ; Egal. G. DENT, B. E. RICHIE, A. Y. DAVIS, E. R. MEINERS, *Abolition. Féminisme. Tout de suite. Une généalogie du féminisme anticarcéral*, Daronnes, 2025 ; B. E. RICHIE, *Arrested Justice, Black women, violence and America's prison nation*, New York University Press, 2012 ; G. RICORDEAU, *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*, Lux, Coll. « Lettres libres », 2019.

La contribution de la Cour pénale internationale à la lutte contre les crimes sexuels et ceux liés au genre¹

Par Corinne BALLEIX,

Conseillère juridique adjointe à la Représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales,

La Haye, Pays-Bas.

Les crimes sexuels – viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable² – et ceux liés au genre³ – qui renvoie au rôle social attribué à chaque sexe dans une société – sont parmi les plus difficiles à sanctionner en droit international pénal, en particulier pour des questions de preuves et du fait de nombreuses résistances sociétales. Quelle est cependant la contribution de la Cour pénale internationale à la lutte contre l'impunité de ces crimes ? Quel est l'apport du Statut de Rome dans ce domaine ? Comment la Cour s'est-elle organisée pour améliorer la prise en charge des victimes de ces crimes ? Quel est l'apport des politiques successives du Bureau du Procureur, qui cherche à en élargir et consolider les fondements juridiques fournis par le Statut de Rome ? Dans quelle mesure les Chambres de la Cour ont-elles été en mesure de se saisir des outils proposés par le Bureau du Procureur, ou parfois même, d'être à l'initiative de méthodes d'incrimination des crimes sexuels et liés au genre ? Quelle est enfin la portée des avancées enregistrées, dans un contexte où la Cour est confrontée à de nombreux défis internes et externes ?

Cet article replace les dispositions du Statut de Rome sur les crimes sexuels et ceux liés au genre dans une perspective historique (I), expose les avancées qu'il a permis d'engranger dans la lutte contre l'impunité de ces crimes, et les obstacles auxquels la Cour reste confrontée (II) ; il souligne également les efforts à la fois prometteurs et fragiles de la Cour pour lutter contre les crimes sexuels (III) ; la lutte contre les crimes liés au genre paraît quant à elle ouvrir des perspectives nouvelles ; cependant, à un moment où la Cour pénale internationale apparaît très fragilisée, et a besoin du soutien de tous ses États parties, cette la lutte contre les crimes liés au genre risque de heurter les conceptions dominantes dans les sociétés de certains de ces États (IV).

¹ Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur.

² Art. 7-1 g du Statut de Rome.

³ Art. 7-3 du Statut de Rome.

I. De l'absence de prise en compte des violences sexuelles à leur codification dans le Statut de Rome

A. De l'érotisation à une reconnaissance limitée des crimes sexuels

1. Les crimes sexuels en tant que butin de guerre ordinaire

Les conflits armés se sont toujours accompagnés de violences sexuelles. Dans l'Antiquité, l'enlèvement et le viol de femmes constituait de manière assumée la récompense des vainqueurs⁴. La mythologie grecque et romaine, et les représentations nombreuses qu'en ont fait les artistes – enlèvements des Sabines (David, Poussin), d'Europe (Rembrandt, Gustave Moreau), de Proserpine (Rubens) ou Rebecca (Delacroix), notamment – témoignent d'une certaine normalité, voire érotisation de ces violences⁵. Dans ces conditions, on ne pouvait guère attendre que le droit international humanitaire, balbutiant depuis le XVII^e siècle, fasse une place à la lutte contre ces pratiques.

2. La reconnaissance des violences sexuelles, d'abord vues par les hommes

i. Une lente évolution des textes conventionnels

Le développement du droit humanitaire s'accompagne d'une certaine reconnaissance des violences sexuelles. L'article 46 de l'annexe à la Convention (IV) de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre⁶, qui reprend les termes de l'article 38 du projet de Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre⁷ ainsi que le Manuel des lois de la guerre sur terre de 1880⁸ dispose ainsi que : « *L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés.* ». De souffrance individuelle des femmes victimes de violences sexuelles, il n'est nullement question ; c'est l'honneur du groupe familial, dont l'homme est habituellement le chef, qui est mis en avant.

Le premier texte de droit international humanitaire qui mentionne les femmes est la Convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre⁹ dont l'article 3 stipule que « Les femmes seront traitées avec tous les égards dus à leur sexe ». Les conventions de Genève de 1949 relatives aux sorts des blessés et malades¹⁰, ainsi que celle concernant le traitement des prisonniers de guerre reprennent la même

⁴ A. RAMSEIER, « Le statut des violences sexuelles en droit international pénal : entre reconnaissance et impunité », Séminaire de Master en droit pénal humanitaire (dir. D. SCALIA), UNIL, Lausanne, 18 mai 2016.

⁵ J. DELAPLANCHE, *Ravissement : Les représentations d'enlèvement amoureux dans l'art*, Citadelles & Mazenod, 2018 : « Ce sont des œuvres d'art créées par des hommes, pour des hommes, et illustrant des récits imaginés par des hommes, pour des hommes. Elles présentent les femmes enlevées de telle sorte que nous sommes associés à la convoitise masculine, nous offrant l'image érotisée et complaisante d'une victime frémissante ».

⁶ <https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907?activeTab=> [consulté le 03/03/2026].

⁷ <https://ihl-databases.icrc.org/fr/ihl-treaties/brussels-decl-1874> [consulté le 03/03/2026].

⁸ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/140-DIH-8-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

⁹ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/305-DIH-CG-1929-2-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

¹⁰ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/365-CG-IFR.pdf> ; <https://ihldatabases.icrc.org/assets/treaties/370-CG-II-FR.pdf> et <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/375-CG-III-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

formulation, évoquant de manière très euphémisée, et « en creux » les violences sexuelles.

La quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre¹¹ prévoit plus explicitement une protection pour « les femmes enceintes et mères d'enfants de moins de sept ans (art. 14, 16, 18, notamment), ainsi que « les femmes en couche » (art. 17 et 18). Plus spécifiquement cependant, l'article 27 de cette quatrième convention dispose que « Les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur ». Les formulations retenues témoignent de la volonté de protéger, au-delà des femmes, le groupe à la perpétuation duquel elles contribuent en tant que mères. Certes, pour la première fois, apparaît une référence explicite aux violences sexuelles, décrites comme une atteinte à l'honneur des femmes. Le dictionnaire Robert définissant « l'honneur » comme « le fait de mériter la considération, l'estime (d'autrui et de soi-même) sur le plan moral et selon les valeurs de la société », cette formulation exprime bien l'idée que les violences sexuelles comportent une dimension symbolique forte et visent, au-delà de la victime individuelle, à atteindre le groupe auquel elle appartient. En revanche, les souffrances individuelles, mentales et physiques, autres que les blessures d'honneur ne paraissent pas spécifiquement prises en considération¹².

À cet égard, les protocoles additionnels I et II aux conventions de Genève de 1977 consacrent une avancée dans la reconnaissance des souffrances individuelles résultant des violences sexuelles, quel que soit le sexe des victimes. Leurs articles 75 §2b)¹³ et 41⁴ prohibent en effet « en tout temps et en tout lieu » « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur ».

ii. *Le rôle modeste des premiers tribunaux internationaux dans la lutte contre les violences sexuelles*

Le tribunal militaire de Nuremberg, qui a terminé ses travaux en octobre 1946, n'a pas pris explicitement en considération la question des violences sexuelles commises par les nazis durant la seconde guerre mondiale, et encore moins celles commises par les soldats russes en 1945 à l'égard des femmes allemandes¹⁵. De la même manière, son homologue de Tokyo, qui a achevé ses activités en novembre 1948, n'a condamné que trois accusés pour des violences sexuelles, alors que plus de 200.000 femmes auraient été contraintes à l'esclavage sexuel pendant la seconde guerre mondiale, dans le cadre de la pratique des « femmes de réconfort », pour le bénéfice des soldats japonais, après que plus de 20 000 viols auraient été commis par des membres de l'armée japonaise dans le premier mois de la prise de Nankin¹⁶.

¹¹ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/380-CG-IV-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

¹² M. WERY, « Violences sexuelles et droit des conflits armés : une approche féministe », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques (R.I.E.J.)*, 2021, n°86, pp 63-90.

¹³ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/470-PA-I-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

¹⁴ <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/475-PA-II-FR.pdf> [consulté le 03/03/2026].

¹⁵ Deux millions de femmes allemandes auraient été violées par les soldats russes en 1945, voir M. HILLERS, *Une femme à Berlin*, Paris : Gallimard 2006, adapté au cinéma par Max Fäberböck en 2008, « Anonyma, eine Frau in Berlin ».

¹⁶ C. FOURCANS, « La répression par les juridictions pénales internationales des violences sexuelles commises pendant les conflits armés », *Archives de Politique Criminelle*, 2012/I, n°34, pp. 155-165.

B. L'émergence d'une reconnaissance des crimes sexuels à partir des années 1990

Les conflits dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda vont être le sinistre théâtre de violences sexuelles organisées et généralisées, que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) mis en place en mai 1993, et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), établi en novembre 1994, vont s'attacher à criminaliser. Les statuts des deux tribunaux¹⁷ se réfèrent aux conventions de Genève de 1949 (art. 2 du TPIY et article 4 du TPIR, qui mentionne également le Protocole additionnel N°II de 1977). Dans les deux statuts, le viol est présenté en tant que crime contre l'humanité (art. 5 du TPIY et art. 3 du TPIR).

Ces deux tribunaux ont développé une jurisprudence importante en matière de lutte contre les violences sexuelles. Ils ont d'abord contribué à la définition du viol, en tant qu'acte de pénétration sexuelle sous la contrainte, et, plus largement défini les violences sexuelles comme les actes sexuels sur une personne commis sous la contrainte (décisions *Akayesu*, 1998¹⁸, *Tadic*, 1997¹⁹). Les violences sexuelles recouvrent ainsi l'esclavage sexuel, le mariage forcé, l'avortement forcé, la prostitution forcée, la grossesse ou la stérilisation forcée (décisions *Kvočka*, 2001²⁰ et *Kumarac*, 2002²¹). Les atteintes à l'intégrité morale résultant de ces violences sexuelles ont également été reconnues, notamment dans la décision *Furundzija* de 1998²².

Ces tribunaux ont par ailleurs contribué à la qualification juridique de ces violences sexuelles. Ils les ont qualifiées de crimes contre l'humanité tels que la torture (*Kumarac*²³, *Semanza*, 2003²⁴), les persécutions (*Kvočka*) et la réduction en esclavage (*Kumarac*). Ils ont également qualifié les violences sexuelles de crime de guerre, en tant qu'actes de torture ou traitements inhumains ou dégradants (*Tadic*, et *Delalic*, 1998²⁵) ainsi que de violation des lois et coutumes de la guerre (*Kumarac*). La qualification de génocide a, pour sa part, été retenue par le TPIR, dans l'affaire *Akayesu*, en 1998, et par le TPIR dans l'affaire *Krstic*, en 2001²⁶.

II. Contribution en demi-teinte du Statut de Rome et de la CPI à la lutte contre les crimes sexuels et ceux liés au genre

Le Statut de Rome du 17 juillet 1998 a bénéficié de l'influence d'ONG féministes et contient un certain nombre de dispositions dans ses articles consacrés aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, qui contribuent à la lutte contre

¹⁷ Respectivement : pour le TPIY : [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute sept09 fr.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute%20sept09%20fr.pdf) et pour le TPIR : [https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute en fr 0.pdf](https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf) [consulté le 03/03/2026].

¹⁸ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, N°ICTR-96-4-T.

¹⁹ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 7 mai 1997, N°IT-94-1-T.

²⁰ TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvočka et al.*, 2 novembre 2001, N° IT-98-30/1-T.

²¹ TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kumarac et al.*, 12 juin 2002, T-96-23& IT-96-23/1-A.

²² TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, 10 décembre 1998, Affaire N°IT-95-17/1-T.

²³ TPIY, *Le Procureur c. Dragan Zelenivic*, 4 avril 2007, IT-96-23/2-S.

²⁴ TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, 15 mai 2003, N°ICTR-97-20- T.

²⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic & al.*, 16 novembre 1998, N° IT-96-21.

²⁶ TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstic*, 2 août 2001, N°IT-98-33-T.

les crimes sexuels, voire, de manière plus timide, contre les crimes liés au genre. Les mêmes actes criminels (viol, grossesse forcée, stérilisation forcée, par exemple) peuvent être qualifiés de génocide, crimes contre l'humanité et/ou crimes de guerre, selon le contexte de leur commission, et selon des conditions qui varient pour chaque type de crimes. Si le Statut de Rome consolide les avancées réalisées dans la lutte contre les violences sexuelles, et ouvre la voie à la criminalisation des violences de genre, la jurisprudence de la Cour a jusqu'à présent rencontré des difficultés à établir et sanctionner les violences sexuelles.

A. Un texte qui consolide les avancées antérieures sur les crimes sexuels

1. Les violences sexuelles en tant que crimes de génocide et crimes contre l'humanité

L'article 6 du Statut de Rome reprend la définition du génocide figurant à l'article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, et, dans son alinéa d) incrimine les « Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe », lorsqu'elles sont commises dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Cela recouvre la contraception ou stérilisation forcée, les mutilations, voire le viol et les grossesses forcées, lorsqu'ils ont pour objectif de modifier la composition d'un groupe ethnique. Les législations légalisant l'avortement, qui reconnaissent la liberté individuelle des femmes à choisir d'interrompre une grossesse, ne s'inscrivent nullement dans le cadre de mesures visant à détruire un groupe, et ne peuvent donc en aucun cas entrer dans la définition du génocide²⁷.

L'article 7 du Statut de Rome sur les crimes contre l'humanité contient des dispositions importantes sur les crimes sexuels et ceux liés au genre. En effet, son paragraphe 1-g) incrimine les atteintes telles que : « Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ». On note ici une liste à la fois détaillée de plusieurs formes de violences sexuelles, qui inclut pour la première fois l'esclavage sexuel²⁸, tout en restant ouverte à des modalités autres, susceptibles de germer dans les esprits criminels²⁹. Cette ouverture est d'ailleurs confirmée par le paragraphe 1k) qui renvoie aux « Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ».

2. L'introduction d'une définition des termes

Jusque-là, les textes conventionnels ou établissant le statut des tribunaux pénaux internationaux ne donnaient pas de définition des violences sexuelles, ces dernières ayant une nature simplement jurisprudentielle. L'article 7-2 définit quant à lui plusieurs formes de crimes contre l'humanité, qui peuvent inclure des crimes sexuels, ce qui

²⁷ O. BEAUVALLET, « Article 6. Crime de génocide », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, A. Pedone, 2019, pp. 531-566.

²⁸ Amnesty international, « Cour pénale internationale, Fiche d'information 7, Garantir l'accès à la justice des femmes », IOR 40/0006/2005.

²⁹ J. JUROVICS, « Article 7. Crimes contre l'humanité », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 567-626.

contribue à une codification de ces termes et leur ancrage plus solide dans le droit international. Il s'agit en particulier de :

c) la réduction en esclavage, qui vise « le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, *en particulier des femmes et des enfants* »³⁰. Cette définition reflète l'état du droit international coutumier, et inclut pour la première fois la traite des êtres humains, notamment à des fins de prostitution.

e) La torture recouvre quant à elle « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ». À cet égard, l'apport du Statut de Rome par rapport aux textes antérieurs de droit international réside dans le fait de ne pas exiger que l'auteur des tortures soit un agent de l'État.

f) « Par “grossesse forcée”, on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international ». Afin de ménager la susceptibilité de certains États (Saint Siège, États catholiques, ou pays arabes) opposés au droit à l'avortement, le texte de l'article 7-2f) précise que « Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ; »

g) « Par “persécution”, on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ». Des persécutions liées au genre pourront être prises en compte dans ce cadre. Jan Jurovics note à cet égard que le Statut de Rome donne la première définition conventionnelle de la persécution, mais qu'il en limite la portée, dans la mesure où les persécutions doivent constituer des violations du droit international existant.

3. La place des crimes sexuels parmi les crimes de guerre

Que ce soit en situation de conflit armé international (art. 8-2b) ou non-international (art. 8-2e), sont incriminés « Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ». De même, sont prohibées « Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants », qui peuvent avoir une dimension sexuelle³¹. En l'absence de précision sur l'auteur de ces atteintes, la définition de ce dernier peut être très large, et il peut s'agir d'un auteur gouvernemental ou non-gouvernemental. On peut noter cependant que la référence aux Conventions de Genève, eu égard à leur caractère restrictif, ne permet pas vraiment d'élargir la protection contre les violences sexuelles.

Les éléments des crimes³², adoptés lors de la première Assemblée des États parties en septembre 2002 précisent ce qui doit être entendu par viol, esclavage sexuel,

³⁰ Nous soulignons.

³¹ M. EUDES, « Article 8. Crimes de guerre », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 627-686.

³² <https://www.icc-cpi.int/fr/publications/textes-juridiques-fondamentaux/elements-des-crimes> [consulté le 03/03/2026].

prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée, autres formes de violences sexuelles, et persécutions dans ses articles relatifs aux crimes contre l'humanité (art 7-1g)1 à 6 et 7-1h), et crimes de guerre (articles 8-2b)XXI et XXII-1 à 6, et 8-2e)VI 1 à 6). La mention de la stérilisation forcée dans la liste des crimes sexuels a en particulier fait l'objet de discussions, la Chine obtenant face à l'Allemagne et au Canada, dans les discussions sur les *Eléments des crimes*³³, que seules les mesures privant définitivement une personne de sa capacité à procréer soient incriminées, et non les mesures de contrôle des naissances sans effet permanent.

Dans l'administration de la preuve, le Règlement de procédure et de preuve (RPP)³⁴ n'exige pas la corroboration des déclarations lorsqu'il s'agit de témoignages relatifs à des crimes sexuels et liés au genre (règle 63-4 du RPP), et, par ailleurs, précise que le comportement sexuel antérieur de la victime n'a pas à être pris en considération (Règles 70 et 71 du RPP).

B. La prise en compte des crimes liés au genre.

1. Définition ambiguë du « genre » dans le Statut de Rome

i. Des négociations difficiles

L'article 7-3 du Statut de Rome précise qu'« Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » (« *gender* », dans la version anglaise du texte) s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens ».

Avant le Statut de Rome, le projet de statut d'une Cour criminelle internationale présenté en 1994 par la Commission du droit international³⁵ ne contenait pas le terme de « genre ». Pourtant, les agences des Nations Unies distinguaient déjà, sans les opposer, les notions de sexe – biologique – des notions de genre – construit socialement –, reconnaissant dans leurs activités le rôle de la culture et des facteurs intersectionnels dans les difficultés spécifiques rencontrées par les femmes³⁶.

Durant les négociations du Statut de Rome, les ONG féministes, en particulier le *Women's Caucus for Gender Justice* et la Coalition pour la CPI ont milité en faveur de l'inclusion de la lutte contre les crimes liés au genre, en plus des crimes sexuels³⁷. Elles se sont heurtées à deux types de résistance : d'un côté, ceux qui estimaient que l'incrimination des violences sexuelles permettait déjà de couvrir les violences liées au genre, et ceux (pays arabes, Vatican et groupes de droite aux Etats-Unis en particulier)

³³ *Eléments des crimes*, article 7-1g)5, note de bas de page N° 19.

³⁴ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/PIDS/docs/RulesProcedureEvidenceFra.pdf> [consulté le 03/03/2026].

³⁵ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/7_4_1994.pdf [consulté le 03/03/2026].

³⁶ V. notamment art. 4§1 de la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes : « Les États devraient condamner la violence à l'égard des femmes et ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion pour se soustraire à l'obligation de l'éliminer », <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanismes/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>. Commentaire par V. OOSTERVELD, « The definition of “gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court. A Step forward or back for international criminal justice? », *Harvard Human Rights Journal*, 2005, n°18, pp. 55-84.

³⁷ J. FREEDMAN, « Genre, justice et droit pénal international », *Cahiers du Genre*, 2014, n°57, pp. 39-54.

qui étaient opposés à ce que le Statut de Rome permette de lutter contre des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

ii. *Le résultat d'un compromis*

L'article 7-3 du Statut de Rome organise une ambiguïté constructive. En disposant que le terme « sexe » (« *gender* » – genre –, dans la version anglaise) s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin (... et qu'il) n'implique aucun autre sens », il renvoie à la définition biologique du sexe, et exclut *a priori* la prise en compte des crimes ciblant spécifiquement des personnes homosexuelles, transgenres ou, plus largement, LGBTQIA+. Cependant, la mention « dans le contexte de la société » peut être entendue de deux manières opposées : les États et groupes conservateurs, affirmant un relativisme culturel, ont estimé que cette expression exige le respect du rôle social accordé à chaque sexe – homme ou femme – dans chaque société³⁸. Au contraire, dans la mesure où d'autres textes des Nations Unies prennent en considération des problématiques de genre, les féministes ont espéré que les violences résultant de normes sociales puissent être incriminées. Il reviendrait donc aux juges d'interpréter ce texte.

2. Multiplication des références aux questions de genre

Si le terme de « genre » ne bénéficie pas d'une définition particulièrement limpide dans le Statut de Rome, ça ne l'empêche pas d'être présent dans la version anglaise du texte à plusieurs endroits, grâce toujours à la pression exercée par les mouvements féministes.

Les persécutions, en particulier pour des motifs liés au sexe (« *gender* » – genre –, dans la version anglaise du Statut de Rome) sont incriminées aux termes de l'article 7-1 h) relatif aux crimes contre l'humanité : « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être (...) exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que, notamment, le sexe – mais *gender* – le genre, dans la version anglaise du texte, tel que défini à l'article 7, paragraphe 3 » (v. l'article 21-3 du Statut).

De plus, « Le Procureur nomme des conseillers qui sont des spécialistes du droit relatif à certaines questions, y compris, mais s'en s'y limiter, celles des violences sexuelles, des violences à motivation sexiste (« *sexual and gender violence* » dans la version anglaise) et des violences contre les enfants » (v. l'article 42-9).

Parmi les devoirs et pouvoirs du Procureur en matière d'enquêtes, ce dernier, dans la conduite de ses enquêtes et poursuites « a égard aux intérêts et à la situation personnelle des victimes et des témoins, y compris leur âge, leur sexe (« *gender* », dans la version anglaise du Statut), tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et leur état de santé ; il tient également compte de la nature du crime, en particulier lorsque celui-ci comporte des violences sexuelles, des violences à caractère sexiste (« *gender violence* », dans la version anglaise) ou des violences contre des enfants » (v. l'article 54-1b).

Enfin, afin d'assurer la protection et la participation au procès des victimes et témoins, « La Cour prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et

³⁸ H. CHARLESWORTH, « Feminist methods in International Law », *The American Journal of International Law*, 1999, vol. 93, n° 379, pp. 379-394.

psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins. Ce faisant, elle tient compte de tous les facteurs pertinents, notamment l'âge, le sexe (« *gender* », dans la version anglaise) tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, et l'état de santé, ainsi que la nature du crime, en particulier, mais sans s'y limiter, lorsque celui-ci s'accompagne de violences à caractère sexuel, de violences à caractère sexiste (« *sexual and gender violence* » dans la version anglaise du texte) ou de violences contre des enfants » (v. l'article 68 du Statut).

Une critique commune des dispositions du Statut de Rome sur les crimes sexuels ou liés au genre et textes afférents tient au fait qu'ils ne bénéficient pas d'une reconnaissance autonome. Ils doivent en effet obligatoirement se rattacher au contexte spécifique de conflit armé pour les crimes de guerre, d'attaques systématiques contre les populations civiles, pour les crimes contre l'humanité, ou d'une intention de détruire tout ou partie d'un groupe, pour le crime de génocide³⁹, ce qui affaiblit la possibilité de les incriminer. En effet, en l'absence d'un rattachement à l'un des crimes internationaux du Statut de Rome, ces crimes ne peuvent être sanctionnés que par des juridictions nationales, qui n'ont pas toujours la capacité et/ou la volonté de les sanctionner.

III. Une mise en œuvre en demi-teinte des dispositions du Statut de Rome de lutte contre les crimes sexuels

A. Des avancées réelles

Des efforts réels ont été conduits pour une meilleure prise en charge des crimes sexuels ou liés au genre, et la jurisprudence de la Cour témoigne également d'efforts pour lutter contre l'impunité concernant les crimes sexuels. Cependant, ils se heurtent à de très nombreux obstacles. Le traitement par la Cour des crimes liés au genre sera plus spécifiquement abordé dans un paragraphe ultérieur, en s'interrogeant s'il peut permettre de surmonter certaines des difficultés à poursuivre les crimes sexuels.

1. Des efforts pour une meilleure prise en charge des témoins et victimes de crimes sexuels ou liés au genre

i. Un engagement fort du Bureau du Procureur

Trois documents de politique générale du Bureau du Procureur, de 2014⁴⁰, 2022⁴¹, et 2023⁴² visent à préciser et élargir la définition de ces crimes, à en enrichir les modalités de preuve, et, plus globalement, à améliorer la prise en charge des victimes de crimes liés au genre.

³⁹ J. FREEDMAN, « Genre, justice et droit pénal international », *ibid.* Egalement M. WERY, « Violences sexuelles et droit des conflits armés : une approche féministe », *ibid.*

⁴⁰https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes_20_June_2014_FRE.pdf [consulté le 03/03/2026].

⁴¹<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-05/20220322-policy-gender-fra.pdf> [consulté le 03/03/2026].

⁴²<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-gender-fra-web.pdf> [consulté le 03/03/2026].

Le Document de politique générale de 2014 prévoit si possible l'entretien des témoins en tête-à-tête, en tenant compte de leur état psychosocial et de leur sécurité (§63-64 et 85-86), ainsi qu'une préparation à l'audience (§84).

Le Document de politique générale de 2022 relatif au crime de persécutions liée au genre généralise l'utilisation du terme « genre » dans sa version française, et insiste en outre sur la formation des personnels (§74, 77) et le recours à une expertise spécialisée en soutien de l'unité dédiée au genre et aux enfants (§107 à 110) ; le Procureur ayant nommé en septembre 2021 une conseillère spéciale pour les persécutions liées au genre, cette dernière est chargée d'élaborer pour chaque situation une procédure spécifique de conduite des enquêtes sur les crimes liés au genre (§111).

Le Document de politique générale sur les crimes liés au genre de 2023 définit 10 principes pour le pilotage des enquêtes : une approche centrée sur les droits des survivants (§70), tenant compte des traumatismes qu'ils ont subis (§71-74), recourant à l'analyse intersectionnelle (§75), développant les compétences des agents de la Cour dans le traitement des crimes liés au genre (§76), respectant les principes de diligence raisonnable (indépendance, impartialité et éthique de l'enquête) (§77-78), luttant contre les mythes, les stéréotypes et les idées fausses (§79-83), contextualisant les crimes liés au genre (§84-85), qualifiant les faits avec précision (§86-87), recherchant la coopération des Etats et des organisations internationales (§88-90) et prévoyant un suivi et une évaluation de la mise en œuvre (§91-92).

Les efforts des Procureurs de la CPI – et surtout du dernier, Karim Khan – pour lutter contre les crimes sexuels ou liés au genre apparaissent donc très substantiels.

On peut noter en outre la mise en place au sein du Greffe, conformément à l'art. 43-6 du Statut de Rome, d'une unité d'aide aux victimes et aux témoins, chargée, en consultation avec le Bureau du Procureur, de conseiller et d'apporter un soutien médical et psychosocial, mais aussi d'organiser des mesures de protection en faveur des personnes qui comparaissent devant la Cour. S'y est ajouté un « point focal » « égalité des genres » auprès du cabinet du Greffier, actif sur les problématiques de genre internes à la Cour, l'attention à ces questions dans les activités juridictionnelles de la Cour contribuant au développement de ces préoccupations dans son fonctionnement interne.

Le fait que la Cour soit composée à l'heure actuelle majoritairement de femmes (11 femmes juges pour 7 hommes juges) contribue également à une meilleure prise en compte des problématiques sexuelles et de genre.

Au-delà de cette attention spécifique aux questions de genre dans le fonctionnement de la Cour, la jurisprudence de la Cour a permis certaines avancées dans la lutte contre l'impunité liée à ces crimes.

2. Des avancées jurisprudentielles, dans la lutte contre les crimes sexuels

i. Viols. Dans sa décision du 21 mars 2016 contre Jean-Pierre Bemba, la Chambre de première instance de la Cour a précisé que l'existence d'un « environnement coercitif »

rendait nul tout consentement apparent d'une victime à la prise de possession de son corps⁴³.

ii. Esclavage sexuel. Dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo*, la Chambre préliminaire a estimé le 30 septembre 2008 que « la notion d'esclavage sexuel recouvre aussi les situations dans lesquelles des femmes et des jeunes filles sont contraintes de se marier ou lorsqu'elles sont utilisées comme domestiques ou contraintes d'accomplir d'autres tâches qui finalement débouchent sur une activité sexuelle imposée, y compris le viol que leur font subir les personnes qui les tiennent captives »⁴⁴.

On peut noter que le Document de politique générale relatif à l'esclavage adopté par le Bureau du Procureur en décembre 2024⁴⁵ prévoit que ce dernier s'intéresse également à la traite des êtres humains (voir l'article 7-2-c du Statut), dans la mesure où son existence peut être le signe ou apporter la preuve de crimes de réduction en esclavage ou d'esclavage sexuel, même si, en tant que tel, la traite des personnes ne constitue pas un crime au regard du Statut⁴⁶.

iii. Mariage forcé. Dans l'affaire *Ongwen*, la Chambre de Première instance, dans sa décision du 4 février 2021 a considéré que, même si le Statut de Rome ne mentionne pas explicitement le mariage forcé, il entre dans la catégorie des « autres actes inhumains prévus à l'article 7-1-k, dans la mesure où le « mariage forcé consist(e) à contraindre une personne, indépendamment de sa volonté, à établir une union conjugale avec une autre personne par l'emploi de la force physique ou psychologique, par la menace de la force ou à la faveur d'un environnement coercitif. Un tel acte ne relève d'aucun de ceux énumérés aux alinéas a) à j) de l'article 7-1, mais il revêt un caractère similaire »⁴⁷.

iv. Viol de même sexe. La décision précitée *Bemba* (§100) et celle de première instance *Ntaganda* du 8 juillet 2019⁴⁸ (§933) rappellent que, selon les Éléments des crimes, « [l]'expression "possession" se veut suffisamment large pour être dénuée de connotation sexospécifique⁴⁹ ». Par conséquent, dans le cadre juridique de la Cour, la « possession » inclut la « pénétration par une personne du même sexe et englobe les auteurs et les victimes des deux sexes ».

v. La protection contre les violences sexuelles des membres d'une force armée ou d'un groupe armé à l'égard des crimes commis par les membres de la même force armée ou du même groupe armé a également été prise en compte dans l'affaire *Ntaganda* (§407), malgré le caractère *a priori* restrictif de la référence aux Conventions de Genève⁵⁰.

⁴³ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 21 mars 2016, N°ICC-01/05-01/08, § 102.

⁴⁴ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 30 septembre 2008, N° ICC-01/04-01/07. 1/243, §431 et §432.

⁴⁵ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-12/policy-slavery-web-fra.pdf> [consulté le 03/03/2026].

⁴⁶ *Ibid.*, para. 55.

⁴⁷ CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, 4 février 2021, N°ICC-02/04-01/15, § 2751.

⁴⁸ CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, 8 juillet 2019, N°ICC-01/04-02/06.

⁴⁹ Éléments des crimes, articles 7-1-g-1, note de bas de page 15, 8-2-b-xxii-1, note de bas de page 50, et 8-2-e-vi-1. J. JUOVICS, « Article 7. Crimes contre l'humanité », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 567-626.

⁵⁰ *Affaire le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la deuxième décision rendue concernant l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9, ICC-01/04-02/06-1962 -tFRA, 15 juin 2017.

vi. Signalement tardif de viol sans impact sur la crédibilité. Toujours dans l'affaire *Ntaganda*, la Chambre a estimé (§88) que la stigmatisation culturelle ou communautaire, la honte et la peur, ainsi que le manque général de confiance dans les autorités sont autant d'éléments qui peuvent expliquer les difficultés que doivent surmonter les victimes pour se manifester, surtout dans une zone en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, comme l'Ituri. En conséquence, la Chambre a considéré que le signalement tardif d'un viol, y compris après avoir rencontré un conseiller ou un thérapeute, était une conséquence compréhensible de l'expérience qu'aurait vécue la victime et elle a donc conclu qu'il n'entamait pas, en soi, la crédibilité générale du témoin.

B. Pourtant, une reconnaissance effective des crimes sexuels par la CPI toujours difficile

1. Nombre très réduit de personnes effectivement condamnées pour violences sexuelles

Dès la phase de la Chambre de première instance, plusieurs accusés de violences sexuelles - Mathieu Ngudjolo Chu⁵¹, de même que Thomas Lubanga Dyilo⁵², échappent à des condamnations pour crimes sexuels, la preuve de ces violences n'ayant pas été apportée « au-delà de tout doute raisonnable ». A un niveau d'encadrement, Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé⁵³, ou, plus récemment, Al Hassan⁵⁴, le 26 juin 2024, de même que Alfred Yekatom et Patrice-Edouard Ntagaissona le 24 juillet 2025⁵⁵, sont également acquittés, faute de preuves. A cet égard, le jugement du 7 mars 2014 concernant Germain Katanga est édifiant : en effet, la Chambre de première instance, tout en reconnaissant qu'il existe des éléments de preuve établissant, au-delà de tout doute raisonnable, la commission de crimes de viol et de réduction en esclavage sexuel, estime néanmoins que les preuves présentées au soutien de la culpabilité ne permettaient pas de se forger une conviction « au-delà de tout doute raisonnable » concernant la responsabilité de l'accusé pour ces crimes⁵⁶.

Mais ce n'est pas tout : lorsqu'elles ont pu passer le cap de la première instance, les charges de crimes sexuels risquent de s'effondrer devant la chambre d'appel : ainsi, dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba*, acquitté le 8 juin 2018⁵⁷, la Chambre d'appel a considéré que la Chambre de première instance avait commis des erreurs de droit en jugeant que Jean-Pierre Bemba n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher, réprimer ou punir la commission par ses subordonnés des autres crimes – notamment sexuels – relevant de l'affaire.

Ainsi, au final, seuls Ongwen et Ntaganda, parmi les accusés mentionnés, ont vu leur condamnation pour crimes sexuels confirmée en appel.

2. Des difficultés spécifiques à prouver les crimes sexuels

⁵¹ <https://www.icc-cpi.int/news/icc-trial-chamber-ii-acquits-mathieu-ngudjolo-chui> [consulté le 03/03/2026].

⁵² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 12 mars 2012, ICC-01/04-01/06-3122-tFRA.

⁵³ CPI, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé*, 16 janvier 2019, N°ICC-02/11-01/15-T-234-FRA.

⁵⁴ CPI, *Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, 26 juin 2024, N°ICC-01/12-01/18-2594-Red.

⁵⁵ <https://www.icc-cpi.int/fr/news/prononce-du-jugement-dans-laffaire-yekatom-et-ngaissona-le-24-juillet-2025-informations> [consulté le 03/03/2026].

⁵⁶ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, 7 mars 2014, N° ICC-01/04-01/07, §959 et §1363.

⁵⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 8 juin 2018, N° ICC-01/05-01/08-3636-Red.

De fait, si la chaîne de commandement est toujours difficile à prouver s'agissant de la commission des crimes les plus graves, elle l'est particulièrement s'agissant des crimes sexuels, l'attribution de la responsabilité pour ces crimes à un accusé s'avérant très difficile, lorsqu'il n'y a pas participé directement. Plus généralement, la récolte des preuves de crimes sexuels s'avère particulièrement difficile dans des zones de conflit souvent difficiles d'accès, où les enquêtes nationales sont peu poussées et où manquent les infrastructures de santé à même de constater ce type de violences, dont les traces, s'agissant du viol, sont en outre fugaces. Surtout, les victimes, en proie au stress post-traumatique, peinent souvent à témoigner, par crainte de représailles de la part des auteurs, mais aussi d'ostracisation de la part de leur communauté d'origine⁵⁸. Ces difficultés peuvent contribuer à ce que certaines violences, en particulier sexuelles puissent être écartées du « découpage » géographique, temporel et par type de crimes, des situations sur lesquelles travaille le Bureau du Procureur, ce découpage présentant en outre une dimension politique. La négociation de compromis réciproques pour sceller un accord de paix entre belligérants peut également se faire au prix de l'abandon de certaines charges, dont la non-prise en considération de crimes sexuels.

IV. Des perspectives plus ouvertes de lutte contre les crimes liés au genre ?

Présente de manière ambiguë dans le Statut de Rome, la lutte contre les crimes liés au genre a débouché sur peu d'incriminations devant la CPI. Les Chambres, le Bureau du Procureur, le Greffe et l'Assemblée des États parties ont toutefois combiné leurs efforts pour promouvoir une meilleure prise en charge des témoins et victimes et un plus grand nombre de poursuites via un élargissement de la définition des crimes ayant une dimension de genre, et des preuves mobilisables.

A. Définition progressivement élargie : des « crimes à caractère sexiste » aux « crimes liés au genre »

1. Des crimes à caractère sexiste

Le Document de politique générale du Bureau du Procureur publié en juin 2014 relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste distingue bien dans ses définitions les « crimes sexuels » - actes de nature sexuelle accomplis sous la contrainte - des « crimes à caractère sexiste » - agressions qui ne sont pas forcément de nature sexuelle, mais qui sont commises contre des personnes, de sexe masculin ou féminin, en raison de leur appartenance sexuelle et/ou du rôle d'ordre social qui leur est dévolu à ce titre. Le texte ne prend cependant pas position sur la question du relativisme culturel, qui pourrait être invoqué pour justifier des comportements jugés licites dans un certain environnement social, mais criminel dans un autre.

⁵⁸ L. VAN LONGENDONCK, « Crimes sexuels en Ukraine : promesses et défis du droit pénal international », *Revue Québécoise de droit international, Hors-série octobre 2023, Le droit international humanitaire applicable au conflit armé entre la Russie et l'Ukraine*, pp. 331-350. Également E.A. CIRIMWAMI et P.M. MAGADJU, « Prosecuting rape as war crime in the Democratic Republic of Congo: lessons and challenges learned from military tribunals », *The Military Law and the Law of War Review*, 2021, vol. 59, n°1, pp. 44-70.

La décision de la Chambre de première instance du 4 février 2021⁵⁹, confirmée par la Chambre d'appel le 15 décembre 2022 a cependant condamné Dominic Ongwen pour des « crimes sexuels *et* à caractère sexiste »⁶⁰, à savoir, le mariage forcé, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la réduction en esclavage, la grossesse forcée et l'atteinte à la dignité de la personne. Elle n'a dès lors pas distingué les deux types de crimes, les actes incriminés constituant de toute façon des crimes sexuels, ce qui permettait à la Chambre d'éviter de se confronter à la question du relativisme culturel.

2. Des persécutions pour un motif sexiste

Dès 2019 cependant, la Chambre préliminaire de la Cour, dans sa décision de confirmation des charges contre Al Hassan⁶¹, distinguait les persécutions liées au genre des crimes sexuels. Elle considérait en effet « qu'Ansar Dine/AQMI ont pris pour cible les femmes de Tombouctou et de sa région pour des motifs sexistes, en ce sens qu'ils ont d'une part, imposé des sanctions disproportionnées à l'égard des femmes, et qu'ils ont, d'autre part, imposé des sanctions impliquant des violences propres à leur genre » (§697). De même, le 9 décembre 2021, la Chambre préliminaire, dans l'affaire Said⁶², et les chambres préliminaires (9 juillet 2021)⁶³ et de première instance (6 octobre 2025)⁶⁴, dans l'affaire *Abd Al Rahman* retenaient-elles également la notion de persécution pour un motif sexiste.

Pourtant, le motif sexiste de persécution n'a pas été retenu de manière *unique* parmi les motifs de persécution⁶⁵. La Chambre préliminaire, dans l'affaire *Al Hassan*, a pris en considération des « persécutions pour des motifs religieux *et/ou* sexistes » (chef d'accusation 13) tandis que c'étaient des persécutions « pour des motifs d'ordre politique, ethnique, religieux *et/ou* sexiste »⁶⁶ qui justifiaient le renvoi de MM. Said et Abd Al Rahman devant une chambre de première instance de la CPI (chefs d'accusation respectivement 7 pour Said, 21 et 31 pour Al Rahman). Au final, d'ailleurs, dans l'affaire *Al Hassan*, si les juges de la Chambre de première instance ont été unanimes pour retenir le chef d'accusation de persécution pour un motif religieux, c'est à la majorité seulement qu'ils ont retenu celui de persécutions pour un motif sexiste dans leur jugement rendu le 26 juin 2024, et seule la juge Prost a estimé qu'Al Hassan était responsable de ce crime, ce qui a conduit à son acquittement de ce chef d'accusation⁶⁷. À cet égard, le Procureur a également été critiqué par les victimes pour s'être désisté en décembre 2025 de son appel à l'encontre de la décision d'acquiescement de M. Al Hassan - en même

⁵⁹ CPI, *Procureur c. Dominic Ongwen*, 4 février 2021, N° ICC-02/04-01/15, charges 50 à 68.

⁶⁰ Nous soulignons.

⁶¹ CPI, *Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, 13 novembre 2019, N° ICC-01/12-01/18.

⁶² CPI, *Procureur c. Mahamat Saïd Abdel Kani*, 9 décembre 2021, N° ICC-01/14-01/21.

⁶³ CPI, *Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kusbayb')*, 9 juillet 2021, N° ICC-02/05-01/20.

⁶⁴ CPI, *Procureur c. Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kusbayb')*, 6 octobre 2025, N° ICC-02/05-01/20.

⁶⁵ Nous soulignons.

⁶⁶ Nous soulignons.

⁶⁷ CPI, *Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, 26 juin 2024, N° ICC-01/12-01/18, 2594-Red, voir le § 1565 pour les persécutions pour un motif religieux et les § 1566 à 1568 pour les persécutions pour un motif sexiste, persécutions retenues du fait que les femmes et les hommes n'étaient pas traités de la même façon, les femmes étant soumises à un contrôle beaucoup plus strict de leur comportement ; pour la responsabilité pénale de l'accusé sur ce point, voir le § 1734.

temps qu'Al Hassan lui-même, et dans le cadre d'un accord probable avec ce dernier pour accélérer la procédure⁶⁸.

En parallèle cependant, le Document de politique générale du Bureau du Procureur publié en décembre 2022 relatif aux crimes de persécution liée au genre a cherché à consolider et élargir les acquis jurisprudentiels relatifs aux persécutions pour un motif sexiste. Il précise en effet que la persécution liée au genre « s'exerce à l'encontre de personnes en raison de leurs caractéristiques sexuelles biologiques et/ou d'identités ou d'orientations sexuelles différentes des normes sociales préétablies » (femmes, hommes, enfants, personnes LGBTQI+, mentionnant explicitement cette dernière catégorie, qui n'apparaissait pas jusque-là dans les textes fondateurs ou la jurisprudence de la CPI). Le texte relève également que « la discrimination fondée sur le genre n'a jamais été considérée, en vertu du droit international, comme un élément déterminant de la violence », témoignant d'une volonté d'innovation face à ces violences « institutionnalisées » et ayant une « dimension structurelle ». Le document exprime en outre un rejet clair du relativisme culturel. Ainsi, « Le Bureau considère que les violations des droits humains proscrites par le droit international ne sont pas conditionnées par la culture et ne peuvent être ignorées, rejetées ou justifiées par des considérations culturelles » (§27) ; de même « il est sans importance que les actes commis soient ou non licites au regard des lois nationales (§79) ».

3. Vers une définition plus large de crimes liés au genre

Les efforts de la Cour pour élargir et consolider sa lutte contre l'impunité des crimes ayant une dimension de genre ne se sont pas arrêtés là.

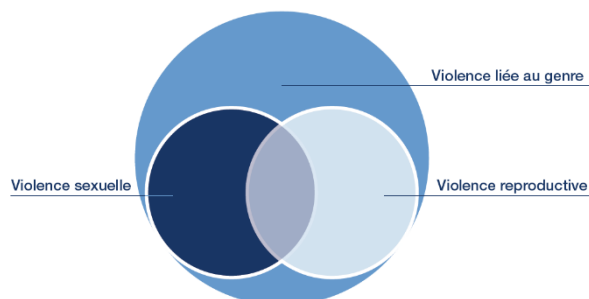
Le Document de politique générale du Bureau du Procureur publié en décembre 2023 relatif aux crimes liés au genre marque en effet une nouvelle étape. Se référant au document de 2014 qui utilisait l'expression de « Crimes sexuels et à caractère sexiste », le Bureau du Procureur explique employer désormais le terme de « crimes liés au genre », qui englobe les crimes impliquant des violences sexuelles, reproductives et d'autres formes de violence fondée sur le genre. La notion de violence reproductrice, qui « viole l'autonomie reproductrice et/ou est dirigée contre des personnes en raison de leur capacité reproductrice réelle ou potentielle, ou de la perception qu'elles en ont » (§35) est donc spécifiée dans le nouveau texte. Le crime lié au genre est quant à lui défini comme « un terme générique désignant tout acte préjudiciable perpétré sur la base des rôles déterminés socialement en fonction du genre de chaque individu, généralement

⁶⁸ CPI, Chambre d'Appel, *Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Decision on the notices of discontinuance of the appeals, 7 mars 2025, ICC-01/12-01/18-2688.

en raison du genre, du sexe ou de l'orientation sexuelle réels ou perçus d'une personne » (§27).

Au-delà de la définition élargie et consolidée des crimes ayant une dimension de genre, la Cour apparaît engagée dans une réflexion sur les modalités des preuves susceptibles

d'étayer des accusations de crimes liés au genre.



B. Vers des preuves moins difficiles à recueillir

1. Le Bureau du Procureur très engagé dans la recherche d'une diversification des moyens de preuve des crimes liés au genre

Une évolution notable doit être relevée entre les documents de politique générale du Bureau du Procureur de 2014 et de 2022.

En 2014, le Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste traite de manière très similaire ces deux types de crimes, en particulier en termes de preuves : ainsi, son §51 prévoit-il que « parallèlement aux dépositions de témoin, [le Bureau du Procureur] recueillera différents types de moyens de preuve, y compris scientifiques (examens cliniques et épidémiologiques, autopsies, etc.), documentaires (films vidéo, notifications formelles et informelles adressées aux auteurs de crimes, rapports d'expert, etc.), et des indices indirects ou circonstanciels de la perpétration des crimes ». Les éléments de preuves mentionnés se rapportent à la documentation de violences sexuelles. S'ils ne sont probablement pas exclus, les textes législatifs discriminant certains groupes sexuels (les homosexuels, notamment) ne sont pas spécifiquement mentionnés.

À partir du Document de politique générale de 2022 relatif aux persécutions liées au genre, les éléments de preuve apparaissent moins difficiles à recueillir. Il s'agit en effet de (§91) « (l)'imposition de normes de genre aux membres des groupes ou des collectivités pris pour cible qui vise à réglementer la façon dont ils se comportent, la façon dont ils s'habillent, leur lieu de travail, leur lieu de résidence, ce qu'ils sont autorisés à consommer, la façon dont ils définissent leur famille, ou le fait qu'ils soient simplement autorisés à exister, constitue une privation grave de leurs droits fondamentaux ». Dès lors, le Bureau « s'appuiera notamment sur tout document contenant des informations sur les *politiques, programmes, règles, règlements* et autres *normes* applicables en matière de genre, qu'il soit verbal ou écrit, y compris des enseignements, des œuvres artistiques et littéraires, des médias audiovisuels, des supports éducatifs et religieux, des manifestes, des *ordonnances, des décrets*, des brochures, des magazines, des

dépliants, des affiches, des émissions de radio ou de télévision, des œuvres d'art, des graffitis, des publications sur les réseaux sociaux ou dans des blogs, des instructions, des discours, ou des paroles et propos exprimés au quotidien. (...) les *dispositions de loi*, les politiques ou règlements adoptés par le groupe auteur des crimes ou d'autres autorités⁶⁹ » (§94 et 95). On le voit : la mention explicite de tous ces éléments de preuve ouvre des perspectives beaucoup plus grandes d'incrimination des persécutions liées au genre, dans la mesure où, à la différence des preuves de violences sexuelles, les dispositions législatives, notamment, sont publiques et pérennes.

2. Premiers mandats d'arrêt émis sur le chef d'accusation de persécution pour le motif spécifique lié au genre

Le 8 juillet 2025, la Chambre préliminaire⁷⁰ a émis pour la première fois des mandats d'arrêt contre Haibatullah Akhundzada, chef suprême des Taliban, et Abdul Hakim Haqqani, président de la Cour suprême d'Afghanistan en mettant en exergue des persécutions pour un motif spécifiquement lié au genre. La Chambre préliminaire a en effet considéré que ces leaders talibans sont suspectés « d'être responsable(s) d'ordonner, inciter ou solliciter le crime contre l'humanité de persécution pour des motifs liés au genre, contre des filles, des femmes et d'autres personnes ne se conformant pas à la politique des Taliban en matière de genre, d'identité ou d'expression de genre ; » (...) « Plus précisément, par décrets et édits, les Taliban ont gravement privé les filles et les femmes de leurs droits à l'éducation, à la vie privée et familiale, ainsi que de leurs libertés de circulation, d'expression, de pensée, de conscience et de religion. En outre, d'autres personnes ont été ciblées car certaines expressions de la sexualité et/ou de l'identité de genre étaient considérées comme incompatibles avec la politique des Taliban en matière de genre (...) ».

Ces mandats d'arrêt s'appuient sur des éléments de preuve tels des « décrets et édits », dont l'existence apparaît infiniment plus facile à démontrer que des viols et violences sexuelles. Ils distinguent en outre spécifiquement les persécutions pour un motif lié au genre d'autres motifs de persécutions : des persécutions pour un motif politique sont en effet retenues, pour les victimes « par ricochet » que sont les personnes perçues comme des « alliés des filles et des femmes » ; mais ce motif politique peut lui-même être considéré comme un motif « par ricochet » et donc, secondaire, par rapport au motif de persécution lié au genre.

De plus, la Chambre a conclu que « la persécution fondée sur le genre englobe non seulement les actes de violence directs, mais aussi les formes systémiques et institutionnalisées de préjudice, notamment l'imposition de normes sociétales discriminatoires ». Il s'agit là d'une affirmation forte de rejet du relativisme culturel, qui est parfaitement alignée avec le contenu des documents de politique générale du Procureur de 2022 et 2023. S'agissant de l'ambiguïté constructive de l'article 7-3 du Statut de Rome contenue dans l'expression « contexte de la société », l'interprétation donnée par la Cour penche donc ici en faveur de celle portée par les ONG féministes, selon laquelle le contexte de la société peut être criminel, au détriment de celle défendue

⁶⁹ Nous soulignons.

⁷⁰<https://www.icc-cpi.int/fr/news/situation-en-afghanistan-la-chambre-preliminaire-ii-de-la-cpi-delivrent-des-mandats-darret> [consulté le 03/03/2026].

par certains États parties et groupe conservateurs réclamant le respect de ce contexte social.

Ces mandats d'arrêt ont été adoptés dans un contexte où la politique des Taliban à l'égard des femmes et des filles afghanes émeut une bonne partie (occidentale) de la communauté internationale : en novembre 2024, plusieurs États, dont la France, à l'initiative du Chili⁷¹, avaient en effet saisi le Bureau du procureur pour exprimer leur préoccupation face à la détérioration de la situation des femmes et filles afghanes ; les ONG, mais aussi le rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan, notamment, vont d'ailleurs jusqu'à plaider en faveur de l'élargissement de la notion d'apartheid à la notion « d'apartheid de genre »⁷², concept encore inexistant en droit international.

S'agissant des mandats d'arrêt émis en juillet 2025 contre les leaders taliban, on peut cependant noter qu'il reste encore un long chemin à parcourir avant de pouvoir déboucher sur des condamnations. Les chefs taliban voyageant peu à l'étranger, la perspective de les arrêter est quasi-nulle, et la procédure les concernant risque fort de se terminer avec une confirmation des charges *in absentia* devant la Chambre préliminaire, conformément à l'article 61-2 du Statut, l'article 63 prohibant le procès *in absentia*.

Plus largement, la Cour reste très prudente dans la définition des charges imputées à des auteurs présumés de crimes internationaux.

Dans la situation en Libye, la Chambre préliminaire a émis deux mandats d'arrêt en 2025 qui, tout en évoquant des persécutions liées à un motif de genre, ne les retient pas comme motif principal de poursuite.

Dans sa décision du 18 janvier 2025, la Chambre préliminaire a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre de M. Osama Elmasry/Alsmari Njeem⁷³, qui était responsable d'une prison à Tripoli. Outre des violences sexuelles en tant que crimes de guerre et crimes contre l'humanité, le mandat d'arrêt retient des crimes contre des « personnes emprisonnées (...) pour leurs violations présumées de l'idéologie religieuse des RADA (par exemple, soupçonnées de « comportement immoral » et d'homosexualité) (...) ».

De même, dans l'affaire *El Hishr*⁷⁴, la Chambre préliminaire estime dans sa décision du 10 juillet 2025 que “*The material provided by the Prosecution shows that part of the detainees were (...) detained for not complying with SDF/RADA's expectations for their roles in society associated with their sex or gender*” (§89). “*Although the persecution went beyond mere political views and concerned a broader perception by the SDF/RADA about how the Libyan society ought to be*

⁷¹Chili, Costa Rica, Espagne, France, Luxembourg et Mexique. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-11/Referral_Afghanistan_Embassy-of-Chile_28-November-2024.pdf [consulté le 03/03/2026].

⁷²R. BENNET, « Si l'on applique au genre le langage qui définit l'apartheid, cela s'applique à l'Afghanistan », Justiceinfo.net, 15 décembre 2025. Egalement C. LEGROS « L'apartheid de genre : une notion forgée dans la douleur des femmes afghanes et iraniennes », *Le Monde*, 11 mars 2025.

⁷³<https://www.icc-cpi.int/fr/news/situation-en-libye-mandat-darret-de-la-cpi-lencontre-dosama-elmasry-njeem-pour-crimes-contre> [consulté le 03/03/2026]

⁷⁴CPI, *Warrant of Arrest for Mr Khaled Mohamed Ali El Hishr*, 10 Juillet 2025, N° ICC-01/11-188.

organised, the Chamber will bring the alleged persecution only under the heading of political grounds for the purposes of the present warrant” (§90).

Que conclure, dès lors, sur la contribution de la CPI à la lutte contre les crimes liés au genre ?

*
* *
*

Depuis sa création, la CPI a indéniablement beaucoup apporté à la lutte contre les crimes sexuels et liés au genre. Le Statut de Rome et sa jurisprudence ont permis de consolider la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux antérieurs ; sous l’impulsion du Procureur, la lutte contre les crimes liés au genre pourrait englober les violences sexuelles et reproductives, tout en y ajoutant des persécutions résultant du contexte social et ciblant des personnes en raison de leur identité de genre. Une telle évolution, retenue par la Chambre préliminaire dans la situation afghane en juillet 2025, témoigne d’une approche féministe de la lutte contre les crimes internationaux, à rebours du relativisme culturel porté par certains États et groupes conservateurs défendant le respect de la manière dont les questions de genre sont traitées dans chaque société.

La manière dont sont formulés deux mandats d’arrêt de 2025 dans la situation libyenne montre cependant que la Chambre préliminaire reste très prudente dans la prise en compte des crimes liés au genre, qu’elle continue à rattacher à des persécutions pour un motif politique ou religieux.

On peut noter à cet égard que, si les juges décident en toute indépendance, ils peuvent aussi constater que le moment ne serait pas le mieux choisi pour que la Cour s’engage dans une bataille étendant la lutte contre les crimes de genre, alors qu’elle est confrontée à des défis internes et externes majeurs : en interne, son Procureur, qui se voulait à la pointe de ce combat au sein de la Cour, fait l’objet d’une procédure disciplinaire pour allégations de violences sexuelles ; par ailleurs, plusieurs États parties – Hongrie, mais aussi Burkina-Faso, Mali et Niger – ont annoncé leur retrait du Statut de Rome, et certains États, où les discriminations, voire les violences liées au genre ont une dimension structurelle, pourraient ne pas voir d’un bon œil une évolution jurisprudentielle susceptible de criminaliser des pratiques jugées ordinaires et légitimes dans le contexte de leur société. Or, à un moment où les États-Unis du président Trump ont adopté des sanctions contre huit juges, le Procureur ainsi que les deux procureurs-adjoints de la Cour, et menacent cette dernière de sanctions institutionnelles potentiellement mortelles, la Cour a plus que jamais besoin du soutien de tous ses États parties.

Est-ce à dire que la contribution de la Cour à la lutte contre les crimes sexuels et de genre est vouée à stagner ? Sans doute pas, car le projet de Convention sur la prévention et la répression des crimes contre l’humanité actuellement en négociation, et dont la

Commission du droit international a proposé en 2019 des articles⁷⁵ est très inspirée du Statut de Rome sur ces sujets : il reprend en effet telle quelle l'énumération des crimes sexuels (art. 2-1g) inscrits dans le Statut de Rome. Le projet de convention recopie également les définitions données dans le Statut de Rome de la grossesse forcée (art. 2-2f) et de la réduction en esclavage (art. 2-2c). S'agissant des persécutions, les motifs de persécution sont identiques à ceux du Statut de Rome, et incluent bien les persécutions pour un motif lié au genre (art 2-1h). Dans le projet de convention, la définition des persécutions apparaît cependant plus large, car elle n'est pas limitée aux crimes relevant de la compétence de la Cour et peut inclure « toute définition plus large prévue par tout instrument international, par le droit international coutumier ou par loi nationale » (art.2-3). Enfin, le projet de convention ne contient pas de disposition équivalente à l'art. 7-3 du Statut de Rome limitant la définition du terme « sexe » à l'un et l'autre sexe, suivant le contexte de la société, et n'impliquant « aucun autre sens ». Cela évite une ambiguïté pouvant être destructrice autant que constructive, les crimes liés au genre ayant dans le projet de convention le même statut que les crimes sexuels. Ainsi, s'il reste du chemin à parcourir pour faire adopter cette convention sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, on peut néanmoins saluer la contribution incrémentale de la CPI à la lutte contre l'impunité des crimes sexuels et liés au genre, et l'on peut former l'espoir – certes prudent – que cette contribution puisse continuer à prospérer à l'avenir.

⁷⁵ Commission du droit international, Projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité, 2019, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_7_2019.pdf [consulté le 03/03/2026].

Passé colonial et violences faites aux femmes : les voies étatiques de la réparation

Par Delphine PORCHERON,
Professeure de droit privé et sciences criminelles,
Université de Strasbourg.

Les revendications liées aux faits coloniaux se sont récemment exprimées avec une intensité renouvelée sur la scène internationale. Ainsi, le 27 septembre 2025, le Premier ministre nigérien demandait à la France dans un discours prononcé aux Nations Unies de reconnaître les crimes commis pendant la période coloniale¹. Quelques mois plus tard, le 24 décembre 2025, les députés algériens adoptaient à l'unanimité une proposition de loi de « criminalisation de la colonisation française » de l'Algérie². Ces prises de position font écho aux diverses réflexions menées sur les conséquences de l'histoire coloniale et, plus généralement, sur les usages politiques et juridiques du passé, sujets débattus tant au sein des sociétés post-coloniales³ que des anciennes puissances coloniales⁴.

Parmi les enjeux liés à la réparation de crimes commis dans un contexte colonial, ceux relatifs aux violences subies par les femmes ont longtemps occupé une place marginale. Jusqu'à une période récente, les initiatives de réparation ont d'ailleurs largement ignoré ces atteintes spécifiques. À ce titre, en 2006, Colleen Duggan et Adila Abusharaf relevaient l'absence de dispositifs de réparation sensibles au genre⁵. Ces auteurs constataient que les femmes étaient lésées à deux reprises : une première fois lors des atrocités et une seconde fois au cours du processus de réparation. Or, des travaux contemporains en sciences sociales ont mis en lumière l'ampleur des préjudices subis⁶.

¹ Notamment lors de la mission Afrique centrale en 1899, <https://gadebate.un.org/fr/80/niger> (consulté le 19 février 2026).

² Communiqué de l'Agence de presse algérienne (APS), *Loi criminalisant la colonisation française en Algérie*, 25 décembre 2025, <https://www.aps.dz/fr/algérie/actualite-nationale/mjlog36b-loi-criminalisant-la-colonisation-francaise-en-algerie-une-etape-historique-refletant-l-attachement-de-l-etat-a-la-memoire-nationale> (consulté le 19 février 2026). Le Sénat algérien a adopté le 22 janvier 2026 un texte en retrait de la proposition initiale, abandonnant les formulations relatives aux « excuses » et au « dédommagement ».

³ Dans cette contribution, le qualificatif « post-colonial » renvoie à la période ayant suivi celle de la colonisation *stricto sensu*, mais dans laquelle persistent des rapports de pouvoir, des pratiques administratives ou des politiques publiques héritées du fait colonial, produisant des effets structurels.

⁴ Sur l'actualité de ces questions, v. le dossier spécial de la revue *Questions internationales*, « *Le passé Kidnappé ? Histoire et mémoire(s) dans les relations internationale* », *Questions internationales*, n° 133, octobre-novembre 2025, et notamment M. MOURRE, « De quelques enjeux liés à l'histoire et aux mémoires coloniales », p. 84 et s. ; *adde* France culture, Cultures monde, série « Réparations coloniales, une quête mondiale », 12-15 janvier 2026, <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/selection-reparations-coloniales-une-quete-mondiale> (consulté le 19 février 2026).

⁵ C. DUGGAN & A. ABUSHARAF, « Reparations of Sexual Violence in Democratic Transitions: The Search for Gender Justice », in P. de GREIFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 623-649. Le terme de genre renvoie dans cet article aux rôles sociaux, aux comportements, aux activités et aux attributions socialement construits, qu'une société donnée attribue aux différents sexes, au sens de l'art. 3, Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.

⁶ V. par exemple, dans une perspective historique, P. BARTHELEMY, L. CAPDEVILA et M. ZANCARINI-FOURNEL, « Femmes, genre et colonisations », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 2011/1, n° 33, pp. 7-22 ; F. VERGES, *Le ventre des femmes*, Albin Michel, 2017 ; G. BOËTSCH, N. BANCEL, P. BLANCHARD, T. D. SHARPLEY-WHITTING, J.-F. STASZACK, C. TARAUD, D. THOMAS et N. YAHYI (dir.), *Sexualités, identités & corps*

La domination coloniale ne s'est pas uniquement traduite par l'appropriation des territoires et l'exploitation des ressources ; elle a également investi les corps, et tout particulièrement ceux des femmes, à travers des pratiques de contrôle et de contrainte.

Malgré leur diversité, les violences en contexte colonial et post-colonial faites aux femmes présentent des caractéristiques communes. Elles s'inscrivent, tout d'abord, dans des rapports de domination multiples, liés au genre et à des assignations ethniques définies par le pouvoir colonial. En outre, les atteintes ne résultent pas seulement de faits individuels, mais relèvent de pratiques tolérées, encouragées, voire organisées par les autorités coloniales. Ensuite, elles se distinguent par leur invisibilisation durable, tant dans les récits historiques officiels qu'au niveau de leur reconnaissance juridique. Les atteintes ont longtemps pu être perçues comme neutres du point de vue du genre ou tout simplement ignorées, voire niées⁷.

Par ailleurs, ces types de violences sont rarement figés dans le temps. Les victimes ont pu se trouver rejetées par leur famille, ostracisées par leur communauté et durablement affectées dans leur intégrité physique, psychique et sociale. Des effets transgénérationnels peuvent en résulter, les atteintes affectant non seulement les victimes directes, mais également leurs descendants⁸. Les processus de réparation se heurtent, ainsi, à un rapport paradoxal au temps, lequel constitue « à la fois le principal obstacle à la réparation et sa condition même »⁹. Si l'écoulement du temps a pu permettre une prise de conscience accrue de la gravité des crimes commis, de la persistance de leurs effets, ainsi que l'émergence de conditions politiques favorables à leur reconnaissance, il engendre simultanément des obstacles juridiques à la réparation, au premier rang desquels figurent les principes d'application de la loi dans le temps et la prescription extinctive.

L'ensemble de ces éléments explique que la qualification de ces violences, leur reconnaissance et leur réparation au niveau étatique demeurent complexes et fragmentaires. Or, en droit international, les victimes de violations massives des droits humains ont un droit à la vérité, à la justice et à la réparation¹⁰. Il convient donc

colonisés, CNRS éd., 2019, p. 363 et s. ; dans le domaine juridique, v. par exemple, M. PETTIT-TOLEDO, « Who Is Worthy of Redress? Recognizing Sexual Violence Injustice Against Women of Color as Uniquely Redress-Worthy-Illuminated by a Case Study on Kenya's Mau Mau Women and Their Unique Harms », *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 2015, vol. 30, pp. 268–322 ; M. UBEDA-SAILLARD, « La réparation des atteintes à l'intégrité physique et psychique des femmes : le cas des "comfort women" », in F. MARCHADIER (dir.), *La prohibition de l'esclavage et de la traite des êtres humains*, Pedone, 2022, p. 111 et s. ; *adde* dans une perspective plus générale de réparation des crimes de masse, R. RUBIO-MARIN (ed.), *The Gender of Reparations : Unsettling sexual hierarchies while redressing human rights violations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁷ V. par exemple le cas des victimes coréennes d'esclavage sexuel mis en œuvre par l'armée japonaise pendant la période de colonisation de la Corée par le Japon, où la qualification des actes fut pendant longtemps contestée, M. UBEDA-SAILLARD, « La réparation des atteintes à l'intégrité physique et psychique des femmes : le cas des "comfort women" », *op. cit.*, spéc. p. 113 et s., et *infra*.

⁸ Sur la situation notamment d'enfants issus du viol de leur mère lors de conflits armés, v. I. PRETELLI, « The Consequences of Violence Against Women and Children in Armed Conflicts for their Intangible Cultural Heritage: A Diachronic Perspective on the Universality of Women's Rights », in G. MASTANDREA BONAVIRI, M. M. SADOWSKI (ed.), *Heritage in War and Peace*, Springer, 2024, p. 482.

⁹ B. GIRARD, E. MULLER, D. PORCHERON (dir.), *Réparer les crimes du passé*, Dalloz, 2025, p. 2.

¹⁰ V. notamment, Assemblée générale de l'ONU, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, 16 décembre 2005 (A/RES/60/147) ; Commission des droits de l'homme, Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher, 18 février 2005 (E/CN.4/2005/102).

d'interroger la façon dont les États appréhendent ces types d'atteintes¹¹, ainsi que les mécanismes juridiques et politiques mis en œuvre pour reconnaître et réparer leurs effets. En d'autres termes, il s'agit d'examiner dans quelle mesure et selon quelles modalités certains États reconnaissent et réparent des violences genrées liées au colonialisme.

Face à l'ampleur des abus subis et à la diversité des contextes, la présente contribution retient une approche circonscrite. Tout d'abord, concernant les violences étudiées, elle s'appuie sur l'analyse de trois cas particuliers : l'esclavage sexuel de femmes coréennes par l'Armée japonaise dans la Corée colonisée, la politique de contraception forcée des femmes groenlandaises menée par le Danemark dans les années 1960, et les enlèvements systématiques d'enfants métis¹² à leur mère au Congo au cours de la période coloniale. Ces situations ont été retenues en raison de leur caractère révélateur des atteintes subies par les femmes dans des contextes coloniaux ou post-coloniaux, ainsi que des mécanismes de réparation qui leur ont été associés. Ensuite, l'étude se concentre sur les initiatives engagées par des groupes d'individus devant des autorités internes, qu'il s'agisse de juridictions étatiques ou d'autres instances publiques. Les actions interétatiques n'entrent donc pas dans son champ. Enfin, s'agissant du droit applicable, la réflexion prend principalement appui sur le droit international tel qu'il est invoqué et interprété par les autorités étatiques concernées.

Sans prétendre à l'exhaustivité, cette étude entend ainsi mettre en lumière certaines dynamiques à l'œuvre au niveau étatique dans le traitement de ces abus massifs. Ces trois situations présentent, en effet, l'intérêt de mettre en évidence des processus internes de reconnaissance et de réparation, engagés respectivement par la Corée, le Danemark et la Belgique.

Dans cette perspective, l'analyse porte, d'une part, sur la spécificité des violences exercées sur les femmes dans un contexte colonial ou post-colonial et leur difficile appréhension par le droit (I), et, d'autre part, sur les mécanismes juridiques et politiques mis en œuvre par certains États dans les processus de reconnaissance et de réparation (II).

I. Des violences particulières difficilement saisies par le droit

Trois cas emblématiques ont récemment souligné la spécificité des atteintes subies par les femmes (A). Si ces pratiques sont aujourd'hui prohibées par le droit international, le traitement de ces affaires au niveau étatique met en évidence les obstacles dressés sur la voie de la réparation et leurs éventuels dépassements (B).

¹¹ *Rappr.* R. RUBIO-MARIN (ed.), *The Gender of Reparations, Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations*, *op. cit.*

¹² Le terme « métis » est celui aujourd'hui utilisé par les personnes concernées et les associations les représentant, par opposition aux termes coloniaux tels que « mulâtre » ou « *half-blood* », historiquement chargés de connotations péjoratives, v. notamment *The Brussels Times*, « Métis : Belgium guilty of crime against humanity in colonial Congo », 2 décembre 2024, https://www.brusselstimes.com/1337102/belgium-to-pay-damages-to-five-mixed-race-metis-women-for-colonial-kidnappings-tbtb?utm_source=chatgpt.com (consulté le 19 février 2026).

A. Trois cas emblématiques de violences subies par les femmes

Les développements qui suivent analysent des atteintes révélatrices de logiques de domination sur le corps des femmes et sur leur structure familiale.

1. L'esclavage sexuel des femmes coréennes sous domination coloniale japonaise

L'esclavage sexuel institutionnalisé, mis en place par l'armée impériale japonaise entre 1932 et 1945 à l'encontre de femmes majoritairement coréennes, constitue un exemple de violences sexuelles de masse perpétrées dans un contexte colonial. La colonisation de la Corée par le Japon, de 1910 à 1945, a en effet créé des conditions politiques et sociales rendant possibles de tels abus. Ceux-ci se sont inscrits dans des rapports imbriquant des dominations de genre et d'appartenance à une population colonisée¹³. À cet égard, un auteur souligne que le développement massif de la prostitution des femmes coréennes, encouragé par le Japon dès les débuts de la colonisation au sein d'une société très patriarcale, a constitué un préalable à la mise en place de leur exploitation sexuelle durant la Seconde Guerre mondiale, laquelle s'inscrit dès lors dans un continuum¹⁴.

Plus précisément, entre 1932 et 1945, plus de 200 000 femmes et jeunes filles, pour la plupart âgées de 11 à 20 ans et originaires principalement de Corée ont été déplacées par la contrainte ou la tromperie afin d'être détenues dans des camps dits de « délassement »¹⁵. Ces structures, décrites par la rapporteuse spéciale des Nations unies comme des « centres de viol »¹⁶, constituaient un réseau d'exploitation sexuelle organisé à l'initiative de l'armée japonaise, puis déployé dans l'ensemble des territoires occupés en Asie et dans le Pacifique, à partir de la création du premier centre à Shanghai en 1932¹⁷. Les femmes concernées furent longtemps désignées par l'euphémisme de « femmes de réconfort » (*Ianfu*), terminologie largement critiquée en ce qu'elle a contribué à la dissimulation et à la banalisation de violences d'une grande gravité.

Pendant des décennies, les victimes coréennes ont gardé le silence. Les démarches finalement engagées en vue d'une reconnaissance des crimes commis se sont ensuite heurtées, pendant de longues années, à des obstacles juridiques et politiques persistants, tenant non seulement aux accords d'après-guerre conclus entre le Japon et la Corée¹⁸, mais également à la réprobation sociale.

En 1993, le Japon a reconnu l'implication de ses autorités militaires et une responsabilité morale, tout en refusant de reconnaître sa responsabilité juridique¹⁹. Face aux

¹³ M. PARK SONEN, « Healing Multidimensional Wounds of Injustice Intersectionality and the Korean "Comfort Women" », *Berkeley La Raza Law Journal*, 2012, vol. 22, p. 269 et s.

¹⁴ A. NANTA, « Domination sexuelle et ethnique en Corée colonisée », in *Sexualités, identités & corps colonisés*, *op. cit.*, p. 353 et s.

¹⁵ 80 % des femmes étaient coréennes. Les autres nationalités comprenaient les Philippines, la Chine, Taïwan, les Pays-Bas.

¹⁶ G. J. MCDUGALL, Rapporteuse spéciale, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 28 mai 1998, p. 43, § 1.

¹⁷ M. UBEDA-SAILLARD, « La réparation des atteintes à l'intégrité physique et psychique des femmes : le cas des « *comfort women* », *op. cit.*

¹⁸ Notamment le traité général des relations entre le Japon et la République de Corée, n° 8471, signé à Tokyo le 22 juin 1965 et l'accord bilatéral du 25 décembre 2015.

¹⁹ M. UBEDA-SAILLARD, « La réparation des atteintes à l'intégrité physique et psychique des femmes : le cas des « *comfort women* », *op. cit.*, p. 3.

contestations de plus en plus vives, le 25 décembre 2015, un accord diplomatique a été conclu : des excuses officielles ont été prononcées par le Japon qui s'est engagé à verser 8,3 millions de dollars à la Corée pour créer une fondation chargée d'aider les victimes survivantes²⁰. Les critiques n'ont pas cessé cependant, les victimes exigeant que le Japon reconnaisse formellement sa responsabilité juridique dans la mise en place du système d'esclavage sexuel.

Ce n'est que récemment que certaines juridictions coréennes ont remis en cause la position juridique du Japon. En particulier, le tribunal du district central de Séoul dans un jugement du 8 janvier 2021²¹ et, dans une autre affaire, la Cour d'appel de Séoul dans un arrêt du 23 novembre 2023²² ont condamné le Japon à indemniser des victimes, en écartant l'immunité juridictionnelle de l'État défendeur.

Outre l'esclavage sexuel, d'autres formes de violences genrées ont été exercées dans des contextes coloniaux, notamment par des politiques de contrôle des naissances.

2. La politique de contraception imposée menée au Groenland

Les pratiques de stérilisations et de contraceptions forcées visant des femmes issues de populations colonisées ou autochtones, lors de périodes coloniales et post-coloniales, ont été d'une ampleur considérable²³. Elles furent observées notamment au Canada²⁴, au Pérou²⁵, dans certains territoires ultramarins français²⁶, ainsi qu'au Groenland²⁷. Longtemps ces politiques furent ignorées, minimisées, voire justifiées au nom de considérations natalistes, sanitaires ou économiques.

Le cas du Groenland s'inscrit dans ces politiques de contrainte, tout en présentant des caractéristiques propres liées à l'histoire de son intégration au Royaume du Danemark.

²⁰ J. KOUZMINE, « Accord entre le Japon et la Corée du Sud concernant les « femmes de réconfort », une reconnaissance faisant obstacle aux réparations », *Revue des Droits de l'Homme*, mai 2016.

²¹ *Seoul Central District Court, Korean comfort women v. Japan*, 8 janvier 2021, 2016 Ga Hab 505092 (en coréen). Une traduction anglaise est consultable sur le site <https://womenandwar.net/resources-eng/?q=YToxOntzOjE5OjIjZl3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsJit9&bmode=view&idx=18323479&tt=board> (consulté le 25 février 2026). Sur cette décision, v. D. J. LEE, « Une action en responsabilité contre le Japon à propos de l'affaire des « femmes de réconfort » - Sur le jugement du tribunal de Séoul-Centre du 8 janvier 2021 », *RCDIP* 2021, p. 461 ; S. NAM, « Court Decisions in the Republic of Korea on Japan's Accountability for Sexual Slavery of the Comfort Women », *JICL* 20 (2022), p. 459 et s.

²² Cour d'appel de Séoul, 23 novembre 2023, *Rev. crit. DIP* 2024, p. 603 avec une traduction et une note de D. J. LEE.

²³ É. CARPANO, « Les stérilisations forcées en droit international et droit comparé », in J. CAZALA, Y. LECUYER et B. TAXIL (dir.), *Sexualité et droit international des droits de l'homme*, Pedone, 2017, p. 251 et s.

²⁴ V. les deux rapports établis récemment par le Sénat canadien, *La stérilisation forcée et contrainte de personnes au Canada*, Partie I, 2021 et *Les cicatrices que nous portons, la stérilisation forcée et contrainte des personnes au Canada*, Partie II, 2022, <https://publications.gc.ca/site/fra/9.900451/publication.html> (consulté le 19 février 2026). Ces études présentent un historique de la stérilisation forcée et contrainte au Canada des femmes autochtones, tout en soulignant qu'elle continue à être pratiquée au Canada.

²⁵ 325 000 stérilisations forcées ont eu lieu au Pérou entre 1996 et 2001 : 300 000 femmes principalement autochtones et 25 000 hommes, v. Décision du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *María Elena Carbajal et autres c. Pérou*, 4 octobre 2024, communication n° 170/2021, U.N. doc. CEDAW/C/89/D/170/2021. Le Comité précise que ces actes constituent « une forme de violence à l'égard des femmes fondée sur le genre et de discrimination intersectionnelle liée, entre autres, au sexe, au genre, à l'origine rurale et au statut socioéconomique des auteures », § 8.6.

²⁶ Sur les stérilisations et avortements forcés pratiqués sur l'île de la Réunion à la fin des années 1960, v. F. VERGES, *Le ventre des femmes*, op. cit.

²⁷ V. *infra*.

Le Groenland, ancienne colonie danoise, a été intégré au Danemark en 1953²⁸. S'est alors ouverte une période de « modernisation » intense, au cours des années 1950 et 1960. Celle-ci a conduit à une croissance démographique massive, jugée problématique par les autorités danoises. Dans les années 1960 et 1970, des médecins danois ont alors posé environ 4 500 dispositifs intra-utérins (spirales), chez des femmes et des filles groenlandaises, parfois âgées d'à peine 12 ans, sans leur consentement ni celui de leurs parents²⁹. Ces faits furent largement ignorés pendant des décennies, avant d'être révélés en 2022 par un podcast danois, *The Coil Campaign (Spiralkampagnen)*³⁰. Celui-ci a mis en lumière un programme massif de contrainte contraceptive.

Depuis sa mise au jour, cette campagne de contraception forcée a suscité une attention croissante tant au niveau national qu'international. Elle a notamment attiré l'attention du Rapporteur spécial des Nations unies sur les droits des peuples autochtones³¹. Dans le même temps, en mars 2024, un groupe de 143 femmes groenlandaises a intenté une action en réparation contre l'État danois³². Le Danemark et le Groenland ont également convenu de la mise en place d'une enquête indépendante.

Le rapport résultant de cette enquête fut remis en septembre 2025³³. Il s'attache aux effets à long terme des interventions effectuées sur les personnes concernées, ainsi qu'à leurs conséquences parfois dramatiques : certaines femmes souffrent de graves séquelles physiques, psychiques et de stérilité. Il accorde également une attention particulière aux questions d'information données aux femmes, de consentement et de responsabilité des autorités³⁴. À ce titre, le rapport souligne une véritable carence de l'État dans la protection de populations vulnérables, en particulier concernant les jeunes filles résidant dans des internats. Il conclut à une possible violation des articles 8 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, éventuellement combinés à l'article 14, sans toutefois se prononcer plus avant sur la violation des droits humains³⁵. Il met néanmoins en lumière des défaillances systémiques de la part des autorités danoises, tout en soulignant l'impact plus large de l'affaire sur la société groenlandaise : ces atteintes aux droits reproductifs sont devenues l'un des symboles des relations de pouvoir inégales entre le Danemark et le Groenland.

À la suite de la publication du rapport, les gouvernements danois et autonome du Groenland ont, dans un premier temps, présenté des excuses officielles à toutes les femmes groenlandaises victimes de discrimination systématique lors de cette campagne

²⁸ À la suite de l'accord sur l'autonomie obtenu en 1979, une loi sur l'autonomie a été approuvée en 2009. Les pouvoirs du Parlement et du gouvernement groenlandais ont alors été renforcés. En outre, les Groenlandais peuvent modifier leur accord constitutionnel avec le Danemark, notamment sur la possibilité de devenir un État indépendant.

²⁹ E. LEKVALL, « The Danish 'Coil Campaign' in Greenland, Indigenous Genocide Through Forced Birth Control? », *Nordic Journal of International Law* 2025, p. 270 et s.

³⁰ « *Spiralkampagnen* », *Danish Broadcasting Corporation*, 6 mai 2022, www.dr.dk/lyd/p1/spiralkampagnen-3510654808000 (consulté le 19 février 2026).

³¹ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, 3 août 2023, A/HRC/54/31/Add.1, § 25 et s.

³² <https://www.theguardian.com/world/2024/mar/04/greenlandic-women-sue-danish-state-for-contraceptive-violation-coil> (consulté le 19 février 2026).

³³ *Statens Institut for Folkesundhed*, « *Uvildig udredning af antikonceptionspraksis i Kalaallit Nunaat i perioden 1960-1991* » (« Enquête indépendante sur les pratiques anticonceptionnelles au Kalaallit Nunaat durant la période 1960-1991 », notre trad.), https://da.uni.gl/media/mk3bnek1/antikonceptionspraksis_i_kalaallit_nunaat_www.pdf (consulté le 19 février 2026).

³⁴ *Ibid.*, p. 131 et s.

³⁵ *Ibid.*, pp. 164 et 165.

de contrôle des naissances. Dans un second temps, un accord relatif à un dispositif d'indemnisation pour les femmes groenlandaises concernées a été conclu³⁶.

3. Les enlèvements et placements d'enfants métis au Congo pendant la période coloniale

Dans plusieurs territoires colonisés, les enfants issus des relations entre hommes européens et femmes « indigènes » furent perçus non seulement comme un problème racial, mais aussi comme une menace politique, susceptible de troubler l'ordre public³⁷. En Afrique, cette crainte conduisit à l'enlèvement d'enfants métis à leur mère noire afin d'être placés dans des institutions. Ces enlèvements furent pratiqués de façon quasi systématique au Congo belge dans les années 1950³⁸. Plus précisément, entre 1948 et 1961, on estime que 14 000 à 20 000 enfants ont subi ce sort. Placés dans des institutions religieuses, nombre d'entre eux y subirent des négligences, des maltraitances et, dans certains cas, un abandon pur et simple. Ces actes s'inscrivaient dans une politique visant à soustraire les jeunes enfants métis à l'influence de leur environnement coutumier et à les placer sous la tutelle de la métropole. Ils révèlent une violence genrée souvent occultée : si les enfants étaient bien les victimes directes de cette politique, l'atteinte frappait aussi les mères à qui ces enfants étaient retirés, dans un contexte marqué par « la hantise du métissage »³⁹.

Ces dernières années, la Belgique a été amenée à affronter son passé colonial au moyen de dispositifs distincts. Tout d'abord, en juillet 2020, le Parlement belge a mis en place une commission spéciale chargée d'examiner le passé colonial belge « au Congo, au Rwanda et au Burundi, ses conséquences et les suites qu'il convient d'y réserver »⁴⁰. Une partie de ces travaux, qui durèrent plus de deux ans, fut consacrée à la situation de ces enfants. Si la commission a achevé son étude sans qu'un accord ne puisse être signé par l'ensemble des partis politiques en présence, elle a néanmoins permis une mise en récit du passé colonial, grâce à de nombreuses auditions organisées « pour prendre conscience des expériences vécues durant la colonisation et depuis lors »⁴¹.

³⁶ *Aftale om godtgørelsesordning for grønlandske kvinder omfattet af antikoneptionspraksis i Kalaallit Nunaat (spiralsagen) i perioden 1960-1991* (« Accord relatif à un dispositif d'indemnisation pour les femmes groenlandaises concernées par la pratique de la contraception au Kalaallit Nunaat (l'affaire des stérilets) durant la période 1960-1991 », notre trad.), 10 décembre 2025, [https://www.ism.dk/Media/639009689856295669/Aftale%20om%20godtg%C3%B8relsesordning%20for%20gr%C3%B8nlandske%20kvinder%20omfattet%20af%20antikoneptionspraksis%20i%20Kalaallit%20Nunaat%20\(spiralsagen\)%20i%20peri.pdf](https://www.ism.dk/Media/639009689856295669/Aftale%20om%20godtg%C3%B8relsesordning%20for%20gr%C3%B8nlandske%20kvinder%20omfattet%20af%20antikoneptionspraksis%20i%20Kalaallit%20Nunaat%20(spiralsagen)%20i%20peri.pdf) (consulté le 25 février 2026).

³⁷ En ce sens, v. notamment, S. HEYNSSENS, « Entre deux mondes. Le déplacement des enfants métis du Ruanda-Urundi colonial vers la Belgique », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, 2012, n° 14, p. 94 et s. ; A. BUDAGWA, *Noirs-Blancs, Métis – La Belgique et la ségrégation des Métis du Congo belge et Ruanda-Urundi (1908-1960)*, préf. C. BRAECKMAN, Cérroux-Mousty, 2014, pp. 68-69.

³⁸ *Ibid.* De même en Côte d'Ivoire, avant son indépendance en 1960, des enfants nés de mère africaine et de père blanc ont également été retirés à leur mère et placés dans des orphelinats, v. le documentaire, *Enfants cachés de la France coloniale* de Caroline Dumay (Fr., 2020).

³⁹ G. BOËTSCH et S. JAHAN, « De la désirabilité de l'« Autre » à la hantise du métissage », in G. BOËTSCH, N. BANCEL, P. BLANCHARD, T. D. SHARPLEY-WHITING, J.-F. STASZACK, C. TARAUD, D. THOMAS et N. YAHY (dir.), *Sexualités, identités & corps colonisés*, op. cit., p. 313 ; *adde* sur l'histoire des femmes à qui ces enfants ont été retirés au Rwanda, v. N. HITCHCOTT, A. URUSARO U. KAREKEZI & J. D. MCINALLY, « Telling stories that cannot be told: remembering mothers and daughters in métis narratives from Rwanda », *African Identities*, Routledge, 2024.

⁴⁰ Chambre des représentants de Belgique, DOC 55 1462/001, 17 juillet 2020, sur les travaux de cette commission, v. V. ROSOUX, « La mémoire respire, Réparer le passé colonial belge », *Esprit*, 2024, n° 507, p. 75 et s.

⁴¹ V. ROSOUX, « Mémoires et oublis du passé colonial belge. Observations d'une commission parlementaire depuis le banc des « experts » », *Droit et société* 2025/1 n° 119, p. 86.

Par ailleurs, une action en responsabilité civile fut intentée contre l'État belge par cinq femmes, enlevées à leurs mères et placées dans des institutions religieuses dans les années 1950. Dans une décision importante du 2 décembre 2024, la Cour d'appel de Bruxelles, infirmant le jugement de première instance, a reconnu la responsabilité de l'État belge. Elle qualifie les actes de crimes contre l'humanité en raison de leur caractère systématique⁴².

La reconnaissance judiciaire de ces pratiques en tant que crimes contre l'humanité marque une évolution significative dans l'appréhension juridique de politiques coloniales. Elle montre que des mesures administratives présentées comme « protectrices » à l'époque de leur commission peuvent, rétrospectivement, être requalifiées d'atteintes systémiques aux droits fondamentaux.

Pris ensemble, ces trois exemples révèlent que les violences liées au colonialisme et subies par les femmes ne relèvent ni d'excès isolés ni de dérives marginales, mais s'inscrivent dans des dispositifs de domination institutionnalisés. Leur appréhension juridique suppose dès lors de dépasser une lecture strictement individuelle des atteintes pour reconnaître leur dimension structurelle et systémique. L'étude des obstacles à la réparation et de leur éventuel dépassement s'avère dès lors nécessaire.

B. *Les obstacles dressés sur la voie de la réparation et leur possible dépassement*

Les trois cas décrits ci-dessus portent sur des faits survenus dans un passé plus ou moins lointain : depuis les années 1930 pour les violences sexuelles commises sur les femmes coréennes, aux années 1970 pour les atteintes aux droits reproductifs au Groenland⁴³. Les demandes de réparation se heurtent ainsi aux problématiques liées à leur éloignement dans le temps⁴⁴. S'y ajoute la nature particulière des violences exercées : des violences intersectionnelles, liées au genre et à des assignations ethniques. Les obstacles à la réparation, d'ordre à la fois extra-juridique et juridique, s'en trouvent accentués. Pour autant, les affaires à l'étude montrent que leur dépassement est possible.

⁴² Cour d'appel de Bruxelles, 2 décembre 2024, R.G. n° 2022/AR/262, sur cet arrêt, v. G. AJABU MASTAKI, Cr. KABULA WA KALUMBA, « Un pas vers la reconnaissance des injustices coloniales ? », *Cahiers de l'EDÉM*, Jan.-Feb. 2025, hal-04982184 ; S. VANDENBOSCH, « For the Sole Reason of Being Born Mixed-Race : The Case of the Métis Children of the Belgian Congo », *VerfBlog*, 2025/6/06, <https://verfassungsblog.de/belgium-congo-metis-compensation> (consulté le 19 février 2026) ; A. de VAUCLEROY, « Justice pour les enfants métis du Congo belge : la Cour d'appel de Bruxelles condamne l'État belge pour crime contre l'humanité », <https://www.justice-en-ligne.be/Justice-pour-les-enfants-metis-du> (consulté le 19 février 2026) ; « Quand l'État colonial belge enlevait des enfants métis », Podcast « Les Clés », RTBF Info.

⁴³ La date de cessation des pratiques de contraception imposée au Groenland, par la pose d'un stérilet ou l'administration du Depo-Provera, n'est pas renseignée précisément dans le rapport d'enquête indépendante (*Enquête indépendante sur les pratiques anticonceptionnelles au Kalaallit Nunaat durant la période 1960-1991, op. cit.*). Il en ressort néanmoins que celles-ci se sont essentiellement déroulées dans les années 1960 et 1970.

⁴⁴ Sur cette problématique qui est aujourd'hui en plein essor, v. notamment, dans les publications en langue française, D. LOCHAK, « Le droit, la mémoire, l'histoire - La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif », *Revue des Droits de l'Homme*, 2012, n° 2 ; K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique. Réflexion sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, LGDJ, 2019 ; M. ERPELDING, « Vers des réparations au titre du colonialisme ? », *Annuaire français de droit international* 2021, volume 67, p. 1 et s. ; H. BELRHALI, « le préjudice mémoriel », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 203 et s. ; F. MARCHADIER (dir.), *La prohibition de l'esclavage et de la traite des êtres humains*, Pedone, 2022 ; B. GIRARD, E. MULLER, D. PORCHERON (dir.), *Réparer les crimes du passé, op. cit.* ; D. PORCHERON, « Les demandes de réparation des préjudices liés au colonialisme devant les juridictions étatiques », in *Mélanges en l'honneur de Dominique d'Ambra*, Dalloz, 2026 (à paraître).

1. Des obstacles extra-juridiques

Les obstacles extra-juridiques à la reconnaissance et à la réparation des crimes commis sont multiples. Si ceux-ci diffèrent en fonction des contextes, certains traits communs peuvent néanmoins être relevés. Ainsi, pour des raisons à la fois géopolitiques et sociales, les atteintes ont longtemps été ignorées ou niées.

Le cas des victimes coréennes, largement étudié en doctrine, l'illustre clairement. Tout d'abord, l'attitude longtemps passive des gouvernements coréens successifs reflète la complexité des rapports de pouvoir entre le Japon et la Corée dans un contexte géopolitique sensible⁴⁵. Un deuxième facteur renvoie à ce que Raewyn Connell a conceptualisé sous le terme de « masculinité hégémonique »⁴⁶. Selon Kim Mi Ji, cette forme de masculinité se manifeste en Corée par un autoritarisme patriarcal marqué⁴⁷, que l'on retrouve d'ailleurs au Japon. La chasteté est en outre fortement valorisée dans la société coréenne. Par conséquent, pendant près d'un demi-siècle, le risque d'une stigmatisation sociale a dissuadé les femmes survivantes de révéler publiquement leurs expériences douloureuses. À ces facteurs s'est ajoutée une dimension externe : « l'autocensure de la société japonaise »⁴⁸ et le refus de l'État japonais de reconnaître clairement sa responsabilité juridique. L'ensemble de ces éléments a fortement entravé le processus de réparation. À cet égard, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) a d'ailleurs récemment rappelé à l'État japonais que « les efforts (concernant les “femmes de réconfort”) doivent être maintenus et élargis afin de garantir les droits des victimes et des personnes rescapées à la vérité, à la justice et aux réparations »⁴⁹.

Dans le cas du Groenland, plusieurs facteurs structurels ont également fait obstacle à la reconnaissance publique des politiques de contrôle coercitif de la reproduction mises en œuvre dans les années 1960-1970⁵⁰. Le contexte colonial et post-colonial constitue là aussi un élément central : les services de santé relevaient alors largement de l'administration du Danemark, ce qui limitait la capacité des autorités locales et des populations concernées à contester des pratiques comme relevant de la politique sanitaire et du développement social. Cette asymétrie institutionnelle s'est accompagnée d'une faible transparence administrative et de l'absence, pendant plusieurs décennies, d'enquêtes ou de travaux historiques systématiques susceptibles de documenter l'ampleur du phénomène. À ces éléments se sont ajoutés des freins sociaux importants : les interventions touchaient à la sexualité et à la fertilité de jeunes femmes et

⁴⁵ En ce sens, v. notamment, K. MIN JI, « Reparations for "Comfort Women": Feminist Geopolitics and Changing Gender Ideologies in South Korea », *Cornell International Affairs Review*, 2019, vol. 12, n° 2.

⁴⁶ R. CONNELL, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Éditions Amsterdam, 2014. La « masculinité hégémonique » renvoie à « la masculinité qui est en position hégémonique dans une structure donnée de rapports de genre, une position sujette à contestation », p. 73. L'auteure a travaillé sur la masculinité à partir notamment des revendications aborigènes en Australie.

⁴⁷ K. MIN JI, « Reparations for "Comfort Women": Feminist Geopolitics and Changing Gender Ideologies in South Korea », *op. cit.*

⁴⁸ M. UBEDA-SAILLARD, « La réparation des atteintes à l'intégrité physique et psychique des femmes : le cas des “comfort women” », *op. cit.*, p. 114.

⁴⁹ Observations finales concernant le 9e rapport périodique du Japon, 29 octobre 2024, CEDAW, C/JPN/CO/9.

⁵⁰ Sur lesquels, v. notamment, M. LIND KREBS, « Denmark and Greenland confront a traumatic birth control campaign », *Justiceinfo.net*, Juillet 2022.

d'adolescentes, ce qui a contribué au silence prolongé des victimes, insuffisamment informées de la dimension collective des pratiques subies.

Enfin, bien que relevant d'une configuration encore différente, les cas d'enlèvements et placements forcés d'enfants métis pour motifs raciaux dans le Congo colonisé mettent également en évidence des mécanismes ayant retardé la reconnaissance des atteintes et le processus de réparation. Les autorités coloniales belges ont encadré ces enlèvements par des décrets et des pratiques institutionnelles qui les ont présentés comme relevant du « placement en institution pour raison d'ordre social »⁵¹, en les justifiant par l'intérêt des enfants⁵². Cette présentation officielle a durablement influencé l'interprétation des faits, empêchant qu'ils soient qualifiés de crimes, jusqu'à une période récente⁵³.

Ces différents facteurs montrent que les obstacles à la réparation dans des situations de violences coloniales genrées tiennent notamment aux configurations politiques et sociales. Le silence, la stigmatisation et les rapports de pouvoir hérités du colonialisme ont contribué à retarder l'émergence des revendications. Pour autant, l'évolution des normes sociales et juridiques relatives aux droits des femmes, ainsi que l'intégration plus affirmée, en droit international, du principe de réparation⁵⁴, ont renforcé la possibilité pour les victimes d'obtenir la reconnaissance des préjudices subis. Des obstacles juridiques ont ainsi pu être dépassés.

2. *Des obstacles juridiques surmontés*

Les violences relatées sont aujourd'hui expressément prohibées par le droit international, aussi bien en droit international pénal qu'en droit international des droits de l'homme. S'agissant des atteintes aux droits reproductifs, plusieurs instruments juridiques internationaux, dont le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁵⁵ et la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (dite Convention d'Istanbul)⁵⁶ les

⁵¹ Plusieurs décrets relatifs à la protection de l'enfance permettaient le placement des enfants métis par des fonctionnaires coloniaux, v. J. VERVOORT, « La Belgique face à son passé colonial : l'affaire des enfants métis et la qualification de crime contre l'humanité », *op. cit.* ; S. VANDENBOSCH, « For the Sole Reason of Being Born Mixed-Race : The Case of the Métis Children of the Belgian Congo », *op. cit.*

⁵² S. HEYNSSENS, « Entre deux mondes. Le déplacement des enfants métis du Ruanda-Urundi colonial vers la Belgique », *op. cit.*

⁵³ V. ROSOUX, « La mémoire respire, Réparer le passé colonial belge », *op. cit.*, M.-S. de CLIPPELE, « Perspectives juridiques sur le passé colonial belge, entre déni et justice », *op. cit.*

⁵⁴ Assemblée générale de l'ONU, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire, *op. cit.*

⁵⁵ L'article 7 g du Statut de Rome qualifie le « (v)iol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable » de crime contre l'humanité si l'acte « est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ».

⁵⁶ L'article 39 de la Convention d'Istanbul énonce que « (l)es Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infractions pénales, lorsqu'ils sont commis intentionnellement : a) le fait de pratiquer un avortement chez une femme sans son accord préalable et éclairé; b) le fait de pratiquer une intervention chirurgicale qui a pour objet ou pour effet de mettre fin à la capacité d'une femme de se reproduire naturellement sans son accord préalable et éclairé ou sans sa compréhension de la procédure ».

condamnent. Il en va de même des enlèvements d'enfants pour des motifs raciaux⁵⁷, des violences sexuelles, de l'esclavage sexuel⁵⁸, ou encore du trafic de femmes⁵⁹.

Pour autant, qu'en était-il au moment des faits dans les trois affaires à l'étude ? L'on se heurte ici à la question du droit intertemporel en droit international et, plus largement, aux principes de l'application de la loi dans le temps⁶⁰. Les anciennes puissances coloniales s'appuient fréquemment sur le principe de l'intertemporalité du droit pour exclure toute obligation légale de réparer des préjudices liés au colonialisme. Elles revendiquent la licéité, à l'époque des faits, de certaines pratiques coloniales. À cette difficulté s'ajoutent, lorsque les demandes en réparation sont portées en justice devant les juridictions nationales, des obstacles relatifs à la prescription de l'action civile⁶¹, à la qualification des faits et à l'administration de la preuve⁶², ou encore à une réception inégale par les États des standards internationaux.

Pour autant, dans les trois affaires étudiées, les juges coréen et belge, ainsi que les autorités publiques danoises et groenlandaises, n'ont pas hésité à faire évoluer cette position.

Dans sa décision du 23 novembre 2023, la Cour d'appel de Séoul rejette tout d'abord l'immunité juridictionnelle du Japon en s'appuyant sur une approche évolutive du droit des immunités juridictionnelles. Dans cet arrêt, le juge coréen se réfère à différentes décisions nationales ayant écarté l'immunité juridictionnelle afin de conclure que le droit international coutumier a évolué vers une immunité plus restrictive concernant les actes délictueux survenant sur le territoire de l'État du for⁶³. Il en déduit que cette exception territoriale à l'immunité juridictionnelle, énoncée notamment à l'article 12 de la

⁵⁷ L'article 7 d du Statut de Rome qualifie la déportation et le transfert forcé de population de crime contre l'humanité, v. aussi l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui énonce que les États veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré et l'article 2 qui invite les États à protéger l'enfant « contre toute forme de discrimination », et l'article 7 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en vertu duquel « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre ».

⁵⁸ Le viol et l'esclavage sexuel entrent également dans la catégorie de crime contre l'humanité, s'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque (art. 7 g, Statut de Rome).

⁵⁹ Art. 6, Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW).

⁶⁰ Le principe du droit intertemporel en droit international signifie que « le domaine d'application dans le temps d'une norme de droit international public est déterminé conformément au principe général de droit, d'après lequel tout fait, tout acte et toute situation doivent être appréciés à la lumière des règles de droit qui en sont contemporaines », Institut de Droit International, « Le problème intertemporel en droit international public », résolution adoptée par l'Institut de droit international à Wiesbaden le 11 août 1975, § 1. Sur ce principe concernant les crimes liés au colonialisme, v. M. ERPELDING, « Vers des réparations au titre du colonialisme ? », *op. cit.*, R. MURRAY (ed.), *OPBP Inter-Temporality and Reparations For Colonial and other Historic Atrocities*, 2025, consultable sur le site <https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/inline-files/OPBP%20Inter-temporality%20and%20reparations.pdf> (consulté le 19 février 2026).

⁶¹ L'État n'étant pas pénalement responsable, les actions intentées contre les États pour des crimes liés au colonialisme le sont, en fonction des ordres juridictionnels des États, devant les juridictions civiles.

⁶² Sur ces difficultés, v. notamment, B. GIRARD, E. MULLER, D. PORCHERON (dir.), *Réparer les crimes du passé*, *op. cit.*

⁶³ Sur cette évolution jurisprudentielle, v. V. TERZIEVA, « The territorial Tort Exception and the Victims' Right to a Remedy in the Inter-judicial Dialogue on Sovereign Immunity », in *Implications of the Korean Court Ruling of Comfort Women: State Immunity and Victim's Rights to Justice*, Colloque du 29 février 2024, actes consultables en ligne, https://drive.google.com/file/d/1YR90fj03ZiB9Mjtv8e8_VthsdXzIydE/view (consulté le 19 février 2026); D. PORCHERON, Les actions transnationales en réparation de crimes internationaux commis par un État : l'émergence d'un nouveau contentieux, *Rev. crit. DIP* 2025, p. 1 et s.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens⁶⁴, doit s'appliquer en l'espèce. Il écarte par là même une difficulté importante résultant du commentaire de l'article 12, qui précise que cette exception ne s'applique pas aux « situations liées à des conflits armés »⁶⁵. En effet, les actes d'esclavage sexuel n'avaient pas nécessairement une finalité militaire : ils n'avaient pas pour but de constituer un avantage militaire du Japon sur la Corée, colonisée depuis de très nombreuses années⁶⁶.

Ce raisonnement met en évidence que, bien que les faits initiaux soient des événements anciens, les règles procédurales régissant l'accès à la justice ne sont pas figées dans le temps⁶⁷. La décision coréenne démontre ainsi qu'une juridiction nationale peut appliquer une compréhension moderne et évolutive du droit international coutumier pour établir sa compétence à l'égard de faits historiques⁶⁸.

Par ailleurs, concernant les difficultés relatives à l'application de la loi dans le temps du point de vue substantiel, la Cour d'appel rappelle que l'ancien Empire du Japon avait l'obligation de respecter les traités et les principes du droit international. Elle se réfère, dès lors, à des textes en vigueur à l'époque des faits afin de caractériser les éléments constitutifs de la responsabilité du Japon. Il en ressort que le Japon devait respecter « l'honneur et les droits de la famille, dont les femmes et leur intégrité sexuelle »⁶⁹, conformément à la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Il avait, en outre, l'interdiction d'enlever les filles mineures par le dol ou le rapt, conformément à la Convention internationale pour la répression de la traite des femmes et des enfants, et il devait abolir le travail forcé des femmes conformément à la Convention sur le travail forcé de l'Organisation internationale du travail⁷⁰. Le juge en conclut que le Japon avait bien violé ses engagements internationaux au moment des faits. Condamné à indemniser les victimes à hauteur de 200 millions de wons par personne (140 000 euros environ), l'État japonais refuse pour le moment d'exécuter cette décision.

Concernant les enlèvements d'enfants métis, la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 2 décembre 2024, a condamné l'État belge à indemniser les préjudices subis

⁶⁴ L'article 12 est ainsi rédigé : « À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel, dus à un acte ou à une omission prétendument attribuables à l'État, si cet acte ou cette omission se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission. » Outre la Convention des Nations Unies, l'exception territoriale fut également adoptée par la Convention du Conseil de l'Europe de 1972 (art. 11).

⁶⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 10. V. aussi l'interprétation donnée la Cour internationale de justice (CIJ) dans son arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c/ Italie ; Grèce intervenant)*, 3 février 2012. La Cour considère que la pratique et l'*opinio juris* des États continuent de reconnaître l'immunité juridictionnelle pour ce type de situations.

⁶⁶ Sur ce point, v. S. NAM, « Court Decisions in the Republic of Korea on Japan's Accountability for Sexual Slavery of the Comfort Women », *Journal of International Criminal Justice*, Volume 20, Issue 2, May 2022, p. 459 et s.

⁶⁷ V. en ce sens, R. MURRAY (ed.), *OPBP Inter-Temporality and Reparations For Colonial and other Historic Atrocities*, op. cit., p. 95, n° 151.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ V. D. J. LEE, note sous CA, Séoul, 23 novembre 2023, op. cit.

⁷⁰ *Ibid.*

par les demanderesse, en qualifiant les faits de crimes contre l'humanité. Cette qualification a eu pour effet, au regard du droit belge tel qu'interprété par la Cour, de rendre l'action civile imprescriptible⁷¹.

La Cour d'appel a ainsi infirmé le jugement de première instance, lequel avait considéré que, si les faits pouvaient être qualifiés de crimes contre l'humanité au regard du droit positif actuel, ils ne pouvaient recevoir une telle qualification au moment de leur commission, entre 1948 et 1961⁷². Le tribunal avait en outre estimé que, bien qu'illégaux, ces actes ne s'inscrivaient pas « dans une politique généralisée ou systématique, volontairement destructrice »⁷³, caractéristique du crime contre l'humanité. Le gouvernement belge ne pouvait donc être tenu responsable.

Pour écarter ce raisonnement, la Cour d'appel s'est fondée sur l'article 6(c) du statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, instruments qui qualifient certains agissements de crimes contre l'humanité. Elle en a déduit qu'« au plus tard le 11 décembre 1946, qu'ils aient été commis en temps de guerre ou en temps de paix »⁷⁴, les actes et persécutions visés à l'article 6, c) du Statut de Nuremberg étaient déjà tenus pour criminels. La Cour a par ailleurs retenu que les enlèvements litigieux avaient été commis par « l'État dans le cadre d'une politique générale et systématique visant des enfants nés d'une mère noire et d'un père blanc, élevés par leur mère, afin de les séparer de celle-ci et de leur milieu familial »⁷⁵.

Comment expliquer une telle évolution entre le jugement de première instance et l'arrêt d'appel ? Cette nouvelle appréciation des faits par la Cour d'appel s'inscrit dans un contexte renouvelé. L'accès désormais possible aux archives⁷⁶, les travaux de la commission d'enquête parlementaire ainsi que les analyses doctrinales publiées à la suite du jugement ont permis de mettre en évidence le caractère systématique de ces enlèvements, élément constitutif du crime contre l'humanité. Ils ont mis en lumière l'ampleur et la gravité des pratiques en cause, ainsi que leur inscription dans une politique étatique de discrimination et de séparation des mères et de leurs enfants.

Concernant la politique de contraception forcée menée au Groenland, l'évolution ne provient pas d'une initiative juridictionnelle, mais d'une reconnaissance politique concrétisée par la mise en place d'un dispositif d'indemnisation spécifique. Par un accord conclu entre le gouvernement danois et plusieurs partis représentés au Parlement, il a été décidé de mettre en place un fonds de réconciliation destiné à accorder une indemnisation financière individuelle aux femmes groenlandaises ayant

⁷¹ V. D. PORCHERON, « Les demandes de réparation des préjudices liés au colonialisme devant les juridictions étatiques », *op. cit.*

⁷² Trib. Civ. fr. Bruxelles, 8 décembre 2021, 20/4655/A, p. 16, sur lequel, v. K. Van der SPEETEN, « Reparations for colonialism : What does Belgium owe its former colonies ? : An exploration of the possible Belgian State responsibility to make reparations for its colonial past with an assessment of different reparation forms », *Jura Falconis*, n° 57, 2021 ; J. VERVOORT, « La Belgique face à son passé colonial : l'affaire des enfants métis et la qualification de crime contre l'humanité », *Revue des droits de l'homme*, 2023, n° 23 ; M.-S. de CLIPPELE, « Perspectives juridiques sur le passé colonial belge, entre déni et justice », *Criminocorpus*, 25, 2024.

⁷³ Trib. Civ. fr. Bruxelles, 8 décembre 2021, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁴ Cour d'appel de Bruxelles, 2 décembre 2024, R.G. n° 2022/AR/262, p. 26.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁷⁶ Loi du 21 mars 2023 permettant l'accès aux archives en vue de la recomposition des familles à la suite des séparations contraintes

fait l'objet, entre 1960 et 1991, de pratiques contraceptives sans consentement ou sans information adéquate⁷⁷.

L'accord qualifie expressément cette politique de « chapitre sombre » de l'histoire commune du Danemark et du Groenland. Il précise également que les femmes groenlandaises concernées ont été exposées à des manquements et à une discrimination systématique du fait de leur origine groenlandaise. Il reconnaît les conséquences graves que cette campagne a eues pour les femmes concernées et prévoit en conséquence le versement d'une somme forfaitaire, sur la base d'une déclaration sur l'honneur, ainsi qu'un accompagnement administratif et thérapeutique des personnes. Un mécanisme particulier est en outre envisagé pour les personnes engagées dans une procédure judiciaire, afin de privilégier un règlement amiable.

Sans trancher formellement la question de la qualification des faits ni celle d'une responsabilité juridique, ce dispositif marque néanmoins une prise en charge publique de pratiques passées désormais perçues comme constitutives de manquements graves et systémiques à l'égard des femmes groenlandaises. Il illustre ainsi une autre voie de réparation, fondée non sur la décision du juge, mais sur un processus politique de reconnaissance et de réparation.

II. Les voies de réparation au niveau étatique

Au regard des particularités des violences subies, à la fois générées, massives et liées à un passé colonial, la réparation ne saurait se réduire à l'indemnisation des victimes. Des mécanismes relevant d'une justice restaurative devraient y être associés, ceux-ci permettant de favoriser, sur le plan individuel, une « réparation émotionnelle » des victimes, tout en contribuant, sur le plan collectif, à la reconstruction du tissu social⁷⁸. La justice ainsi conçue refléterait « la finalité poursuivie par la justice transitionnelle »⁷⁹, quand bien même elle ne serait pas mise en œuvre au sein de systèmes politiques en transition.

En droit international, la notion de réparation dépasse d'ailleurs la seule justice commutative. En recouvrant différents procédés : restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition⁸⁰, elle vise, au-delà de la compensation des préjudices, à restaurer le lien social à la suite de violations massives.

Les dispositifs adoptés par la Corée, la Belgique et le Danemark peuvent être appréciés à l'aune de cette finalité. A cet égard, il conviendra d'examiner, d'une part, la voie judiciaire, au regard des procès en réparation engagés contre un État colonial (A), et,

⁷⁷ *Aftale om godtgørelsesordning for grønlandske kvinder omfattet af antikonceptionspraksis i Kalaallit Nunaat (spiralagen) i perioden 1960-1991* (« Accord relatif à un dispositif d'indemnisation pour les femmes groenlandaises concernées par la pratique de la contraception au Kalaallit Nunaat (l'affaire des stérilets) durant la période 1960-1991 », notre trad.), *op. cit.*

⁷⁸ K. PICARD, *La responsabilité de l'État du fait du préjudice historique. Réflexion sur la possible reconnaissance d'un dommage constitutionnel*, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Assemblée Générale de l'ONU, Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, *op. cit.*

d'autre part, la voie extrajudiciaire, caractérisée par des dispositifs politiques de reconnaissance et d'indemnisation (B).

A. La voie judiciaire

Comme cela a été souligné, une décision de justice marque « une étape sur le chemin de la réalisation des droits en cause »⁸¹. Elle participe, en outre, à la construction des mémoires, tant collectives qu'individuelles⁸². Cependant, si la voie judiciaire constitue un relais essentiel d'aspiration à la justice et de construction mémorielle, elle s'avère souvent insuffisante. Elle comporte des limites, en particulier lorsque les demandes portent sur des atteintes spécifiquement subies par les femmes dans un contexte colonial ou post-colonial.

1. Le contentieux comme outil de reconnaissance et de connaissance

La voie judiciaire forme, dans les situations étudiées, un levier central de reconnaissance des violences⁸³. Si elle ne met pas un terme au processus de réalisation des droits, elle marque une étape décisive. Le procès offre en effet un espace institutionnel dans lequel les faits peuvent être qualifiés juridiquement, les responsabilités établies et les souffrances entendues. À ce titre, il assure non seulement l'effectivité du droit à un recours, mais également la construction d'une mémoire collective, comme l'illustrent les décisions rendues en Corée et en Belgique.

En qualifiant les enlèvements d'enfants métis de crimes contre l'humanité, la Cour d'appel de Bruxelles a analysé d'un point de vue juridique des pratiques longtemps présentées comme relevant de politiques coloniales banalisées. La reconnaissance par le juge de leur caractère discriminatoire et systématique a permis d'inscrire ces faits dans le registre des violations les plus graves du droit international. Les juridictions coréennes, en écartant l'immunité juridictionnelle du Japon et en mobilisant des instruments juridiques en vigueur au moment des faits, ont affirmé quant à elles l'existence d'obligations à l'égard des femmes déjà opposables à l'État défendeur à l'époque de leur commission.

Le procès devient alors un lieu de clarification : les violences subies par les femmes pendant la période coloniale n'étaient pas simplement regrettables à l'aune des standards de l'époque, mais juridiquement prohibées. Il contribue, à ce titre, à une meilleure connaissance historique des faits⁸⁴, ce qui permet de mieux lutter contre le révisionnisme. Il œuvre au respect du « droit à la vérité », entendu comme le droit pour

⁸¹ P. JACOB, « Le contentieux interaméricain des droits de l'homme, remède efficace à la violation des droits des peuples autochtones ? Réflexions à partir de l'affaire Lhaka Honhat », *Perspectives contentieuses internationales*, 2025, 4, p. 150.

⁸² M. UBEDA-SAILLARD, « Histoire, mémoire et justice pénale internationale », *Questions internationales, Le passé Kidnappé ?*, *Histoire et mémoire dans les relations internationale(s)*, *op. cit.*

⁸³ Sur les « procès-leviers », v. B. MORON-PUECH, « L'office du juge dans les procès stratégiques mettant en cause les libertés économiques », *Quel équilibre jurisprudentiel ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann, Nov. 2023, Lyon (hal-04486540v2).

⁸⁴ H. BERLHALI, « Le préjudice mémoriel », in *Le temps en droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 203 et s. ; M. UBEDA-SAILLARD, « Histoire, mémoire et justice pénale internationale », *Questions internationales, Le passé Kidnappé ?*, *Histoire et mémoire dans les relations internationale(s)*, *op. cit.*

les victimes et le public de connaître les circonstances et les causes des violations graves des droits humains⁸⁵.

Par ailleurs, la condamnation de l'État pour des crimes commis pendant la période coloniale à indemniser les victimes leur apporte une première satisfaction. Elle matérialise, sur le plan juridique, la reconnaissance d'un préjudice imputable à l'État et ouvre droit à une réparation individualisée. Ainsi, la condamnation de la Belgique par la cour d'appel de Bruxelles pour les enlèvements d'enfants métis, comme celle prononcée par la cour d'appel de Séoul à l'encontre du Japon dans l'affaire des femmes victimes d'esclavage sexuel, traduisent le passage d'une responsabilité principalement politique et morale à une responsabilité juridiquement constatée et sanctionnée. Toutefois, si ces décisions constituent des avancées majeures en matière de reconnaissance et d'indemnisation, elles demeurent marquées par des insuffisances.

2. Les limites de la voie judiciaire

Malgré ses apports, la voie judiciaire présente certaines limites. Tout d'abord, l'effectivité des décisions rendues peut être incertaine, comme l'illustre l'arrêt de la Cour d'appel de Séoul condamnant le Japon. La juridiction saisie n'étant pas celle de l'État responsable, la portée interne de la décision s'en trouve fragilisée. Surtout, le refus du Japon d'en assurer l'exécution, au motif que la question des réparations aurait été définitivement réglée par l'accord du 25 décembre 2015⁸⁶, en limite considérablement la portée concrète.

Par ailleurs, le contentieux repose sur une logique individualisée de la réparation, fondée sur une appréciation casuistique des préjudices. Or, cette approche tend à fragmenter les réponses apportées à des violations pourtant structurelles et massives⁸⁷. Elle peut engendrer des inégalités entre les victimes, selon qu'elles parviennent ou non à accéder au juge. L'échec de certaines procédures ou l'impossibilité d'engager une action en raison d'obstacles probatoires, financiers ou psychologiques, est susceptible de renforcer le sentiment d'injustice et d'aggraver les souffrances subies, en particulier pour les femmes, plus exposées aux difficultés d'accès à la justice⁸⁸.

Enfin, si le juge peut condamner l'État à indemniser les victimes, il ne peut décider de la création de politiques publiques, telles que des programmes d'éducation, de mémoire ou de soutien aux communautés concernées. En ce sens, la réparation par la voie judiciaire, centrée sur l'indemnisation, peine à répondre pleinement aux exigences d'une

⁸⁵ Le droit à la vérité au sujet des violations flagrantes des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire est un droit lié au devoir de l'État de protéger les droits de l'homme, de mener des enquêtes, et de garantir un recours utile et une réparation appropriée. Il est reconnu notamment par les Principes fondamentaux et directives de 2005, *op. cit.*, art. IX et X.

⁸⁶ V. notamment, J. KOUZMINE, « Accord entre le Japon et la Corée du Sud concernant les « femmes de réconfort », une reconnaissance faisant obstacle aux réparations », *Revue des Droits de l'Homme*, *op. cit.*

⁸⁷ Sur ce décalage entre la perspective du droit de la responsabilité qui tend à établir des responsabilités individuelles et la réparation de crimes de masse, où sont en cause des « traits collectifs et des modes de fonctionnement » structurels, v. S. PRETOT, « Engager la responsabilité civile en cas d'abus sexuels dans l'Église ? », *Les cahiers de la justice*, 2024, p. 357 et s.

⁸⁸ Sur ce constat, v. R. RUBIO-MARIN, *The Gender of Reparations, Unsettling Sexual Hierarchies while Redressing Human Rights Violations*, *op. cit.*, spéc. p. 5 ; Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Rashida MANJOO, A/HRC/14/22 (2010), spéc. p. 13, n° 34 et s.

réparation entendue comme processus de reconstruction du lien social⁸⁹. Ces limites invitent dès lors à envisager, en complément de la voie contentieuse, des mécanismes extrajudiciaires de reconnaissance et de réparation, susceptibles d'appréhender de manière plus globale les violences de genre liées au colonialisme.

B. *La voie extrajudiciaire*

Certains États ont privilégié des mécanismes de reconnaissance et de réparation fondés sur une initiative politique. Cette voie extrajudiciaire ne repose pas sur l'établissement par le juge étatique d'une responsabilité, mais sur l'organisation institutionnelle d'une réponse publique aux atteintes passées. Elle permet d'articuler indemnisation, reconnaissance symbolique et mesures structurelles dans une perspective plus large que celle du contentieux.

Le dispositif mis en place par le Danemark à la suite de l'affaire des pratiques de contraception forcée au Groenland illustre cette approche. À l'issue de l'enquête indépendante, les autorités danoises et groenlandaises ont opté pour un mécanisme administratif d'indemnisation, ouvert aux femmes concernées sur la base d'une procédure simplifiée⁹⁰. L'indemnité est accordée sans qu'il soit exigé de démontrer, dans un cadre contentieux, l'ensemble des éléments constitutifs d'une responsabilité juridique. Ce choix traduit la volonté de lever les obstacles probatoires et financiers inhérents au procès.

La réparation peut aussi s'inscrire dans une perspective d'ensemble, en ouvrant une réflexion plus large sur les pratiques administratives et sanitaires susceptibles de constituer des formes de discrimination à l'égard d'un peuple autochtone. Dans le contexte danois, les discussions suscitées par la politique de contraception forcée ont contribué à mettre en lumière des problématiques persistantes, notamment celle de la surreprésentation des enfants d'origine inuite parmi les mineurs placés au Danemark et le recours aux tests dits de « compétence parentale » dans les procédures de retrait d'enfants⁹¹. Depuis le 1er mai 2025, le recours à ces tests est interdit⁹².

Toutefois, ce dispositif appelle certaines réserves. D'une part, l'indemnisation prévue repose sur l'allocation d'un montant forfaitaire, identique pour l'ensemble des femmes concernées, sans individualisation des préjudices subis. Si cette approche facilite l'accès à la réparation en évitant une évaluation probatoire, elle ne permet pas de prendre pleinement en compte la diversité des atteintes, qu'elles soient physiques, psychiques ou sociales. La réparation revêt ainsi une dimension standardisée.

D'autre part, l'accord conclu ne comporte pas de reconnaissance expresse d'une responsabilité juridique de l'État danois. Les autorités évoquent des « manquements »,

⁸⁹ E. K. YAMAMOTO et S. K. SERRANO, « Reparations Theory and Practice Then and Now : Mau Mau Redress Litigation and the British High Court », *UCLA Asian Pacific American Law Journal*, 2012, p. 71.

⁹⁰ V. *Aftale om godtgørelsesordning for grønlandske kvinder omfattet af antikonceptionspraksis i Kalaallit Nunaat (spiralagen) i perioden 1960-1991* (« Accord relatif à un dispositif d'indemnisation pour les femmes groenlandaises concernées par la pratique de la contraception au Kalaallit Nunaat (l'affaire des stérilets) durant la période 1960-1991 », notre trad.), *op. cit.*

⁹¹ « Le long combat des Groenlandais contre le placement abusif de leurs enfants », *Le Monde*, 11 avril 2025.

⁹² <https://www.idea.int/democracytracker/report/denmark/january-2025> (consulté le 20 février 2026).

« des discriminations systématiques », et un « chapitre sombre » de l'histoire commune, sans qualifier les faits de violations engageant formellement la responsabilité de l'État. Cette absence de reconnaissance explicite contribue à maintenir une distinction entre responsabilité politique et responsabilité juridique.

Ainsi, l'étude des mécanismes mis en œuvre en Corée, en Belgique et au Danemark montre que la réparation des violences genrées liées au colonialisme peut emprunter différents procédés, le plus souvent imbriqués. Elle participe d'une transformation du regard porté sur le passé. Lorsque « la légitimité d'une époque devient contestable »⁹³, c'est aussi la place et le rôle de l'État qui se trouvent redéfinis face au passé colonial.

⁹³ Ph. VITALE, « Le transfert des mineurs réunionnais (1963-1981), Un épisode de l'histoire de la France postcoloniale », *Diversité*, 2014, 178, pp. 36-41.

Le genre dans les récentes condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de violences sexuelles

Par Julie MATTIUSSI,
Maîtresse de conférences,
Centre de droit privé fondamental,
Université de Strasbourg.

L'année 2025 est marquée par trois condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de violences sexuelles. Trois arrêts pour cinq requérantes françaises¹, des chiffres qui doivent conduire à s'interroger sur l'écart entre les exigences européennes et le droit français. Un écart surprenant, tant le droit français a adopté, ces dernières années, plusieurs lois visant à mieux appréhender les violences sexuelles.

Le premier texte relatif aux violences au sein des couples est celui du 4 avril 2006, connu pour avoir inscrit dans la législation française la prohibition du viol conjugal². S'en sont suivies plusieurs lois sur les violences au sein des couples – qui incluent les violences sexuelles³ – ainsi que des lois propres au contentieux des violences sexuelles, y compris hors le couple⁴. Cette succession de textes montre que le Législateur français reconnaît les spécificités de ces violences, et en particulier des violences sexuelles. Les lois visent à les prévenir et les réprimer pour faire en sorte d'en diminuer le nombre, avec un succès mitigé puisqu'en 2024, les services de police et de gendarmerie ont encore enregistré 122 600 victimes de crimes et délits à caractère sexuel⁵.

Malgré ces évolutions, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme à trois reprises en 2025. La première condamnation date du 23 janvier 2025⁶.

¹ Cour EDH, *H. W. c. France*, n° 13805/21, 23 janvier 2025 ; Cour EDH, *L. et autres c. France*, n° 46949/21, 24 avril 2025 ; Cour EDH, *E. A. et AVFT c. France*, n° 30/55622, 4 septembre 2025.

² Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Le viol conjugal était déjà sanctionné par la jurisprudence, Cass. crim., 17 juill. 1984, n° 84-91288 ; Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86346, *JCP G* 1993, II. 22043, note T. GARE ; *D.* 1993, 117, note M.-L. RASSAT.

³ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille ; Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales ; Loi n° 2023-140 du 28 février 2023 créant une aide universelle d'urgence pour les victimes de violences conjugales ; Loi n° 2024-233 du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales.

⁴ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel ; Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes ; Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

⁵ Chiffres des faits signalés aux services de police et de gendarmerie supérieur au nombre de condamnations (38 000 condamnations entre 2017 et 2022, Infos rapide n° 9, service statistique ministériel de la sécurité intérieure), mais inférieur au nombre estimé de faits commis mais non-signalés, v. Infos rapide n° 47, service statistique ministériel de la sécurité intérieure.

⁶ Cour EDH, *H. W. c. France*, n° 13805/21, 23 janvier 2025, *D. actu.* 17 mars 2025, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2025. 372, note J. MATTIUSSI ; *AJ fam.* 2025. 102, obs. M. SAULIER ; *RJPF* 2025, n° 299, note M. JAOUL ; *JCP G* 2025, n° 8-9, 269, note M. Lamarche ; *Dr. fam.* 2025 Comm. 29, note J.-R. BINET ; *ibidem* 51, note N. KERMABON ; *Procédures* 2025. Comm. 59, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *Gaz. pal.* 11 mars 2025, n° 9, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2025. 308, note A.-M. LEROYER.

Elle portait sur le devoir conjugal, à savoir l'obligation pour les époux d'avoir des relations sexuelles « normales »⁷. Le devoir conjugal n'est certes pas inscrit dans la loi française, mais une jurisprudence constante le faisait exister dans le droit du mariage⁸. Un devoir étudié sur les bancs de l'Université dans les cours de droit familial, qui trouvait une place dans les dossiers de divorce, mais qui donnait lieu à un faible nombre de divorces pour faute, tant la preuve d'un refus persistant d'avoir des relations sexuelles avec son époux était difficile à rapporter. Un divorce pour faute fut néanmoins prononcé par la Cour d'appel de Versailles le 17 novembre 2019⁹. L'épouse avait expliqué refuser d'avoir des relations sexuelles avec son mari depuis de nombreuses années à l'occasion du dépôt d'une main courante à l'encontre de ce dernier. Cet « aveu » se retourna contre elle et tint lieu de preuve d'un manquement au devoir conjugal. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, estima que les moyens du pourvoi n'étaient « manifestement pas de nature à entraîner la cassation »¹⁰ et la Cour européenne des droits de l'Homme fut saisie. Dans son arrêt du 23 janvier 2025, elle constate une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et estime qu'une obligation à avoir des rapports sexuels n'est pas compatible avec l'expression d'un consentement libre et éclairé.

La deuxième condamnation a eu lieu quelques mois plus tard et portait sur trois dossiers différents¹¹. Chaque affaire concernait des jeunes femmes mineures, en situation de vulnérabilité au moment des faits. Outre leur jeune âge, leur vulnérabilité était accrue dans chacun des dossiers par des problématiques de santé mentale ou d'alcoolisation au moment des faits. Dans cet arrêt, la France est condamnée essentiellement en raison de l'attitude des autorités judiciaires françaises, mais elle est aussi mise en garde quant à la qualité de la loi relative aux viols et agressions sexuelles qui, dans le droit applicable à l'époque des faits, n'évoquait pas la notion de consentement.

Enfin, dans la troisième affaire, les autorités judiciaires françaises sont condamnées en raison de leur approche du consentement¹². En l'espèce, une femme a été victime de violences sexuelles commises par un supérieur hiérarchique. Les deux personnes entretenaient des relations sadomasochistes et avaient formalisé par écrit leur accord selon lequel la requérante consentait à subir les sévices qui lui seraient infligés par l'auteur des faits. Les juridictions françaises ont tenu compte de ce « contrat », alors même que cet élément ne permettait pas, selon la Cour européenne, d'exclure le constat de violences sexuelles.

⁷ J. MATTIUSSI, « Le devoir conjugal : de l'obligation de consentir », in M. GARCIA, J. MAZALEIGUE et A.-D. MORNINGTON (dir.), *Emvers et revers du consentement – La sexualité, la famille et le corps, entre consentement, contrainte et autonomie*, Paris, Mare & Martin, 2023.

⁸ Le dernier arrêt de la Cour de cassation en la matière est le suivant : Cass. 2^e civ., 17 décembre 1997, n°96-15.704.

⁹ CA Versailles, n° 18/05762, 7 novembre 2019, *AJ fam.* 2021. 400, note A. MATTEOLI et C. REITZER.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., n° 20-10.764, 17 nov. 2020.

¹¹ Cour EDH, *L. et autres c. France*, 24 avril 2025, n° 46949/21, *AJ pén.* 287, note J. GALLOIS ; RSC 2025. 587, note Y. MAYAUD ; *D. actu.* 12 mai 2025, obs. B. NICAUD ; *D.* 2025. 1189, note A.-B. CAIRE ; *JCP G* 2025. 545, obs. F. SUDRE ; *RJPF* 2025, n° 302, note J. MATTIUSSI ; S. PAPILLON, « Actualité du droit pénal de la famille », *AJ fam.*, 2025, p. 249 ; B. LE DEVEDEC, « Le consentement dans la loi modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles : un code pavé de bonnes intentions », *Lexbase*, 27 mai 2025.

¹² Cour EDH, *E. A. et AVFT c. France*, 4 septembre 2025, n° 30/55622, A. DARSONVILLE, « Violences sexuelles : la CEDH condamne la France », *Le Club des juristes*, 12 septembre 2025 ; *D.* 2025. 2075, note A.-B. CAIRE ; S. PAPILLON, *op. cit.*, p. 498 ; O. LE MEUR, « Ceci n'est pas du BDSM : quand l'emprise redéfinit l'analyse du consentement », *AJ pén.*, 2025, 455.

Cette série de condamnations sur une thématique unique, à savoir le traitement des violences sexuelles en France, témoigne d'une approche distincte au niveau européen et au niveau interne de la question des violences sexuelles. La lecture des arrêts européens laisse apparaître une jurisprudence plus prompte à nommer la dimension genrée des violences et de leur traitement par les autorités judiciaires. Ce constat invite à s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure une analyse genrée permet de mieux cerner les dynamiques entourant les violences sexuelles et partant de mobiliser de façon opportune les instruments juridiques disponibles pour lutter contre celles-ci¹³.

Dans les trois affaires concernées, la mobilisation d'instruments internationaux sexospécifiques (I) permet à la Cour de réaliser une interprétation fine de ce qui se joue dans la façon dont les autorités judiciaires apprécient les situations des femmes victimes quant à leur consentement (II). Dans l'une des affaires, la Cour va plus loin en mobilisant le droit de la non-discrimination et la notion de stéréotype de genre en matière de violences sexuelles (III).

I. L'utilisation de textes internationaux sexospécifiques

À de rares exceptions près¹⁴, les dispositions adoptées par le Législateur français pour lutter contre les violences sexuelles ne sont pas sexospécifiques. Certes, ces textes s'inscrivent dans le cadre d'une politique affichée de lutte contre les violences faites aux femmes et sont une réponse à un chiffre connu, selon lequel 85 % des violences sexuelles sont subies par des femmes¹⁵. Mais la formulation des lois est généralement neutralisée au plan du genre. Prenons l'exemple de l'outrage sexiste¹⁶. L'infraction a été pensée pour combattre le harcèlement de rue¹⁷, qui vise quasi-exclusivement les femmes. Pourtant, le terme « outrage sexiste » est aveugle au genre : il permet à toute personne qui s'estime victime de mobiliser le texte. Pour les mêmes raisons, le terme « féminicide » ne figure pas dans le Code pénal¹⁸. La stratégie rédactionnelle, empreinte de pragmatisme, vise à ne pas démultiplier les textes en s'assurant que la disposition peut être mobilisée par toute personne indépendamment de son genre. En ce sens, la légistique est cohérente avec la tradition universaliste française et n'est pas pensée comme un obstacle à une politique publique de lutte contre les violences faites aux femmes.

En droit européen, l'appréhension des violences sexistes et sexuelles est considérée sous l'angle du genre. Plusieurs recommandations, adoptées dans les années 2000, visent ainsi explicitement les droits des femmes¹⁹. Elles ont conduit à l'adoption de la

¹³ De façon générale, sur les travaux pionniers de l'analyse de genre en droit en France, v. Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe, v. S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, M. PICHARD (dir.), *La loi et le genre – Études critiques de droit français*, Paris, éd. CNRS, 2014, 799 p., et, depuis 2024, les travaux publiés au sein de la *Revue Intersections – Revue semestrielle Genre & Droit* [en ligne].

¹⁴ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, préc.

¹⁵ Infos rapide n° 47, préc.

¹⁶ C. pén. R. 625-8-3.

¹⁷ V. TELLIER-CAYROL, « Non à l'outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425.

¹⁸ Pour une présentation des débats et un argumentaire juridique favorable à l'usage du terme féminicide dans le Code pénal, C. HARDOUIN-LE GOFF, « Faut-il inscrire le "féminicide" dans le Code pénal ? », *Le Club des juristes*, 14 septembre 2023.

¹⁹ V. notamment Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 1450 (2000), Violence à l'encontre des femmes en Europe ; Recommandation 1582 (2002), Violence domestique à l'encontre des femmes ; Recommandations 1759 (2016) et 1817 (2007), Les parlements unis pour combattre la violence domestique contre les femmes ; Recommandation 1847 (2008), Combattre la violence à l'égard des femmes

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul. Il n'est bien sûr pas question, ici non plus, d'exclure les hommes victimes, comme l'indique le Rapport explicatif de la Convention selon lequel « bien qu'affirmant que la violence à l'égard des femmes, y compris la violence domestique, est un phénomène spécifiquement lié aux différences entre les sexes, les signataires reconnaissent clairement que les hommes et les garçons peuvent eux aussi être victimes de violence domestique, et que cette violence doit également être appréhendée »²⁰, mais bien de mettre en avant la dimension systémique des violences subies par les femmes dans une société où « les rapports de force [sont] traditionnellement inégaux entre les hommes et les femmes »²¹. L'application de la Convention par les États signataires fait l'objet d'évaluations régulières du groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO), qui publie des rapports incitant les États à mettre leur droit interne en conformité avec leurs obligations conventionnelles²².

Or dans les trois arrêts condamnant la France en 2025, la Cour européenne des droits de l'Homme fait la part belle à la Convention d'Istanbul et aux rapports d'évaluation du GREVIO lorsqu'elle énonce le droit applicable. Autrement dit, elle tient largement compte de cet outil pour interpréter les articles de la Convention qui, eux, ne sont pas sexospécifiques. Dans l'arrêt du 24 avril 2025, la Cour mobilise de surcroît d'autres travaux internationaux sexospécifiques, à savoir ceux du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes²³, outre la recommandation du Conseil de l'Europe sur la violence domestique à l'encontre des femmes²⁴.

Formellement, il y a là une visibilité du contentieux des violences sexuelles en tant que violences de genre, impliquant des dynamiques particulières assises sur les rapports de pouvoir déséquilibrés entre hommes et femmes. Dans le fond toutefois, les objectifs semblent, de prime abord, communs au niveau interne et au niveau européen. Le GREVIO relève toutefois, en France, une approche globale des violences sexuelles par les autorités insuffisamment fondées sur le genre²⁵.

: pour une convention du Conseil de l'Europe ; Recommandation 1873 (2009), Violences sexuelles contre les femmes dans les conflits armés ; Recommandation 1861 (2009), Féminicides ; Recommandation 1887 (2009), Le viol des femmes, y compris le viol marital.

²⁰ Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 27.

²¹ Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, § 25.

²² Rapports d'évaluation de référence pour la France en 2019, puis 2025.

²³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Observations finales concernant le neuvième rapport périodique de la France - Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 14 novembre 2023 (CEDAW/C/FRA/CO/9).

²⁴ Assemblée Parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 1582 (2002), *op. cit.*

²⁵ GREVIO, Rapport d'évaluation de référence France, 2019, § 7 : « le GREVIO observe que les textes législatifs et les politiques publiques mises en place en France ne font pas état d'une reconnaissance systématique du caractère fondé sur le genre des violences faites aux femmes et de leur lien structurel avec les inégalités de pouvoir historiques entre les femmes et les hommes ». Des progrès sont relevés dans le rapport d'évaluation de référence 2025 s'agissant des violences au sein des couples, mais encore à faire s'agissant des violences sexuelles : « si la société française semble avoir pris conscience de l'ampleur des violences sexuelles, grâce notamment aux mouvements #MeToo de ces dernières années et au retentissement de certains procès tels que celui des "viols de Mazan", l'action politique pour répondre à ce problème n'est pas encore à la hauteur du défi » (GREVIO, Premier rapport d'évaluation thématique, France, 2025, § 3).

L'analyse des trois arrêts de 2025 est en ce sens : il semble bien, en effet, que l'usage de ces textes et des analyses de terrain du GREVIO conduite à une approche spécifique de la lutte contre les violences sexuelles, en particulier sur la question du consentement.

II. L'influence exercée sur l'appréciation du consentement

Les trois condamnations de la France contribuent, chacune à leur manière, à faire connaître les exigences européennes en ce qui concerne l'appréhension du consentement dans le domaine des violences sexuelles.

L'arrêt du 23 janvier 2025 sur le devoir conjugal, d'abord, confronte la philosophie européenne du consentement à l'approche française. Le gouvernement français soutenait que si le devoir conjugal ressortait bien de l'interprétation judiciaire française, il n'était pas attentatoire aux droits humains, et notamment à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, parce qu'il ne s'agissait pas d'un « permis de violer ». La position se justifie par une distinction implicite entre « se forcer » et « être forcé ». Selon cette distinction, « se forcer » serait une forme de consentement donné pour satisfaire aux obligations du mariage. Dès lors que cette obligation n'est « pas susceptible d'exécution forcée »²⁶, mais seulement susceptible de donner lieu à un divorce pour faute, elle ne constitue pas un viol ou une agression sexuelle et n'est donc pas illégale, contrairement au fait « d'être forcé » qui caractérise des faits de violence sexuelle. La Cour européenne, s'appuyant sur la Convention d'Istanbul, n'est pas de cet avis. Après avoir rappelé que, selon l'article 36 de la Convention, « le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes », elle affirme que « le devoir conjugal, tel qu'il est énoncé dans l'ordre juridique interne [...], ne prend nullement en considération le consentement aux relations sexuelles, alors même que celui-ci constitue une limite fondamentale à l'exercice de la liberté sexuelle d'autrui »²⁷ et ajoute que « l'obligation litigieuse ne garantit pas le libre consentement aux relations sexuelles au sein du couple. Cette règle de droit a une dimension prescriptive à l'égard des époux, dans la conduite de leur vie sexuelle. En outre, sa méconnaissance n'est pas sans conséquence sur le plan juridique »²⁸.

L'arrêt montre que la Convention d'Istanbul ne se contente pas de nommer les violences faites aux femmes. Elle tient compte de leur caractéristique propre en prenant en considération, dans l'article 36, la liberté du consentement et les circonstances environnantes, ce qui revient à tenir compte des formes de pressions ou d'incitations qui s'exercent sur les personnes socialement vulnérabilisées telles que les femmes ou les enfants. La Cour relève d'ailleurs que, dans le contentieux du devoir conjugal, les demandeurs étaient majoritairement des hommes agissant à titre reconventionnel²⁹.

Dans l'arrêt du 24 avril 2025, trois affaires donnent lieu à une triple condamnation de la France en raison de l'approche des autorités judiciaires sur le consentement.

²⁶ Cour EDH, *H. W. c. France*, n° 13805/21, 23 janvier 2025, § 57.

²⁷ Cour EDH, *H. W. c. France*, n° 13805/21, 23 janvier 2025, § 86.

²⁸ *Ibid.*, § 88.

²⁹ *Ibid.*, § 29.

Dans cet arrêt, la Cour européenne estime que le droit français, qui ne formulait alors pas l'exigence d'un consentement aux relations sexuelles mais exigeait une contrainte, menace, violence ou surprise pour caractériser l'infraction³⁰, laissait une trop grande latitude aux juges quant à l'appréciation du consentement. En l'espèce, la Cour affirme qu'elle doit « s'assurer que les autorités internes saisies d'une plainte pour des faits de viol ont effectivement analysé les circonstances de l'affaire sous l'angle de la violence fondée sur le genre et qu'elles ont usé de toutes les possibilités qui s'offraient à elles pour établir les circonstances des actes dénoncés »³¹. Or, dans chacune des trois affaires, la Cour européenne fait état de lacunes sur ce point.

Dans l'affaire *L.*, la victime avait 14 ans et avait déposé plainte contre plusieurs sapeurs-pompiers qui étaient intervenus à son domicile à plusieurs reprises en raison de crises de tétanie. L'affaire s'était alors soldée par un non-lieu pour les faits de viols, d'agressions sexuelles et de corruption de mineur. Seule l'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans avait été retenue. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans cette affaire, retient que :

« Dans leur appréciation du comportement et du consentement de la requérante, les juges internes ont omis de procéder à une évaluation contextuelle des circonstances environnantes de l'espèce, notamment en ce qui concerne le déséquilibre des relations entre la requérante et les personnes avec lesquelles elle avait eu des relations sexuelles »³².

Dans l'affaire *H.B.*, la victime avait 14 ans et était montée en voiture avec trois jeunes hommes majeurs. Au cours de la soirée, la victime a subi plusieurs rapports sexuels alors qu'elle était fortement alcoolisée. La Cour européenne a condamné les autorités françaises pour avoir considéré l'alcoolisation comme un facteur de désinhibition, mais pas comme une source de vulnérabilité³³. Enfin, dans l'affaire *M.L.*, la victime avait 17 ans au moment des faits. Elle avait subi une relation sexuelle sous l'emprise de l'alcool lors d'une soirée. En l'espèce, il est reproché aux autorités françaises d'avoir constaté que la requérante disait avoir exprimé un refus le soir des faits, sans avoir utilisé cet élément autrement que pour apprécier la cohérence du récit de la victime³⁴.

Dans le troisième arrêt en date du 4 septembre 2025, la requérante avait subi des violences sexuelles dans le cadre d'une relation sadomasochiste avec son supérieur hiérarchique. Les juridictions françaises avaient refusé d'examiner le contentieux sous l'angle des violences sexuelles et la cour d'appel avait relaxé le prévenu du chef de violences volontaires en appel, faute de preuve. La Cour européenne des droits de l'homme estime à nouveau que « les juridictions internes ont apprécié son consentement aux actes sexuels dénoncés sans se livrer à une évaluation contextuelle des circonstances environnantes »³⁵ en ne prenant en compte ni le contexte professionnel et hiérarchique, ni les violences psychologiques exercées dans le cadre privé³⁶, ni la dégradation progressive de l'état de santé de la requérante³⁷. On retrouve

³⁰ C. pén., art. 222-23 pour le viol et C. pén., art. 222-22 pour l'agression sexuelle.

³¹ Cour EDH, *L. et autres c. France*, n° 46949/21, 24 avril 2025, § 211.

³² *Ibid.*, § 221.

³³ *Ibid.*, § 236.

³⁴ *Ibid.*, § 241.

³⁵ Cour EDH, *E. A. et AVFT c. France*, n° 30/55622, 4 septembre 2025, § 164.

³⁶ *Ibid.*, § 165 et 166.

³⁷ *Ibid.*, § 167.

des éléments de vulnérabilité caractéristiques des relations déséquilibrées et de l'appréciation de l'affaire sous l'angle des violences de genre³⁸.

Si les travaux législatifs relatifs à la redéfinition des violences sexuelles en droit français étaient en cours depuis janvier 2025³⁹, ces trois condamnations survenues au cours de l'année n'ont peut-être pas été sans incidence sur la teneur de la loi du 6 novembre 2025 modifiant la définition du viol et des agressions sexuelles⁴⁰. Il est désormais question d'exiger un consentement « libre et éclairé, spécifique, préalable et révocable » qui est apprécié « au regard des circonstances » et « ne peut être déduit du seul silence ou de la seule absence de réaction de la victime »⁴¹. Quoique le genre ne soit pas mentionné explicitement dans la loi française, on peut aisément reconnaître l'approche sous l'angle des violences de genre de la Cour européenne et de la Convention d'Istanbul.

La référence au genre dans la jurisprudence de la Cour européenne s'agissant du contentieux des violences sexuelles est, de façon plus explicite encore, présente dans la prise en compte des stéréotypes de genre.

III. La prise en compte des stéréotypes de genre dans le traitement des violences sexuelles

L'arrêt du 24 avril 2025 est notable en ce que, concernant l'affaire *L.*, une violation particulière de l'article 14 combiné aux articles 3 et 8 est constatée. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme vise à ce que la jouissance des droits garantis par la Convention soit assurée sans discrimination, notamment à raison du sexe. Or la Cour européenne, dans une approche globale de la non-discrimination, ne se contente pas de l'aborder par la comparaison chiffrée des traitements des hommes et des femmes, mais tient compte également des stéréotypes de genre. En l'espèce, l'ordonnance de la chambre de l'instruction faisait état de stéréotypes de genre en « décrivant de manière caricaturale et péjorative les faits dénoncés par la requérante en faisant référence au “succès habituel auprès de la gent féminine [des sapeurs-pompiers] et [au] comportement parfois débridé de celle-ci à leur endroit” ». Des motifs que la Cour qualifie de « parfaitement hors de propos »⁴².

Une telle position avait déjà été tenue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un contentieux en matière de violences sexuelles ayant eu lieu en Italie⁴³. Une victimisation secondaire avait alors été caractérisée en raison des motifs sexistes de la décision de justice. De façon générale, la Cour combat les stéréotypes de genre dans les décisions de justice depuis un arrêt condamnant le Portugal. Dans cette affaire, les juridictions portugaises avaient réduit l'indemnisation du préjudice sexuel d'une femme victime d'une faute médicale au motif que, pour une femme de plus de 50 ans, « le sexe ne revêt plus autant d'importance que lorsqu'on est jeune »⁴⁴.

³⁸ Pour reprendre la formule de l'arrêt précité du 24 avril 2025.

³⁹ A. DARSONVILLE et F. LAVALLIERE, « Intégrer le consentement dans l'incrimination du viol : une réforme nécessaire », *AJ. pén.*, 2025, p. 264.

⁴⁰ Loi n° 2025-1057 du 6 novembre 2025 modifiant la définition pénale du viol et des agressions sexuelles.

⁴¹ C. pén., art. 222-2.

⁴² Cour EDH, *L. et autres c. France*, n° 46949/21, 24 avril 2025, § 228.

⁴³ Cour EDH, *J.L. c. Italie*, n° 5671/16, 27 mai 2021, v. J. PORTIER, « Motiver assez, mais sans motiver trop : les enseignements de l'arrêt J.L. c/ Italie », *AJ pén.*, 2022, 200 ; J.-P. MARGUENAUD, « La consécration européenne de la notion de victimisation secondaire », *RTD civ.*, 2021, 853.

⁴⁴ Cour EDH, *Carvalho Pinto De Sousa Morais c. Portugal*, n° 17484/15, 25 juill. 2017, § 16.

La traduction de cette jurisprudence dans le contentieux des violences sexuelles suit la droite ligne de la Convention d'Istanbul, dont le Rapport explicatif indique que :

« les poursuites engagées en cas de [violences sexuelles] exigent une évaluation contextuelle des preuves afin de déterminer, au cas par cas, si la victime a consenti à l'acte sexuel accompli. Une telle évaluation doit tenir compte de toute la série de réactions comportementales à la violence sexuelle et au viol que la victime peut adopter et ne doit pas se fonder sur des hypothèses relatives au comportement typique en pareil cas. Il convient également de veiller à ce que les interprétations de la législation relative au viol et les poursuites engagées dans les affaires de viol ne soient pas inspirées par des stéréotypes et des mythes sexistes visant respectivement les sexualités masculine et féminine ».

Combattre les stéréotypes de genre dans les décisions de justice est un enjeu d'autant plus crucial que, si la loi française s'est rapprochée des exigences européennes sur le consentement avec la loi du 6 novembre 2025 et, sans doute, en adoptant prochainement une loi destinée à expliciter l'abandon de l'interprétation jurisprudentielle relative au devoir conjugal⁴⁵, le GREVIO note avec préoccupation une progression des stéréotypes de genre dans la société française⁴⁶. Plus que jamais, donc, il convient de combattre les stéréotypes de genre, en particulier dans des écrits institutionnels tels que les décisions de justice, qui sont de nature à leur conférer une forme de légitimité sociale.

Pour conclure, les condamnations prononcées en 2025 montrent que l'écart entre le droit français et les exigences européennes en matière de violences sexuelles ne tient pas seulement à la lettre des textes, mais aussi au regard porté sur ces situations. En mobilisant des instruments internationaux sexospécifiques et en intégrant la dimension genrée des violences, la Cour européenne des droits de l'homme impose une lecture contextualisée du consentement et du traitement judiciaire des victimes. Les évolutions récentes du droit français témoignent d'un rapprochement avec ces exigences, mais les décisions analysées rappellent que l'effectivité de cette convergence dépendra, au-delà des réformes législatives, de la capacité des autorités judiciaires à se défaire des stéréotypes de genre et à appréhender pleinement les dynamiques spécifiques des violences sexuelles.

⁴⁵ V. proposition de loi votée le 28 janvier 2026 par l'Assemblée Nationale.

⁴⁶ GREVIO, Premier rapport d'évaluation thématique, France, 2025, § 63.

Du projet de vie au travail de soin : repenser la réparation des disparitions forcées à partir des *femmes chercheuses*

Par Jeanne SOLAL,
Doctorante en droits humains,
Université du Québec à Montréal (UQAM).

En octobre 1984, Luis Fernando Lalinde est arrêté par une unité de l'armée colombienne et exécuté, avant que son corps ne soit dissimulé. Face à l'absence de réponse étatique et à l'impunité persistante, sa mère, Fabiola Lalinde se lance dans une quête inlassable pour l'établissement de la vérité. Pendant plus de trois décennies, Fabiola Lalinde a fait de la recherche de son fils une activité quotidienne, structurant son existence autour de la préservation de la mémoire des victimes de disparition forcée et de la dénonciation des responsabilités étatiques. Si l'État colombien a fini par reconnaître sa responsabilité, cette reconnaissance tardive n'a ni mis un terme à son engagement, ni réparé les atteintes profondes et durables portées à la trajectoire de vie de Fabiola Lalinde, aujourd'hui décédée¹.

Cette lutte intime et prolongée n'est pas un cas isolé : elle illustre la manière dont l'absence d'un proche reconfigure durablement les trajectoires de vie, en particulier celles des femmes qui prennent en charge la recherche, la mémoire et la dignité des personnes disparues, révélant les limites des cadres juridiques classiques de la réparation, lesquels peinent à saisir les dimensions structurelles, continues et genrées de ces atteintes.

La disparition forcée constitue l'une des violations les plus multiformes du droit international des droits humains, tant par sa nature continue que par la pluralité des atteintes qu'elle engendre². Elle ne se limite pas à la privation de liberté ou à la disparition physique de la personne : elle produit des effets durables sur les proches. C'est cette réalité que consacre l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées³ (ci-après, « la Convention »), en les reconnaissant comme des victimes à part entière, titulaires d'un droit à la vérité, à la justice et à la réparation, rompant ainsi avec une approche strictement individualisée de la violation⁴.

Toutefois, cette reconnaissance formelle de la qualité de victime ne garantit pas, en soi, une prise en compte effective des atteintes spécifiques, produites par la disparition

¹ Cour interaméricaine des droits humains (CIADH), *Familiares de Luis Fernando Lalinde Lalinde c. Colombie*, Cas n° 12.362, saisine du 6 novembre 2023.

² M. LOT VERMEULEN, *Enforced Disappearance. Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Cambridge, Intersentia, 2012, spéc. pp. 37-45.

³ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 décembre 2006, entrée en vigueur le 23 décembre 2010, article 24 : « 1. Aux fins de la présente Convention, on entend par "victime" la personne disparue et toute personne physique ayant subi un préjudice direct du fait d'une disparition forcée. 2. Toute victime a le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue. Tout État partie prend les mesures appropriées à cet égard ».

⁴ O. DE FROUVILLE, « La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006, p. 78.

forcée. Dans la pratique, les effets de cette violation se déploient selon des dynamiques genrées : ce sont majoritairement des femmes – mères, filles, sœurs, épouses – qui assument la recherche des personnes disparues, la préservation de leur mémoire et la prise en charge matérielle et émotionnelle des conséquences de l'absence. De l'Argentine à la Syrie, de l'Algérie au Mexique, des Philippines à la Turquie, ces femmes occupent l'espace public en brandissant les portraits des personnes disparues, en demandant quotidiennement des comptes aux autorités publiques, en se rendant dans les lieux de privation de liberté, en documentant les cas de violations des droits humains, et en allant même jusqu'à identifier, puis ouvrir les fosses communes⁵. Regroupées en Amérique latine sous l'expression *mujeres buscadoras* – *femmes chercheuses*⁶, elles sont définies par la récente loi colombienne portant sur leur reconnaissance juridique, comme les femmes qui, de façon individuelle ou collective, se sont consacrées de manière continue et substantielle à la recherche de victimes de disparition forcée⁷. Ces *femmes chercheuses* occupent un rôle crucial non seulement dans la recherche des disparues, mais également dans l'internationalisation de revendications dépassant la stricte reconnaissance de leurs préjudices⁸, à travers, à titre d'exemple, leur participation active à l'élaboration de la Convention.

À ce jour, un seul document à portée internationale reconnaît spécifiquement les impacts différenciés des disparitions forcées sur les femmes : l'Observation générale sur les femmes touchées par les disparitions forcées, adoptée en 2012 par le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires des Nations Unies⁹. Ce texte, bien que nécessaire pour poser les bases d'une lecture genrée du phénomène, n'a pas de valeur contraignante. Le Comité contre les disparitions forcées (ci-après, « le CED »), organe de suivi de la Convention, travaille actuellement à l'élaboration d'une observation générale sur la question, ce qui pourrait marquer une étape décisive pour institutionnaliser une approche intersectionnelle et sensible au genre dans le cadre normatif onusien¹⁰.

Par ailleurs, si l'article 24 de la Convention élargit la conception de victime de disparition forcée – en y intégrant les proches de la personne disparue – la réparation demeure majoritairement centrée sur l'indemnisation d'une souffrance psychologique ou d'une

⁵ *Human Rights Watch, Time for Reckoning: Enforced Disappearances in Algeria*, vol. 15, n° 2(E), New York, 26 février 2003 ; Amnesty International, *Disappearances and Political Killings: Human Rights Crisis of the 1990s (Algeria and Turkey)*, Londres, 1999 ; Ö. S. GÖRAL, « Waiting for the Disappeared: Waiting as a Form of Resilience and the Limits of Legal Space in Turkey », *Social Anthropology / Anthropologie Sociale*, 2021, vol. 29, n° 3, pp. 800–815 ; D. D'ANTONIO, *Redes de denuncias políticas y jurídicas por violaciones a los derechos humanos en el plano internacional: El rol de las Madres de Plaza de Mayo (Argentina, 1976–1983)*, Universidad Nacional de Tucumán, 2018 ; Institut Català Internacional per la Pau (ICIP), *Conversaciones con mujeres buscadoras. La lucha contra las desapariciones forzadas y la construcción de paz*, Informe ICIP n° 23/2024, Barcelone, ICIP, 2024.

⁶ Aux fins de cet article, nous nous référons à l'expression *femmes chercheuses*, en analogie avec l'expression *mujeres buscadoras*, pour se référer aux mères, sœurs, épouses de personnes disparues, en lutte contre la disparition forcée.

⁷ Colombie, *Loi n° 2364 de 2024 portant reconnaissance et protection des femmes chercheuses de victimes de disparition forcée et établissant d'autres dispositions*, Journal officiel n° 52.702, 30 juin 2024, art. 3 (« Définition des femmes chercheuses »).

⁸ B. A. FREY, « Los Desaparecidos: The Latin American Experience as a Narrative Framework for the International Norm Against Enforced Disappearances », *Human Rights in Latin American and Iberian Cultures, Hispanic Issues On Line*, vol. 5, n° 1, 2009, pp. 53–61.

⁹ Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, *General Comment on Women Affected by Enforced Disappearances*, A/HRC/WGEID/98/2, 2012.

¹⁰ Comité contre les disparitions forcées (CED), *Note conceptuelle – Appel à contributions en vue de l'élaboration de l'Observation générale n° 2 sur les femmes, les filles et les disparitions forcées*, Nations Unies, 2025, disponible en ligne : <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2025/call-inputs-women-girls-and-enforced-disappearances-concept-note-ced-general> (consulté le 4 février 2026).

perte économique directement imputable à la violation. Les cadres de réparation tendent à appréhender les proches comme de simples bénéficiaires passifs, sans tenir compte de leur rôle actif et de leur agentivité dans les processus de recherche, d'établissement de la vérité et de la justice. Ils occultent ainsi le fait que les proches, et en particulier les femmes, assument *de facto* des fonctions relevant normalement des obligations positives de l'État. Cette externalisation implicite des responsabilités étatiques, rarement reconnue comme telle sur le plan juridique, contribue à renforcer les inégalités structurelles auxquelles les *femmes chercheuses* sont confrontées¹¹.

C'est dans cette perspective que les notions « de dommage au projet de vie » et de « travail de soin », progressivement utilisées en doctrine et en pratique, au croisement de développements jurisprudentiels interaméricains et d'initiatives normatives nationales récentes, doivent être perçues comme des outils analytiques féconds pour repenser les contours de la réparation effective des victimes de la disparition forcée.

La notion de dommage au projet de vie est définie comme une atteinte à la liberté existentielle, au parcours et aux aspirations de la personne. Elle est entendue comme la capacité de faire des choix de vie, de déployer et de réaliser sa personnalité au fil du temps¹², permet de dépasser une approche strictement patrimoniale du préjudice. À l'heure d'évaluer le dommage au projet de vie des *femmes chercheuses*, celui-ci ne peut être appréhendé indépendamment des assignations genrées au travail de soin non rémunéré. Ces assignations organisent la répartition des charges liées aux conséquences de la disparition forcée et conditionnent la manière dont les trajectoires de vie des *femmes chercheuses* sont durablement reconfigurées. Le travail de soin, entendu comme une traduction de l'expression anglophone travail du *care*, renvoie à un ensemble d'activités indispensables au maintien de la vie et du lien social, à l'instar de la prise en charge de personnes dépendantes ou vulnérables par des personnes dites aidantes, la gestion du foyer, le soutien émotionnel et la préservation des liens. Ces activités demeurent largement invisibilisées, non reconnues comme travail productif et rarement compensées juridiquement¹³. Les théories féministes de l'éthique du *care* ont montré que ces pratiques ne relèvent ni d'une inclination naturelle ni d'un choix individuel, mais constituent un travail socialement organisé, historiquement assigné aux femmes, qui structure les trajectoires de vie, redistribue les vulnérabilités et révèle les défaillances des dispositifs institutionnels de protection et de prise en charge¹⁴.

Il s'agit ainsi de se demander dans quelle mesure une lecture croisée du dommage au projet de vie et de la reconnaissance du travail de soin, notions émergentes en droit international, permet d'analyser les mécanismes genrés de production des préjudices

¹¹ P. DE GREIFF, « Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations », in P. DE GREIFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 1-17, spéc. pp. 10-13.

¹² C. FERNANDEZ SESSAREGO, « El daño al proyecto de vida », *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1996, pp. 89-110.

¹³ Sur la notion de travail du soin non rémunéré, voir notamment : OIT, *Care Work and Care Jobs for the Future of Decent Work*, Genève, Organisation internationale du travail, 2018 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), Recommandation générale n° 17, *Mesure de l'activité économique non rémunérée des femmes et reconnaissance de cette activité dans le produit national brut*, 1991 ; L. C. PAUTASSI, *El cuidado como cuestión de derechos. Una aproximación desde el enfoque de derechos*, Santiago du Chili, CEPAL, 2007 ; ONU Femmes, *Progress of the World's Women 2019–2020. Families in a Changing World*, New York, 2019.

¹⁴ C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982 ; J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care (Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care)*, Paris, La Découverte, 2009.

concomitants à la disparition forcée, tout en révélant une externalisation structurelle des obligations étatiques. Cette approche constitue une hypothèse de compréhension élargie de la réparation intégrale de la disparition forcée¹⁵.

À partir d'une analyse de l'émergence de la notion de préjudice au projet de vie, depuis son élaboration doctrinale, sa mise en œuvre jurisprudentielle jusqu'à son ancrage empirique, il s'agira dans une première partie d'esquisser une compréhension des enjeux conceptuels et pratiques qu'elle soulève (I). En mobilisant certains cadres théoriques féministes et des matériaux produits par la société civile, la seconde partie proposera une relecture du dommage au projet de vie subi par les *femmes chercheuses*, fondée sur la qualification du travail de recherche comme travail de soin, issu d'une assignation genrée et délégation informelle des obligations étatiques, afin d'en dégager des implications normatives et jurisprudentielles, aux fins d'une réparation intégrale de la disparition forcée (II).

I. Repenser la réparation des disparitions forcées à partir du dommage au projet de vie

Une fois l'émergence du dommage au projet de vie analysée, depuis sa formulation doctrinale jusqu'à son incorporation progressive par la Cour interaméricaine (A), il importe de confronter cette notion aux réalités documentées par la société civile, afin de mettre en lumière les angles morts du cadre réparateur existant (B).

A. Le dommage au projet de vie : fondements conceptuels et reconnaissance jurisprudentielle

La recherche des disparues constitue une part significative et prolongée de la trajectoire biographique des *femmes chercheuses*, entraînant une altération structurelle de leur projet de vie¹⁶. Concrètement, la recherche prolongée peut conduire une femme à interrompre durablement ses études, à renoncer à une carrière professionnelle ou à reporter indéfiniment un projet familial, non par choix, mais en raison de la centralité acquise par la recherche dans son quotidien, conséquence de l'absence de réponse étatique. Cette mobilisation se prolonge fréquemment au-delà de la génération directement affectée, la recherche devenant une entreprise transgénérationnelle reprise par les enfants des *femmes chercheuses*, à l'instar de la trajectoire d'Adriana Lalinde, fille de Fabiola Lalinde.

En droit civil, l'évaluation du préjudice ne se limite pas à la réparation des pertes matérielles immédiates ou passées, mais inclut également les pertes conséquentielles et futures au dommage, soit les atteintes portées aux trajectoires personnelles et professionnelles de la victime, notamment lorsqu'un fait dommageable a pour effet de compromettre ou de désorganiser durablement les conditions d'existence. Si le droit civil ne consacre pas formellement une catégorie autonome de « dommage au projet de vie », il répare néanmoins, sous différentes qualifications – préjudice professionnel, préjudice scolaire ou universitaire, préjudice d'agrément, atteinte aux conditions d'existence, atteinte aux conditions de vie, perte de chance, *loss of opportunity*, *loss of*

¹⁵ D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 15-25 et 271-285; M. LOT VERMEULEN, *op.cit.*, note 2.

¹⁶ Universidad Autónoma Metropolitana, *Miradas interdisciplinarias sobre violencia de género, políticas, el desplazamiento, la desaparición forzada*, Mexico, s.d., p. 47.

enjoyment of life –, les atteintes portées aux trajectoires personnelles et à la potentielle perte de jouissance de vie de la victime¹⁷.

Cette approche de la réparation, fondée sur la prise en compte des trajectoires et des possibilités de réalisation personnelle, a constitué un socle conceptuel à partir duquel la notion de dommage au projet de vie a pu être élaborée en doctrine, notamment à partir des travaux de Carlos Fernández Sessarego¹⁸, puis mobilisée en droit international des droits humains. Cette catégorie se distingue des formes de préjudice traditionnellement réparées par les juridictions internationales – au premier rang desquelles figurent le dommage matériel et le dommage moral – en ce qu'elle ne vise pas seulement la perte économique ou la souffrance psychique, mais l'atteinte durable portée à l'autonomie existentielle de la personne et à sa capacité de se projeter dans l'avenir.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a introduit cette notion pour la première fois en 1998 dans l'arrêt *Loayza Tamayo c. Pérou*¹⁹, rendu dans un contexte de détention arbitraire et de violations graves des garanties judiciaires à l'encontre d'une professeure accusée de terrorisme. La Cour y a estimé que les atteintes subies ne se limitaient pas aux préjudices matériel et moral, mais avaient compromis de manière durable la capacité de la victime à se projeter dans l'avenir, justifiant ainsi la reconnaissance d'un dommage distinct affectant son projet de vie. La Cour définit le projet de vie comme l'expression de la liberté ontologique de l'individu, entendue comme la faculté de choisir et de poursuivre des aspirations personnelles, professionnelles et relationnelles. C'est toutefois dans l'arrêt *Cantoral Benavides c. Pérou* de 2001²⁰, relatif à la détention arbitraire, à la torture et aux atteintes graves à l'intégrité personnelle subies par un étudiant accusé de terrorisme, que la Cour interaméricaine reconnaît que le projet de vie peut donner lieu à réparation. Elle ordonne une mesure spécifique : une bourse d'études pour compenser l'interruption des études du requérant. En 2004, dans l'arrêt *Molina Theissen c. Guatemala*²¹, relatif à l'enlèvement, à la détention illégale et à la disparition forcée d'un enfant dans le contexte du conflit armé interne guatémaltèque, la Cour a estimé que les violations commises ne se limitaient pas à la victime directe, mais avaient profondément et durablement affecté la vie de l'ensemble de sa famille. Dans l'arrêt *Plan de Sánchez c. Guatemala*²², la Cour admet l'existence d'un projet de vie collectif, affecté par des violations massives et systématiques. Les récents arrêts *Dos Santos Nascimento et Ferreira Gomes c. Brésil*, *Communidades Quilombolas de Alcântara c. Brésil*, *Leite, Peres Crispim y otros c. Brésil* et *Zambrano, Rodríguez y otros c. Argentine*²³ confirment et approfondissent ces développements.

¹⁷ D. GARDNER, *Le préjudice corporel*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2019, spéc. pp. 423-435 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 12e éd., Paris, Dalloz, 2022, spéc. n° 1164-1172 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 257-260.

¹⁸ C. FERNANDEZ SESSAREGO, *Op.cit.*, note 12.

¹⁹ CIADH, *Loayza Tamayo c. Pérou*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 27 novembre 1998, série C n° 42, spéc. § 147-149.

²⁰ CIADH, *Cantoral Benavides c. Pérou*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 3 décembre 2001, série C n° 88, spéc. § 60-63.

²¹ CIADH, *Molina Theissen c. Guatemala*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 3 juillet 2004, série C n° 108, spéc. § 61-66.

²² CIADH, *Plan de Sánchez c. Guatemala*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 19 novembre 2004, série C n° 116, spéc. § 80-85.

²³ CIADH, *Dos Santos Nascimento et Ferreira Gomes c. Brésil*, Réparations et coûts, arrêt du 7 octobre 2024, série C n° 539, spéc. § 143-154 ; CIADH, *Communautés Quilombolas d'Alcântara c. Brésil*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 21 novembre 2024, série C n° 548, spéc. § 194 et s. ; CIADH, *Leite, Peres Crispim et autres c. Brésil*, Exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt du 4

En mettant en évidence les effets cumulatifs et prolongés des violations, tant sur les victimes directes que sur leur environnement familial et social, la Cour semble participer à la consolidation d'une lecture relationnelle et temporelle du dommage au projet de vie. Bien que la Cour interaméricaine semble reconnaître le dommage au projet de vie comme un préjudice autonome, cette reconnaissance ne s'est que très marginalement traduite par l'octroi de réparations autonomes, spécifiquement individualisées et quantifiées. En pratique, ce dommage demeure absorbé dans des mesures réparatrices globales ou non pécuniaires, révélant les limites persistantes des cadres juridictionnels à appréhender des atteintes existentielles, continues et structurelles, la Cour ayant elle-même admis ses propres limites quant à la détermination d'une réparation spécifique du dommage au projet de vie²⁴.

Plus récemment, l'affaire *Lalinde et autres c. Colombie*, portant sur la disparition de Luis Fernando Lalinde et sur les violations alléguées des droits de sa mère, Fabiola Lalinde, dont l'audience s'est tenue devant la Cour interaméricaine en janvier 2025²⁵ et dans laquelle l'arrêt n'a pas encore été rendu, pourrait marquer une étape supplémentaire dans l'appréhension du dommage au projet de vie dans le contexte des disparitions forcées. À travers les arguments développés lors de l'audience et les expertises produites, le litige invite la Cour à se prononcer non seulement sur les atteintes subies par la personne disparue, mais également sur les conséquences profondes, durables et générées de la disparition sur les trajectoires de vie de Fabiola Lalinde et de sa fille, Adriana Lalinde. Sans préjuger de la solution qui sera retenue, l'affaire Lalinde laisse à penser qu'elle s'inscrit dans la lignée des développements jurisprudentiels antérieurs relatifs au dommage au projet de vie, tout en recentrant l'analyse sur une figure jusqu'ici peu investie par la jurisprudence : celle de la *mère chercheuse*, susceptible de renouveler l'appréhension générée des obligations de réparation en matière de disparition forcée.

Enfin, le CED a engagé, en janvier 2024, l'élaboration de son Observation générale n°2, consacrée aux effets spécifiques des disparitions forcées sur les femmes et les filles. Dans la note conceptuelle publiée en vue de l'appel à contributions adressé aux États, à la société civile et au monde académique, le Comité souligne :

« La reconstruction du projet de vie doit viser la réalisation intégrale de la personne affectée, en tenant compte de sa vocation, de ses aptitudes, de sa situation, de son potentiel et de ses aspirations, qui lui permettent d'établir raisonnablement des attentes en matière d'épanouissement personnel. Ces mesures doivent aller au-delà de la simple compensation monétaire, car des mesures de réhabilitation, de satisfaction et de non-répétition doivent être garanties »²⁶.

Ces évolutions appellent à confronter ce cadre normatif et jurisprudentiel aux expériences concrètes des personnes affectées par les disparitions forcées, afin d'en

juillet 2025, série C n° 561, spéc. § 209 et s. ; CIADH, *Zambrano, Rodríguez et autres c. Argentine*, Fond, réparations et coûts, arrêt du 28 août 2025, série C n° 564, spéc. § 147 et s. ; CIADH, *Guevara Rodríguez et autres c. Venezuela*, Fond, réparations et coûts, arrêt du 17 octobre 2025, série C n° 571, spéc. § 223 et s..

²⁴ J. F. CALDERON GAMBOA, « La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura », *Revista IIDH*, Institut interaméricain des droits de l'homme, San José, n° 43, 2006, pp. 307-331.

²⁵ CIADH, *Audiencia Pública del Caso Lalinde y otros vs. Colombia*, YouTube, 29 janvier 2025, <https://www.youtube.com/watch?v=rRbs7BD24nQ> (consulté le 28 janvier 2026).

²⁶ *Note conceptuelle – Appel à contributions en vue de l'élaboration de l'Observation générale n° 2 sur les femmes, les filles et les disparitions forcées*, *Op.cit.*, note 10.

saisir les apports mais aussi les insuffisances, notamment au regard des cadres de réparations internationaux actuels.

B. Le dommage au projet de vie à l'épreuve des disparitions forcées : apports empiriques et angles morts du cadre réparateur

Au-delà des avancées jurisprudentielles de la Cour interaméricaine, la notion de dommage au projet de vie est désormais mobilisée par la société civile pour qualifier les atteintes structurelles et durables subies par les proches de personnes disparues dans le contexte de la disparition forcée. À titre d'exemple, dans le cadre de l'élaboration de l'Observation Générale numéro 2 du CED, 20% des contributions de la société civile traitent du dommage au projet de vie²⁷. Ces contributions illustrent, à partir du terrain, comment, la disparition forcée engendre, au-delà de la violation initiale, une désorganisation profonde et durable des trajectoires de vie des *femmes chercheuses*. Amnesty International, le Centre d'études juridiques et sociales (CELS) et le *Centro Prodh*²⁸ soulignent que de nombreuses femmes sont contraintes d'abandonner ou de suspendre leurs projets éducatifs et professionnels afin de se consacrer entièrement à la recherche de leurs proches. Certaines *femmes chercheuses* vont jusqu'à acquérir des compétences juridiques ou médico-légales afin de pallier les carences institutionnelles. L'ONG IDHEAS met en évidence l'impact cumulatif de la charge de recherche et de l'absence de soutien étatique adéquat sur les trajectoires matérielles, symboliques et relationnelles des familles, en particulier des femmes²⁹. Les contributions du *Centro de Derechos Humanos de la Mujer* (CEDHM) et de l'*Universidad Iberoamericana* de la ville de Mexico³⁰ montrent également que l'absence de réponse étatique contraint les femmes à postposer, fragmenter, voire renoncer durablement à leurs aspirations personnelles, éducatives et professionnelles. L'ensemble de ces analyses révèle ainsi que le dommage au projet de vie ne constitue ni une abstraction doctrinale ni une catégorie exclusivement jurisprudentielle, mais un préjudice empiriquement documenté par les acteurs de terrain.

La reconnaissance du dommage au projet de vie soulève néanmoins des difficultés méthodologiques importantes lorsqu'il s'agit d'en apprécier l'étendue et d'en déterminer les modalités de réparation³¹. La charge de recherche assumée par une mère de personne disparue peut entraîner l'abandon d'un parcours professionnel, une précarisation économique durable, une détérioration progressive de la santé physique et mentale, ainsi qu'une restriction de l'accès à la protection sociale³². Ces atteintes ne se limitent pas à la trajectoire de la *femme chercheuse*, mais peuvent en outre être sujette à une

²⁷ Aux fins de cet article, nous étudierons les contributions issues de la société civile de pays latinoaméricains.

²⁸ Contributions de la société civile au projet d'Observation générale n° 2 du Comité contre les disparitions forcées : Amnesty International ; Centre d'études juridiques et sociales (CELS) ; *Centro Prodh*, toutes disponibles via *Call for inputs – Women, girls and enforced disappearances (concept note)*, Nations Unies, Comité contre les disparitions forcées, <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2025/call-inputs-women-girls-and-enforced-disappearances-concept-note-ccd-general> (consulté le 28 janvier 2026).

²⁹ IDHEAS, Contribution au projet d'Observation générale du Comité contre les disparitions forcées (CED) sur les femmes, les filles et la disparition forcée, contribution de la société civile, Nations Unies, Comité contre les disparitions forcées, s.d.

³⁰ Centre des droits humains de la femme (CEDHM) et *Universidad Iberoamericana*, ville de Mexico, Contribution au projet d'Observation générale du Comité contre les disparitions forcées (CED) sur les femmes, les filles et la disparition forcée, Nations Unies, Comité contre les disparitions forcées, s.d.

³¹ J. F. CALDERÓN GAMBOA, *Op.cit.*, note 24.

³² Contributions de la société civile au projet d'Observation générale n° 2 du Comité contre les disparitions forcées, *Ibid.*, note 28.

transmission transgénérationnelle, en produisant des effets psychologiques, juridiques, économiques et sociaux directs sur les enfants, notamment dans les contextes où la disparition du père de famille entrave l'accès à l'éducation, aux ressources financières ou aux droits civils élémentaires³³. Ces atteintes ne se manifestent pas de manière isolée, mais s'additionnent et s'entrelacent, rendant les conséquences du dommage difficilement quantifiables.

En outre, si l'usage jurisprudentiel et pratique du dommage au projet de vie permet d'élargir la compréhension du préjudice en matière de disparition forcée, cette approche demeure, dans son application, essentiellement centrée sur l'identification dudit dommage. Cette reconnaissance du dommage ne s'accompagne pas encore d'une analyse systématique de la dimension genrée et structurelle des atteintes. En effet, les catégories juridiques élaborées par la Cour interaméricaine ne reflètent pas, à ce jour, la manière dont la distribution sociale du travail de soin, historiquement assigné aux femmes, façonne et aggrave le préjudice subi par celles qui assument la recherche de leurs proches disparus. Or, dans le contexte de la disparition forcée, le dommage au projet de vie ne peut être dissocié de cette assignation au travail de soin : la recherche devient le prolongement direct d'une responsabilité socialement construite et intensifiée par l'absence et l'inaction étatique, reconfigurant durablement les trajectoires de vie des *femmes chercheuses*. Reconnaître cette articulation permet dès lors de déplacer le regard : il ne s'agit plus seulement d'identifier un préjudice, mais d'interroger les structures sociales et genrées qui en conditionnent la production, afin de penser les exigences d'une réparation véritablement intégrale.

II. Le soin comme principe organisateur des trajectoires des *femmes chercheuses*

Il s'agira dans un premier temps d'analyser dans quelle mesure l'activité de recherche s'inscrit dans la continuité du travail de soin, révélant ainsi les assignations genrées qui structurent la prise en charge de la disparition forcée et façonnent le préjudice subi par les *femmes chercheuses* (A). Dans un second temps, il sera question d'appréhender cette assignation au soin comme un processus de délégation informelle des obligations étatiques (B).

A. La recherche comme continuité du travail de soin : une charge genrée et cumulative

La notion d'atteinte au projet de vie permet d'élargir la compréhension du préjudice. L'intégration au sein de cette notion du travail de soin met en lumière les mécanismes sociaux et genrés par lesquels les conséquences de la disparition forcée sont prises en charge.

Carole Pateman démontre que le contrat social moderne repose sur une division sociale, qui relègue les femmes du côté du privé, de la reproduction, du soin et de l'affect³⁴.

³³ Sur la transmission transgénérationnelle des effets de la disparition forcée et ses conséquences psychologiques, juridiques, économiques et sociales sur les enfants, v. notamment ONU, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, A/HRC/36/39, 2017, spéc. § 58-63 ; v. également Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 7* (2005) et Comité contre les disparitions forcées, *Observations finales*, p. ex. CED/C/MEX/CO/1, spéc. § 31-36 ; Ö. S. GÖRAL, « Waiting for the disappeared: Waiting as a form of resilience and the limits of legal space in Turkey », *Social Anthropology*, 2021, vol. 29, n° 3, pp. 800-815 ; Human Rights Watch, *Time for Reckoning: Enforced Disappearances in Algeria*, 2003.

³⁴ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988, spéc. chap. 1 et 2.

D'après les travaux de Mitzi Duboy-Luengo et Gianinna Muñoz-Arce, le soin n'est pas une tâche ponctuelle mais bien un axe structurant des existences qui réorganise le temps, les relations, les priorités et les corps, constituant l'une des formes par lesquelles chaque société répond aux exigences du maintien de la vie humaine³⁵.

Dans le contexte des disparitions forcées, cette centralité du soin éclaire la manière dont les femmes investissent la recherche de leurs proches disparues. D'après la récente expertise de Laura C. Pautassi au cours de l'audience publique tenue devant la Cour Interaméricaine dans l'affaire *Lalinde*³⁶, privées de la possibilité de protéger, d'accompagner ou de prendre en charge les proches disparues, dans la sphère privée, les femmes déplacent ces pratiques vers l'espace public et institutionnel.

Cette sortie dans l'espace public ne constitue pas une remise en cause des assignations genrées, mais bien leur prolongement : les *femmes chercheuses* ont pu s'appuyer sur l'idée socialement admise selon laquelle elles étaient responsables de la protection du foyer. Ainsi, le passage "De la cuisine à la place", expression employée à l'endroit des Mères de la Place de Mai³⁷, ne rompt pas avec les assignations genrées : lorsque le foyer est détruit par la disparition, leur sortie dans l'espace public apparaît – du moins initialement – comme une extension de ces assignations, et non comme leur négation. Les pratiques de recherche – exhumations, participation aux audiences, constitution de dossiers, maintien de la mémoire des disparues – deviennent une modalité spécifique du soin orienté non plus vers le maintien de la vie quotidienne, mais vers la préservation du lien, de la mémoire et de la dignité de la personne absente. Les contributions de la société civile soumises dans le cadre de l'élaboration de l'Observation générale n° 2 du CED illustrent cette idée. L'ONG mexicaine IDHEAS affirme que la recherche exercée principalement par des femmes constitue un acte de soin à part entière : « *buscar es cuidar* » – rechercher, c'est prendre soin – en ce qu'elle vise à maintenir la vie face à l'absence et à l'incertitude prolongées³⁸.

Toutefois, la recherche se déploie de manière concomitante aux tâches quotidiennes du soin de maintien de la vie familiale restante. Les analyses du CEDEHM et de l'*Universidad Iberoamericana*³⁹ montrent que les femmes assument simultanément la recherche, la gestion matérielle de l'absence – gestion exacerbée dans les cas où la personne disparue était le soutien financier principal de la famille – et les responsabilités familiales. Laura Pautassi rappelle que dans le contexte latinoaméricain, l'apport du travail de soin non rémunéré des femmes correspond à 21,4% du produit intérieur brut de la région⁴⁰. Les *femmes chercheuses* ne sont pas exclues de ces statistiques : elles sont confrontées à ce que certaines associations de lutte contre la disparition forcée appellent

³⁵M. DUBOY-LUENGO, G. MUÑOZ-ARCE, « La sostenibilidad de la vida y la ética del cuidado: análisis y propuestas para imaginar la intervención de los programas sociales en Chile », *Asparkia*, 2022, n° 40, pp. 151-168.

³⁶ Expertise de L. PAUTASSI au cours de l'audience publique du cas *Lalinde* et autres c. Colombie. v. CIADH, *Audiencia Pública del Caso Lalinde y otros vs. Colombia*, YouTube, 29 janvier 2025, <https://www.youtube.com/watch?v=rRbs7BD24nQ> (consulté le 28 janvier 2026).

³⁷ V. VEGH WEIS, « The relevance of victim's organizations in the transitional justice process », *Intercultural Human Rights Law Review*, 2017, vol. 12, p. 15.

³⁸ IDHEAS, Contribution au projet d'Observation générale CED sur les femmes, les filles et la disparition forcée, *Op.cit.*, note 29.

³⁹ Centre des droits humains de la femme (CEDHM) et *Universidad Iberoamericana*, ville de Mexico, Contribution au projet d'Observation générale du CED sur les femmes, les filles et la disparition forcée, *Op.cit.*, note 30.

⁴⁰ Expertise de L. PAUTASSI, *Op.cit.*, note 36.

la *triple jornada*⁴¹, une triple journée de travail, soit la recherche de la personne disparue, le travail rémunéré et le travail de soin non rémunéré. Cette surcharge se traduit par des effets corporels, psychologiques et sociaux documentés par Amnesty International et le *Centro Prodl*⁴² : fatigue chronique, troubles psychiques, maladies liées au stress, précarisation économique et renoncement progressif au soin de soi – l'*autocuidado*⁴³.

Cette désorganisation des trajectoires n'est ni marginale ni propre aux contextes de disparition forcée. Des travaux empiriques confirment que l'assomption prolongée au soin et la surcharge durable de responsabilités constitue un facteur central d'abandon ou de fragmentation du projet de vie des femmes concernées, pouvant entraîner un dommage continu affectant le sens existentiel de la personne. En ce sens, le soin ne constitue pas seulement une pratique relationnelle ou solidaire, mais un principe organisateur des existences, dont la surcharge non accompagnée est susceptible de compromettre durablement le projet de vie des femmes qui l'assument⁴⁴.

Bien que le travail de soin non rémunéré fasse l'objet d'une reconnaissance croissante en droit international, notamment sous l'impulsion de l'Organisation internationale du travail (ci-après, « l'OIT »), cette reconnaissance demeure essentiellement programmatique et prospective, sans se traduire par l'émergence de mécanismes de réparation juridique autonome. L'OIT souligne le rôle central et massivement genré du travail de soin dans la reproduction sociale et économique, mais l'appréhende principalement comme un enjeu de politiques publiques et de prévention des inégalités futures, plutôt que comme une charge susceptible de constituer, en elle-même, un préjudice juridiquement réparable⁴⁵. En droit international des droits humains, le soin non rémunéré est pris en compte de façon indirecte, à travers l'analyse de ses effets économiques, sociaux ou psychologiques – notamment en matière de discrimination fondée sur le genre –. Si les organes internationaux, à l'instar du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, reconnaissent ses effets discriminatoires et recommandent des mesures structurelles pour y remédier, le travail de soin non rémunéré demeure situé dans un angle mort de la réparation des cadres de responsabilité étatiques⁴⁶.

Au niveau national, la reconnaissance du soin comme responsabilité publique trouve une traduction normative explicite en Colombie avec l'adoption de la Loi 2294 de 2023, qui institue le Système National de Soins⁴⁷. Cette loi consacre le soin comme une

⁴¹ M. QUERALES MENDOZA, I. BELTRAN GIL, M. ROBLES RODRIGUEZ, D. LOPEZ NAJERA, « Ocultar la tristeza para sostener el hogar: afectaciones psicosociales en mujeres buscadoras del estado de Guanajuato », *Revista métodos*, 2024, vol. 1, n° 27, pp. 59–92 ; IDHEAS *Foro: Impactos transgeneracionales de violaciones graves a los derechos humanos en Mesoamérica*, Memorias, 23 septembre 2025.

⁴² Contributions de la société civile au projet d'Observation générale n° 2 du Comité contre les disparitions forcées, *Op.cit.*, note 28.

⁴³ CEDHM et *Universidad Iberoamericana*, ville de Mexico, Contribution au projet d'Observation générale du CED sur les femmes, les filles et la disparition forcée, *Op.cit.*, note 30.

⁴⁴ *Fundación Mujeres, Recomendaciones para la conservación del proyecto de vida en el ámbito del cuidado*, Madrid, 2024, spéc. pp. 25–29.

⁴⁵ Organisation internationale du Travail (OIT), *Care Work and Care Jobs for the Future of Decent Work*, Genève, 2018, spéc. chap. 1 et 5 ; OIT, *Decent Work and the Care Economy*, Rapport IV, Conférence internationale du Travail, 110e session, Genève, 2022.

⁴⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), *Recommandation générale n° 17 sur la mesure et la valorisation du travail domestique non rémunéré*, 1991 ; CEDAW, *Recommandation générale n° 16 sur l'égalité entre hommes et femmes* ; S. FREDMAN, *Human Rights and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 171–190.

⁴⁷ Colombie, *Loi 2294 du 19 mai 2023 « Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 'Colombia potencia mundial de la vida' »* établissant le Système National de Soins, *Congreso de la República*.

fonction sociale essentielle, historiquement et structurellement genrée, et affirme la responsabilité de l'État dans son organisation et son soutien, rompant ainsi avec une essentialisation du soin comme obligation strictement privée ou familiale. Toutefois, le Système National de Soins est conçu comme un outil de planification et de prévention des inégalités futures, sans appréhender le travail de soin non rémunéré comme un préjudice déjà subi ni comme une atteinte susceptible d'ouvrir droit à réparation.

De plus, si ledit Système national reconnaît la centralité sociale du soin, il ne permet pas, en l'état, de saisir comment l'assignation genrée au travail du soin facilite l'externalisation des obligations étatiques, notamment dans le contexte des disparitions forcées.

B. *Le soin comme fonction substitutive : externalisation des obligations étatiques et enjeux de réparation*

Les contributions de l'ONG *Dejusticia* et du *Centro Prodh*⁴⁸ mettent en évidence que ce travail de soin ne se limite pas à une prise en charge individuelle, mais s'inscrit dans des formes de soin collectif et communautaire, fondées sur la solidarité entre *femmes chercheuses*. Ces pratiques visent à pallier l'inaction, l'insuffisance ou la fragmentation des réponses étatiques, à mutualiser les ressources et à préserver la mémoire collective, tout en révélant une externalisation structurelle des obligations positives de l'État vers les familles. En ce sens, la recherche apparaît comme une fonction substitutive, exercée *de facto* par les femmes en lieu et place des autorités étatiques défaillantes. Alors que la Convention internationale sur les disparitions forcées impose aux États des obligations positives en matière de recherche – dont la portée est précisée par les Principes directeurs du CED relatifs à la recherche des personnes victimes de disparitions forcées⁴⁹ –, de documentation de cas, de protection et de mémorialisation⁵⁰, ces fonctions sont, dans la pratique, assumées par les *femmes chercheuses*, transformant la réparation en un processus paradoxal, dans lequel les victimes deviennent les principales actrices de la mise en œuvre des droits qui leur sont reconnus.

Bien que certaines évolutions normatives récentes témoignent d'une reconnaissance croissante du rôle et de l'agentivité des *femmes chercheuses*, cette reconnaissance demeure largement déclaratoire. Si la loi colombienne 2364 de 2024 reconnaît aux *femmes chercheuses* un droit à la réparation intégrale des dommages découlant de leur travail de recherche (art. 7), aucune jurisprudence nationale n'est, à ce jour, venue préciser ou concrétiser la portée de cette obligation de réparation⁵¹.

La compréhension des dynamiques genrées, générées par la disparition forcée conduit à envisager la réparation comme un ensemble de mesures visant à rééquilibrer des charges structurellement imposées et à restaurer les conditions d'autonomie des

⁴⁸ *Dejusticia*, Contribution au projet d'Observation générale du Comité contre les disparitions forcées (CED) sur les femmes, les filles et la disparition forcée, contribution conjointe de la société civile, Nations Unies, Comité contre les disparitions forcées, s.d ; Contributions de la société civile au projet d'Observation générale n° 2 du Comité contre les disparitions forcées, *Op.cit.*, note 28.

⁴⁹ Comité contre les disparitions forcées, *Principes directeurs relatifs à la recherche des personnes disparues*, 28 août 2019, symbol CED/C/.

⁵⁰ Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 décembre 2006, art. 12, art. 17 à 20 et art. 24.

⁵¹ Colombie, *Loi n° 2364 de 2024 portant reconnaissance et protection des femmes chercheuses de victimes de disparition forcée et établissant d'autres dispositions*, Journal officiel n° 52.702, 30 juin 2024, art. 7.

proches. Toutefois, la reconnaissance du travail de soin assumé par les *femmes chercheuses* appelle une vigilance particulière quant aux modalités de sa prise en charge juridique. Si certaines organisations de la société civile revendiquent une compensation économique du travail de recherche non rémunéré⁵² accompli par les proches, une telle approche comporte le risque de consacrer, voire de normaliser, l'externalisation de responsabilités qui relèvent en principe des obligations positives de l'État. La rémunération directe du travail de *femmes chercheuse* pourrait ainsi entériner un glissement des prérogatives étatiques vers les familles et les collectifs, dans la continuité d'un processus déjà observé de délégation informelle de la recherche, de l'enquête et de la mémoire aux acteurs non étatiques⁵³. Dans ce contexte, l'enjeu n'est pas tant de salarier la recherche des personnes disparues, que de réparer et mettre fin aux atteintes structurelles qu'elles révèlent.

La prise en compte du soin comme fonction substitutive soulève une difficulté majeure : celle de la quantification du dommage résultant de l'assignation renforcée au travail de soin. Dans les contextes latino-américains, ces charges préexistent souvent à la disparition forcée et s'en trouvent intensifiées, rendant particulièrement délicate toute tentative d'isolement ou de chiffrage du préjudice imputable à la seule violation⁵⁴.

La question se pose alors de savoir s'il conviendrait de comptabiliser les heures consacrées à la recherche, à la gestion du foyer ou à la préservation de la mémoire ; une approche qui risquerait de réduire des atteintes structurelles et relationnelles à une logique comptable inadaptée. Dans ce contexte, la réparation doit prioritairement prendre la forme de mesures structurelles, de garanties de non-répétition et de politiques publiques visant à prévenir la reproduction de cette externalisation des obligations étatiques, reposant *de facto* sur les *femmes chercheuses*.

Conclusion

En assumant durablement des fonctions de recherche, de protection et de soutien qui relèvent normalement des obligations étatiques, les *femmes chercheuses* supportent une charge genrée et cumulative qui affecte profondément leurs conditions d'existence. Ces constats invitent à dépasser une conception ponctuelle et individualisée de la réparation pour envisager le travail de soin comme un prisme analytique permettant de fonder une action et responsabilité étatique attentive aux effets à long terme de la disparition forcée sur la vie des femmes.

Si la jurisprudence interaméricaine a progressivement admis que les graves violations aux droits humains pouvaient compromettre durablement les trajectoires de vie des victimes et de leurs proches, cette reconnaissance demeure largement centrée sur l'identification du préjudice, sans jusqu'alors saisir les mécanismes sociaux et genrés par lesquels celui-ci se produit, se prolonge et s'aggrave dans le temps.

L'intégration du travail de soin comme catégorie analytique permet précisément de combler cet angle mort. En montrant que la recherche des personnes disparues s'inscrit dans une continuité du travail de soin – socialement assigné aux femmes, non rémunéré

⁵² *Asociación ¿A dónde van los desaparecidos?*, « *La búsqueda como trabajo no remunerado* », 26 mai 2022.

⁵³ IDHEAS, Contribution au projet d'Observation générale du CED sur les femmes, les filles et la disparition forcée, contribution de la société civile, *Op.cit.*, note 29.

⁵⁴ Expertise de L. PAUTASSI, *Op.cit.*, note 36.

et largement invisibilisé – cette approche révèle que le dommage au projet de vie des *femmes chercheuses* résulte de l'imposition durable d'une charge cumulative socialement assignée, exercée en l'absence de réponse étatique adéquate. Le soin apparaît ainsi non comme une dimension périphérique du préjudice, mais comme l'un de ses vecteurs centraux.

En d'autres termes, toute réparation effective du dommage au projet de vie des *femmes chercheuses* implique de reconnaître que l'atteinte subie ne résulte pas seulement de la disparition initiale, mais de l'assignation prolongée à une activité de recherche qui relève des obligations positives de l'État et qui, en se greffant sur les assignations genrées au travail de soin, reconfigure durablement leurs trajectoires de vie.

Les initiatives normatives récentes adoptées en Colombie ouvrent des perspectives prometteuses : la reconnaissance spécifique des *femmes chercheuses*, conjuguée à l'institutionnalisation du soin comme responsabilité publique à travers le Système National de Soins, esquisse les conditions d'une approche intégrée de la réparation. Articulées, ces deux lois pourraient permettre de dépasser une reconnaissance purement symbolique pour fonder une prise en charge étatique de la réparation du dommage au projet de vie et du travail de soin non rémunéré assumé par les *femmes chercheuses*.

Toutefois, cette reconnaissance appelle une vigilance particulière quant aux modalités juridiques de la réparation. Premièrement, il semble difficile d'isoler et d'évaluer juridiquement la perte d'opportunités professionnelles résultant de vingt années de recherche, lorsque celle-ci s'entrelace avec une dégradation progressive de la santé physique et mentale, une précarisation économique et une restriction durable des choix de vie. De plus, réparer le dommage au projet de vie et le travail de soin ne devrait en aucun cas conduire à officialiser la délégation de la recherche aux familles.

Ces difficultés ne sauraient toutefois justifier l'absence de réparation. Elles invitent plutôt à repenser les outils juridiques de l'évaluation du préjudice, afin d'élaborer des réponses adaptées à des atteintes structurelles. En ce sens, l'analyse croisée du dommage au projet de vie et des conséquences du travail de soin ouvre de nouvelles approches pour la reconnaissance et la réparation effective des atteintes subies par les *femmes chercheuses*.

L'affaire Lalinde y otros c. Colombia, actuellement pendante devant la Cour interaméricaine, ainsi que l'adoption attendue de l'Observation générale numéro 2 du CED, constitueront des terrains d'observation particulièrement significatifs pour documenter et analyser la manière dont les systèmes juridiques internationaux reconnaissent les répercussions genrées subies par les *femmes chercheuses*, à travers une éventuelle réparation du dommage au projet de vie, tenant compte de l'assignation féminine au travail de soin.

Droit de l'Union et identité de genre : jusqu'où ?

Par Ludovic PAILLER,

*Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé et sciences criminelles,
Centre de recherche sur le droit international privé (EDIEC UR4185),
Université Jean-Moulin Lyon 3.*

1. L'application du droit de l'Union aux questions de genre n'est pas nouvelle¹. Même si le mot est absent des traités, sauf à l'assimiler au sexe², l'Union développe une politique volontariste depuis le traité de Rome, sur le fondement de l'égalité de rémunération³. Nourrie par diverses directives⁴, elle a été réaffirmée dans les traités successifs et dernièrement consacrée au rang de valeur⁵ et d'objectif de l'Union⁶ dont la réalisation est servie par une clause transversale⁷. La Cour de justice a joué un rôle déterminant dans cet ensemble, à commencer par l'effet direct qu'elle a conféré au principe d'égalité précité⁸. Toutefois, contrainte par ses compétences d'attribution, l'action de l'Union demeurait circonscrite à l'égalité de genre et la lutte contre les discriminations sans atteindre véritablement les questions préalables relatives à l'identité de genre depuis longtemps traitées par la Cour EDH⁹. C'était sans compter sur les potentialités ouvertes par des fondements qui transcendent les politiques sectorielles.

2. Deux fondements autonomes l'un de l'autre, ingénieusement sollicités par les plaideurs, ont récemment permis à la Cour de justice d'étendre l'empire du droit de l'Union sur l'identité de genre. À l'analyse¹⁰, aucun ne surprend véritablement, tant leur invocation en cette matière n'était qu'une question de temps¹¹. Elle aura été facilitée par le mécanisme de correspondance qui lie l'interprétation de la charte à celle de la convention EDH¹², en particulier s'agissant du droit au respect de la vie privée¹³. En revanche, l'effet déjà produit est remarquable. Il résulte de l'obligation en trompe-l'œil

¹ P. MICHEL, *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2024, préf. F. ROUVIERE.

² Dans les développements qui suivent, nous avons pris le parti, compte tenu des fondements et jurisprudences mentionnés, de ne pas distinguer entre ces deux notions. Elles peuvent être différenciées, quoi que les contours de chacune ne soient pas unanimement établis.

³ Art. 119 TICE, devenu art. 157 TFUE.

⁴ V., entre autres, dir. (UE) 2024/1500 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement dans le domaine de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail.

⁵ Art. 2 TUE.

⁶ Art. 3 TUE.

⁷ Art. 8 TFUE.

⁸ CJCE, 8 avr. 1976, aff. C-43/75, *Defrenne I*, RTD eur. 1976, p. 521, obs. C. PHILIP.

⁹ La jurisprudence relative à l'identité de genre s'est ouverte en 1986 avec un arrêt *Rees c. Royaume-Uni* (Cour EDH, 17 oct. 1986, req. n°9532/81, JDI 1987, p. 796, obs. TAVERNIER). V., entre autres, sur cette jurisprudence, Y. LECUYER, « L'utilisation « retenue » de la notion de genre par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit public* 2015, p. 1327.

¹⁰ Comp., évoquant une jurisprudence qui va se construire « presque accidentellement », A.-M. LEROYER, « L'identité de genre saisie par la CJUE », RTD civ. 2025, p. 302.

¹¹ Comp., évoquant des arguments « peut être plus inattendus », É. PATAUT, « Le genre au prétoire », RTD eur. 2025, p. 295.

¹² Art. 52.3 CDFUE.

¹³ V., par ex, CJUE, gr. ch., 4 oct. 2024, aff. C-4/23, *Mirin*, pts.63 à 67, D. 2024, p. 2067, point de vue B. MORON-PUECH ; *ibid.* 2025. 93, note B. HAFTEL ; *ibid.* 2025. 98, note H. GAUDIN et L. PAILLER ; *ibid.* 852, obs. RÉGINE ; *ibid.* 915, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; RTD civ. 2024. 861, obs. F. MARCHADIER ; *Rev. crit. DIP* 2025, p. 119, note P. HAMMJE ; RTDH 2025, p. 847, note S. WATTIER.

de respecter le droit de l'Union dans l'un des derniers bastions¹⁴ de la compétence exclusive reconnue aux États membres¹⁵, l'état des personnes.

3. Le premier fondement, notamment par son importance, est la citoyenneté de l'Union. Depuis l'arrêt *Garcia-Avello*¹⁶, la Cour de justice développe un bloc de jurisprudence¹⁷ fondé sur le « statut fondamental »¹⁸ du citoyen de l'Union. L'exercice de la compétence des États membres en matière d'état des personnes doit se faire dans le respect du droit de l'Union¹⁹. Le refus par les autorités d'un État membre de reconnaître le nom de famille valablement acquis dans un autre État membre entrave la libre circulation des personnes parce qu'il est « de nature à engendrer pour les intéressés de « sérieux inconvénients » d'ordre administratif, professionnel et privé »²⁰. Très tôt, la doctrine a suggéré que l'entier statut personnel pourrait être saisi par la citoyenneté de l'Union²¹, conjecture rapidement accréditée par la combinaison de la libre circulation avec le droit au respect de la vie privée tiré de l'article 7 de la charte des droits fondamentaux²². Dans un premier temps, cette extension est intervenue timidement, considérant les questions sociétales en cause. La Cour de justice n'a admis qu'une « reconnaissance incidente et à effet limité »²³ du mariage entre personnes de même sexe²⁴ et de la double filiation matrilinéaire²⁵ aux fins de permettre aux membres de la famille du citoyen ressortissants

¹⁴ Rapp., considérant que l'état civil revêt une forte importance symbolique dans la tradition républicaine française, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, ass. pl., Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 27 juin 2013, n°1.

¹⁵ V., à propos de l'établissement des documents d'identité de genre, CJUE, 12 mars 2026, aff. C-43/24, *Shipova*, pt 47 ; v., s'agissant du lien matrimonial, CJUE, gde ch., 5 juin 2018, C-673/16, *Coman*, pt 37, *Dalloz actu.*, 11 juin 2018, obs. M.-C. de MONTECLER ; *D.* 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON et A. PANET ; *ibid.* 2019, p. 347, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; *ibid.* 856, obs. RÉGINE ; *ibid.*, p.910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2018. 404, obs. G. KESSLER ; *Rev. crit. DIP* 2018. 816, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2018. 858, obs. L. USUNIER ; *RTD eur.* 2018. 673, obs. E. PATAUT ; *ibid.* 2019. 391, obs. F. BENOIT-ROHMER ; v., déjà en ce sens, CJCE, ass. pl., 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, Rec. p. I-11613, point 25, 2004, p. 1476, note M. AUDIT ; *Europe* 2003, comm. 374, obs. Y. GAUTIER ; *GACJUE* n° 70, note C. NOURISSAT ; *JDI* 2004, p. 582, note M. LUBY ; *ibid.*, p. 1219, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 582, note P. LAGARDE ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. ILIOPOULOU ; v., également, itérant l'exclusion des questions relatives à l'état des personnes du champ du droit international privé de l'Union, art.1.2, a, règl. « Bruxelles I » refondu.

¹⁶ Précité.

¹⁷ B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, p.741.

¹⁸ CJUE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, pt.31, *Dr. soc.* 2001, p. 1103, obs. J.-P. LHERNOULD ; *Europe* 2001, comm. 316, obs. Y. GAUTIER ; *GACJUE* n° 9, note H. GAUDIN ; *RAE* 2002, p. 775, note A. ILIOPOULOU ; *Revue de droit sanitaire et social* 2002, p. 396, obs. I. DAUGAREILH ; *RDUE* 2001, p. 1008, obs. A. ALEMANNI, *RTD eur.* 2003, p. 553, note F. DAVID ; v., pour une première invocation dans ledit bloc de jurisprudence, CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, pt.60, *Europe* 2011, comm. 238, obs. D. SIMON ; *RDLF* 2012, chron. 6, note F. VINGALLI ; *RTD eur.* 2011, p. 571, note. E. PATAUT.

¹⁹ CJCE, ass. pl., *Garcia-Avello*, préc., pt 25.

²⁰ V., pour la première occurrence de cette formule désormais stable qui prend sa racine dans l'arrêt *Garcia-Avello*, CJUE, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, préc. pt 76 ; comp., sur l'entrave à la liberté d'établissement résultant de la déformation de la prononciation du nom de famille grec transcrit en alphabet latin suivant les règles en vigueur, CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis*, *Droit du travail et de la Sécurité sociale* 1995, p. 1, note P. MAZIERE, *JCP G* 1993, I, 3702, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE, *RTDH* 1994, p. 445, note J.-F. FLAUS.

²¹ H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses. (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, vol. 312, spéc. n° 22 ; v., également, mais plus tardivement, A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 2009, vol. 341, spéc. p. 371.

²² CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, point 52, *Europe* 2011, comm. 40, obs. D. SIMON ; *GACJUE* n° 8, note M. BLANQUET ; *JCP G* 2011, 56, obs. F. PICOD ; *JDI* 2011, p. 639, note J. HEYMANN ; *JDE* 2011, n°178, p. 100, note E. CUSAS ; *RDUE* 2011, p.131, note C. MURPHY ; *RTD civ.* 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; CJUE, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, préc., pts.66 et 89 et s.

²³ L. D'AVOUT et R. LEGENDRE, « Mobilité européenne et filiation : l'état civil à la carte ? », *D.* 2022. 331.

²⁴ CJUE, gde ch., 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*, *D.* 2018, p. 1674, note H. FULCHIRON et A. PANET, *ibid.* 2019, p.347, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2018, p.404, obs. G. KESSLER ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 816, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2018, p.858, obs. L. USUNIER ; *RTD eur.* 2018, p.673, obs. E. PATAUT ; *JDI* 2019, p.1420, comm. L. RASS-MASSON.

²⁵ CJUE, gr. ch., 14 déc. 2021, aff. C-490/20, *Panchavero*, *D.* 2022. 331, note L. D'AVOUT et R. LEGENDRE ; *ibid.*, p.565, chron. H. FULCHIRON ; *ibid.* 872, obs. RÉGINE ; *AJ fam.* 2022. 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE

d'États tiers de jouir des droits de séjour dérivés ouverts par la directive 2004/38/CE. Puis, par un arrêt *Mirin*²⁶, l'obligation de ne pas faire d'obstacle à la libre circulation des citoyens, et plus particulièrement à la reconnaissance d'un élément du statut personnel légalement acquis dans un autre État membre, ici un prénom et l'identité de genre modifiée, s'est doublée discrètement d'un droit à la reconnaissance consacré sur le fondement de la liberté de circulation²⁷.

4. Le second fondement n'est autre que le règlement général sur la protection des données (« RGPD », ci-après)²⁸. Ses origines ne le prédestinaient pas à régir la question de l'identité de genre, du moins pas en tant qu'élément de l'état des personnes. La directive 95/46 qui l'a précédé avait été adoptée sur la base du marché intérieur. Le règlement qui la remplace jouit d'une base juridique dédiée à la protection des personnes physiques contre le traitement de leurs données à caractère personnel²⁹, en écho au droit fondamental ayant le même objet³⁰. Libéré du carcan économique, le champ d'application matériel du nouvel instrument s'est élargi et vaut pour tout « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenu ou appelé à figurer dans un fichier »³¹. Son application aux registres publics pouvait être douteuse considérant que sa lettre l'exclut pour les traitements réalisés « dans le cadre d'une activité qui ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union »³². Toutefois, l'esprit du texte en requiert une interprétation stricte³³. Et la Cour de justice a confirmé³⁴ que cette disposition « doit être considéré comme ayant pour seul objet d'exclure du champ d'application dudit règlement les traitements de données à caractère personnel effectués par les autorités étatiques dans le cadre d'une activité qui vise à préserver la sécurité nationale ou d'une activité pouvant être rangée dans la même catégorie, de telle sorte que le seul fait qu'une activité soit propre à l'État ou à une autorité publique ne suffit pas pour que cette exception soit automatiquement applicable à une telle activité »³⁵. C'est dire que le RGPD a naturellement vocation à s'appliquer aux registres publics, y compris celui de l'état civil³⁶ et, ce faisant mais indirectement, aux questions relatives à l'état des personnes³⁷.

5. De prime abord, ces deux fondements sont trop éloignés l'un de l'autre pour donner lieu à une présentation commune cohérente. Par ailleurs, chacun justifie une étude conséquente. Toutefois, l'analyse démontre qu'ils ont des points d'accroche singuliers³⁸.

; *Rev. crit. DIP* 2022, p.554, note S. CORNELOUP ; *RTD civ.* 2022. 352, obs. L. USUNIER ; *RTD eur.* 2022. 391, obs. F. BENOIT-ROHMER.

²⁶ Précité.

²⁷ *Ibid.*, spéc. point 69.

²⁸ Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

²⁹ Art. 16 TFUE.

³⁰ Art. 8 CDFUE.

³¹ Art. 2.1 RGPD.

³² Art. 2.2, a, RGPD.

³³ CJUE, Gde ch, 21 juin 2022, aff. C-817/19, *Ligue des droits humains*, pt.70, D. 2002, obs. W. MAXWELL et C. ZOLYNSKI ; *Dalloz IP/IT* 2023, p.56, obs. C. COUTELLIER, E. DAUDOU et G. SEBBAH ; *RTD eur.* 2023, p.424, obs. F. BENOIT-ROHMER ; *ibid.* 541, obs. L. GRARD.

³⁴ V., déjà, sur le fondement de la directive 95/46, CJUE, 9 juillet 2020, *Land Hessen*, aff. C-272/19, point 70, *Europe* 2020, comm. 293, obs. A. RIGAUX ; *RTD eur.* 2021, p.181, chron. B. BERTRAND.

³⁵ CJUE, gr. ch., 22 juin 2021, aff. C-439/19, *Latvijas Republikas Saeima*, point 65, *CCE* 2022, comm. 13, note A. DEBET ; *Europe* 2021, comm. 273, note D. SIMON.

³⁶ Comp., s'agissant d'un registre des baptêmes, CE, 2 févr. 2024, n° 461093, *Dalloz Actu*, 7 mars 2024, note L. PAILLER.

³⁷ V., déjà, sur la rectification d'un registre public, CJUE, 13 mars 2025, aff. C-247/23, *Deldits*, *CCE*, 2025, comm. 77, note A. DANIS-FATOME ; *D.*, 2024, p. 2067, obs. B. MORON-PUECH ; *Dalloz Actualité*, 15 avr. 2025, obs. M.-X. CATTO ; *Europe*, 2025, comm. 154, obs. D. SIMON ; *Lexbase Affaires*, juin 2025, chron. L. PAILLER ; *RJPF*, 2025, n° 300, obs. J. MATTIUSI.

³⁸ V., *infra*, sur le respect de la compétence des États membres dont l'exercice doit toutefois se conformer au droit de l'Union.

À faire un pas de côté, ils laissent augurer un bouleversement majeur du droit applicable à l'état des personnes, et à l'identité de genre en particulier. Formellement, il résulte de l'immixtion frontale et profonde du droit de l'Union au cœur d'une matière qui n'est pas dans ses compétences. Quoiqu'elle puisse être nuancée par le précédent européen de la Cour EDH, dont la Cour de justice se pare opportunément³⁹, l'interprétation de la citoyenneté questionne l'étanchéité de la frontière entre l'attribution d'une compétence à l'Union et le contrôle négatif de l'exercice de leur compétence par les États membres. S'agissant du RGPD, le mouvement accrédite les *a priori* négatifs qui le qualifient, à certains égards, de boîte de Pandore tant ses applications sont nombreuses et diverses. Substantiellement, la citoyenneté et le RGPD ont en commun leur fondamentalité. Celle des libertés de circulation des articles 20 et 21 TFUE, mises en résonance avec l'article 45 de la charte⁴⁰, et des droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données⁴¹. L'ensemble ne manquera pas d'exacerber le rôle de l'autonomie de la volonté en matière d'état des personnes, et plus particulièrement le droit à l'autodétermination, produisant des échos divers dans les droits nationaux selon qu'ils demeurent attachés à l'indisponibilité de cet état.

6. Pour mieux apprécier ces perspectives, encore faut-il revenir sur l'acquis jurisprudentiel et les potentialités qu'il recèle. Plutôt qu'une étude par fondement, qui n'aurait pas manqué de sens considérant leurs logiques propres, nous nous attacherons aux enjeux inégalement servis par chacun : reconnaître (I) et connaître (II) l'identité de genre.

I. Reconnaître l'identité de genre

7. La reconnaissance est un terme polysémique, singulièrement au croisement du droit de l'Union et du droit des personnes. Compte tenu des fondements étudiés, deux acceptions sont pertinentes. La première est celle du droit international privé. Elle vise, au sens large, à faire admettre dans l'ordonnement juridique de l'État membre requis la situation juridique valablement acquise dans un autre État membre, ici une identité de genre. La seconde est généralement employée dans un contexte interne. C'est la consécration par le droit d'une réalité, la reconnaissance juridique. La première implique une situation de mobilité (A), la seconde n'y est pas conditionnée (B). Sans qu'elle ne détermine celui des fondements applicables, cette distinction dessine l'immixtion croissante du droit de l'Union.

A. En situation de mobilité

8. Au sens large, la reconnaissance d'une situation juridique recouvre deux techniques juridiques distinctes. La première est celle de la reconnaissance *stricto sensu* du droit international privé, à savoir faire produire dans l'État membre requis l'effet substantiel de la situation juridique légalement acquise dans un autre État membre. La seconde, la transcription de cette situation juridique dans les registres de l'État membre requis, s'en distingue pour n'être qu'une technique dotée d'une finalité probatoire : modifier le registre qui prouve l'état des personnes. Si la première ne peut qu'être soumise à la liberté de circulation, faute pour le RGPD de porter quelque règle relative à l'effet substantiel des situations juridiques, la seconde technique relève des deux fondements. Toutefois, la Cour de justice manque encore de maîtriser cette analyse.

³⁹ V., par exemple, CJUE, gr. ch., *Mirin*, spéc. pts. 63 à 67 ; CJUE, *Shipova*, préc., spéc. pts. 50 à 52.

⁴⁰ CJUE, gr. ch., *Mirin*, préc., point 58.

⁴¹ Art. 7 et 8 CDFUE.

9. L'arrêt *Mirin*, rendu par la Cour de justice en grande chambre, n'offre qu'une perspective limitée sur la reconnaissance *stricto sensu*. Y était en cause le refus des autorités roumaines d'inscrire sur l'acte de naissance d'un ressortissant roumain ayant également la nationalité britannique le prénom et l'identité de genre dont il avait obtenu la modification conformément au droit britannique. L'objectif de ce citoyen, après la prise d'effet du retrait du Royaume-Uni de l'Union, était de disposer de documents de voyage qui concordent avec son identité de genre masculine. La solution n'était guère douteuse, puisque les autorités roumaines fondaient leur refus sur la nécessité d'une nouvelle procédure juridictionnelle auparavant condamnée par la Cour EDH⁴². L'arrêt n'en a pas moins un double mérite. D'une part, il impose la reconnaissance au-delà du seul exercice des droits tirés du droit de l'Union, rebouclant avec la jurisprudence relative aux noms de famille après avoir statué en demi-teinte dans les arrêts *Coman*⁴³ et *Pancharevo*⁴⁴. La reconnaissance vaut, à défaut d'indication contraire, pour l'ensemble des aspects de la vie du requérant. D'autre part, elle consacre, dans ses motifs, un droit à la reconnaissance parmi les droits conférés par l'article 21 TFUE. Toutefois, et quoi qu'il doive résulter de son fondement que ce nouveau droit subjectif est d'effet direct, la Cour de justice n'a pas entendu conférer au citoyen une prérogative dont il pourrait immédiatement tirer les effets dans l'ordre juridique national indépendamment des procédures et règles nationales applicables⁴⁵, ce que confirme le dit pour droit qui se limite à un jugement négatif du droit roumain applicable sans commander directement la solution à mettre en place. Quoi que le droit de l'Union soit plus intéressé par le résultat concret que par la méthode qui permet d'y parvenir, la Cour se garde également d'indiquer le moyen idoine de satisfaire à l'obligation de respecter le droit de l'Union : elle évoque, sans les distinguer, la reconnaissance et la transcription sur l'acte de naissance. Considérant qu'elle n'a pour mission que d'assurer le respect du droit de l'Union, elle ne paraissait pas en mesure d'aller au-delà d'une appréciation négative du droit national.

10. Pourtant, par un nouvel arrêt rendu en grande chambre, la Cour de justice a franchi un seuil supplémentaire. Dans son arrêt *Wojewoda Mazowiecki*⁴⁶, l'identité de genre n'était pas en cause mais les juges y prolongent l'arrêt *Mirin*. Au cas d'espèce, la question préjudicielle était relative au refus des autorités polonaises de transcrire sur le registre d'état civil polonais l'acte de mariage allemand entre deux hommes, l'un de nationalité polonaise et l'autre ayant la double nationalité allemande et polonaise. Le dit pour droit n'est pas formulé dans des termes significativement différents de ceux de l'arrêt *Mirin* : les articles 20 et 21 TFUE lus à la lumière des articles 7 et 21 de la charte s'opposent audit refus. Toutefois, les motifs ajoutent de significatives recommandations à la juridiction de renvoi. À partir de l'effet direct des dispositions précitées, la Cour de justice rappelle les termes de l'interprétation conforme⁴⁷ : à défaut pour une juridiction nationale d'être en mesure d'interpréter le droit national conformément au droit de l'Union, elle serait tenue d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables de ces dispositions et de garantir le plein effet

⁴² Cour EDH, 19 janv. 2021, n° 2145/16, *X et Y c/ Roumanie*, D. 2021, p. 863, obs. L. CARAYO.

⁴³ Précité.

⁴⁴ Précité.

⁴⁵ V., spéc. pts. 69 et 70.

⁴⁶ CJUE, gr. ch., 25 nov. 2025, aff. C-713/23, *Dalloz Actu*, 12 déc. 2025, obs. A. PANET ; *ibid.*, 17 déc. 2025, obs. M. ROUY.

⁴⁷ Pour une systématisation, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1997, n°291.

de ceux-ci en laissant au besoin inappliquées les dispositions nationales concernées »⁴⁸. Elle ne prend toujours pas position entre les deux méthodes et, plus particulièrement, n'indique pas si la transcription est suffisante ou bien s'il faut également admettre la reconnaissance *stricto sensu* qui constituait l'objectif que n'a pu atteindre la Commission européenne⁴⁹. La distinction entre les deux peut être floue lorsqu'est en cause un citoyen pour lequel l'État requis a établi un acte d'état civil⁵⁰. Toujours est-il que seule la reconnaissance *stricto sensu* pourra être ordonnée s'agissant d'un citoyen pour lequel l'État membre requis ne détient aucun acte d'état civil, si tant est que le bloc de jurisprudence en cause s'étende à cette situation. Pour le reste, il appartient aux juridictions de renvoi d'affiner leurs questions préjudicielles⁵¹, faute pour la Cour de justice de pouvoir elle-même trancher sur les méthodes nationales à mettre en œuvre sans frontalement s'immiscer dans l'exercice des compétences nationales.

11. S'agissant de la transcription, plus particulièrement, force est de remarquer que dans l'arrêt *Mirin*, qui entretient le flou sur la distinction entre le genre et le sexe, la question s'inscrivait dans un cadre binaire. En d'autres termes, la Roumanie n'était pas contrainte d'admettre une identité de genre (un sexe, dans son référentiel) inconnu de son droit. Pourtant, la reconnaissance d'un sexe neutre ou d'une mention du sexe laissée en blanc dans le registre d'état civil d'un État membre pourrait se poser⁵². L'arrêt *Wojewoda Mazowiecki* aborde cette difficulté, s'agissant du mariage entre personnes de même sexe. La Cour de justice y procède en trompe-l'œil. Pour retenir que « l'obligation de reconnaissance ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre de l'État membre [requis] »⁵³, elle rappelle les termes de la reconnaissance limitée et incidente des arrêts *Coman* et *Pancharevo* : la reconnaissance serait limitée à l'exercice des droits que les citoyens tirent du droit de l'Union, ce qui n'implique pas pour l'État membre requis de prévoir, dans son droit national, l'institution litigieuse. Dans le même temps, c'est bien de reconnaissance générale dont il est question puisqu'il s'agit de garantir la possibilité pour les citoyens de l'Union de poursuivre, dans cet État membre, « leur vie de famille en bénéficiant de leur statut marital légalement établi »⁵⁴. Ce dernier raisonnement nous paraît transposable à la reconnaissance d'un genre inconnu de l'État membre requis qui, comme le mariage entre personnes de même sexe, suppose de modifier certains éléments de la structure des registres ou de ne simplement pas les remplir.

12. Enfin, la transcription sur le registre public d'un État membre d'une situation juridique acquise à l'étranger peut relever du RGPD, quelle que soit la nationalité de la

⁴⁸ CJUE, gr. ch., *Wojewoda Mazowiecki*, préc., pt.76.

⁴⁹ « Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », COM/2010/0747 final, spéc. p. 14.

⁵⁰ V., notamment, soulignant, en droit français, une confusion entretenue entre la preuve de l'état des personnes et cet état, H. FULCHIRON et Ch. BIDAUD, « Transcription dans l'affaire *Menneson* aujourd'hui. Et demain ? », *D.* 2019, p. 2228.

⁵¹ V., pour une application de la citoyenneté à une simple question d'inscription au registre des contrats de mariage, CJUE, 11 déc. 2025, aff. C-789/23, *Tatrauské*.

⁵² Comp., sur le refus suisse de reconnaître une telle mention laissée en blanc dans un registre public allemand, Tribunal fédéral suisse, 8 juin 2023, n° ATF 5A_391/2021, *Rev. crit. DIP* 2025, p. 261, note G. SALAME et G. KESSLER ; v. également, sur l'absence de violation de l'article 8 de la convention EDH à raison d'un refus d'inscrire la mention « sexe neutre » ou « intersexe », Cour EDH, 31 janv. 2023, req. n°76888/17, *Y. c. France*, *D.* 2023, p. 400, point de vue B. MORON-PUECH ; *ibid.* 2024, p.891, obs. RÉGINE ; *AJ fam.* 2023. 168, obs. L. BRUNET ; *ibid.*, p.70, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2023, p. 332, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁵³ Pt. 62.

⁵⁴ Pts. 50 et 61.

personne concernée⁵⁵. Elle s'analyse comme l'exercice du droit de rectification⁵⁶. La Cour de justice n'a pas encore été saisie d'une demande prenant appui sur une situation juridique valablement acquise à l'étranger. Toutefois, cette circonstance particulière ne paraît pas déterminante au regard de la solution applicable en l'absence de mobilité.

B. En l'absence de mobilité

13. *De lege lata*, le RGPD constitue l'unique vecteur tiré du droit de l'Union pour obtenir la modification de l'identité de genre sur un registre public. La reconnaissance juridique est alors limitée à l'effet probatoire, mais n'est-ce pas l'essentiel⁵⁷ ? Le RGPD n'affecte pas la substance de l'ordonnement juridique et, plus précisément, n'a pas d'emprise sur l'état des personnes. *De lege feranda*, la citoyenneté pourrait également devenir un levier de cette reconnaissance juridique *via* le droit dérivé relatif à la délivrance de documents d'identité. Elle a le potentiel de contraindre la substance même des droits nationaux.

14. Faire du RGPD l'instrument de reconnaissance juridique de l'identité de genre est contre-intuitif. Parce qu'il met en œuvre le droit fondamental à la protection des personnes physiques contre le traitement de leurs données, il procède de l'idée que tout traitement est en soi une ingérence⁵⁸. Qui plus est, la donnée relative à l'identité de genre peut recouper certaines catégories de données dites sensibles dont le traitement est par principe interdit⁵⁹. En d'autres termes, le RGPD ne peut pas être le moyen de contraindre un État membre à traiter la catégorie de données « identité de genre » s'il n'en a pas fait lui-même le choix.

15. Le RGPD n'a d'intérêt qu'en présence d'un traitement qui porte, notamment, sur l'identité de genre ou le sexe. Parmi l'ensemble des principes et règles alors applicables, le principe d'exactitude se distingue⁶⁰. Il requiert des données qu'elles soient exactes et, si nécessaires, tenues à jour. Cependant, le principe n'est pas sans ambivalence car l'exactitude s'apprécie au regard des finalités du traitement, lesquelles sont déterminées par le responsable de traitement⁶¹. L'arrêt *Deldits*⁶² de la Cour de justice a dissipé ces craintes en renvoyant un État membre à ses contradictions comme à l'essence même des registres d'état civil et de leurs équivalents. Y était en cause une personne de nationalité iranienne à laquelle avait été octroyée la qualité de réfugié en conséquence de sa transidentité établie et actée. Toutefois, l'autorité en charge de l'asile l'avait enregistré sous son sexe féminin de naissance. En 2022, le réfugié a judicieusement exercé son droit à la rectification tiré du RGPD⁶³ pour obtenir la modification du registre de l'asile, et plus particulièrement les mentions de son prénom et de son sexe. Les autorités hongroises lui ont opposé un refus justifié par l'absence de preuve de traitement chirurgical de réassignation sexuelle. La Cour de justice, ayant affirmé que « la tenue à jour des données traitées constitue un aspect essentiel de la protection de la

⁵⁵ Cons. 14 RGPD.

⁵⁶ Art. 16 RGPD.

⁵⁷ *Idem est non esse aut non probari*.

⁵⁸ V., notamment, CJUE, Gde ch., 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, pt.36, *Gaz. Pal.*, 17 avr. 2014, p. 3, obs. C. KLEITZ ; *D.* 2014, p.1355, note C. CASTETS-RENARD ; *RLDI* 2014, n° 3426, p. 36, note E. DERIEUX ; *RTD eur.* 2015, p. 117, note S. PEYROU.

⁵⁹ Art. 9.1 RGPD.

⁶⁰ Art. 5.1, d, RGPD.

⁶¹ Art. 5.1, b, RGPD.

⁶² Précité.

⁶³ Art. 16.

personne concernée à l'égard du traitement de ces données »⁶⁴, donne raison au réfugié. D'une part, la loi hongroise relative au droit d'asile assigne au registre de l'asile la finalité de permettre l'identification de la personne concernée, ce qui, selon la Cour de justice, vise « l'identité de genre vécue par cette personne, et non celle qui lui aurait été assignée à la naissance »⁶⁵. D'autre part, elle souligne l'inexactitude de l'identité de genre dès l'inscription de la personne concernée sur le registre de l'asile compte tenu du motif d'octroi de ce statut.

16. La transposition de la solution aux registres d'état civil n'est pas aisée⁶⁶. En droit français, les textes applicables n'explicitent pas la finalité qui leur est attribuée, sauf à acter la circularité des dispositions relatives aux traitements automatisés des données de l'état civil : « l'établissement des actes de l'état civil et [...] les mises à jour résultant de l'apposition des mentions en marge de ces actes »⁶⁷. Classiquement, l'état civil établit « la situation de l'individu dans la famille et dans la société »⁶⁸. Les actes qui le composent sont destinés à identifier la personne⁶⁹.

Une difficulté supplémentaire surgit d'une disposition incidente, relative à la force probante des actes d'état civil étrangers en France. Ils doivent correspondre à la réalité, laquelle s'apprécie « au regard de la loi française »⁷⁰. Ce pourrait-être le révélateur d'une modulation plus large de la finalité du traitement en cause de nature à infléchir l'effet attendu du principe d'exactitude : l'identité vécue ne peut-elle être reconnue que si elle s'insère dans la réalité qu'admet le droit français ? Faut-il en déduire que le registre de l'état civil ne saurait être modifié pour reconnaître des institutions exorbitantes du droit national⁷¹ ?

17. Cette analyse prospective se confirme à la lecture de l'arrêt *Deldits* dans lequel ressurgit l'articulation entre la compétence réservée aux États membres et le nécessaire respect du droit de l'Union. À l'argument hongrois tiré de l'absence de procédure de reconnaissance juridique de la transidentité avancé pour faire obstacle à l'exercice du droit de rectification, la Cour répond, pour la première fois et par référence à l'arrêt *Mirin*⁷², en appliquant à la charte et au droit dérivé le raisonnement retenu pour le droit primaire : une telle procédure relève certes de la compétence des États membres, mais ils doivent l'exercer dans le respect du droit de l'Union, en l'occurrence du droit de rectification consacré par les articles 8.2 de la charte et 16 du RGPD⁷³. Toutefois, la portée de cette affirmation n'est pas aussi incertaine que dans les arrêts fondés sur la liberté de circulation. Les termes de l'arrêt *Deldits* ne laissent aucun doute sur

⁶⁴ Pt. 29.

⁶⁵ Pt. 32.

⁶⁶ Le responsable de traitement doit informer la personne concernée de la finalité du traitement (art.13.1, c, et 14.1, c, RGPD), ce qui peut notamment résulter du droit applicable.

⁶⁷ Art.11 décret n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil.

⁶⁸ V° *état civil*, in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 15^{ème} éd., 2024.

⁶⁹ V., par ex., D. FENOUILLET et F. TERRE, *Droit des personnes*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n°220 et s.

⁷⁰ Code civil, art. 47, *in fine*.

⁷¹ V., sur l'incohérence de cette nouvelle disposition, Ch. BIDAUD, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité « appréciée au regard de la loi française »... », *Rev. crit. DIP* 2022, p.35.

⁷² À l'analyse, la Cour de justice combine deux fils jurisprudentiels : la limitation par le droit de l'Union de l'exercice de ses compétences par un État membre, d'une part, et, d'autre part, l'incompatibilité du droit national avec le droit de l'Union lorsque le premier fait obstacle au bénéfice d'un droit protégé par le droit de l'Union (v., sur ce dernier point et par référence à une « jurisprudence constante », CJUE, gr. ch., *Mirin*, *préc.*, pt.60).

⁷³ Pt. 37.

l'autosuffisance du droit de rectification pour obtenir la reconnaissance juridique de l'identité de genre vécue, sauf à vider de sa substance l'objectif même du RGPD, assurer une protection efficace des personnes physiques contre le traitement de leurs données.

18. *De lege feranda*, les conclusions de l'avocat Jean Richard de la Tour sous l'affaire *Shipov*⁷⁴ ont ouvert des perspectives inédites dont l'enjeu « majeur » est souligné⁷⁵. La Cour de justice, qui y apporte quelques nuances après avoir renommé l'affaire *Shipova*⁷⁶, pave la voie de l'application des libertés de circulation à des situations purement internes⁷⁷, et plus particulièrement à la reconnaissance juridique de l'identité de genre vécue. Au cas d'espèce, une personne de nationalité bulgare et vivant en Italie avait saisi le juge bulgare afin d'être déclarée de sexe féminin et d'ordonner le changement de ses noms et prénoms en conséquence sur son acte de naissance alors qu'en dépendent les mentions figurant sur ses documents d'identité. Après des refus successifs décidés par les juridictions du fond, c'est la Cour suprême de cassation bulgare qui a sursis à statuer pour transmettre à la Cour de justice une question préjudicielle.

Alors que l'avocat général considérait que la circulation du citoyen n'était pas *a priori* en cause, puisqu'il ne s'agit pas de reconnaître un état valablement acquis dans un autre Etat membre, la Cour de justice souligne que la demanderesse au principal a exercé sa liberté de circulation. L'invocation est un prétexte d'autant moins convaincant que cet exercice n'est pas relevant. Le véritable fondement pour l'applicabilité du droit de l'Union demeure le droit de sortie de la citoyenne, lequel suppose, au terme de sa mise en œuvre dans la directive 2004/38, que l'Etat membre dont elle a la nationalité lui délivre une carte d'identité ou un passeport⁷⁸. L'entrave est constituée par la discordance entre le sexe de la citoyenne mentionné sur ces documents, qui reprennent celui figurant sur l'acte de naissance, et l'identité de genre vécue par elle, à défaut de pouvoir la faire apparaître sur lesdits documents sans modifier l'acte de naissance. Cette discordance « est de nature à obliger cette personne à dissiper des doutes en ce qui concerne son identité ainsi que l'authenticité du document d'identité qu'elle présente ou la véracité des données contenues dans celui-ci »⁷⁹. Si l'avocat conclut que le droit de l'Union s'oppose au droit national qui ne permet pas de reconnaître l'identité de genre vécue et son inscription dans l'acte de naissance, alors qu'en dépend la modification des documents d'identité, il suggère, dans le même temps, que l'acte de naissance puisse conserver le sexe initialement établi et que soient seuls modifiés les documents d'identité⁸⁰. Cela supposerait, à l'aune du RGPD, de modifier la finalité de l'acte de naissance, qui ne serait plus le socle commun d'identification des personnes, mais un acte d'identification à date, éventuellement complété à la marge à raison des modifications ultérieures de la situation de l'intéressé. La Cour de justice ne ménage pas de la sorte la compétence réservée des Etats membres. Elle astreint la juridiction de renvoi à interpréter le droit national afin que puissent être modifiées les données relatives au genre inscrites dans les registres d'état civil et, à défaut de le pouvoir, de

⁷⁴ Concl. du 4 sept. 2025, sous l'affaire C-43/24, *Shipov*.

⁷⁵ Concl. précitées, point 6.

⁷⁶ CJUE, *Shipova*, préc.

⁷⁷ *Contra*, CJCE, 5 juin 1997, aff. C-64/96, *Uecker et Jacquet*, point 23, *JDI* 1998, p. 513, obs. M. LUBY.

⁷⁸ Art. 4.3, dir. 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

⁷⁹ CJUE, *Shipova*, préc., point 44.

⁸⁰ Spéc. point 94.

laisser le droit national inappliqué pour donner directement effet au droit de l'Union⁸¹. La solution pourrait être étendue à tout citoyen de l'Union pour lequel la discordance pourrait entraver l'exercice du droit de sortie, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait déjà exercé sa liberté de circulation⁸².

19. La reconnaissance juridique au sens large est un résultat concret qu'assigne l'Union aux États membres mais dont elle ne peut totalement maîtriser la réalisation à raison de l'obstacle ou du garde-fou, c'est selon, de la compétence d'attribution de l'Union. Les États membres conservent la liberté des moyens à mettre en œuvre. Pourtant, le potentiel des fondements investigués pourrait aller plus loin encore et questionner la connaissance même de l'identité de genre.

II. Connaître l'identité de genre

20. Chacun des deux fondements, quoi que dans des proportions variables, permet d'atteindre le pourquoi et le pour quoi connaître l'identité de genre. C'est dire qu'ils invitent à repenser la limitation de la collecte (A) et, à défaut, celle des usages (B) de cette information qui relève de l'intime à leur aune.

A. Limiter la collecte de l'information

21. Sans être inédite⁸³, la question dont procède ce développement paraît subversive, et ce d'autant plus lorsque la majorité des développements juridiques contemporains sont suscités par la demande de reconnaissance juridique de l'identité de genre vécue⁸⁴ : l'État, en particulier, est-il en droit d'exiger des individus qu'ils lui fassent état de leur identité de genre ? Les deux fondements n'offrent pas de réponses équivalentes.

22. La citoyenneté est dotée d'une portée qui reste encore incertaine. À défaut, pour l'état civil, d'intéresser, en soi, la circulation des personnes, les libertés fondamentales garanties par les traités ne peuvent guère s'y appliquer que par des voies indirectes⁸⁵ : les documents nécessaires à la circulation des personnes, à la condition qu'ils soient le reflet de l'acte d'état civil⁸⁶. Encore faut-il constater, à cet égard, la prudence de l'Union qui s'est gardée d'opérer elle-même le choix d'y faire apparaître la mention du sexe. Le droit dérivé applicable aux cartes nationales d'identité laisse ce choix aux États membres ainsi que, le cas échéant, celui de recourir à une troisième catégorie de classification des

⁸¹ CJUE, *Shipova*, préc., pts. 56 et 63.

⁸² La figure n'est pas inédite. Déjà, la double citoyenneté suffit à considérer la libre circulation applicable (CJUE, ass. pl., *Garvia-Avello*, préc., spéc. pt.27) tout comme le risque d'expulsion du territoire de l'Union (CJUE, gde ch., 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, pts.42 à 44, *Dalloz actualité* 10 mars 2011, obs. R. GRAND ; *D.* 2011. 1325, note S. CORNELOUP ; *Europe* 2011, comm. 149, obs. A. RIGAUD ; *Rev. crit. DIP* 2012. 352, note J. HEYMANN ; *RTD eur.* 2011. 564, obs. E. PATAUT ; *ibid.* 2012. 23, étude S. PLATON ; *ibid.* 398, obs. F. BENOIT-ROHMER) sans condition préalable d'exercice de la liberté de circulation.

⁸³ V., par ex., P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *Revue des droits de l'homme* 2015, n°8 ; X. BIOY, « Encadrer la disponibilité de l'état civil », *AJDA* 2025, p.1290.

⁸⁴ En témoigne particulièrement la jurisprudence de la Cour EDH, depuis la violation du droit au respect de la vie privée par un refus français de reconnaître juridiquement le changement d'identité de genre (Cour EDH, 25 mars 1992, req. n°13343/87, *B c. France*, *JCP* 1992. II. 21955, note T. GARE ; *D.* 1993. 101, note J.-P. MARGUENAUD) jusqu'à l'échec de la revendication d'une mention intersexe sur les actes d'état civil (Cour EDH, 31 janv. 2023, req. n°76888/17, *Y. France*, *AJDA* 2023, p.1344, note C. GROSSHOLZ ; *D.* 2023, Point de vue, p.239 et p. 400, B. MORON-PUECH ; *ibid.* 2024, p.891, obs. M. X. CATTO ; *AJ fam.* 2023, p.168, obs. L. BRUNET ; *ibid.* 2023, p. 70, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *AJCT* 2023, p. 376, obs. P. JACQUEMOIRE ; *RTD civ.* 2023, p. 332, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁸⁵ Cf. *supra*.

⁸⁶ Cf. *supra*.

personnes (sexe non spécifié)⁸⁷. Quant aux passeports, les standards internationaux applicables, mais difficilement accessibles, offrent aux États une faculté comparable en leur permettant de ne pas remplir le champ concerné⁸⁸. La France maintient la mention du sexe sur ces deux documents, pour le moment⁸⁹. Une relecture de ces textes à l'aune des droits fondamentaux mettrait certainement en doute la nécessité de maintenir une telle mention sur les documents. L'objectif d'identification des personnes, et le contrôle corollaire de l'identité, sont desservis par une telle mention tant il est admis que les apparences peuvent différer de l'état civil et cette discordance être à l'origine de difficultés excessives⁹⁰. Les autres mentions que sont le nom de famille, les prénoms, la date et le lieu de naissance, la taille, la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle⁹¹ suffisent amplement.

23. Le RGPD s'applique aux registres de l'état civil, même ceux qui ne sont pas numérisés dès lors que les informations collectées sont appelées à figurer dans un fichier⁹², quand bien même il serait décentralisé et réparti géographiquement⁹³. Deux principes cardinaux du RGPD, qui se conjuguent, peuvent questionner la conformité du traitement des données de genre. Le principe de licéité oblige le responsable de traitement à déterminer la base juridique de son traitement. À défaut de texte pertinent, il faut considérer que « le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement »⁹⁴. La jurisprudence de la Cour n'exclut pas que la nécessité, d'interprétation stricte⁹⁵ voire restrictive⁹⁶, puisse s'apprécier pour chacune des catégories de données traitées⁹⁷. Leur traitement doit être indispensable faute pour l'objectif poursuivi par ce traitement de pouvoir être raisonnablement atteint de manière aussi efficace par d'autres moyens moins attentatoires. Le principe de minimisation⁹⁸, avec lequel la nécessité doit

⁸⁷ Cons. 25 et art. 3.2, al. 2, règl. n° 2025/1208 du Conseil du 12 juin 2025 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur circulation.

⁸⁸ V. sur ce point, concl. de l'avocat général Jean Richard de la Tour sous l'affaire *Shipov*, préc., point 71 et note 49.

⁸⁹ V., proposition de loi supprimant la mention du sexe sur les cartes nationales d'identité, n° 2035, déposée le mardi 28 octobre 2025 ; comp., sur le retour à une catégorisation binaire des personnes dans les passeports, Executive Order 14168 "Defending Women from Gender Ideology Extremism and Restoring Biological Truth to the Federal Government" on January 20, 2025.

⁹⁰ V. en ce sens, X. BLOY, *loc. cit.*

⁹¹ Art. 1, al. 2, 1°, décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité.

⁹² Art. 2.1 RGPD.

⁹³ Art. 4, 6°, RGPD ; comp., qualifiant de traitement de données la conservation des notes prises par des témoins de Jéhovah dans leur activité de porte à porte suivant les instructions données, CJUE, gr. ch., 10 juill. 2018, aff. C-25/17, *Jehovan todistajat*, spéc. pts.59 et 60 ; CCE, 2018, comm. 85, note A. DEBET ; *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 698, note R. PERRAY et J. UZAN-NAULIN ; *Europe*, 2018, comm. 349, obs. D. SIMON ; *RTD eur.*, 2019, p. 393, obs. F. BENOIT-ROHMER.

⁹⁴ Art. 6.1, e, RGPD.

⁹⁵ Car elle déroge à la base juridique *primus inter pares* qu'est le consentement (v. en ce sens CJUE, gr. ch., *Latvijas Republikas Saeima*, préc., pt.110.).

⁹⁶ La transcription marginale d'une modification de la mention initiale du sexe pourrait s'analyser en une donnée concernant la vie sexuelle de la personne concernée (*contra* CE, 28 nov. 2025, n°492344, inédit) dont le traitement est par principe interdit (art. 9.1 RGPD) sauf à être nécessaire pour des motifs d'intérêt public important (art. 9.2, g, RGPD).

⁹⁷ V., par ex., pour un examen de la licéité du traitement des données de civilité, CJUE, 9 janv. 2025, C-394/23, *Mousse*, CCE, 2025, comm. 38, obs. A. DANIS-FATOME ; *Dalloz IP/IT*, 2025, p.286, obs. Ch. GALICHET ; *Europe*, 2025, comm. 90, obs. D. SIMON ; *Gaz. Pal.*, 23 mars 2025, note Th. DOUVILLE ; *Lexbase Affaires*, juin 2025, chron. L. PAILLER ; *RLDI* mars 2025, p. 18, note M. MUSSON.

⁹⁸ Art. 5.1, c, RGPD.

être conjointement examinée⁹⁹, requiert que ne soient traitées que les données adéquates, pertinentes et nécessaires au regard des finalités du traitement

24. Cette analyse a déjà eu raison, sur le fondement d'autres bases juridiques ayant la nécessité en commun, du traitement de la civilité par la SNCF faute pour celui-ci d'être indispensable à la communication commerciale avec la clientèle¹⁰⁰. Si cette dernière solution ne devrait pas manquer de produire des effets en cascade¹⁰¹, c'est sous réserve d'une analyse contextuelle pour chaque traitement. En l'occurrence, la nécessité du traitement de l'identité de genre aux fins d'établir l'état civil est servi par de meilleurs arguments. Certes, la catégorisation binaire de la population n'a plus pour objectif de garantir la différenciation des droits et devoirs, notamment la conscription pour l'homme et la capacité diminuée des femmes. En revanche, l'état civil demeure l'instrument probatoire idoine s'agissant pour les personnes concernées de se prévaloir de l'application de règles sexuées¹⁰² qui corrigent les inégalités sociales. Il offre notamment des garanties contre un système d'autodéclaration¹⁰³, certes moins intrusif, mais impropre à garantir la stabilité des situations juridiques et trop propice aux manœuvres opportunistes¹⁰⁴. Au surplus¹⁰⁵, l'état civil est le réceptacle de certaines demandes de reconnaissance sociale que traduisent l'invocation des droits et libertés fondamentaux. Par où la conclusion qui de nouveau s'impose au regard du droit conventionnel applicable, et ne constitue qu'un retour en arrière du point de vue national¹⁰⁶, est celle de détacher les documents d'identité de l'état civil pour ne conserver que dans ce dernier, moins accessible quoi que public, une mention du sexe ou du genre. Si le droit français n'y procède pas lui-même au plus tôt, il pourrait bien être forcé de le faire demain par une personne concernée qui provoquerait la discussion dans un prétoire en exerçant son droit à l'effacement au titre de l'illicéité du traitement de la mention de son sexe¹⁰⁷ ou son droit d'opposition compte tenu de sa situation particulière¹⁰⁸.

B. Limiter l'usage de l'information

25. Lorsque le principe même de connaître l'identité de genre est validé, reste à en réguler les usages. Sur ce point, la citoyenneté pourrait avoir une emprise encore difficile à mesurer puisqu'elle dépend des inconvénients d'ordre administratif, professionnel ou

⁹⁹ CJUE, 11 déc. 2019, aff. C-708/18, *Asociația de Proprietari bloc M5 A-Scara A*, pt.48, CCE, 2020, comm. 44, note A. DEBET ; *Europe*, 2020, comm.39, note F. GAZIN ; *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 262, note Ch. GALICHET ; *Gaz. Pal.*, 2020, 21 janvier 2020, p. 26, note J.-L. SAURON.

¹⁰⁰ CJUE, *Mousse*, préc.

¹⁰¹ V., par ex., les recommandations n°1 et 2 de la Défenseure des droits, adoptées en conséquence de l'arrêt *Mousse*, décision-cadre du Défenseur des droits n°2025-112 relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres, 16 juin 2025.

¹⁰² Rapp., P. GUEZ, *loc. cit.*, n°5 et 12 ; v. également, à partir de l'article 8 convention EDH, B. MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité : par-delà une binarité obligatoire », n°33, [<https://hal.science/hal-01374403v2>].

¹⁰³ V., en ce sens, D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthémis/LGDJ, 2012, p. 7, spéc. p. 23.

¹⁰⁴ Rapp. P. GUEZ, *loc. cit.*, n°14.

¹⁰⁵ Car le RGPD permet de fonder le traitement de données à la demande de l'intéressé sur son consentement (art. 6.1, a).

¹⁰⁶ V., sur l'absence de mention du sexe dans la carte d'identité nationale instituée en 1955, malgré une demande qui reposait notamment sur une identification sexuée, Instruction générale du 1er décembre 1955 précisant les modalités d'application du décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte d'identité, *JO*, 6 déc.1955, p. 11809, spéc. p.11812.

¹⁰⁷ Art. 17.1, d, RGPD.

¹⁰⁸ Art. 21.1 RGPD.

personnel qui pourraient en résulter, ne serait-ce qu'en lien avec leur mobilité. En revanche, les ramifications de l'application du RGPD sont nombreuses et, pour partie, déjà connues. La Défenseure des droits en a rappelé ou appelé un certain nombre de ses vœux¹⁰⁹ qui pourraient être fondés par le droit de la protection des données à caractère personnel : rendre possible l'usage souhaité de la civilité par la personne concernée au titre de la protection des données dès la conception¹¹⁰ ; rééditer les diplômes de l'enseignement supérieur consécutivement à un changement de la mention du sexe à l'état civil au titre du principe d'exactitude¹¹¹ ou comme suite à l'exercice du droit de rectification¹¹².

26. Déjà, certaines données, qui révèlent à leur premier caractère le sexe de la personne concernée, font l'objet, en droit national, de dispositions particulières. En France, et pour des raisons historiques¹¹³, c'est particulièrement le cas du numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques¹¹⁴ dont les usages autorisés sont limitativement déterminés¹¹⁵. À défaut pour l'identité de genre de présenter des risques comparables, il est difficile de soutenir la nécessité de règles identiques. Toutefois, en l'état du droit positif, peuvent être relevées une règle spéciale issue du droit de l'Union relatif à l'intelligence artificielle et une règle générale issue du RGPD. La première est l'interdiction de certaines pratiques comme la catégorisation biométrique notamment fondé sur le sexe pour en arriver à des déductions ou inférences concernant leur vie sexuelle ou leur orientation sexuelle¹¹⁶. La seconde en revient au principe de minimisation lequel impose au responsable de traitement de vérifier que le traitement des données relatives à l'identité de genre soit adéquat, pertinent et nécessaire pour chaque finalité spécifique du traitement. Ce n'est plus remettre en cause le principe même de la collecte de l'information mais les opérations ultérieures dont elle peut faire l'objet. Parce que la communication publique de l'identité de genre, par exemple, peut n'être pas nécessaire à la poursuite d'un intérêt public avéré¹¹⁷. La difficulté de cette règle générale est qu'elle laisse une trop grande liberté aux responsables de traitement quant aux mesures à mettre en œuvre. Plus généralement, elle laisse au responsable de traitement le soin de déterminer lui-même le niveau de protection quand l'information relative à l'identité de genre possède une dimension hautement personnelle, notamment lorsqu'elle a été dynamique. Aussi ne serait-il pas inutile que le législateur enrichisse le droit de la protection des données de quelques règles qui arbitrent le niveau de protection qui doit être assuré comme il a déjà pu le faire pour la protection des mineurs¹¹⁸. Dans l'attente, et compte tenu d'appréciations

¹⁰⁹ Décision-cadre n°2025-112 précitée.

¹¹⁰ Art. 25.1 RGPD.

¹¹¹ Art. 5.1, d, RGPD.

¹¹² Art. 16 RGPD.

¹¹³ C'est le projet SAFARI, imaginé en 1974 et qui prévoyait une interconnexion des informations détenus par différentes administrations sur une personnes à partir dudit numéro, et les débats qu'il a suscité qui est à l'origine de la loi « Informatique et Libertés » de 1978.

¹¹⁴ Art. 30 loi « Informatique et Libertés ».

¹¹⁵ Décret n° 2019-341 du 19 avril 2019 relatif à la mise en œuvre de traitements comportant l'usage du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques ou nécessitant la consultation de ce répertoire.

¹¹⁶ Art. 5.1, g, règl. sur l'intelligence artificielle.

¹¹⁷ V., par ex., s'agissant de la mention dans un communiqué de presse, entre autres données, du genre de la personne mise en cause jugée comme n'ayant pas été nécessaire à la communication sur l'enquête réalisée par l'Office européen de lutte anti-fraude, Trib. UE, 1er oct. 2025, aff. T-384/20, *RENV OC c/ Commission européenne*.

¹¹⁸ V., par ex., sur l'interdiction de la publicité personnalisée reposant sur le profilage de personnes mineures, art.28.2 règl. sur les services numériques.

qui dépendent étroitement du contexte du traitement, il est par trop difficile de donner des orientations générales qui iraient au-delà d'une forte prise de recul à l'ère de l'infobésité et de l'omniveillance : responsables de traitement, à quoi vous sert de connaître le sexe des anges ?

27. En guise de conclusion, une question : d'autres fondements tirés du droit de l'Union sont-ils envisageables, qui emporteraient de comparables contraintes pour les États membres ? À lire le rôle de la Cour de justice, un troisième se profile. L'article 2 du TUE a été invoqué, entre autres fondements, par la Commission européenne au soutien d'un recours en manquement contre la Hongrie dont une loi de 2021 interdit ou limite l'accès aux contenus qui représentent ou promeuvent les identités de genre¹¹⁹. C'est l'invisibilisation de l'identité de genre elle-même qui va être passée au crible du droit de l'Union. En d'autres termes, le droit de l'Union est bien loin d'avoir épuisé toutes ses potentialités.

¹¹⁹ Affaire *Commission contre Hongrie* (C-769/22). La date de délibéré n'est pas connue. Seules les conclusions ont été rendues le 5 juin 2025.

Sexe, genre et état civil : perspective internationale

Par Christine BIDAUD,
Professeure de droit privé et sciences criminelles,
Co-directrice de l'Équipe Louis Josserand,
Directrice du Centre de droit de la famille,
Université Jean Moulin – Lyon 3.

Au cours d'une conversation avec une noble dame qui évoquait « son acte de naissance », Chateaubriand lui répondit, corrigeant l'expression, « l'acte de *vo*tre naissance »¹. Par cette infime modification, l'homme de lettre illustre toute la difficulté d'appréhension de l'état civil. Une difficulté liée d'abord à la double nature mi-privée, mi-publique de l'état civil : un service public enregistrant dans des actes publics et authentiques relatifs à la vie privée des personnes et des familles, *i.e.* ce qui fonde leur identité dans ses dimensions les plus intimes. Une difficulté liée ensuite à la double fonction des actes de l'état civil : ils reflètent l'identité d'une personne et sont le « réceptacle officiel »² de son état, mais ils sont aussi des instruments de police civile qui permettent à l'État de connaître sa population et assurent ainsi une fonction d'identification. Identité et identification, ces deux fonctions sont-elles aujourd'hui encore compatibles ? À l'heure où le RGPD³ impose à tous, y compris aux structures publiques, de ne collecter que les données nécessaires et de permettre aux personnes d'y accéder, de les rectifier et de les supprimer, le doute est permis...

L'identification doit-elle, dans ce cas, être confiée uniquement à des techniques scientifiques comme la biométrie ou l'anthropométrie ? L'identité deviendrait-elle alors uniquement un ensemble de droits subjectifs ? La question se pose avec d'autant plus de vigueur que la nature indisponible de l'état des personnes n'a cessé de perdre de sa force⁴. Depuis plus d'une vingtaine d'années, le pouvoir de la volonté individuelle n'a cessé de croître et l'on ne compte plus les textes relatifs au droit des personnes et de la famille dont les modifications ont permis aux intéressés de disposer d'une liberté bien plus importante qu'auparavant (libre choix du prénom, possibilité de transmettre à l'enfant le nom de ses deux parents, possibilité de prendre le nom de l'autre parent par substitution ou adjonction à partir de la majorité...). Le sexe, élément d'identification que l'on a longtemps considéré comme immuable, au-delà d'être indisponible, a connu le même destin. D'une donnée essentiellement biologique, il a évolué vers un élément d'identité vécue par l'intéressé s'apparentant davantage au concept sociologique de

¹ Cité par CARBONNIER, *in Droit civil, Les personnes*, Thémis, P.U.F., 21^e éd., 2000, n° 71.

² H. CAPITANT, Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°26-27, §4.

³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁴ Sur ce constat, V. Ph. GUEZ, « L'identité en droit commun - Indisponibilité de l'état des personnes vs. Liberté individuelle ? », *in* C. BIDAUD (dir.), *L'identité et le droit, perspectives calédoniennes, nationales et internationales*, PUNC, 2020, p. 39. *Adde*, C. LABRUSSE-RIOU, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 169.

genre⁵. En effet, si, en 1992, la condamnation de la France par la Cour EDH⁶ avait obligé la Cour de cassation à admettre la possibilité de modifier le sexe des personnes dans les actes de l'état civil⁷, il n'était pas question à l'époque d'admettre un tel changement sans que l'intéressé ait fait la preuve de la modification irréversible de son apparence, en réalité de ses organes génitaux, et, partant, de ses facultés procréatives. Au gré des décisions du fond, les juges tenant plus ou moins compte de la longueur du processus de conversion sexuelle et des difficultés de l'intéressé pendant toute cette période de transition, une légère inflexion a parfois pu être observée⁸. La véritable évolution de l'appréhension du transsexualisme par le droit ne s'est toutefois produite qu'avec l'intervention du législateur lors de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁹. Au-delà de la création d'articles du Code civil spécialement consacrés à la modification de la mention du sexe à l'état civil¹⁰, la loi a totalement décorrélié ce changement de sexe à l'état civil de tout traitement ou opération visant à une réassignation sexuelle. La modification peut désormais être obtenue lorsque la personne rapporte la preuve que « la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue »¹¹. Le glissement du sexe vers le genre, *i.e.* d'une réalité biologique vers un vécu et un ressenti, a ainsi été gravé dans les tables de la loi, sans pour autant être nommé comme tel et sans que les conséquences d'un tel changement de paradigme ne soient envisagées par le législateur. Il n'était pourtant point besoin d'être médecin, juriste ou devin pour comprendre qu'il faudrait nécessairement s'interroger sur l'établissement de la filiation d'un enfant né d'un homme transgenre, *i.e.* une personne née femme, mais devenue homme à l'état civil tout en conservant ses capacités reproductives... Le remplacement de « l'identité sexuelle » par la notion « d'identité de genre » au titre des motifs de non-discrimination par la même loi du 18 novembre 2016 dans la loi du 27 mai 2008¹² prouve pourtant que le législateur avait conscience de l'absence d'équivalence des notions. Le débat semble s'être concentré sur l'identité individuelle de la personne et le même constat peut être fait au regard de la jurisprudence de la Cour EDH. En se fondant sur la notion d'autonomie personnelle, elle a affirmé dès 2002 le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain dans son arrêt *Goodwin c.*

⁵ Pour une étude détaillée de l'introduction du concept de genre dans le droit, V. P. MICHEL, *Le transfert des concepts socio-politiques dans le droit : le cas du genre*, thèse, LGDJ, 2024.

⁶ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France* : *JCP G*, 1992, II, n° 21955, note Th. GARE ; *D.* 1992, somm. p. 325, obs. J.-Fr. RENUCCI ; *D.* 1993, jur. p. 101, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD. civ.* 1992, p. 540, obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER ; *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 701, obs. F. FERRAND.

⁷ Cass. ass. plén. (2 espèces), 11 décembre 1992 : *JCP G*, 1993, II, 21991, concl. M. JEOL, note G. MEMETEAU ; *RTD. civ.*, 1993, p. 97, obs. J. HAUSER.

⁸ V. not. CA Rennes, 26 octobre 1998 : *D.*, 1999, jur. p. 508, note M. FRIANT-PERROT. CA Nancy, 1er ch. civ., 3 janvier 2011, n° 09/00931 : *JCP G*, 2011, n° 480, note Ph. REIGNE ; CA Nancy, 3e ch. civ., 2 septembre 2011, n°09/02179 : *JCP G*, 2012, n° 124, obs. Ph. REIGNE.

⁹ Sur laquelle, v. not. A. MARAIS, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 2016, n° 1164 ; Ph. REIGNE, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, 2016, n° 1378 ; F. VIALLA, « Loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *D.*, 2016, p. 2351 ; S. PARICARD, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ fam.* 2016, p. 585 ; L. CARAYON, « Panorama Droit et genre, janvier 2016-décembre 2016 », *D.* 2017, p. 935.

¹⁰ Art. 61-5 et s. du Code civil.

¹¹ Art. 61-5 al. 1 du Code civil.

¹² Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dont l'article 1^{er} a été modifié par l'article 86 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

*Royaume-Uni*¹³ et a progressivement consacré un droit à l'autodétermination dont « *la liberté de définir son appartenance à un genre est une composante essentielle* »¹⁴.

Ainsi, ce qui est aujourd'hui appelé « sexe » dans les actes de l'état civil de certains États dont la France, et bien souvent dans les documents de voyage établis sur leur base, ne correspond pas toujours à une donnée biologique objective et identifiante. En cas de transidentité sans souhait de la personne d'obtenir une conversion sexuelle par des traitements hormonaux ou des opérations chirurgicales, c'est en réalité le genre qui est mentionné dans la rubrique « sexe ». Toutefois, dans d'autres États, une opération de conversion sexuelle, à tout le moins un traitement hormonal engendrant une stérilité, est toujours exigée pour obtenir une modification de la mention du sexe. Et dans d'autres encore, mettant parfois en avant des questions d'identification, toute modification de la mention du sexe demeure proscrite.

On le voit, l'appréhension de la transidentité par le droit peut être très différente d'un pays à l'autre. Et qu'en est-il si la personne transgenre souhaite migrer dans un autre État ou si elle vit sa transidentité dans un pays autre que celui dont elle a la nationalité ? Peut-on obliger un État à reconnaître un changement de sexe/genre obtenu ou vécu à l'étranger ? Il est ici question de la circulation internationale de l'identité transgenre sexuée (I) ce qui complexifie les questions dans la mesure où l'identification de la personne est en principe nécessaire au passage des frontières en toute légalité. Et *quid* si la personne ne se reconnaît dans aucun genre et a obtenu la suppression de la mention de son sexe/genre ou bien l'apposition d'une mention indiquant un « sexe neutre » à l'état civil, dans un acte étranger et/ou dans son passeport¹⁵ ? Que l'intéressé soit intersexué ou qu'il ne se ressente simplement ni homme, ni femme, tout en ayant pourtant un sexe biologique déterminé, suscite les mêmes questions dans la mesure où seuls seront pris en compte les éléments (ou l'absence d'élément) indiqués dans ses actes de l'état civil, ses documents étrangers et son passeport. C'est alors la circulation de l'identité désexuée (II) qui interroge ne serait-ce qu'au regard de la réception de tels documents par l'ordre juridique français.

I. La circulation internationale de l'identité transgenre sexuée

La question de la circulation internationale de l'identité transgenre sexuée peut se poser lorsque le changement de sexe a d'ores-et-déjà été entériné à l'étranger, dans un jugement ou un acte (A), ou bien lorsqu'il est uniquement vécu dans une situation comportant des éléments d'extranéité (B).

A. La réception d'un changement de sexe « acté » à l'étranger

Un changement de la mention du sexe ou du genre doit dans certains États, dont la France, faire l'objet d'une décision judiciaire. Dans cette hypothèse, se pose la question de l'efficacité internationale de cette décision de changement de sexe. Actuellement, la France n'est partie à aucune norme supranationale relative à l'efficacité

¹³ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 : *JCP G*, 2003, I, 101 n°1, obs. Y. FAVIER ; I, 109, n°16 et 22, obs. F. SUDRE ; *D.* 2003, 2032, p. 1935, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.*, 2002, p. 782, obs. J. HAUSER, p. 862, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. fam.*, 2002, n° 133, obs. A. GOUTTENOIRE.

¹⁴ F. MARCHADIER, « Sexe, sexualité et CEDH : entre individualisme et tradition », *Dr. fam.*, janvier 2026, n°1, p. 46.

¹⁵ Sur les interrogations qu'engendre la reconnaissance et la circulation du « sexe neutre », V. G. SALAME et G. KESSLER, « Réflexions sur l'accueil du sexe neutre en droit international privé (à propos de la décision du Tribunal fédéral suisse du 8 juin 2023) », *Rev. crit. DIP*, 2025, p. 26.

internationale de ce type de décision et il n'en existe d'ailleurs qu'une en vigueur¹⁶. Il faut donc se tourner vers les règles d'origine interne pour connaître l'efficacité internationale de la décision. En tant que décision relative à l'état et à la capacité des personnes, elle entre dans le champ des arrêts *Bulkley*¹⁷ et *de Wrède*¹⁸ et devrait donc bénéficier d'une reconnaissance de plein droit, *i.e.* être dotée de l'autorité de chose jugée tant qu'un contrôle démontrant le non-respect de l'une des conditions de régularité internationale¹⁹, le plus souvent au cours d'une procédure d'*exequatur*, n'a pas été effectué. S'il s'agit d'un Français, ladite décision devrait également pouvoir être transcrite sur les registres français de l'état civil sans difficulté puisqu'il s'agit d'une opération de publicité n'impliquant pas de contrôle *a priori*²⁰. Si l'intéressé est étranger, la question de la réception de cette décision dans l'ordre juridique ne se posera quasiment jamais en termes de transcription, mais plutôt au niveau de la prise en compte de ce changement de sexe dans d'autres documents, à commencer par les titres de séjour. Compte tenu de l'efficacité internationale *de plano* de cette décision en l'absence de contestation, il n'y a aucune raison qu'elle ne soit pas prise en compte par les autorités françaises qui devraient inscrire le « nouveau » sexe de l'intéressé dans les documents délivrés postérieurement à ce changement de sexe obtenu à l'étranger. On le voit, s'agissant d'une décision étrangère, la méthode selon laquelle elle doit être reçue dans l'ordre juridique français n'a rien de particulier.

Dans d'autres États, la modification de la mention relative au sexe / genre s'effectue au moyen d'un acte non décisionnel, *i.e.* un acte établi soit sur la base d'une déclaration, soit sur la base de la production de différents éléments de preuve (certificat médical, témoignages etc.). La question de la réception d'un changement de sexe ainsi intervenu à l'étranger est dès lors plus délicate puisque c'est le régime même de réception des actes non décisionnels qui manque de clarté en France. Confrontée à la question dans l'affaire *Mirin*²¹, la CJUE a, quant à elle, été on ne peut plus claire sur le résultat auquel les États doivent parvenir. Dans cet arrêt du 4 octobre 2024, un homme transgenre né en 1992 en Roumanie avait été enregistré à l'état civil roumain comme femme avec des prénoms et un numéro d'identification correspondant au sexe féminin. Il a déménagé au Royaume-Uni en 2008 et a acquis la nationalité britannique en 2016. En 2017, il a modifié son prénom et son titre de civilité au Royaume-Uni par la procédure de *Deed poll* qui permet ces changements par simple déclaration. Il a ensuite procédé à la mise en conformité de ses documents britanniques, *i.e.* son permis de conduire et son passeport. En 2021, il a obtenu des autorités britanniques un *Gender identity certificate* qui a confirmé son identité de genre masculin et s'est alors attaché à demander la mise en conformité de son numéro d'identification et de son acte de naissance roumain avec son « nouveau » genre / sexe. Les autorités roumaines ont refusé au motif, notamment,

¹⁶ Convention n° 29 du 12 septembre 2000 relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe. Ce texte n'est en vigueur qu'en Espagne et aux Pays-Bas depuis le 1^{er} mars 2011.

¹⁷ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley* : *GAJFDIP*, n° 4 ; S. 1860, I, p. 210 ; *D.P.*, 1860, I, p. 57.

¹⁸ Cass. Civ., 9 mai 1900, *de Wrède* : *GAJFDIP*, n° 10 ; S. 1901, I, p. 185 ; *JDI*, 1900, p. 613.

¹⁹ Sur ces conditions de régularité internationale des décisions, V. Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Cornelissen* : *LPA*, 27 avril 2007, n° 85, note J.-G. MAHINGA ; *Dr. fam.*, 2007, comm. n° 97, note M. FARGE ; *JCP G*, 2007, act. 107, obs. Ch. BRUNEAU ; *D.*, 2007, p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2007, p. 891, chron. P. CHAUVIN ; *D.* 2007, p. 1115, obs. I. GALLMEISTER ; *Gaz. Pal.*, 11-12 mai 2007, n° 131-132, jurispr. p. 15, note C. LECUYER-THIEFFRY ; *Gaz. Pal.*, 29 avril-3 mai 2007, n° 119, doct., p. 2, « L'abandon du contrôle de compétence législative indirecte », M.-L. NIBOYET.

²⁰ Sur la notion de transcription, V. C. BIDAUD, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français : cesser de déformer et enfin réformer... », *Rev. Crit. DIP*, 2020, n° 2, p. 247.

²¹ CJUE, 4 octobre 2024, *Mirin*, C. 4/23 : *JCP G*, 2025, act. 54, comm. L. D'AVOUT ; *JDI*, 2025, comm. 12, D. PORCHERON ; *Dr. fam.*, Février 2025, n° 2, comm. 26, M. FARGE.

qu'un changement d'identité de genre (*i.e.* modification des prénom, sexe et numéro d'identification) ne peut être inscrit dans les actes de l'état civil roumain que s'il a été approuvé dans une décision de justice devenue définitive. Contestant cette décision, l'intéressé a formé un recours devant les autorités roumaines. Selon lui, le refus des autorités roumaines avait pour conséquence l'impossibilité d'obtenir des documents de voyage, en particulier un passeport roumain, conforme à son identité de genre, ce qui pouvait entraver sa liberté de circulation et de séjour au sein de l'Union européenne. En effet, depuis le Brexit, son passeport britannique ne lui permettait plus de bénéficier de ce droit accordé aux citoyens européens. Il ajoutait que le fait de l'obliger à saisir une juridiction roumaine afin d'obtenir une décision de justice, dont l'issue était incertaine²², l'exposait au risque d'obtenir une identité de genre différente de celle constatée au Royaume-Uni et, partant, des documents d'identité indiquant un sexe différent suivant la nationalité considérée. Saisie d'une question préjudicielle formée par les autorités roumaines, la CJUE, précisant que la sortie de l'Union européenne du Royaume-Uni était sans conséquence et relevant l'incertitude de la procédure judiciaire roumaine d'obtention de changement d'identité de genre au regard de la jurisprudence de la Cour EDH²³, a estimé que « *l'article 20 et l'article 21, paragraphe 1, TFUE, lus à la lumière des articles 7 et 45 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui ne permet pas de reconnaître et d'inscrire dans l'acte de naissance d'un ressortissant de cet État membre le changement de prénom et d'identité de genre légalement acquis dans un autre État membre lors de l'exercice de sa liberté de circulation et de séjour, avec pour conséquence de le contraindre à engager une nouvelle procédure, de type juridictionnel, de changement d'identité de genre dans ce premier État membre, laquelle fait abstraction de ce changement déjà légalement acquis dans cet autre État membre* ». En d'autres termes, les États membres doivent reconnaître les changements d'identité de genre légalement obtenus dans un autre État membre sans égard pour la manière dont ils ont été acquis. Dès lors, quand bien même ils auraient été obtenus par déclaration et seraient attestés par un certificat délivré par une autorité administrative, ce qui est le cas d'un *Gender identity certificate*, ils doivent être reconnus. Ce certificat correspond, en effet, à un « acte certifiant » et non à une décision (jugement ou acte décisionnel). Il est délivré sur demande de l'intéressé par l'administration britannique qui vérifie que la personne a plus de 18 ans, qu'elle est en possession d'un certificat attestant de la dysphorie de genre délivré par un médecin ou un psychologue, qu'elle vit dans le sexe acquis depuis au moins 2 ans et qu'elle a l'intention de vivre dans ce sexe acquis pour le reste de sa vie²⁴.

La CJUE ne s'embarrasse à aucun moment de questions liées à la méthode de réception d'un acte non décisionnel. Elle ne tient compte que du nouvel état de la personne, *i.e.* son nouveau genre, et affirme qu'il doit être reconnu dans l'État membre de réception ce qui implique une modification de la mention du sexe de l'intéressé dans les registres de l'état civil de cet État de réception. Elle affiche une indifférence totale quant au respect de la procédure interne de droit roumain qui exige une véritable décision pour modifier la mention du sexe dans les registres de l'état civil nationaux. Dès lors qu'est en jeu l'une des grandes libertés de l'Union, en l'occurrence la liberté de séjour et de circulation, seul son respect compte, qu'importe le droit national dans un domaine

²² Il invoque notamment la décision de la Cour EDH du 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie* (n° 2145/16 et 20607/16) dans laquelle la Cour a souligné que cette procédure manque de clarté et de prévisibilité. Sur cette affaire, V. D., 2021, chron. Genre et droit, p. 863, obs. L. CARAYON ; *RJPF*, 2021, p. 10, obs. I. CORPART.

²³ *Ibid.* La CJUE invoque la même décision rendue par la Cour EDH.

²⁴ *Gender Recognition Act 2004*.

relevant pourtant de la compétence des États membres et qu'importe la question de la méthode de réception des actes non décisionnels.

La décision peut ne pas être approuvée, mais on relèvera qu'elle a tout de même été prise dans une espèce impliquant un *Gender identity certificate* qui est un document officiel, délivré par une autorité étatique, et qui est, à tout le moins, doté de force probante. Il fait la preuve que ce changement de genre existe au Royaume-Uni et l'on comprend donc que la question de la reconnaissance de l'état de la personne constaté à l'étranger se pose. Elle risque d'ailleurs de venir régulièrement sur le devant de la scène dans la mesure où plusieurs pays ont adopté des textes permettant le changement de sexe sans procédure judiciaire : Portugal, Espagne, Belgique... Bien différent est le raisonnement à mener lorsque le changement d'identité de genre réclamé dans les registres nationaux est seulement vécu par l'intéressé sans qu'aucun document ne permette de « l'acter ».

B. La réclamation d'un changement de sexe vécu dans une situation comportant des éléments d'extranéité

La question n'est plus ici de savoir si un État doit reconnaître un changement d'identité de genre attesté par un document étranger ou entériné par une décision judiciaire étrangère. Il s'agit de savoir si un changement d'identité de genre doit être inscrit dans les registres nationaux lorsqu'il est vécu par l'intéressé et que cette réalité s'inscrit dans un contexte international. La première décision rendue à propos de cette hypothèse est celle de la CJUE du 13 mars 2025, dite *Deldits*²⁵. Dans cette affaire, VP est un homme transgenre de nationalité iranienne qui a obtenu le statut de réfugié en Hongrie au cours de l'année 2014. À l'appui de sa demande d'obtention de ce statut, il avait invoqué sa transidentité et produit des attestations médicales établies par des spécialistes en psychiatrie et en gynécologie précisant que s'il était né femme, son identité de genre était masculine. Il avait toutefois été enregistré en tant que femme dans le registre de l'asile tenu par l'autorité administrative hongroise qui comporte des données d'identification incluant le genre. En 2022, VP avait introduit une demande auprès de cette autorité, sur le fondement de l'article 16 du RGPD²⁶, visant à faire rectifier la mention de son genre comme étant masculin et à modifier son prénom dans le registre de l'asile, en prenant soin d'y annexer lesdites attestations médicales. Sa demande avait été rejetée le 11 octobre 2022 au motif qu'il n'avait pas prouvé avoir subi de traitement chirurgical de réassignation sexuelle et que les attestations fournies n'établissaient que sa transidentité. Il avait alors saisi la *Fővárosi Törvényszék* (Cour de Budapest-Capitale) en invoquant la contrariété de la position de l'administration hongroise à l'article 16 du RGPD qui garantit un droit de rectification des données personnelles inexactes. Il avait également argué que la preuve de sa transidentité était rapportée par les certificats médicaux présentés, que la Cour EDH avait précisé qu'un traitement chirurgical de réassignation sexuelle ne pouvait pas être exigé aux fins de la

²⁵ CJUE, 13 mars 2025, aff. C-247/23, *Deldits, VP c/ Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság : Communication Commerce électronique*, Septembre 2025, n° 9, comm. 77, A. DANIS-FATOME ; *Europe*, Mai 2025, n° 5, comm. 154, D. SIMON.

²⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

reconnaissance d'un changement d'identité de genre²⁷ et qu'une telle exigence serait également contraire aux articles 3 et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La juridiction hongroise, constatant que la loi relative au droit d'asile comportait une disposition générale quant à la rectification des inscriptions erronées, mais ne prévoyait pas la procédure, ni les conditions de reconnaissance d'un changement d'identité de genre et/ou de prénom en lien avec cette modification, avait saisi la CJUE d'une demande de décision préjudicielle visant à obtenir la réponse à trois questions liées entre elles. Il s'agissait d'abord de savoir si « *l'article 16 du RGPD doit être interprété en ce sens qu'une autorité chargée de la tenue de registres en vertu du droit national doit, en relation avec l'exercice de ses droits par la personne concernée, rectifier les données à caractère personnel relatives au genre de la personne concernée qui ont été enregistrées par l'autorité, lorsque ces données ont changé depuis qu'elles ont été inscrites dans les registres et ne sont donc pas conformes au principe d'exactitude énoncé à l'article 5, paragraphe 1, sous d), du RGPD ?* ». Dans l'affirmative, si ce texte imposait que le demandeur à la rectification fournisse « *des preuves à l'appui de sa demande de rectification de son genre ?* ». Et enfin, subséquentement, si la preuve exigée pouvait consister en un certificat médical attestant « *d'un traitement chirurgical de réassignation sexuelle ?* ». Compte tenu de la suppression depuis 2020 de la possibilité de reconnaissance juridique d'un changement d'identité de genre pour les ressortissants hongrois, la question se posait de manière encore plus complexe pour une personne ayant le statut de réfugié en Hongrie. D'autant que, avant même cette suppression, au visa de l'article 8 prévoyant le droit au respect de la vie privée et familiale, un arrêt de la Cour EDH du 16 juillet 2020²⁸ avait d'ores-et-déjà condamné la Hongrie pour ne pas avoir prévu dans son droit interne de procédure de reconnaissance juridique d'un changement d'identité de genre pour les réfugiés. La CJUE, relevant que c'est précisément en raison de cette suppression que l'intéressé avait fondé son argumentation sur l'article 16 du RGPD²⁹ (§20), commence par affirmer qu'un « *État membre ne saurait invoquer l'absence, dans son droit national, de procédure de reconnaissance juridique de la transidentité pour faire obstacle au droit de rectification* »³⁰, en l'occurrence, au droit de rectification d'une personne ayant obtenu le statut de réfugié. Elle ajoute que « *l'article 16 du RGPD doit être interprété en ce sens qu'il impose à une autorité nationale chargée de la tenue d'un registre public de rectifier les données à caractère personnel relatives à l'identité de genre d'une personne physique lorsque ces données ne sont pas exactes, au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous d), de ce règlement* »³¹. Elle précise enfin que si la preuve de la transidentité doit être rapportée et que cela peut être au moyen d'un certificat médical attestant d'une opération de réassignation sexuelle³², « *un État membre ne peut en aucun cas subordonner, par une pratique administrative, l'exercice de ce droit (de rectification des données personnelles) à la production de preuves d'un traitement chirurgical de réassignation sexuelle* »³³. Sur ce dernier point, la position de la CJUE est identique à celle de la CEDH qui a précisé que la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne transgenre ne pouvait pas être subordonnée à la réalisation d'un traitement chirurgical non souhaité par cette personne³⁴.

²⁷ En ce sens, V. CEDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13 : D., 2017, p. 1027, J.-P. VAUTHIER ET F. VIALLA ; *Af. fam.*, 2017, p. 299, F. VINEY ; *RTD civ.*, 2017, p. 350, J. HAUSER.

²⁸ CEDH, 4^e sect., 16 juillet 2020, *Rana c. Hongrie* (n° 40888/17).

²⁹ V. spécialement le §20 de l'arrêt *Deldits*.

³⁰ Point 37 de l'arrêt *Deldits*.

³¹ Point 38 de l'arrêt *Deldits*.

³² Point 39 de l'arrêt *Deldits*.

³³ Point 50 de l'arrêt *Deldits*.

³⁴ CEDH, 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie*, n° 2145/16 et 20607/16 (préc.) ; V. spéc. § 165 et 167.

L'extranéité de cette affaire tient à la nationalité iranienne de l'intéressé qui avait précisément obtenu le statut de réfugié en raison des persécutions qu'il subissait du fait de sa transidentité. Il ne possédait aucun document iranien indiquant son genre acquis et il est vraisemblable qu'il ne pouvait pas en obtenir compte tenu de la situation. Il n'était donc pas question de reconnaissance d'un acte ou d'une décision étrangers relatif à la modification du genre de l'intéressé, mais de l'inscription du genre acquis par un étranger dans les registres nationaux hongrois relatifs aux personnes ayant obtenu le statut de réfugié. Dès lors, la question était celle de l'obligation d'admettre le changement d'identité de genre dans des registres étatiques qui par définition ne pouvait concerner que des étrangers puisqu'il s'agit de réfugiés. Au nom du droit à la rectification des données personnelles prévu par l'article 16 du RGPD, la CJUE impose cette obligation de rectification en précisant qu'elle ne peut être subordonnée à la preuve d'une opération de réassignation sexuelle. Compte tenu du contexte de l'affaire, il ne s'agissait toutefois pas d'obliger les États membres à introduire une procédure de modification du sexe / genre dans les registres nationaux de l'état civil d'un État membre. La question de la preuve de la transidentité se serait toutefois posée de la même manière s'il s'était agi des registres de l'état civil et elle s'est de nouveau posée dans une autre instance soumise à l'examen de la CJUE.

La Cour a, en effet, été saisie d'une demande décision préjudicielle³⁵ dans un contexte à la fois similaire et différent. Similaire, au sens où il s'agissait de nouveau de la question d'accéder à une demande de changement d'identité de genre attestée par des certificats médicaux, mais sans opération de conversion sexuelle et sans acte ni décision étrangers ayant constaté ou fait droit à une telle modification. Différent, dans la mesure où elle concernait le national d'un État membre, la Bulgarie, pour une transidentité vécue en Italie et qu'il s'agissait d'une demande de modification du sexe dans les registres nationaux de l'état civil. Dans cette affaire, dite *Shipov*, les fondements mobilisés n'incluent pas l'article 16 du RGPD, *i.e.* le droit de rectification des données personnelles, mais reposent sur les articles 20 et 21 du TFUE prévoyant l'égalité entre les citoyens de l'Union et leur droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, combiné à l'article 4 de la Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 qui précise que les États membres doivent délivrer à leurs nationaux des cartes d'identité et des passeports pour qu'ils puissent exercer ce droit ainsi que sur l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Fusionnant les deux premières questions posées par le *Varhoven kasatsionen sad* (Cour suprême de cassation bulgare), la Cour commence par s'interroger sur la manière dont il faut garantir l'effectivité du droit à la libre circulation lorsque l'identité de genre vécue par un citoyen de l'Union est différente de la mention du sexe indiqué dans son acte de naissance, laquelle est reportée dans sa carte d'identité et son passeport. La Cour relève ensuite l'absence de document d'état civil étranger attestant d'un changement d'identité de genre, ce qui la conduit à déclarer irrecevable la troisième question posée par le *Varhoven kasatsionen sad*³⁶, mais précise que la discordance entre le sexe indiqué dans l'acte de naissance et les documents de voyage, d'une part, et le genre dont l'intéressé a l'apparence, d'autre part, lui cause des inconvénients considérables et sont de nature à entraver sa liberté de circulation et ses possibilités de travailler dans le pays de séjour en

³⁵ CJUE, aff. C-43/24, *Shipov K. M. H. c/ Obshtina Stara Zagora*, question préjudicielle déposée le 23 janvier 2024 par la *Varhoven kasatsionen sad* (Bulgarie). Décision rendue le 12 mars 2026.

³⁶ Point 29 et 30 de l'arrêt *Shipov*.

raison des doutes qu'ils provoquent sur la véracité et l'authenticité des documents de voyage que sont les cartes d'identité et les passeports³⁷. Elle ajoute que dans la mesure où seule l'autorité bulgare est compétente pour délivrer un passeport ou une carte d'identité à ses ressortissants et que ces documents indiquent obligatoirement le sexe inscrit dans l'acte de naissance malgré la transidentité, lesdits documents n'assurent plus leur fonction d'identification et provoquent ainsi une entrave au droit des citoyens bulgares transgenre d'exercer leur liberté de circulation et de séjour³⁸. Après avoir rappelé que, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH et à celle de la CJUE, « *la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne ne pouvant être subordonnée à un traitement chirurgical non souhaité par cette personne* »³⁹, la Cour conclut « *que l'article 21 TFUE et l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2004/38, lus à la lumière de l'article 7 de la Charte, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui ne permet pas le changement des données relatives au genre, telles que le sexe, le nom, le patronyme, le prénom et le numéro d'identification personnel, inscrites dans les registres d'état civil de cet État membre, d'un ressortissant dudit État membre ayant exercé son droit de circuler et de séjourner librement dans un autre État membre* »⁴⁰.

Outre que la position du droit italien, *i.e.* du droit de l'État membre dans lequel cette réalité transgenre est vécue, ne soit à aucun moment évoqué, l'arrêt *Shipov* interroge à double titre.

D'une part, bien que la Cour prenne le soin de fonder sa décision sur la liberté de circulation et de séjour, *i.e.* sur l'exercice d'un droit reconnu et garanti par le droit de l'Union européenne, en mettant en avant le lien qui doit être fait entre documents de voyage et mise en œuvre concrète de ce droit, ses recommandations aboutissent à obliger les États membres à modifier la mention du sexe dans les actes de l'état civil national pour leurs ressortissants transgenres dès lors que les passeports et les cartes d'identité sont établis sur la base de ces actes de l'état civil et spécialement de l'acte de naissance. Or, la Cour le dit elle-même, l'Union européenne n'est pas compétente pour réglementer l'état des personnes et les états civils nationaux, pas plus qu'elle ne peut imposer aux États membres les documents sur lesquels ils s'appuient pour délivrer les cartes d'identité ou les passeports⁴¹. Plus encore, la Cour, répondant à la quatrième question posée par le *Varhoven kasatsionen sad*, précise que « *le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État membre soit liée par l'interprétation d'une réglementation nationale, donnée par la cour constitutionnelle de cet État membre, susceptible de constituer un obstacle juridique à l'inscription d'un changement des données relatives au genre dans les registres d'état civil dudit État membre, en contradiction avec l'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour* ». Autrement dit le droit de l'Union impose aux juridictions d'un État membre de statuer en sens contraire de l'interprétation du droit national donnée par leur juridiction supérieure si elles constatent que la décision de ladite juridiction supérieure entre en contradiction avec l'interprétation du droit de l'Union donnée par la Cour relativement à l'inscription d'un changement de genre à l'état civil. Une telle position peut susciter un certain nombre de réactions, d'autant que, si dans cette affaire la dimension « internationale » est bien présente et peut donner une certaine

³⁷ Point 41 à 44 de l'arrêt *Shipov* se référant directement au §60 des conclusions de l'Avocat général.

³⁸ Point 47 et s. de l'arrêt *Shipov*.

³⁹ Point 50 de l'arrêt *Shipov*.

⁴⁰ Point 56 de l'arrêt *Shipov*.

⁴¹ Point 37 de l'arrêt *Shipov*.

justification à la position de la Cour, on ne peut que s'interroger sur ce qui se serait passé s'il s'était agi d'un Bulgare transgenre qui, étant toujours en Bulgarie, avait invoqué son impossibilité d'exercer sa liberté de circulation malgré son souhait de le faire, en raison du défaut de conformité de son genre apparent et de son sexe « administratif » ? La situation n'aurait eu plus aucun caractère transfrontière, mais la liberté de circulation aurait pourtant toujours été au cœur de la problématique... On le voit, la barrière entre l'obligation des États de respecter les droits garantis par l'Union, spécialement la liberté de circulation, et l'autonomie des États en matière de réglementation de l'état civil et de l'état des personnes est plus que poreuse.

D'autre part, c'est du point de vue de la technique du droit international privé que l'arrêt étonne. Le débat doctrinal existant depuis des années sur la méthode à utiliser pour la réception dans l'ordre juridique interne des éléments de l'état des personnes ne découlant pas des décisions de justice, mais des actes non décisionnels, et spécialement des actes de l'état civil, apparaît en effet presque désuet au regard du raisonnement de la Cour. Elle ne contraint pas les États à reconnaître un changement d'état de la personne constaté dans un acte juridique, elle leur demande de procéder à une modification de leurs propres documents nationaux au nom d'un fait juridique existant à l'étranger... Les partisans de la méthode du conflit de lois, comme ceux de la méthode de la reconnaissance des situations n'avaient jamais envisagé l'hypothèse tant il semblait logique qu'une réalité factuelle devait être inscrite dans un acte, même non décisionnel, pour être une réalité juridique dont l'efficacité internationale était en question. Abstraction faite du cas particulier de perte ou de destruction des registres ou de l'acte en cause qui implique d'abord la question de la preuve de l'élément de l'état des personnes, la jurisprudence n'avait jusqu'alors porté que sur les effets à accorder à une situation constatée ou consacrée à l'étranger dans un acte non décisionnel, la plupart du temps un acte de l'état civil étranger. De même, l'utilisation de faits juridiques en tant qu'éléments de preuve d'un état ou d'un élément de l'état, comme la preuve d'une date ou d'un lieu de naissance ou de mariage pour démontrer l'existence d'une filiation, est un phénomène connu, mais il ne s'agit dans ce cas que de force probante des faits. Dans cette affaire, il ne s'agit pas de force probante, mais de reconnaissance de l'état d'une personne attesté uniquement par la réalité factuelle consistant pour une personne à vivre à l'étranger sous une autre identité de genre que celle inscrite dans son acte de naissance, ce qui est inédit. Faut-il désormais s'interroger sur les autres effets que cette reconnaissance de l'identité transgenre factuelle pourrait impliquer notamment en matière de filiation, de mariage et de partenariat enregistré ?

On le voit, la question des changements d'identité de genre entraînant des modifications de la mention du sexe dans des registres étatiques nationaux se pose dans des contextes et selon des configurations différentes, mais elle doit, en toute hypothèse, trouver un écho dans la réalité juridique transfrontière. D'autres interrogations se font jour lorsque l'on s'intéresse à la circulation internationale de l'identité dés sexuée.

II. La circulation internationale de l'identité dés sexuée

La réception en France d'un acte de l'état civil étranger dés sexué (A), *i.e.* sans indication de la mention du sexe ou indiquant un sexe neutre, engendre des problématiques qui se complexifient encore lorsque l'on s'interroge sur la prise en compte de l'état de la personne dés sexué (B).

A. La réception d'un acte de l'état civil étranger déssexué

En ce qui concerne les actes de l'état civil étrangers, ils peuvent être relatifs à des étrangers ou bien à des Français possédant des actes de l'état civil étrangers. Toutefois, que l'intéressé soit de nationalité étrangère ou bien française, les formalités obligatoires préalables à l'utilisation des actes de l'état civil étrangers en France sont les mêmes : ils doivent être traduits et légalisés. De prime abord, ces deux formalités sont indifférentes à la question de la mention du sexe. En effet, il n'est question que de la traduction du contenu du document et de l'authentification de la qualité du signataire et de sa signature⁴². En revanche, envisagée sous l'angle des instruments internationaux visant à créer des documents plurilingues dispensés de légalisation ou de formalités analogues comme l'apostille⁴³, la réponse est plus complexe.

Le Règlement UE 2016/1191 du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, dit Règlement documents publics, prévoit en annexe des certificats multilingues dispensés de légalisation ou formalités analogues. Ces derniers ne sont pas des documents autonomes et doivent être présentés aux autorités de l'État membre de réception accompagnés de l'acte original de l'état civil. Or, quant au sexe, ces certificats multilingues prévoient trois possibilités sous forme de case à cocher : masculin, féminin ou indéterminé⁴⁴. Les Conventions de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) n° 16 et n° 34 relatives à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil⁴⁵ permettent, quant à elles, la délivrance de véritables extraits plurilingues autonomes, *i.e.* qui n'ont pas à être accompagnés de l'acte original de l'état civil étranger. Ces extraits plurilingues sont eux aussi dispensés de légalisation ou formalités analogues. Élaborée en 1976, la Convention n°16 prévoit des extraits plurilingues indiquant la mention du sexe par une case blanche à remplir en précisant M pour masculin ou F pour féminin⁴⁶ et il n'est nulle part indiqué que cette mention peut ne pas être remplie. En revanche, si la Convention n°34 a, elle aussi, prévu une mention relative au sexe dans son extrait plurilingue relative à la naissance, c'est par un système de case à cocher, masculin ou féminin, et elle contient une possibilité de dispense d'indication du sexe dans son annexe 3, §12, c). Signée en 2014, elle tient compte de l'évolution sociétale et législative et prévoit qu'il est possible de ne pas remplir la mention du sexe, *i.e.* de ne pas cocher la case féminin ou masculin. Dès lors, tout État partie à la Convention n°34 doit accepter les extraits plurilingues dépourvus de la mention du sexe quand bien même le sexe serait une mention obligatoire selon leur droit interne et il en va de même des certificats issus du règlement indiquant un sexe indéterminé pour les États membres de l'Union européenne. Ces derniers ont été créés par un Règlement, *i.e.* un texte directement applicable et obligatoire dans les États membres, et aucune possibilité de les refuser n'a été prévue par le texte sauf en cas de doute raisonnable sur l'authenticité

⁴² Sur ces formalités préalables, *Rev. Solution notaire*, août 2023, n°27, p. 17, art. C. Bidaud.

⁴³ L'apostille a été créée par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. Sur l'apostille, V. not. P. CALLE, « De l'apostille à l'e-apostille, du registre au e-registre », *LP4*, 24 mai 2019, n° 144 p. 4.

⁴⁴ V. par exemple, la mention numérotée 4.5 pour le certificat multilingue relatif à la naissance (annexe 1 du règlement).

⁴⁵ Seule la Convention n°16 est en vigueur en France. Bien que signée par la France en 2015, la Convention n° 34, n'est en vigueur qu'en Allemagne, Belgique et Suisse.

⁴⁶ Cf. Formulaire A de la Convention n°16, mention n°7 et liste des symboles autorisés.

de l'acte que le certificat multilingue accompagne⁴⁷. Il s'agit cependant davantage d'un refus de l'acte lui-même que d'un refus du certificat à proprement parler.

Que l'on considère les certificats prévus par le Règlement documents publics ou les extraits plurilingues prévus par les Conventions de la CIEC, il faut garder à l'esprit qu'il ne s'agit que de la possibilité de produire des documents étrangers de l'état civil de manière simplifiée. Il n'est pas question de réglementer plus avant les effets qu'ils peuvent produire dans l'État de réception et surtout pas de dire si le contenu de ces documents, *i.e.* l'état de la personne qu'il contient, doit être reconnu⁴⁸. Seule l'équivalence entre leur force probante et celle des actes nationaux de l'État de délivrance est prévue par les Conventions CIEC⁴⁹.

Du point de vue du droit français, la question de la force probante de l'acte de l'état civil étranger se pose dans les mêmes termes et est régie par l'article 47 du Code civil que l'acte soit relatif à un Français ou à un étranger. Selon ce texte, il suffit que l'acte ait été rédigé « *dans les formes usitées* » dans le pays étranger pour qu'il soit doté de force probante. Dès lors, si la mention du sexe n'est pas obligatoire dans le pays émetteur de l'acte, ou bien s'il peut être indiqué X ou indéterminé à la place de masculin ou féminin, *i.e.* un « sexe neutre », selon sa législation, l'acte respectera bien les formes locales et devrait être considéré comme probant en France. Toutefois, le même texte prévoit également trois motifs de remise en cause de la force probante : l'irrégularité, la falsification et le défaut de conformité des faits à la réalité. Pour ce troisième motif, la dernière loi bioéthique du 2 août 2021⁵⁰, souhaitant mettre un coup d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation permettant la transcription dans les registres français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, a précisé que « *celle-ci (la réalité) doit être appréciée au regard de la loi française* ». La précision est difficilement intelligible tant on peine à comprendre la notion même de « conformité d'un fait à la réalité appréciée au regard de la loi française ». Des faits sont exacts ou inexacts, *i.e.* vrais ou faux, et cette acception ne change pas suivant la loi considérée. Si l'on dépasse la lettre du texte et que l'on se réfère à son esprit, notamment au regard des débats parlementaires entourant l'élaboration de cette loi bioéthique, on comprend qu'il ne s'agit pas de réalité factuelle, mais de réalité juridique, ce qui confine à un véritable examen de l'état de la personne consigné dans l'acte de l'état civil étranger. Un tel contrôle dépasse largement la question de la force probante et peut être qualifié de contrôle de régularité internationale de l'état de la personne constaté ou constitué à l'étranger. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'état de la personne constaté ou constitué à l'étranger l'a été conformément à ce que le droit français admet : la filiation a-t-elle été établie selon un mode d'établissement admis par le droit français ? Le mariage a-t-il été célébré selon des conditions admises par le droit français ? etc. Il s'apparente donc davantage à une méthode de réception de l'état de la personne visant à savoir s'il faut reconnaître cet état et lui faire produire ses effets en France, plutôt qu'à

⁴⁷ Cf. art. 14 du règlement.

⁴⁸ Cf. art. 2.4 du règlement UE : « *Le présent règlement ne s'applique pas à la reconnaissance dans un État membre d'effets juridiques attachés au contenu de documents publics délivrés par les autorités d'un autre État membre* ».

⁴⁹ Cf. Art. 8 de la Convention CIEC n°16 : « *Ils ont la même valeur que les extraits délivrés conformément aux règles de droit interne en vigueur dans l'État dont ils émanent* » et l'article 5.1 de la Convention CIEC n°34 : ils ont « *la même force probante que les extraits d'actes et certificats délivrés conformément aux règles de droit interne de l'État de délivrance* ».

⁵⁰ Sur ces questions, V. C. BIDAUD, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité « appréciée au regard de la loi française »... », *Rev. crit. DIP*, 2022, n°1, p. 529.

une simple admission de la force probante du document étranger visant à savoir si l'état de la personne existe à l'étranger, sans que l'on ne préjuge de ses effets en France⁵¹. Quant au sexe, cela signifie qu'il faut s'interroger sur l'existence dans le droit français d'une possibilité d'avoir un acte de l'état civil sans indication de la mention du sexe. Or, si le sexe peut être modifié dans les actes de l'état civil français depuis 1992⁵², *i.e.* passer de masculin à féminin et inversement, aucune disposition législative ne permet d'indiquer un sexe neutre ou de laisser vide l'indication du sexe au-delà d'un délai de trois mois à compter de la naissance et ce uniquement en cas de sexe indéterminable à la naissance⁵³. La Cour de cassation l'a rappelé en 2017⁵⁴ dans une affaire impliquant pourtant une personne intersexe possédant tous les certificats médicaux prouvant la réalité factuelle de son état. Dès lors, une analyse en termes de force probante au regard de l'article 47 du Code civil ne peut que conduire à constater qu'un acte de l'état civil étranger dépourvu d'indication du sexe ou indiquant un sexe neutre mentionnerait un « fait » non conforme « à la réalité appréciée au regard de la loi française » et serait donc dépourvu de force probante... Sauf à considérer qu'il faut faire jouer l'effet atténué de l'ordre public dans cette situation, il n'y a pas d'autre solution. Toutefois, cela reviendrait à mélanger un peu plus encore les effets matériels et les effets substantiels qu'un acte étranger peut produire. Les actes de l'état civil sont traditionnellement considérés comme des actes non décisionnels et, à ce titre, ils ne sont dotés que d'effets matériels. Ils ne peuvent que prouver l'existence d'un état de la personne à l'étranger, et non en assurer l'efficacité substantielle, *i.e.* la reconnaissance, en France⁵⁵. Cette dernière peut toujours être remise en cause et l'état de la personne considérée n'existe alors que dans l'ordre juridique étranger ayant permis sa constitution ou sa constatation. Il arrive ainsi qu'une personne soit mariée à l'étranger et que l'acte de mariage étranger fasse la preuve de l'existence de ce mariage à l'étranger, mais que l'état d'époux ne soit pas reconnu en France. L'ordre public, que l'on considère son effet plein ou son effet atténué, n'a pas vocation à interagir avec la force probante. Cela n'aurait pas de sens dans la mesure où l'objectif de l'ordre public est d'empêcher (effet plein) ou, au contraire, de permettre (effet atténué) l'efficacité substantielle, *i.e.* la reconnaissance, d'un état de la personne qui existe à l'étranger et dont la preuve est rapportée par un acte étranger qui satisfait aux conditions posées par l'article 47 du Code civil⁵⁶. Le rôle de l'ordre public n'est pas de faire disparaître le mode de preuve de l'état de la personne, pas plus que de le consolider.

Si l'acte étranger de l'état civil qui indique un sexe neutre ou qui ne comporte pas de mention relative au sexe est relatif à un Français ou à un binational français, se posera également la question de la transcription de cet acte dans les registres de l'état civil. En effet, à quelques exceptions près, seuls les actes relatifs à des Français peuvent être

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cf. *supra*.

⁵³ Cf. art. 57 al. 2 du Code civil.

⁵⁴ Cass. Civ. 1^e, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *D.*, 2017. 1399, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *ibid.* 1404, note B. MORON-PUECH ; *AJ Fam.*, 2017. 354, note J. HOUSSIER. V. aussi M. GOBERT, « Le sexe neutre ou la difficulté d'exister », *JCP*, 2017, n° 716.

⁵⁵ Sur ce point, V. C. BIDAUD, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par... », préc. et réf. citées.

⁵⁶ La proposition de règlement filiation fait pourtant intervenir l'ordre public pour contrer la force probante du certificat européen de filiation dont elle prône la mise en place... Sur cette question, V. C. BIDAUD, « L'ambiguïté de la notion de « reconnaissance » confrontée à la proposition de Règlement de l'Union européenne relative à la filiation », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 415.

transcrits dans les registres français de l'état civil⁵⁷. L'opération de transcription d'un acte étranger de l'état civil consiste en la création et l'inscription dans les registres nationaux d'un acte de l'état civil français lui correspondant et/ou dans certains cas en l'ajout d'une mention en marge d'un acte français. Or s'il est acquis que les mentions existant dans les actes dressés par certains pays (la religion, la cause du décès etc.), mais ne devant pas figurer dans les actes français, ne sont pas repris, il est impossible de laisser vide une mention requise par le droit français. Tous les actes de l'état civil français ne requièrent pas la mention du sexe du ou des intéressés⁵⁸, mais l'article 57 du Code civil prévoit *in fine* le caractère obligatoire de cette mention dans l'acte de naissance. Dès lors, il sera impossible de transcrire un acte de naissance étranger relatif à un Français ou un binational sans compléter la mention du sexe qui ne figure pas dans l'acte étranger. Dans cette situation, il est d'usage de compléter les mentions obligatoires dans l'acte français. Par exemple, si l'acte de mariage étranger ne comporte pas d'indication quant au régime matrimonial des époux, la présentation d'un document étranger relatif à un contrat de mariage enregistré par une autorité étrangère permettra d'inscrire l'existence de ce contrat dans l'acte de mariage français obtenu par transcription afin de satisfaire aux exigences posées par l'article 76 du Code civil. On le voit, la question est ici très différente de celle de la transcription d'un acte de naissance étranger d'une personne transgenre pour qui l'indication du « nouveau » sexe ne poserait pas de difficulté puisque le sexe est indiqué. Il resterait uniquement à savoir s'il faut faire état de l'acte ou du jugement étranger ayant autorisé cette modification en marge de l'acte de naissance français, l'indication du sexe étant, dans cette hypothèse, bien présente dans l'acte étranger. Quant à une demande de transcription dans les registres français d'un acte étranger ayant supprimé la mention du sexe ou indiquant un « sexe neutre », les mêmes arguments que ceux développés par les juges du Tribunal fédéral suisse dans sa décision du 8 juin 2023⁵⁹, pour refuser l'inscription du sexe neutre obtenue par l'une de leur ressortissante en Allemagne, pourraient être invoqués. En premier lieu, en France comme en Suisse, les règles relatives à la tenue des registres étatiques s'imposent à titre de loi de police et n'autorisent pas l'inscription de mentions inconnues du droit interne ou la suppression d'une mention obligatoire selon ce droit. Le sexe devant être indiqué dans l'acte de naissance selon l'article 57 du Code civil, il doit être mentionné en précisant masculin ou féminin. En second lieu, l'argument de la séparation des pouvoirs a conduit le Tribunal fédéral suisse à rappeler que l'inscription d'un « sexe neutre » dans les registres nationaux était du ressort du législateur, le juge ne pouvant s'affranchir de la loi relative à la tenue des registres. Or c'est précisément l'un des arguments que la Cour de cassation avait mis en avant dans sa décision du 4 mai 2017⁶⁰ pour refuser la suppression de la mention du sexe dans une affaire strictement interne relative à une personne intersexe. Il est certain qu'elle le développerait aussi dans une affaire impliquant l'obtention de cette identité dés sexuée à l'étranger pour l'un de ses nationaux puisque la question est celle de la transcription dans des registres étatiques.

Que l'indication du sexe fasse défaut ou que la mention de l'acte étranger précise X ou indéterminé, le problème est le même : les mentions de l'acte étranger ne permettent pas de rédiger les mentions obligatoires de l'acte de naissance français. L'intéressé devra

⁵⁷ Sur cette question, V. C. BIDAUD, « La transcription... », préc.

⁵⁸ V. l'art. 62 du Code civil pour l'acte de reconnaissance, l'art. 76 pour l'acte de mariage et l'art. 79 pour l'acte de décès.

⁵⁹ Préc.

⁶⁰ Préc.

accepter d'indiquer un sexe pour son état civil français, faute de quoi, il ne pourra pas obtenir de transcription et n'aura donc pas d'état civil français. Dans la mesure où la France demande un acte de naissance français pour délivrer les documents de voyages que sont la carte d'identité et le passeport⁶¹, cela implique qu'il ne pourra pas les obtenir... Compte tenu du raisonnement de la CJUE dans l'affaire *Shipov*⁶², il est possible qu'une telle position soit considérée comme constituant une entrave à la liberté de séjour et de circulation sur le territoire de l'Union européenne. En effet, sans état civil français, l'intéressé ne peut obtenir de document de voyage français et sans ces derniers, il ne peut exercer son droit à la liberté de circulation. La question ne s'est pas encore posée à la CJUE, mais compte tenu de l'évolution de sa jurisprudence, il est possible que, si l'identité dés sexuée a été « actée » dans un autre État, la Cour décide qu'il existe une contrariété au droit de l'Union. En paraphrasant l'arrêt *Shipov*, elle pourrait en effet soutenir qu'au regard des articles 20 et 21 TFUE, ainsi que des articles 7 et 45§1 de la Charte, lus en combinaison avec l'article 4 §3 de la Directive 2004/38/CE, une législation qui ne permet pas la reconnaissance juridique de cette identité dés sexuée et son inscription dans l'acte de naissance, alors que de cette inscription dépend la modification des énonciations figurant dans les documents d'identité, s'oppose au droit de l'Union en provoquant une entrave à la liberté de séjour et de circulation. Certes, dans une telle hypothèse, l'argument du doute sur l'authenticité du document de voyage en raison de la contradiction entre le sexe indiqué dans ledit document et l'apparence physique de la personne ne pourrait pas être invoqué puisqu'aucun sexe ne serait indiqué. Mais dans la mesure où les textes de l'Union européenne relatifs aux passeports et aux cartes d'identité, *i.e.* le règlement (CE) 2252/2004 et le règlement 2025/1208⁶³, prévoient à la fois une mention du sexe et une dispense de remplir cette mention ainsi qu'une possibilité d'indiquer un sexe indéterminé, il n'est pas certain que l'argument puisse prospérer. Il pourrait, en effet, être soutenu qu'une obligation de remplir cette mention, alors que la personne ne se considère pas comme appartenant à l'un ou l'autre des sexes et que cette identité dés sexuée est attestée par un document étranger, est contraire au droit de l'Union. Il est vrai que, pour l'instant, Cour EDH n'impose pas aux États de sortir du schéma binaire masculin/féminin. En effet, au sujet du refus d'inscription d'une personne intersexe comme étant de sexe neutre dans les registres de l'état civil français, dans sa décision du 31 janvier 2023, *Y. c/ France*⁶⁴, elle a conclu à une absence de violation de l'article 8. Elle a estimé qu'en l'absence de consensus des États membres du Conseil de l'Europe, il convient « *d'accorder une importance particulière au rôle de décideur national* »⁶⁵ à qui il revient de déterminer « *à quel rythme et jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées* »⁶⁶. Le droit à l'autodétermination sexuelle découlant de l'article 8 de la Convention EDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'interprété par la Cour impose aux États uniquement de prévoir une procédure dans leur droit interne permettant aux individus de modifier la mention de leur sexe/genre à l'état civil⁶⁷. La CJUE ira-t-elle

⁶¹ Cf. art. 4 du Décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité et art. 5 du Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports.

⁶² Cf. *supra*.

⁶³ Sur ces Règlements, V. les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Shipov* et l'analyse qu'il en fait, spéc. points 69 et s.

⁶⁴ CEDH, 31 janvier 2023, *Y. c/ France*, n° 76888/17 : D., 2023, p. 400, obs. B. MORON-PUECH ; *AJ fam*, 2023, p.168, obs. L. BRUNET ; *ibid.* 70, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE. *Addé*, F. MARCHADIER, « Sexe, sexualité et CEDH : entre individualisme et tradition », *Dr. Fam.*, janvier 2026, n°1, p. 46.

⁶⁵ §90 de l'arrêt *Y. c/ France*.

⁶⁶ §91 de l'arrêt *Y. c/ France*.

⁶⁷ CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, préc.

plus loin en combinant ce droit à l'autodétermination sexuelle avec les droits et libertés garantis par le droit de l'Union, spécialement le droit à la libre circulation ? La réponse arrivera sans doute au détour d'une affaire dont ce sera l'objet, à moins qu'elle ne survienne lors d'un litige relatif aux conséquences d'un état civil déssexué au regard de la prise en compte de l'état des personnes.

B. La prise en compte de l'état de la personne déssexué

En admettant que la preuve du « sexe neutre » existant à l'étranger soit rapportée, par un acte ou un jugement étranger, cet état déssexué de la personne serait-il reconnu en France ? La question n'est plus ici celle de la preuve de l'état de la personne existant à l'étranger, ni celle de la transcription de l'acte étranger dans les registres de l'état civil français, mais celle des effets qu'il s'agit de faire produire à cet état de la personne en France. Deux hypothèses doivent être envisagées. Dans la première, la suppression de la mention du sexe ou l'indication d'un « sexe neutre » a été obtenue dans une véritable décision étrangère, *i.e.* un jugement ou un acte décisionnel, et le raisonnement à suivre est alors le même qu'en cas de réception d'une décision étrangère ayant statué sur une modification de la mention du sexe⁶⁸. La décision en cause devrait bénéficier d'une reconnaissance de plein droit tant qu'un contrôle de régularité internationale n'a pas été effectué. Si ce contrôle est déclenché, spécialement par le biais d'une procédure d'*exequatur*, les trois conditions posées par l'arrêt *Cornelissen*⁶⁹ seront examinées⁷⁰. Quant à la compétence indirecte de l'autorité étrangère qui a statué, il conviendra de vérifier que la question avait un lien suffisant avec le pays de cette autorité. S'il agit d'un national de ce pays, le lien est évident. S'il s'agit d'un Français ou d'un étranger non ressortissant de cet État, le lien pourrait également être caractérisé notamment en cas de résidence habituelle de l'intéressé dans ce pays. En toute hypothèse, il ne semble pas exister de compétence exclusive du juge français en matière de modification du sexe, dès lors que l'inscription de la mention du sexe, sa suppression ou l'indication d'un sexe neutre dans des registres nationaux, spécialement ceux de l'état civil, n'est pas en cause. La fraude à la loi ne semble pas non plus être un argument pertinent pour faire échec en France aux effets de cette identité déssexuée obtenue dans une décision étrangère. En effet, la fraude à la loi implique la manipulation de l'élément de rattachement de la règle de conflit dans l'unique but d'obtenir un changement de loi applicable. Or, si un changement d'élément de rattachement pourrait être constaté, *i.e.* notamment le remplacement de la loi personnelle prévue par l'article 3 al. 3 du Code civil par la résidence habituelle prévue par la règle de conflit étrangère, il s'agirait en réalité d'un changement de règle de conflit lié à la saisine de l'autorité étrangère et non du changement de l'élément de rattachement de la même règle de conflit. Surtout, la preuve de l'intention frauduleuse serait, comme toujours, très délicate à rapporter, en particulier si l'intéressé est binational ou s'il réside dans le pays dans lequel il a obtenu une déssexuation de son identité. Resterait la contrariété de la décision à l'ordre public français en matière internationale et elle semble pouvoir être mobilisée. Il existe certes un mouvement de fondamentalisation de l'ordre public et, à ce titre, le droit à l'autodétermination sexuelle découlant de l'article 8 de la Convention EDH pourrait être invoqué. Toutefois, on l'a dit, la Cour EDH

⁶⁸ Cf. *supra* I. A.

⁶⁹ Préc.

⁷⁰ Pour une étude prospective de ces conditions de régularité face à une décision « actant » un sexe neutre, V. le commentaire de la décision du Tribunal fédéral suisse du 8 juin 2023 rédigé par G. SALAME et G. KESSLER, préc.

n'impose pas, pour l'instant, de sortir du schéma de la binarité sexuelle. Au-delà, la proximité de la situation avec la France, et spécialement la nationalité ou la résidence habituelle de l'intéressé, ne semble pas pouvoir plaider en faveur d'une reconnaissance de cette identité dés sexuée. Au contraire, s'il s'agit d'un Français, la question de la transcription de son acte étranger se poserait, et, s'il s'agit d'un étranger, la question de la prise en compte de son identité dés sexuée dans la suite de sa « vie juridique » sur le territoire français ne peut être passée sous silence⁷¹.

Dans la seconde hypothèse, la dés exuation de l'identité aurait été acquise à l'étranger dans un acte non décisionnel et, faute d'action visant à la reconnaissance de l'état des personnes constaté ou constitué à l'étranger dans un acte non décisionnel, la question ne pourra se poser qu'au cours d'une instance ayant un autre objet. S'il s'agit d'un Français, il pourrait s'agir d'une instance ayant pour objet la contestation du refus de transcription de l'acte étranger dans les registres de l'état civil français. On l'a dit, cette transcription paraissant impossible, il est fort probable que l'instance se solde par un refus de reconnaissance de l'état dés exué de l'intéressé. Il pourrait toutefois s'agir d'une instance relative à d'autres événements de la « vie juridique » de l'intéressé, en particulier une question de mariage ou de filiation. Pour le dire autrement, une personne dont l'identité est dés exuée, *i.e.* qui possède un acte de naissance, plus généralement un « document » étranger n'indiquant pas le sexe ou indiquant un sexe neutre, peut-elle librement se marier et être inscrite dans l'acte de naissance de son enfant comme son parent en France ?

En ce qui concerne le mariage la question est d'autant plus délicate que, si l'acte de mariage français ne mentionne pas le sexe des époux et comporte systématiquement des catégories de mentions intitulées « Époux/ Épouse » ou « Époux/se » depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013⁷², la constitution du dossier préalable au mariage implique la remise de l'acte de naissance de chacun des futurs époux⁷³. Si l'acte de naissance de l'un des futurs époux est étranger et qu'il ne mentionne pas le sexe ou bien un sexe neutre, sera-t-il accepté par l'officier de l'état civil français ? On revient ici sur la même question que celles précédemment évoquées : cet acte, s'il passe l'étape des formalités préalables, sera-t-il considéré comme probant au sens de l'article 47 du Code civil ? On l'a dit, compte tenu de l'obligation de « conformité des faits à la réalité appréciée au regard de la loi française » et de l'absence de possibilité dans le droit français d'avoir un état civil dés exué, une réponse négative devrait s'imposer. Toutefois, il y aurait alors un non-sens absolu : il faut avoir un sexe déterminé pour pouvoir se marier, alors qu'il n'existe plus de condition de différence de sexe et que le sexe n'est pas mentionné dans l'acte de mariage... Au-delà, une telle position serait difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour EDH qui, sur le fondement de l'article 12 garantissant le droit de se marier, avait condamné le Royaume-Uni dont la législation aboutissait à une interdiction du mariage des personnes dites, à cette époque, transsexuelles⁷⁴ et la CJUE lui avait emboité le pas dans une décision impliquant également l'impossibilité de se marier pour les personnes transsexuelles⁷⁵. Ces décisions impliquent des personnes

⁷¹ Cf. *infra*.

⁷² Sur ce point, V. Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), NOR : JUSC1312445C.

⁷³ Art. 70 du Code civil.

⁷⁴ CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, préc.

⁷⁵ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01, *Dr. fam.*, 2004, n° 62, note A. GOUTTENoire.

transgenres et non des personnes de sexe neutre, ce qui invite à la prudence quant à un raisonnement par analogie. Toutefois, il s'agit dans les deux cas d'une entrave au droit de se marier et il n'est pas évident que la Cour EDH ou la CJUE impose aux intéressés de choisir un sexe dans l'unique but de pouvoir exercer son droit au mariage puisque, selon le droit français, le mariage n'implique pas de différence de sexe et l'acte de mariage ne mentionne pas le sexe des époux.

Quant à la filiation, la prise en compte de l'absence de sexe ou du sexe neutre du ou des parents est encore plus complexe. On se souviendra des difficultés liées à l'établissement de la filiation pour les parents ayant obtenu une modification de la mention de leur sexe à l'état civil français tout en conservant les capacités reproductives de leur sexe biologique et, spécialement, de la décision de la Cour d'appel de Toulouse du 9 février 2022 statuant sur renvoi de la Cour de cassation⁷⁶. Dans cette affaire, une femme transgenre avait conservé ses capacités reproductives masculines et avait engendré charnellement un enfant avec son épouse. Elle avait établi devant notaire un acte de reconnaissance prénatale de maternité dont elle demanda la transcription sur l'acte de naissance de l'enfant. En première instance⁷⁷, comme devant la Cour d'appel de Montpellier⁷⁸, sa demande fut rejetée, les magistrats rappelant qu'en droit français, la mère est la femme qui accouche tout en précisant que « *outre la reconnaissance de la pleine autorité parentale, seule la mention sur l'acte de naissance de l'enfant de l'intéressée comme "parent biologique" est de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établi la réalité de sa filiation biologique avec le droit de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant et le droit au respect de sa vie privée* ». Saisie de l'affaire, la Haute Juridiction cassa l'arrêt en 2020 en rappelant que la notion de « parent biologique » était inconnue du droit français et que celui-ci ne permettait pas l'inscription de deux filiations maternelles à l'égard d'un même enfant hors adoption. Selon la Cour, seule une reconnaissance de filiation paternelle pouvait être envisagée en présence d'un refus de l'adoption intraconjugale. La Cour d'appel de Toulouse ne s'est toutefois pas inscrite dans la lignée de la Cour de cassation. Elle a d'abord précisé que l'article 320 du Code civil, interdisant l'établissement de deux liens de filiation paternelle ou de deux liens de filiation maternelle l'égard d'un même enfant, « *a été pris à une époque où les personnes transgenres n'étaient pas affranchies de toute exigence médicale* ». Puis, elle a rappelé que la loi de bioéthique n° 2021-1017 du 2 août 2021, adoptée postérieurement à la décision de la Cour de cassation, « *n'a pas apporté de précision sur ce point, laissant présumer que le législateur a préféré laisser au juge le soin de régler cette question dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation des intéressés* ». Cette loi ayant ouvert la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules et permis l'inscription de deux liens de filiation maternelle dans l'acte de naissance de l'enfant ainsi conçu, l'argument était loin d'être dénué de sens. Enfin, considérant que l'identité sexuelle de la mère transgenre ne pouvait être niée et, statuant tant au regard du droit au respect de la vie privée et du droit à l'autodétermination sexuelle (Conv. EDH, art. 8 et 14), qu'à la lumière des droits fondamentaux et de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle a tranché en faveur de l'établissement judiciaire du second lien de filiation maternelle et en a ordonné la transcription sur l'acte de naissance de l'enfant.

⁷⁶ CA Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128, rendu sur renvoi sur à la suite de Cass. 1re civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251 : *Dr. fam.*, 2022, comm. 51, C. SIFFREIN-BLANC. Sur l'ensemble de l'affaire, V. *Dr. fam.*, Novembre 2025, dossier n°9, *La parenté transgenre*, art. A. MARAIS, et réf. citées.

⁷⁷ TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n° 15/05019.

⁷⁸ CA Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059 : *Dr. Fam.*, 2019, comm. 6, note H. FULCHIRON ; *RDLF*, 2018, chron. n°26, com. B. MORON-PUECH.

Une telle argumentation pourrait-elle permettre l'inscription d'un lien de parenté déconnecté de tout rattachement au sexe du parent ? Pour le dire autrement, l'inscription d'une personne, ayant été reconnue comme « de sexe neutre » à l'étranger, en tant que parent d'un enfant sans référence à un lien de filiation paternelle ou maternelle est-elle envisageable en France ? Rien n'est moins sûr... On relèvera qu'en droit interne, il n'existe que des liens de filiation sexués. L'enfant peut ainsi avoir un père et/ou une mère, ou deux mères, ou encore deux pères selon les situations et selon le mode d'établissement de la filiation (effet de la loi, reconnaissance séparée ou conjointe, adoption...). Pour les personnes transgenres ayant conservé les capacités reproductives de leur sexe biologique, la question est de savoir s'ils peuvent être inscrits en tant que mère s'il s'agit d'une femme transgenre ou en tant que père s'il s'agit d'un homme transgenre. Les décisions précédemment évoquées montrent que la réponse est loin d'être évidente. Contrairement aux textes relatifs aux droits et devoirs des parents, ceux relatifs à l'établissement non contentieux de la filiation utilisent des termes sexués qui varient suivant le mode d'établissement de la filiation : mère, père, présomption de paternité, reconnaissance de maternité ou de paternité, etc. Il est vrai que ce caractère sexué n'existe pas dans l'article 317 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation par possession d'état qui prévoit que « *chacun des parents, ou l'enfant, peut demander à un notaire que lui soit délivrer un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à la preuve contraire* ». Il n'est pas plus présent dans les dispositions relatives à l'adoption qui désignent le ou les adoptants par les vocables : époux, partenaires, concubins et personne. Il serait toutefois bien audacieux d'en déduire une possible désexuation du lien de filiation. Ces textes ont été pensés, débattus et adoptés en référence à des liens de filiation paternelle et maternelle et l'esprit de la loi commande de les interpréter en ce sens. En outre, les actes de naissance français comportent toujours deux rubriques pour désigner les parents qui peuvent indiquer suivant la situation : Père et Mère, Mère et Mère ou Père/Mère et Mère/Père⁷⁹. Il n'est jamais question de parent n°1 et de parent n°2. Là encore, rien ne permet de déconnecter le lien de filiation du sexe du parent. Aussi, en présence d'un parent possédant un acte étranger et/ou des documents de voyage n'indiquant pas la mention du sexe ou bien indiquant un sexe neutre, il n'est pas possible d'établir, même judiciairement, un lien de filiation sans référence à la paternité ou à la maternité. Comme l'a relevé la Cour de cassation en 2020, l'établissement d'un lien de filiation sans référence à une paternité ou une maternité « *crée par voie prétorienne, une nouvelle catégorie non sexuée de "parent biologique"* » ce qui, « *même en faisant appel à des principes supérieurs reconnus au niveau international* », conduit à violer les dispositions de l'article 57 du Code civil. En l'état actuel du droit, ce parent devrait donc nécessairement « choisir » entre une filiation paternelle ou maternelle. On relèvera que, si la Cour EDH n'a pas encore été saisie des questions de l'établissement et de l'inscription à l'état civil d'un lien de filiation désexuée, il serait étonnant qu'elle contraigne les États à s'engager dans cette voie au regard de sa jurisprudence précédemment évoquée en matière d'inscription du sexe neutre dans l'acte de naissance de l'intéressé lui-même. Ce serait d'autant plus incongru qu'elle a d'ores-et-déjà jugé que l'acte de naissance d'un enfant n'avait pas à mentionner le genre actuel du parent

⁷⁹ Cf. les modèles d'acte de naissance délivrés depuis la loi du 17 mai 2013 en cas d'adoption par un couple de même sexe et prévus par la Circulaire du 29 mai 2013 (préc.), ainsi que les modèles d'actes de naissance délivrés en cas de procréation médicalement assistée par un couple de femmes et prévus par la Circulaire du 21 septembre 2021 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, NOR JUSC2127286C.

transgenre qui l'avait engendré grâce à la conservation des capacités reproductives de son sexe biologique. En effet, dans ses décisions 4 avril 2023⁸⁰, elle a estimé qu'en l'absence « *de consensus parmi les États européens sur la question de savoir comment indiquer, dans les registres de l'état civil concernant un enfant, que l'une des personnes ayant les qualités de parent est transgenre* »⁸¹, il appartenait aux États de décider de quelle manière la filiation devait être indiquée dès lors que ce lien de filiation pouvait exister.

Si les notions de sexe et de genre, la modification de la mention du sexe à l'état civil en raison d'une transidentité de genre et l'établissement de la filiation pour un parent transgenre induisent nombre d'interrogations juridiques, plus encore dans un contexte international, les difficultés croissent lorsque l'on envisage la désexuation de l'identité. Les réponses aux questions qui se posent peuvent être multiples et il appartient au législateur de les donner. Il reste toutefois à espérer que, le jour où il le fera, il se souciera davantage de la cohérence du droit qu'il ne l'a fait en 2016 lorsqu'il a décidé d'admettre la modification du sexe à l'état civil en raison du genre vécu par l'intéressé sans se soucier des conséquences que cela allait engendrer particulièrement en matière d'établissement de la filiation. S'il est certain qu'une réforme en profondeur du système d'état civil français⁸², au-delà de la seule question de la circulation internationale des actes de l'état civil, est urgente, faut-il aller jusqu'à séparer nettement l'identité de l'identification ? Et si, plus modestement, au lieu de confondre le sexe et le genre, de désigner l'un par le nom de l'autre ou de vouloir supprimer toute référence à l'un, à l'autre ou aux deux, on acceptait de les faire cohabiter officiellement ? La solution pourrait-elle venir de l'inscription des deux dans les actes de l'état civil et/ou dans les documents de voyages ? La piste mériterait d'être explorée...

⁸⁰ CEDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, req. nos 53568/18 et 54741/18 et CEDH 4 avril 2023, *A.H. et autres c/ Allemagne*, req. n° 7246/20 : *AJ fam.* 2023. 290, et 245, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.*, 2023, p. 604, obs. A.-M. LEROYER ; *Dr. fam.*, 2023, Chron. 4, obs. A. GOUTTENOIRE et F. MARCHADIER.

⁸¹ §114 des deux arrêts.

⁸² Sur cette question, V. N. NORD, « L'officier de l'état civil et le droit étranger. Analyse critique et prospective d'une défaillance française », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 5.

La reconnaissance transfrontalière d'un changement de genre juridique : une analyse du point de vue du système juridique espagnol à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-4/23, *Mirin*

Par Carlos SANTALÓ-GORIS,
Chercheur postdoctoral,
Université du Luxembourg.

I. Introduction

Au cours des dernières décennies du XXe siècle, de nombreux systèmes juridiques nationaux ont commencé à reconnaître que le sexe biologique d'une personne ne correspondait pas nécessairement au genre auquel elle s'identifie.¹ Cette nouvelle approche du genre a permis l'introduction de nouvelles procédures visant à faciliter le changement légal de genre.² À l'exception de quelques-uns, tous les États membres de l'UE disposent de ce type de procédures, bien que les conditions puissent varier considérablement d'un État à l'autre. L'UE n'a pas de compétence dans ce domaine. Les questions d'état civil relèvent de la compétence des États membres.³ Toutefois, comme dans de nombreux autres domaines du droit qui relèvent en principe de la compétence exclusive des États membres, la procédure d'obtention du changement de genre légal n'est pas totalement isolée de l'influence du droit de l'Union européenne. Si, alors qu'il réside dans un État membre autre que celui dont il est ressortissant, un citoyen de l'Union européenne obtient un changement d'identité de genre dans un État membre et souhaite le faire reconnaître dans un autre, le droit de l'Union européenne devrait-il apporter une réponse à ce scénario ? L'absence de reconnaissance d'un changement d'identité de genre dans ce scénario particulier peut entrer en conflit avec le droit de l'Union européenne, en particulier avec le droit des citoyens de l'Union à la libre circulation et au séjour. C'est là l'essence de la question principale qui sous-tend l'affaire *Mirin* devant la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »).⁴

En s'appuyant sur l'affaire *Mirin*, cet article examine plusieurs aspects liés au changement d'identité de genre qui ressortent de l'arrêt. Il suit une structure en trois parties, qui établit le contexte des questions juridiques en jeu. La première partie offre un aperçu général de la situation du changement d'identité de genre dans l'UE, ainsi que de l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») et la CJUE concernant la procédure de changement d'identité de genre. La deuxième partie explore l'affaire *Mirin* elle-même et analyse l'arrêt. La dernière section de l'article examine l'impact de l'affaire *Mirin* sur la reconnaissance transfrontalière des décisions

¹ Pour un aperçu historique des travaux théoriques et scientifiques sur la dissociation entre le sexe biologique et le genre, voir : J.-A. MORENO et al., « A Brief Historic Overview of Sexual and Gender Diversity in Neuroscience: Past, Present, and Future », *Frontiers in Human Neuroscience*, 2024, pp. 1-11 ; E. SCHIAPPA, *The Transgender Exigency: Defining Sex and Gender in the 21st Century* Routledge, 2022, pp. 15–32.

² Dans cet article, l'expression « changement d'identité de genre » sera utilisée de manière interchangeable avec celle de « reconnaissance juridique du genre ». Selon la Commission européenne, la reconnaissance juridique du genre pourrait être définie comme le « ou les processus par lesquels des personnes demandent la modification de leur prénom et de l'indicateur de genre dans leurs dossiers administratifs afin que les registres officiels et leurs documents, y compris les documents d'identité, les actes de naissance ou d'état civil » (Commission européenne, *Legal gender recognition in the EU. The journeys of trans people towards full equality*, Union européenne 2020, vii). La Suède a été le premier État membre de l'UE à adopter une loi spécifique établissant une procédure pour obtenir un changement de nom et de sexe à l'état civil : Loi (1972:119) sur la détermination du genre dans certains cas (*Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall*).

³ Parlement européen, *Life in Cross-Border Situations in the EU - A Comparative Study on Civil Status*, Union européenne 2013, p. 6.

⁴ CJUE, 4 octobre 2024, C-4/23, *M-AA c. Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă [Mirin]*.

relatives au changement d'identité de genre du point de vue du système juridique espagnol. Plus concrètement, elle explore comment une décision étrangère relative à un changement d'identité de genre à l'étranger peut être enregistrée au sein du registre civil espagnol, et dans quelle mesure l'affaire *Mirin* affecte le régime actuel d'introduction d'un tel changement.

II. Les approches nationales, de la CEDH et de la CJUE en matière de changement d'identité de genre

La procédure d'obtention d'un changement d'identité de genre dépend fortement du droit national des États membres. Néanmoins, l'approche adoptée par les États membres en matière de changement d'identité de genre a été façonnée au cours des dernières décennies par la jurisprudence de la CEDH, qui a également influencé la CJUE. Pour bien comprendre la situation du changement d'identité de genre dans l'Union européenne, ces trois niveaux – les solutions nationales, la jurisprudence de la CEDH et celle de la CJUE – doivent être examinés de près.

A. La changement d'identité de genre dans les États membres

En matière de changement d'identité de genre, le panorama européen présente une situation fragmentée.⁵ Chaque État membre dispose de sa propre solution. Il est néanmoins possible de distinguer trois grandes catégories.⁶

Un premier groupe d'États membres regrouperait ceux qui ont mis en place une procédure relativement simple pour obtenir le changement d'identité de genre, fondée sur le principe d'autodétermination du genre. De manière générale, le changement d'identité de genre par autodétermination permet aux personnes de changer légalement de genre en en faisant simplement la demande auprès des autorités compétentes de l'État, sans autre condition.⁷ Ce système d'obtention du changement d'identité de genre a été mis en place ces dernières années dans des pays tels que l'Allemagne (2024),⁸ le Luxembourg (2018),⁹ ou l'Espagne (2023).¹⁰

Une deuxième catégorie d'États membres comprend ceux dans lesquels l'obtention du changement d'identité de genre est possible, mais n'est pas aussi simple que dans les États membres qui ont mis en place des procédures fondées sur l'autodétermination. C'est le cas en France, où une décision judiciaire est requise pour obtenir le changement

⁵ Pour un aperçu détaillé de la situation de la reconnaissance juridique du genre (LGR) en Europe, voir la « Trans Rights Map », cofinancée par l'Union européenne : TGEU, « Trans Rights Map » : <https://transrightsmap.tgeu.org/> [consulté le 10 mars 2026].

⁶ Pour une classification différente des approches des États membres en matière de reconnaissance juridique du genre, v. Commission européenne, *Legal Recognition of Gender in the EU: The Journey Toward Full Equality for Transgender People*, Union européenne 2020, pp. 116–117 ; A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck 2024, p. 244.

⁷ Conseil de l'Europe, *Rapport thématique sur la reconnaissance juridique du genre en Europe – Premier rapport thématique d'examen de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5* (2022) 19.

⁸ Loi du 19 juin 2024 sur l'autodétermination en matière d'indicateurs de genre (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag*, BGBl I 2024 n° 206).

⁹ Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil, Mémorial A797.

¹⁰ Loi 4/2023 du 28 février relative à l'égalité réelle et effective des personnes transgenres et à la garantie des droits des personnes LGTBI, « BOE » n° 51, du 1er mars 2023, pp. 30452-30514 (*Ley 4/2023, de 28 de febrero, sobre la igualdad real y efectiva de las personas transgénero y la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, «BOE» n.º 51, de 1 de marzo de 2023, páginas 30452 a 30514). Pour un aperçu historique complet de la procédure d'obtention d'un LGR en Espagne, v. la section V.1 de cet article.

légal de genre.¹¹ D'autres États membres exigent encore un diagnostic de dysphorie de genre ou de « transsexualisme », comme la Lituanie¹² ou la Croatie.¹³

La dernière catégorie regrouperait les États membres dans lesquels le changement d'identité de genre est très difficile à obtenir, voire impossible, car expressément interdit. La Roumanie appartiendrait à la première sous-catégorie. La procédure judiciaire pour obtenir un changement d'identité de genre n'est pas claire. Certains tribunaux roumains exigent encore certaines conditions médicales pour obtenir un changement d'identité de genre, comme une chirurgie de réassignation sexuelle.¹⁴ La Hongrie se trouve dans la deuxième sous-catégorie. En 2020, elle a adopté une législation stipulant que le seul genre reconnu en Hongrie est celui qui correspond au sexe biologique d'une personne.¹⁵ De même, en Bulgarie, la Cour constitutionnelle a déterminé que seul le sexe biologique d'une personne doit être pris en compte pour déterminer son genre.¹⁶

B. *L'approche de la CEDH en matière de changement d'identité de genre*

La CEDH a déclaré à plusieurs reprises que la CEDH est « un instrument vivant » en ce sens que son interprétation doit être faite à la lumière des « conditions actuelles ».¹⁷ La position de la CEDH sur la reconnaissance juridique du genre reflète bien l'idée que la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument vivant. Son approche concernant la possibilité de changer légalement le genre d'une personne a considérablement évolué au cours des quarante dernières années. Certaines de ses décisions ont joué un rôle déterminant dans l'introduction de procédures permettant de changer légalement de genre dans certains États parties à la CEDH.¹⁸

Les premières affaires concernant le changement d'identité de genre portées devant la CEDH remontent au milieu des années 1980. Ces deux affaires concernaient le Royaume-Uni. La première d'entre elles était l'affaire *Rees c. Royaume-Uni*.¹⁹ Cette affaire trouve son origine dans le refus, par le Bureau général de l'état civil d'Angleterre et du Pays de Galles, d'une demande visant à modifier le sexe indiqué sur un acte de naissance, de « masculin » à « féminin », pour une personne ayant subi une opération de réassignation sexuelle et ayant changé de nom.²⁰ Elle soutenait que le refus de modifier l'acte de naissance, et donc de changer de genre, constituait une violation de l'article 8

¹¹ Code de procédure civile, art. 1055-5.

¹² E. LEONAITĖ ET A. JURGAITE, *Teisė i lytinės tapatybės pripažinimą Lietuvoje : Nacionalinė apžvalga*, Conseil de l'Europe 2022, pp. 16–17 <https://tm.lrv.lt/media/viesa/saugykla/2024/5/JYtImX06i0M.pdf> [consulté le 10 mars 2026].

¹³ Ordonnance relative aux modalités de collecte de la documentation médicale et à la détermination des conditions et des prérequis pour le changement de sexe ou la vie sous une identité de genre différente (*Pravilnik o načinu prikupljanja medicinske dokumentacije te utvrđivanju uvjeta i pretpostavki za promjenu spola ili o životu u drugom rodnom identitetu*), art. 4.

¹⁴ Cour EDH, *X et Y c. Roumanie*, req. n° 2145/16 et 20607/16, arrêt du 19 janvier 2021, paragraphe 74.

¹⁵ S. ROBBACH, « Kollisionsrecht und Geschlecht im Wandel – Die internationalprivatrechtliche Behandlung der Geschlechtszugehörigkeit de lege lata und de lege ferenda » in K. DUDEN (éd.), *IPR für eine bessere Welt*, Mohr Siebeck 2022, p. 129.

¹⁶ Cour constitutionnelle bulgare, *décision interprétative n° 15, affaire 6/2021* : <https://www.constcourt.bg/en/case-591> [consultée le 10 novembre 2025].

¹⁷ Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978), paragraphe 31 ; Cour EDH *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, paragraphe 101 ; Cour EDH *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008, paragraphe 146 ; Cour EDH, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, arrêt du 12 mai 2005, paragraphe 163.

¹⁸ L. HOLZER, « Legal Gender Recognition in Times of Change at the European Court of Human Rights », 23 ERA Forum 165, 2022, p. 172.

¹⁹ Cour EDH, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81, arrêt du 16 octobre 1986.

²⁰ Cour EDH, *Rees c. Royaume-Uni*, *ibid.*, paragraphes 12 à 16.

de la CEDH, qui protège le droit à la vie privée, ainsi que de l'article 12, qui protège le droit de se marier. La CEDH a estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article 8. Elle a jugé que l'introduction d'une telle modification dans l'acte de naissance nécessiterait une réforme générale du « système d'enregistrement des naissances » qui affecterait « le reste de la population ».²¹ Pour cette raison, la CEDH a estimé qu'il existait un intérêt public prépondérant qui l'emportait sur la violation potentielle du droit à la vie privée. La CEDH a suivi une approche similaire dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*.²² Cette affaire présente des circonstances presque identiques à la précédente. Là encore, la requérante était une personne transgenre qui, après avoir subi une chirurgie de changement de sexe, a vu sa demande de modification de son acte de naissance conservé au registre général du Royaume-Uni rejetée.²³ La CEDH a réaffirmé qu'il n'y avait pas violation de l'article 8 ni de l'article 12 de la CEDH. Toutefois, tant dans l'affaire *Rees* que dans l'affaire *Cossey*, la CEDH a reconnu « la gravité des problèmes auxquels sont confrontés les transsexuels et la détresse qu'ils subissent » et a laissé la porte ouverte à un éventuel changement d'approche.²⁴

Un premier aperçu d'un tel changement d'approche a pu être observé dans l'affaire *B c. France*.²⁵ Cette affaire concernait une citoyenne transgenre française qui souhaitait changer son sexe sur le registre de l'état civil et d'autres documents officiels.²⁶ Contrairement à sa jurisprudence antérieure sur l'impossibilité de changer légalement de sexe au Royaume-Uni, la CEDH a estimé qu'il y avait eu violation du droit à la vie privée dans cette affaire.²⁷ La CEDH a expressément établi une distinction entre la situation d'une personne transgenre en France et celle d'une personne transgenre au Royaume-Uni.²⁸ Étant donné que la France comptait davantage de documents d'identité indiquant le sexe de la personne, et compte tenu des difficultés liées au changement de nom, l'impossibilité de changer légalement de genre constituait une violation du droit à la vie privée.²⁹ Toutefois, les conséquences de cet arrêt semblaient limitées à la France et à ses circonstances spécifiques.³⁰

Ce n'est qu'avec l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* que la CEDH a reconnu pour la première fois que l'article 8 de la CEDH impose aux États signataires une obligation positive de mettre en œuvre la reconnaissance du changement de genre chez les transsexuels ayant subi une opération chirurgicale, notamment par la modification de leurs données d'état civil.³¹ Toutefois, la protection du changement d'identité de genre

²¹ Cour EDH, *Rees c. Royaume-Uni*, *ibid.*, paragraphe 43.

²² Cour EDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84, arrêt du 27 septembre 1990.

²³ Cour EDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, *ibid.*, paragraphes 2.1 à 2.5.

²⁴ Cour EDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, *ibid.*, paragraphe 42.

²⁵ Cour EDH, *B c. France*, req. n° 13343/87, arrêt du 25 mars 1992.

²⁶ *Ibid.* paragraphe 43.

²⁷ Cour EDH, *B c. France*, *op. cit.* (n° 25), paragraphe 63.

²⁸ En ce sens : K. WALKER, « Moving Gaily Forward? Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe », *Melbourne Journal of International Law*, 2001, pp.122 et 131.

²⁹ Cour EDH, *B c. France*, *op. cit.* (n° 25), paragraphe 51.

³⁰ Le fait que cette solution répondait aux spécificités du contexte français a semblé se confirmer dans une affaire ultérieure concernant le refus de reconnaître juridiquement un changement de sexe au Royaume-Uni, dans laquelle la CEDH a estimé qu'il n'y avait pas eu violation de la CEDH : Cour EDH *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 et 23390/94, arrêt du 30 juillet 1998.

³¹ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002. Cette affaire a entraîné une modification législative au Royaume-Uni. Peu après le prononcé de l'arrêt de la CEDH, le Royaume-Uni a adopté la loi de 2004 sur la reconnaissance du genre, qui permet aux personnes transgenres d'obtenir un certificat de reconnaissance du genre correspondant au genre auquel elles s'identifient. Cette affaire a ouvert la voie à la condamnation d'autres États contractants qui ne disposaient pas d'une

ne s'étendait qu'aux personnes transgenres ayant subi une opération de réassignation sexuelle.³² À cet égard, la CEDH a accordé une grande importance aux interventions médicales (« les nombreuses et pénibles interventions qu'entraîne une telle chirurgie et le degré de détermination et de conviction requis pour changer de rôle sexuel dans la société »),³³ ainsi qu'au diagnostic psychiatrique de « trouble de l'identité de genre » auquel la personne souhaitant obtenir le changement d'identité de genre devrait se soumettre.³⁴

L'approche « médicalisée »³⁵ à l'égard des personnes transgenres adoptée par la CEDH dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* allait être partiellement abandonnée avec l'affaire *AP, Garçon et Nicot c. France*.³⁶ Dans cette affaire, plusieurs personnes transgenres ont contesté la procédure judiciaire française de changement d'identité de genre qui exigeait, entre autres, que la personne suive des traitements médicaux pouvant aboutir au « caractère irréversible du processus de réassignation de sexe ».³⁷ Bien que la loi française n'exige pas de preuve de stérilité, le traitement médical requis pouvait conduire à la stérilisation.³⁸ Les requérants ont estimé qu'une telle condition préalable portait atteinte à leur droit à la vie privée ainsi qu'au droit à l'intégrité physique protégé par l'article 3 de la CEDH. La CEDH a donné raison aux requérants sur le point selon lequel le traitement médical susceptible d'entraîner leur stérilité constituait une violation de leur droit à la vie privée ainsi que de leur droit à l'intégrité physique.³⁹ Toutefois, dans le même temps, la CEDH a estimé que l'exigence d'un diagnostic psychiatrique de dysphorie de genre comme condition préalable à l'obtention d'un changement de nom ne constituait pas une violation de la CEDH. L'exigence d'un tel diagnostic relevait de la marge d'appréciation des États contractants lorsqu'il s'agissait de mettre en balance le droit à la vie privée au titre de l'article 8 de la CEDH et la « stabilité des changements de sexe dans les documents d'état civil ».⁴⁰ C'est l'approche que la CEDH a suivie jusqu'à présent en matière de changement d'identité de genre.⁴¹

La CEDH a également estimé que l'absence de procédure claire pour obtenir un changement d'identité de genre, même si, selon la législation nationale, cela est techniquement possible, constituerait une violation du droit à la vie privée au titre de l'article 8. En ce sens, dans l'affaire *AD et autres c. Géorgie*, la CEDH a estimé que, bien que la législation géorgienne reconnaisse expressément la possibilité de changer

procédure permettant de changer légalement de sexe : Cour EDH, *L. c. Lituanie*, req. n° 27527/03, arrêt du 11 septembre 2017 ; Cour EDH, *YT c. Bulgarie*, req. n° 41701/16, arrêt du 4 juillet 2024.

³² Certains auteurs ont qualifié cette insistance sur le fait que les personnes transgenres devaient subir une opération de changement de sexe d'approche « génitocentrique » : L. HOLZER, « Legal Gender Recognition in Times of Change at the European Court of Human Rights », *op. cit.*, (n° 18), pp. 173-175.

³³ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (n° 31), paragraphe 81.

³⁴ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *ibid.* (n° 31), paragraphe 81.

³⁵ J. M. M^o DE PISON CAVERO, « La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos », *38 Anuario de Filosofía del Derecho*, 2022, pp. 118-119.

³⁶ Cour EDH, *AP, Garçon et Nicot c. France*, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, arrêt du 6 avril 2017.

³⁷ Cour EDH, *AP, Garçon et Nicot c. France*, *ibid.*, paragraphe 38.

³⁸ Cour EDH, *AP, Garçon et Nicot c. France*, *ibid.*, (n° 36), paragraphe 118.

³⁹ Néanmoins, dans l'affaire *YY c. Turquie*, la CEDH avait déjà jugé que la condition préalable de stérilisation prévue par le droit turc pour obtenir un changement d'identité de genre était incompatible avec la CEDH. Cependant, la CEDH n'a pas estimé qu'une obligation générale de ne pas exiger la stérilisation découlait de l'article 8 de la CEDH : Cour EDH, *YY c. Turquie*, req. n° 14793/08, arrêt du 10 mars 2015.

⁴⁰ Cour EDH, *AP, Garçon et Nicot c. France*, *op. cit.* (n° 36), paragraphe 142.

⁴¹ Par exemple, dans l'arrêt rendu en 2025 dans l'affaire *TH c. République tchèque*, la CEDH a réaffirmé que « l'existence d'un diagnostic psychiatrique de trouble de l'identité de genre et la nécessité de se soumettre à une expertise médicale » sont compatibles avec la CEDH : Cour EDH, *TH c. République tchèque*, req. n° 33037/22, arrêt du 12 juin 2025, paragraphe 50.

légalement de sexe,⁴² elle ne prévoyait pas de « procédures rapides, transparentes et accessibles pour modifier le sexe enregistré des personnes transgenres », comme l'exige le droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH.⁴³ La Géorgie n'était pas le seul État partie à la CEDH condamné pour l'absence d'une telle procédure claire, la Roumanie ayant également été jugée dépourvue de telles procédures.⁴⁴ Cet arrêt de la CEDH concernant la Roumanie sera déterminant pour la CJUE dans son arrêt sur l'affaire *Mirin*. Il concernait deux personnes transgenres qui ne pouvaient pas accéder au changement d'identité de genre car elles étaient tenues d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle. L'affaire a révélé qu'il n'existait pas d'approche cohérente concernant cette condition préalable parmi les tribunaux roumains, certains la considérant comme obligatoire tandis que d'autres ne le faisaient pas. De ce fait, la CEDH a estimé que « le cadre légal roumain en matière de reconnaissance juridique du genre n'était pas clair et, dès lors, prévisible ».⁴⁵

C. Les droits des personnes transgenres devant la CJUE avant l'affaire *Mirin*

Les affaires portées devant la CJUE concernant un changement d'identité de genre avant l'affaire *Mirin* sont plutôt rares par rapport à l'abondante jurisprudence de la CEDH sur ce sujet. Les toutes premières affaires relatives aux droits des personnes transgenres concernaient toutes des situations de discrimination découlant du fait que la personne transgenre n'était pas reconnue par un État membre comme appartenant au genre auquel elle s'identifiait.⁴⁶ Toutes concernaient le Royaume-Uni. La première de cette série d'affaires était l'affaire C-13/94, *P. c. S et Cornwall County Council*.⁴⁷ Cette affaire concernait une personne transgenre qui, après avoir commencé à se présenter au travail sous le genre auquel elle s'identifiait et juste avant son opération de changement de sexe, a été licenciée.⁴⁸ Elle estimait que ce licenciement violait le principe de non-discrimination fondée sur le sexe en matière d'accès à l'emploi, consacré par la directive 76/207.⁴⁹ La CJUE a estimé que « le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ».⁵⁰ Par conséquent, elle protégeait également contre la discrimination à l'égard des personnes transgenres.⁵¹

La deuxième affaire concernait *KB*.⁵² Cette affaire trouvait son origine dans la loi britannique de 1973 sur les causes matrimoniales (*Matrimonial Causes Act*), qui stipulait qu'un mariage était nul si les parties n'étaient « pas respectivement un homme et une femme ».⁵³ En raison de cette législation, *KB*, une personne transgenre homme-vers-

⁴²Cour EDH, *AD et autres c. Géorgie*, req. n° 57864/17, 79087/17 et 55353/19, arrêts du 19 janvier 2022.

⁴³ Cour EDH, *AD et autres c. Géorgie*, *ibid.*, paragraphe 76.

⁴⁴Cour EDH, *X et Y c. Roumanie*, req. n° 2145/16 et 20607/16, arrêts du 19 janvier 2021.

⁴⁵ Cour EDH, *X et Y c. Roumanie*, *ibid.*, paragraphe 157.

⁴⁶ A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition of Changes in the Legal Sex of Transgender Persons: The Landmark Court of Justice Ruling in the *Mirin* Case: ECJ 4 October 2024, Case C-4/23, M.-A.A. v Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul Stare Civilă and Others », *European Constitutional Law Review*, 2025, pp. 333, 340–341.

⁴⁷ CJUE 30 avril 1996, C-13/94, *P. c. S et Cornwall County Council*.

⁴⁸ CJUE, 30 avril 1996, (n° 47), points 3–6.

⁴⁹ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, [1976] JO L 39/40.

⁵⁰ CJUE, 30 avril 1996, *op. cit.* (n° 47), point 20.

⁵¹ CJUE, 30 avril 1996, *op. cit.* (n° 47), point 23.

⁵² CJUE, 7 janvier 2004, C-117/01, *KB c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*.

⁵³ CJUE 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), point 8.

femme, ne pouvait pas épouser sa partenaire, une femme cisgenre.⁵⁴ Comme ils n'étaient pas mariés, sa partenaire ne pouvait pas prétendre au régime de retraite auquel a droit un conjoint survivant. KB a estimé que cette condition préalable au mariage créait une situation de discrimination.⁵⁵ La CJUE a jugé cette situation discriminatoire, et donc contraire au droit de l'Union européenne, précisément parce qu'ils ne pouvaient pas se marier, contrairement aux couples hétérosexuels cisgenres.

La troisième et dernière affaire concernant la discrimination à l'égard des personnes transgenres était l'affaire *Richards*.⁵⁶ Cette affaire concernait une personne transgenre homme-vers-femme qui n'était pas autorisée à prendre sa retraite à l'âge de 60 ans, âge auquel les femmes cisgenres avaient le droit de prendre leur retraite au Royaume-Uni.⁵⁷ La CJUE a estimé que la législation nationale, qui empêchait une femme transgenre d'être reconnue comme une femme aux fins de la retraite, contrevenait au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale, tel que protégé par le droit de l'Union européenne.⁵⁸

Dans ces trois premières affaires, le changement d'identité de genre était une question accessoire en tant que telle. Tant dans l'affaire *KB* que dans l'affaire *Richards*, la CJUE a déclaré qu'il appartient « aux États membres de déterminer les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne ». En effet, les questions relatives à l'état civil d'une personne relèvent du droit national.

Pour la première fois avec l'affaire *Mirin*, le changement de genre devient le thème central d'une affaire relative aux droits des personnes transgenres portée devant la CJUE.

III. Absence de réponse législative de l'UE concernant la reconnaissance transfrontalière d'un changement d'identité de genre

En ce qui concerne la question de la reconnaissance transfrontalière du changement légal de sexe, il n'existe aucun instrument de l'UE apportant une solution.⁶⁰ Comme l'a fait remarquer l'avocat général de la Cour dans ses conclusions dans l'affaire *Mirin*,⁶¹ les instruments de procédure civile de l'UE, tels que le règlement Bruxelles I bis,⁶² excluent expressément de leur champ d'application « le statut ou la capacité juridique des personnes physiques ».⁶³

Le règlement n° 2016/1191, qui simplifie les exigences relatives à l'authentification des documents publics délivrés dans un État membre et utilisés dans un autre, n'apporte

⁵⁴ CJUE, 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), point 12.

⁵⁵ CJUE 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), point 36.

⁵⁶ CJUE, 27 avril 2006, C-423/04, *Sarah Margaret Richards c. Secrétaire d'État au travail et aux pensions*.

⁵⁷ CJUE, 27 avril 2006, *op. cit.* (n° 56), points 14 à 18.

⁵⁸ Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, [1979] JO L 6/24.

⁵⁹ CJUE, 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), point 35 ; CJUE, 27 avril 2006, *op. cit.* (n° 56), point 21.

⁶⁰ M. MIRISCH-KRUEGER, « Comblent le vide juridique en matière de reconnaissance juridique du genre entre États membres de l'Union européenne : une clause de pleine foi et crédit à l'américaine et une approche fondée sur l'arrêt Coman », *Southwestern Journal of International Law*, 2022, pp. 210 et 212.

⁶¹ CJUE, 4 octobre 2024, C-4/23, *M-AA c. Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă*, conclusions de l'avocat général de la Cour, point 35.

⁶² Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), [2012] JO L 351/1 (« règlement Bruxelles I bis »).

⁶³ Règlement Bruxelles I bis, art. 1, par. 2, point a).

pas non plus de solution.⁶⁴ Le règlement dit « règlement de l'UE sur l'apostille » exempte uniquement « de la légalisation ou de toute autre formalité similaire » dans un État membre les documents publics délivrés dans un État membre, tout en simplifiant « d'autres formalités ». ⁶⁵ Il « ne s'applique pas à la reconnaissance dans un État membre d'effets juridiques attachés au contenu de documents publics délivrés par les autorités d'un autre État membre ». ⁶⁶

En outre, les documents publics établissant le genre d'une personne ne semblent pas entrer dans le champ d'application de cet instrument. Le règlement de l'UE sur l'apostille contient une liste des faits auxquels le document public peut se rapporter (naissance, existence d'une personne, décès...).⁶⁷ Le sexe ne figure pas parmi ces faits et la liste est exhaustive.⁶⁸ Par conséquent, cet instrument ne sert même pas à simplifier l'authentification des documents publics concernant un changement de genre.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un instrument de l'UE, la Convention de 2000 sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, élaborée par la Commission internationale de l'état civil, a été spécifiquement conçue pour faciliter la reconnaissance transfrontalière d'un changement de sexe.⁶⁹ Cet instrument permet la reconnaissance des « décisions judiciaires ou administratives définitives constatant le changement de sexe d'une personne ». ⁷⁰ Dans la pratique, l'impact de cet instrument a été extrêmement limité : il n'a été signé que par cinq États (l'Autriche, l'Allemagne, la Grèce, les Pays-Bas et l'Espagne) et ratifié par deux États (les Pays-Bas et l'Espagne).⁷¹ De plus, il ne faut pas s'attendre à ce que cet instrument recueille de nouvelles signatures. Il fait référence au « changement de sexe », qui n'est plus une condition préalable dans la plupart des États membres de l'UE en matière de changement d'identité de genre, en particulier dans ceux qui ont ratifié la convention. À cet égard, cet instrument établit un motif de non-reconnaissance des décisions judiciaires ou administratives, à savoir le fait que « l'adaptation physique de la personne concernée n'a pas été effectuée et n'a pas été consignée dans la décision en question ». ⁷² En d'autres termes, les termes dans lesquels la convention a été rédigée sont déjà dépassés par rapport aux avancées législatives réalisées au cours de la dernière décennie en matière

⁶⁴ Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à promouvoir la libre circulation des citoyens en simplifiant les exigences relatives à la présentation de certains documents publics dans l'Union européenne et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, [2016] JO L 200/1 («règlement sur l'apostille de l'UE»).

⁶⁵ Règlement de l'UE sur l'apostille, art. 1, par. 1.

⁶⁶ Règlement de l'UE sur l'apostille, art. 2, par. 4. Une telle limitation a fait l'objet de critiques de la part de nombreux chercheurs, qui partageaient l'ambition initiale de la Commission selon laquelle l'instrument servirait également à la reconnaissance des situations juridiques reflétées dans les documents publics : M. LEHMANN, « El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado? », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, pp. 240 et 242.

⁶⁷ Règlement de l'UE sur l'apostille, art. 2, par. 1.

⁶⁸ G. CARDACI et A. SCHUSTER, *Guide pratique du règlement (UE) 2016/1191*, Associazione Nazionale degli Ufficiali di Stato Civile e d'Anagrafe, 2022, p. 48.

⁶⁹ Commission internationale de l'état civil, Convention n° 29 sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, signée à Vienne, le 12 septembre 2000.

⁷⁰ Convention sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, art. 1.

⁷¹ Tableau de l'état d'avancement, *Convention n° 29 sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe* <https://ciec1.org/en/convention/convention-no-29-on-the-recognition-of-decisions-recording-a-sex-reassignment>, [consulté le 10 mars 2026].

⁷² Convention sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, art. 2, al. a).

de changement de l'identité de genre dans de nombreux États membres, en particulier ceux qui ont adopté une approche fondée sur l'autodétermination.⁷³

L'introduction d'un instrument européen permettant la reconnaissance d'un changement de genre ne figure pas à l'horizon législatif de l'UE.⁷⁴ Le Livre vert de 2010 sur la promotion de la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil a exploré, parmi d'autres solutions potentielles, la reconnaissance des situations juridiques consignées dans un acte d'état civil d'un État membre à un autre.⁷⁵ Il faisait expressément référence au « changement de sexe ».⁷⁶ Toutefois, un tel instrument ne s'est pas encore concrétisé.⁷⁷ La stratégie de la Commission pour l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025 ne mentionne aucune initiative législative visant à faciliter la reconnaissance transfrontalière d'un changement de genre.⁷⁸ En ce qui concerne la reconnaissance légale du genre, elle ne contient que des solutions non contraignantes, telles que la promotion des « échanges de bonnes pratiques entre les États membres sur la manière de mettre en place une législation et des procédures accessibles en matière de reconnaissance légale du genre, fondées sur le principe de l'autodétermination et sans restriction d'âge ».⁷⁹ Par conséquent, à ce jour, les conditions dans lesquelles un changement d'identité de genre obtenue à l'étranger est reconnue dans un État membre dépendent du droit national de cet État membre.

IV. Analyse de l'arrêt *Mirin*

A. Contexte factuel de l'affaire *Mirin*

Les origines de l'affaire *Mirin* remontent à l'histoire de M-AA, un homme transgenre britannique d'origine roumaine. Né en Roumanie, M-AA a émigré au Royaume-Uni en 2008.⁸⁰ Il y a obtenu la nationalité britannique en 2016.⁸¹ Par la suite, il a demandé à changer de nom, puis à changer de genre, passant de féminin à masculin.⁸² Ce

⁷³ J. M. SCHERPE, « Transsexual and Transgender Persons » in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI et P. DE MIGUEL ASENSIO (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar, 2017, pp. 1743-1744. De plus, comme le note M. MIRISCH-KRUEGER, cet instrument « n'est pas d'une grande utilité pour protéger les droits des personnes non conformes au genre » : M. MIRISCH-KRUEGER « Comblant le vide juridique en matière de reconnaissance juridique du genre entre États membres de l'Union européenne : une clause de pleine foi et crédit à l'américaine et une approche fondée sur l'arrêt Coman », *op. cit.* (n°60), p. 212, note 13.

⁷⁴ À cet égard, A. SCHULZ souligne que, compte tenu des divergences qui existent entre les États membres sur les questions relatives aux droits des personnes transgenres, il n'existe pas le consensus politique nécessaire pour approuver un instrument qui permettrait la reconnaissance d'un changement de genre établi dans d'autres États membres. Un tel instrument trouverait sa base juridique à l'article 81, paragraphe 3, qui confère à l'UE le pouvoir de légiférer en matière familiale et requiert l'unanimité au sein du Conseil. Par conséquent, les chances qu'il soit approuvé sont plutôt minces : A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, *op. cit.* (n° 6), p. 244.

⁷⁵ Commission, « Livre vert : Moins de bureaucratie pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », COM (2010), pp. 11-16.

⁷⁶ Commission, « Livre vert : Moins de bureaucratie pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », *ibid.*, p. 11.

⁷⁷ M. LEHMANN, « El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado? », *op. cit.* (n° 66), p. 242.

⁷⁸ Commission, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Une Union de l'égalité : stratégie pour l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025 », COM (2020), p. 698 final.

⁷⁹ Commission, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Une Union de l'égalité : stratégie pour l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025 », *ibid.*, p. 15.

⁸⁰ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 25.

⁸¹ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 25.

⁸² CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), points 26-27.

changement d'identité de genre a été consigné dans un certificat de reconnaissance de genre délivré par les autorités britanniques.⁸³

Après avoir obtenu le certificat d'identité de genre au Royaume-Uni, M-AA a souhaité faire modifier son acte de naissance afin d'y faire figurer également son nouveau genre.⁸⁴ Cet acte de naissance est conservé en Roumanie. Il a demandé au service roumain de l'état civil de modifier le genre figurant sur son acte de naissance, en s'appuyant sur le certificat d'identité de genre obtenu au Royaume-Uni.⁸⁵ Les autorités roumaines ont toutefois refusé de donner suite à cette demande. Elles ont fait valoir que, selon la législation roumaine, la reconnaissance de genre ne pouvait être obtenue que par une décision judiciaire.⁸⁶ Par conséquent, M-AA a dû se soumettre à la procédure roumaine en vigueur pour obtenir la reconnaissance légale de son changement d'identité de genre. Le problème concernant cette procédure est qu'elle ne garantissait pas qu'il obtiendrait le changement d'identité de genre demandé sur son acte de naissance. La procédure laissait aux juges le pouvoir discrétionnaire de refuser la demande. Pour cette raison, M-AA a décidé de contester le refus des autorités roumaines de modifier l'acte de naissance devant le tribunal de première instance du secteur 6 de Bucarest.

M-AA a fait valoir, entre autres motifs, que la non-reconnaissance du changement d'identité de genre en Roumanie l'amènerait à disposer de deux séries de documents reflétant deux noms et deux sexes différents.⁸⁷ Cela pourrait porter atteinte à l'exercice de son droit à la libre circulation et au séjour dont il bénéficie en tant que citoyen de l'Union européenne, conformément à l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »).⁸⁸ Finalement, le tribunal de première instance du secteur 6 de Bucarest a décidé de saisir la CJUE d'une demande de décision préjudicielle, en posant deux questions. Selon la première question, en substance, il a été demandé à la CJUE de déterminer si la non-reconnaissance d'un changement d'état civil concernant le genre obtenu dans un autre État membre « constitue un obstacle à l'exercice du droit à la citoyenneté européenne (article 20 [TFUE]) et/ou du droit des citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement », incompatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.⁸⁹

B. Analyse de l'affaire par la CJUE

⁸³ Cette mesure a été introduite en 2004 avec la loi sur la reconnaissance du genre. L'une des raisons de l'adoption de cette loi était l'arrêt précité de la CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*. Dans cette décision, la CEDH a estimé que le Royaume-Uni avait violé l'article 8 de la CEDH en ne permettant pas aux personnes transgenres ayant subi une opération chirurgicale d'obtenir un changement de nom légal. Les notes explicatives accompagnant la loi sur la reconnaissance du genre font expressément référence à cet arrêt de la CEDH, indiquant qu'il imposait au Royaume-Uni une « obligation positive » de respecter la CEDH, en l'occurrence en mettant en place une procédure permettant d'obtenir un certificat d'enregistrement de changement de sexe : Loi de 2004 sur la reconnaissance du genre, notes explicatives, résumé et contexte, paragraphe 6. En 2025, la Cour suprême du Royaume-Uni a estimé que les références aux termes « homme », « femme » et « sexe » dans la loi de 2010 sur l'égalité ne concernaient que le sexe biologique d'une personne. Toutefois, la Cour suprême du Royaume-Uni a insisté dans le même temps sur le fait que cette interprétation n'ouvre pas la voie à une discrimination à l'encontre des femmes transgenres, ni n'affecte la validité du certificat de reconnaissance de genre : *For Women Scotland Ltd c. The Scottish Ministers* [2025] UKSC 16.

⁸⁴ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 28).

⁸⁵ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 25.

⁸⁶ CJUE 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 29.

⁸⁷ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 31.

⁸⁸ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 31.

⁸⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326 du 2012, p. 391.

La CJUE a commencé à examiner la question posée en reconnaissant que les questions relatives à l'état civil, telles que l'établissement du nom ou du sexe d'une personne, relèvent de « la compétence des États membres ».⁹⁰ Toutefois, le refus d'un État membre de reconnaître le nom ou le sexe d'une personne établi dans un autre État membre peut constituer une restriction au droit à la libre circulation et au séjour dont jouissent les citoyens de l'Union.⁹¹ Le fait qu'une personne dispose de deux séries de documents indiquant des noms et des sexes différents soulève « des doutes quant à son identité et à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité de leur contenu ».⁹² Le raisonnement de la CJUE vise à déterminer si une telle restriction du droit à la libre circulation et au séjour est « fondée sur des considérations objectives et proportionnée à l'objectif légitime des dispositions nationales ».⁹³

Concernant l'existence d'un objectif justifiant une telle restriction, la CJUE fait remarquer que le gouvernement roumain n'a fourni aucune raison expliquant l'objectif sous-jacent à la législation qui empêche la reconnaissance d'un nom et d'une identité de genre légalement acquis dans un autre État membre.⁹⁴ En outre, la CJUE a également souligné que toute restriction au droit à la libre circulation ou au séjour doit également respecter les droits fondamentaux tels que protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.⁹⁵ Dans cette affaire, l'article 7 de la Charte est particulièrement pertinent, car il protège le droit à la vie privée. Conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, cet instrument doit être interprété à la lumière de ses dispositions équivalentes dans la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la CEDH.⁹⁶ C'est pourquoi la CJUE a examiné l'article 7 de la Charte à la lumière de l'article 8 de la CEDH, qui protège également le droit à la vie privée.⁹⁷ À cet égard, la CEDH avait déjà condamné la Roumanie pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif qu'elle ne disposait pas d'une « procédure claire et prévisible de reconnaissance juridique de l'identité de genre permettant le changement de sexe, et donc de nom ou de code numérique personnel, dans les documents officiels, de manière rapide, transparente et accessible ».⁹⁸ Par conséquent, la restriction du droit à la liberté de circulation ou de séjour n'était pas compatible avec les normes de protection des droits fondamentaux prévues par la Charte à la lumière de la jurisprudence de la CEDH.⁹⁹ Les autorités roumaines étaient donc tenues d'« inscrire dans l'acte de naissance d'un ressortissant de cet État membre le changement de prénom et d'identité de genre légalement acquis dans un autre État membre lors de l'exercice de sa liberté de circulation et de séjour ».¹⁰⁰

⁹⁰ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 53.

⁹¹ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 54.

⁹² CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 56.

⁹³ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 59.

⁹⁴ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 61.

⁹⁵ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 62.

⁹⁶ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 63.

⁹⁷ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 63.

⁹⁸ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 66.

⁹⁹ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 68.

¹⁰⁰ CJUE, 4 octobre 2024, *op. cit.* (n° 4), point 71.

C. *Même raisonnement que dans les affaires Mirin et Pancharevo, d'autres conséquences ?*

Mirin est la première affaire concernant la reconnaissance transfrontalière d'un changement d'identité de genre acquis dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation et au séjour. Il ne s'agit toutefois pas de la première affaire concernant la reconnaissance de l'état civil d'une personne acquis à l'étranger dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation et au séjour. Les premières affaires de ce type portées devant la CJUE concernaient la reconnaissance de noms de famille établis conformément à la législation d'un autre État membre.¹⁰¹

Dans le sillage de l'affaire *Mirin*, d'autres affaires impliquant des personnes LGBTQ+ ont déjà été jugées, dans lesquelles la non-reconnaissance de l'état civil d'une personne acquis dans un autre État membre a été considérée comme une entrave au droit à la libre circulation et au droit de séjour. Dans l'affaire *Coman*, un couple de même sexe qui s'était marié en Belgique a demandé la reconnaissance de son mariage en Roumanie.¹⁰² Ils ne visaient pas la pleine reconnaissance de leur mariage, mais avaient plutôt pour objectif d'obtenir un permis de séjour permanent en Roumanie pour le conjoint non ressortissant de l'UE, comme le prévoit le droit de l'Union européenne pour les conjoints ressortissants de pays tiers de citoyens de l'UE.¹⁰³ La deuxième affaire était l'affaire *Pancharevo*.¹⁰⁴ Dans cette affaire, un couple de même sexe, composé d'une Bulgare et d'une citoyenne britannique, a demandé aux autorités bulgares de délivrer un acte de naissance pour leur enfant, né en Espagne, où elles vivent.¹⁰⁵ Elles souhaitent que l'enfant acquière la nationalité bulgare et, par conséquent, la citoyenneté européenne.¹⁰⁶ Les autorités bulgares ont toutefois refusé de délivrer l'acte de naissance indiquant que l'enfant avait deux mères, une situation non reconnue par le droit bulgare.¹⁰⁷ Elles ont exigé l'identification de la mère biologique de l'enfant afin de délivrer l'acte de naissance.¹⁰⁸ Elles n'auraient délivré l'acte de naissance que si la mère biologique de l'enfant était une citoyenne bulgare, et ce en n'indiquant que la mère biologique.¹⁰⁹

Le raisonnement suivi par la CJUE dans ces deux affaires est également suivi dans l'affaire *Mirin*. La CJUE a d'abord déterminé que la non-reconnaissance de l'état civil acquis à l'étranger constituait une restriction au droit à la libre circulation et au séjour, et qu'une telle restriction était injustifiée. Néanmoins, les conséquences des arrêts *Coman* et *Pancharevo* semblent être plus limitées que celles de l'affaire *Mirin*. Dans l'affaire

¹⁰¹ V. entre autres : dans son analyse de l'affaire *Mirin*, l'avocat général de la Cour s'est fortement appuyé sur la jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissance du nom d'une personne : conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23 (n° 61), points 66 à 100.

¹⁰² CJUE, 5 juin 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman et autres c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*.

¹⁰³ Article 7, paragraphe 1, point d), de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), [2004] JO L 158, p. 77.

¹⁰⁴ CJUE 14 décembre 2021, *VMA c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20.

¹⁰⁵ CJUE 14 décembre 2021, *ibid.*, points 18 à 20.

¹⁰⁶ CJUE 14 décembre 2021, *ibid.*, point 26.

¹⁰⁷ CJUE, 14 décembre 2021, *ibid.*, point 23.

¹⁰⁸ CJUE, 14 décembre 2021, *ibid.*, point 23.

¹⁰⁹ CJUE, 14 décembre 2021, *ibid.*, point 23.

Coman, la reconnaissance du mariage s'est limitée à la délivrance du titre de séjour.¹¹⁰ Pour tous les autres aspects, le mariage ne serait pas reconnu en vertu du droit roumain.¹¹¹ Dans l'affaire *Pancharevo*, les autorités bulgares étaient uniquement tenues de délivrer des documents d'identité pour l'enfant, mais pas d'établir un acte de naissance.¹¹² L'enfant ne serait pas reconnu en vertu du droit bulgare comme ayant deux mères. L'arrêt n'interférait pas avec le régime de filiation bulgare, qui ne reconnaît pas la parentalité entre personnes de même sexe. Les solutions proposées dans ces deux arrêts visaient à faciliter le droit à la libre circulation sans interférer avec les compétences des États membres en matière d'état civil ni y porter atteinte. En d'autres termes, leur reconnaissance se cantonnait aux limites du droit de l'Union européenne.¹¹³

Dans l'affaire *Mirin*, l'avocat général de la Cour a également proposé une solution « limitée » similaire à celles des affaires *Coman* et *Pancharevo*. S'il a estimé que l'acte de naissance devait être modifié afin de reconnaître l'enregistrement légal de la naissance, il a également déclaré que mettre à jour d'autres « actes d'état civil concernant les membres de la famille de la personne concernée ne serait pas obligatoire, en vertu du droit de l'Union, dans la mesure où cette mise à jour impliquerait une reconnaissance subséquente dans les registres de l'état civil du mariage de personnes de même sexe ou de filiations établies à l'égard de parents de même sexe ».¹¹⁴ Tout en indiquant que cette solution pouvait sembler « insatisfaisante », il a estimé que le droit de l'Union ne pouvait imposer d'autres conséquences.¹¹⁵ La CJUE n'a pas fait référence à cette limitation. Cela signifie-t-il que la personne serait pleinement reconnue en vertu du droit roumain avec le genre auquel elle s'identifie ? Il convient de noter que, contrairement à l'affaire *Coman*, où la Roumanie n'autorisait pas le mariage entre personnes de même sexe, ou à l'affaire *Pancharevo*, dans laquelle la Bulgarie n'autorisait pas la filiation par deux parents de même sexe, dans l'affaire *Mirin*, le droit roumain reconnaît la possibilité de changer légalement de genre, même si la procédure est très compliquée. La reconnaissance du changement d'identité de genre acquis au Royaume-Uni n'apporterait rien d'interdit dans le système juridique roumain.¹¹⁶ Par conséquent, dans cette affaire, il semble que la reconnaissance ne serait pas strictement « limitée » à la nécessité d'exercer le droit à la libre circulation ou au séjour.¹¹⁷

¹¹⁰ CJUE, 5 juin 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman et autres c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, point 51.

¹¹¹ D. V. KOCHENOV et U. BELAVUSAU, « After the celebration: Marriage equality in EU Law post-Coman in eight questions and some further thoughts », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, pp. 562–563.

¹¹² CJUE, *VMA c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, *op. cit.* (n° 104), point 69.

¹¹³ L. KŘÍČKOVÁ, « Same-sex families' rights and the European Union: incompatible or promising relationship? », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2023, pp. 1 et 6.

¹¹⁴ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23 (n° 61), point 94.

¹¹⁵ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23 (n° 61), point 94.

¹¹⁶ Je tiens à remercier Charlotte Wendland d'avoir souligné ce point lors de la discussion qui a suivi ma présentation sur le sujet de cet article lors du premier événement du programme Lindemann Fellowship, qui s'est tenu à l'Institut Max Planck de droit international privé à Hambourg les 27 et 28 mars 2025.

¹¹⁷ À ce sujet A. DURAN AYAGO, « De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, *Mirin* », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2025, pp. 1260 et 1267 ; Á. L. AGUADO, *L'identité des personnes transgenres, transsexuelles et intersexuées dans les situations de mobilité internationale*, Aranzadi 2025, p. 96 ; F. MARCHADIER, « La circulation de l'état civil du citoyen européen transgenre (note sous CJUE, 4 octobre 2024, aff. C-4/23, *Mirin*) », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2024, pp. 861-862 ; F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, EU:C:2024:845 », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2025, pp. 9–11 ; A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition of Changes in the Legal Sex of Transgender Persons: The Landmark Court of Justice Ruling in the *Mirin* Case: ECJ 4 October 2024, Case C-4/23, M.-A.A. v Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul Stare Civilă and Others », *op. cit.*, (n° 46), pp. 345-346 ; S. WATTIER, « Le refus de reconnaître un changement de prénom et de genre

D. Faut-il qu'il existe des « liens » avec l'État membre où le changement d'identité de genre a été obtenu ?

Dans l'affaire *Mirin*, la relation entre la personne ayant obtenu le changement d'identité de genre et le Royaume-Uni n'est pas en cause. Il avait vécu au Royaume-Uni pendant une longue période et possédait également la nationalité britannique. Le fait qu'une personne ne soit pas sujet britannique ou qu'elle ait obtenu le changement d'identité de genre après s'être immédiatement installée au Royaume-Uni constituerait-il un obstacle à la reconnaissance du changement d'identité de genre en Roumanie ? L'arrêt ne se prononce pas à cet égard.¹¹⁸ Toutefois, dans des arrêts antérieurs de la CJUE concernant la reconnaissance du nom d'une personne dans le cadre du droit à la libre circulation et au séjour, la CJUE a estimé qu'il était nécessaire d'établir un lien ou une connexion avec l'État membre où la loi s'applique pour établir le nom. Dans l'affaire *Bogendorff*, la CJUE a déclaré que les États membres sont en droit de prendre des mesures visant à empêcher certains de leurs ressortissants de tenter, sous le couvert des droits créés par le traité, de « contourner indûment leur législation nationale ou d'empêcher des personnes de tirer indûment ou frauduleusement parti des dispositions du droit de l'Union ». ¹¹⁹ De même, dans l'affaire *Freitag*, la CJUE a déclaré que « l'intéressé présente avec l'autre État membre dans lequel il a obtenu son nom un lien de rattachement autre que le séjour habituel, tel que la nationalité, afin de permettre la reconnaissance du nom obtenu dans un autre État membre ». ¹²⁰ L'objectif d'un tel lien est d'éviter l'abus du droit de l'Union européenne visant à contourner les lois nationales de fond qui seraient appliquées dans l'État membre où la reconnaissance est demandée. ¹²¹

Alors que dans l'affaire *Mirin*, la CJUE n'a pas abordé la question de l'existence d'un lien avec l'État membre, ¹²² l'avocat général de la Cour a quant à lui traité ce point. ¹²³ Dans ses conclusions, l'avocat général de la Cour a estimé que l'existence d'un certain lien avec l'État membre où le changement légal de sexe a été établi était requise. ¹²⁴ À cet égard, il a déclaré qu'« il semblerait approprié, afin d'écartier tout risque d'abus, d'appliquer des conditions de résidence ou de nationalité pour déterminer l'existence de liens étroits avec l'État membre dans lequel un tel changement (de sexe) a eu lieu ». ¹²⁵

Comment interpréter le silence de la CJUE concernant la nécessité d'un lien avec l'État membre de la personne ? Un argument possible est que la CJUE n'a pas jugé nécessaire

obtenu dans un autre État membre n'est pas conforme au droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2025, pp. 847, 861–862. Ces effets plus larges de l'arrêt *Mirin* contre *Coman* et *Pancharevo* ont été reconnus par l'avocat général de la Cour dans ses conclusions dans l'affaire *Trojan* (en instance en septembre 2025). Il a mentionné que, si dans le cas du mariage ou de la parentalité, la reconnaissance n'est accordée qu'« aux seules fins de l'exercice des droits que les personnes concernées tirent du droit de l'Union », les changements de statut d'une personne qui affectent son identité, tels que le nom ou le genre, doivent être reconnus et inscrits dans un registre d'état civil d'un autre État membre : Affaire CJUE, *Jakub Cupriak-Trojan, Mateusz Trojan c. Wojewoda Mazowiecki*, C-713/23, 2025, conclusions de l'avocat général de la Cour, points 29–30.

¹¹⁸ A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition... », *op. cit.* (n° 46), pp. 333–355.

¹¹⁹ CJUE, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe et Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, C-438/14, 2 juin 2016, point 57.

¹²⁰ CJUE, *Recours introduit par Mircea Florian Freitag*, C-541/15, 8 juin 2017, point 46.

¹²¹ D. DE GROOT, « Free Movement of Dual EU Citizens », *European Papers*, 2018, pp. 1075 et 1108.

¹²² A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition... », *op. cit.* (n° 46), p. 352.

¹²³ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 78.

¹²⁴ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 78.

¹²⁵ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 78.

d'aborder ce point, car il ne s'agissait pas d'une question en jeu dans l'affaire *Mirin*, compte tenu du lien étroit qui existait entre le Royaume-Uni et la personne en raison de sa citoyenneté.¹²⁶ Par ailleurs, cette omission peut être considérée comme une indication implicite de la part de la CJUE que ce n'est pas une condition préalable.¹²⁷ En d'autres termes, les États membres auprès desquels la reconnaissance est demandée ne peuvent pas procéder à un contrôle visant à vérifier l'existence d'un lien suffisant entre la personne ayant obtenu le changement d'identité de genre et l'État membre où celui-ci a été établi. Cette interprétation pourrait inciter les personnes transgenres confrontées à des difficultés dans leur État membre d'origine à s'installer dans un autre État membre où les procédures sont plus souples, dans le seul but d'obtenir l'enregistrement légal du genre.¹²⁸ Néanmoins, la législation nationale exige généralement un certain lien entre la personne qui sollicite l'enregistrement légal du genre et l'État membre où celui-ci est demandé. Par exemple, au Luxembourg, la procédure d'obtention de la changement d'identité de genre n'est ouverte qu'aux citoyens luxembourgeois et aux étrangers ayant leur résidence habituelle dans le pays.¹²⁹ De même, en Allemagne, les étrangers peuvent accéder à la procédure d'autodétermination du genre s'ils disposent d'un « droit de séjour permanent », d'un « titre de séjour renouvelable et résident légalement en Allemagne », ou d'une « carte bleue européenne ».¹³⁰

E. Une situation émergente de discrimination à rebours

Si les autorités roumaines mettent effectivement en œuvre l'arrêt *Mirin*,¹³¹ l'une des conséquences pourrait être celle de créer une situation de discrimination à rebours.¹³² L'arrêt *Mirin* laisse « intacte » la procédure nationale roumaine existante pour obtenir le changement d'identité de genre. Pour les personnes transgenres roumaines qui ne

¹²⁶ Dans ce sens : H. LUKU, « The CJEU on the Recognition of a Union Citizen's Change of First Name and Gender Identity », Blog EAPIL, 15 octobre 2024) : <https://eapil.org/2024/10/15/cjeu-rules-member-states-must-recognise-a-unions-citizen-change-of-first-name-and-gender-identity> [consulté le 10 mars 2026].

¹²⁷ F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, EU:C:2024:845 », *op. cit.* (n° 117), p. 8.

¹²⁸ Le fait de déménager dans un autre État membre dans le seul but de contourner la législation nationale qui n'autorise pas le changement de nom de famille pourrait être considéré comme un abus du droit (de l'Union européenne) : F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, EU:C:2024:845 », *op. cit.* (n° 117), p. 8.

¹²⁹ Loi du 10 août 2018 relative à la modification du genre et du ou des prénoms dans les registres d'état civil et modifiant le Code civil, art. 5(b).

¹³⁰ Loi du 19 juin 2024 sur l'autodétermination en matière de marqueurs de genre, art. 1, par. 3.

¹³¹ Les autorités roumaines pourraient ne pas mettre en œuvre l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Mirin* malgré leur obligation de se conformer au droit de l'Union européenne. Par exemple, les autorités roumaines n'ont pas mis en œuvre l'arrêt *Coman* : C. ACHIMESCU, « After *Coman*: the Implementation of the Judgment of the Court of Justice in Romania », EU Law Live, 23 mai 2025 : <https://eulawlive.com/op-ed-after-coman-the-implementation-of-the-judgment-of-the-court-of-justice-in-romania> [consulté le 10 mars 2026]. Il convient toutefois de noter que le gouvernement roumain a élaboré une proposition législative visant à donner effet à l'arrêt *Coman* : <https://i0.1616.ro/media/2/2701/33605/21321374/1/doc-sex.pdf> [consulté le 10 mars 2026]. De même, l'arrêt *Pancharevo* n'a pas non plus été mis en œuvre par les autorités bulgares. La Cour suprême bulgare a estimé qu'il n'y avait pas d'obligation de délivrer un document d'identité au bébé du couple : H. LUKU, « The Supreme Administrative Court of Bulgaria's final decision in the *Pancharevo* case: Bulgaria is not obliged to issue identity documents for baby S.D.K.A. as she is not Bulgarian (but presumably Spanish) » *Conflicts of Laws*, 22 mai 2023 : <https://conflictoflaws.net/2023/the-supreme-administrative-court-of-bulgarias-final-decision-in-the-pancharevo-case-bulgaria-is-not-obliged-to-issue-identity-documents-for-baby-s-d-k-a-as-she-is-not-bulgarian-but-presuma> [consulté le 10 mars 2026].

¹³² F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, EU:C:2024:845 », *op. cit.* (n° 117), p. 11.

quittent pas le pays, il reste très difficile d'obtenir le changement d'identité de genre.¹³³ À l'inverse, les personnes transgenres roumaines qui vivent dans d'autres États membres où les procédures d'obtention du changement d'identité de genre sont plus souples pourraient faire valoir le changement d'identité de genre en Roumanie.¹³⁴ On assiste ainsi à une situation de discrimination à rebours : les personnes transgenres bénéficieront d'une protection plus étendue en vertu du droit de l'Union européenne que dans le cadre strictement national roumain, où le droit de l'Union ne s'applique pas.¹³⁵ En d'autres termes, seuls les cas transfrontaliers intra-UE relatifs au changement d'identité de genre peuvent bénéficier de l'arrêt *Mirin*.

Existe-t-il une solution en droit européen pour atténuer cette situation émergente de discrimination à rebours ? Au vu de la répartition actuelle des compétences au sein de l'UE, la réponse serait non. Le législateur européen n'a pas le pouvoir d'adopter une législation qui obligerait les États membres à mettre en place ou à harmoniser la procédure d'obtention d'un changement d'identité de genre.¹³⁶ Cette limitation est mise en évidence dans la stratégie de la Commission pour l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025, où toutes les propositions concernant le changement d'identité de genre prennent la forme de recommandations et d'autres mesures de droit non contraignant.¹³⁷

F. Des transsexuels aux personnes transgenres

Dans l'affaire *Mirin*, la CJUE ne fournit ni ne s'appuie expressément sur une définition de ce qu'on entend par « changement d'identité de genre ». Toutefois, un changement de formulation révèle un changement d'approche concernant le changement d'identité de genre par rapport aux arrêts antérieurs concernant les personnes transgenres.¹³⁸ Dans l'affaire *P c. S et Cornwall County Council*, la CJUE a utilisé le terme « transsexuel » pour désigner les personnes transgenres.¹³⁹ Elle s'est expressément appuyée sur la définition employée par la CEDH dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* de 1986, selon laquelle « le terme “transsexuel” s'applique généralement à ceux qui, bien qu'appartenant physiquement à un sexe, sont convaincus d'appartenir à l'autre ; ils cherchent souvent à parvenir à une identité plus intégrée et sans ambiguïté en subissant des traitements médicaux et des opérations chirurgicales visant à adapter leurs caractéristiques physiques à leur nature psychologique ».¹⁴⁰ Une telle approche médicalisée semble persister de manière moins

¹³³ A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition... », *op. cit.* (n° 46), p. 353.

¹³⁴ Comme le souligne A. TRYFONIDOU, « cette approche peut privilégier les personnes disposant des moyens financiers et logistiques nécessaires pour se rendre dans un autre État membre afin d'y obtenir la reconnaissance de leur genre, créant ainsi une disparité injuste avec celles qui n'en ont pas les moyens » : A. TRYFONIDOU, « The Cross-Border Recognition... », *op. cit.* (n° 46), p. 353.

¹³⁵ Sur la notion de « discrimination à rebours » en droit de l'Union : S. IGLESIAS SANCHEZ, « Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned? », *European Constitutional Law Review* 2018, p. 7, 12-13.

¹³⁶ Il en va de même pour d'autres questions relatives à l'état civil, comme l'a rappelé l'avocat général de la Tour dans ses conclusions dans l'affaire *Mirin* : « Les États membres sont donc libres de décider d'autoriser ou non le mariage et la parentalité pour les personnes de même sexe en vertu de leur droit national », conclusions de l'avocat général de la Tour dans l'affaire C-4/23 (n° 61), point 38.

¹³⁷ Commission, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Une Union de l'égalité : stratégie pour l'égalité des personnes LGBTIQ 2020-2025 », COM (2020) 698 final, point 3.3.

¹³⁸ F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, EU:C:2024:845 », *op. cit.* (n° 117), pp. 11-12.

¹³⁹ CJUE, 30 avril 1996, *op. cit.* (n° 47), points 13-14.

¹⁴⁰ CJUE, 30 avril 1996, *op. cit.* (n° 47), point 16.

explicite dans les deux arrêts ultérieurs rendus par la CJUE concernant les personnes transgenres. Tant dans l'affaire *K.B.* que dans l'affaire *Richards*, la CJUE continue d'utiliser le terme « transsexuel » au lieu de « transgenre ».¹⁴¹ De plus, dans ces deux arrêts, la CJUE réitère le fait que les personnes ont subi une opération de changement de sexe.¹⁴² L'approche adoptée par la CJUE n'était pas fortuite, mais résultait plutôt du fait qu'elle s'appuyait sur la position de la CEDH de l'époque à l'égard des personnes transgenres.¹⁴³

Une telle approche médicalisée du changement d'identité de genre ne se retrouve pas dans l'affaire *Mirin*.¹⁴⁴ La CJUE parle d'« identité de genre » et de « transgenre ». Les références au terme « transsexuel » ou l'utilisation du terme « sexe » au lieu de « genre » n'apparaissent que lorsqu'il est question de la jurisprudence de la CEDH sur le changement de genre, en particulier dans l'affaire *X et Y c. Roumanie*.¹⁴⁵ Toutefois, au-delà de la terminologie plus récente employée, il n'est pas possible de déduire quelle est exactement la conception que la CJUE se fait du changement d'identité de genre.

G. La jurisprudence de la CJUE relative au changement d'identité de genre depuis l'affaire *Mirin*

Quelques mois après l'affaire *Mirin*, la CJUE a rendu un arrêt dans une affaire concernant le changement de nom : *Deldits*.¹⁴⁶ Cette affaire concernait une réfugiée transgenre en Hongrie qui n'était pas reconnue par les autorités hongroises comme appartenant au genre auquel elle s'identifiait. Comme déjà mentionné, en vertu de la loi hongroise, le seul genre reconnu est celui qui correspond au sexe biologique d'une personne. Dans cette affaire, le règlement général sur la protection des données (« RGPD ») a permis à cette personne de contester l'impossibilité d'obtenir un enregistrement de l'identité de genre.¹⁴⁷ Elle a fait valoir que les données concernant son genre, telles qu'enregistrées par l'autorité hongroise chargée de l'asile, étaient incorrectes.¹⁴⁸ Sur cette base, elle a demandé la rectification des données conformément au recours prévu par l'article 16 du RGPD, qui permet d'introduire des rectifications.¹⁴⁹ Le recours contre la décision de l'autorité hongroise compétente en matière d'asile a finalement été porté devant la Haute Cour de Budapest, qui a décidé de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel comportant trois questions. La première question est de savoir si l'article 16 du RGPD impose une rectification du sexe en vertu du principe d'exactitude des données consacré à l'article 5, paragraphe 1, point d), du RGPD.¹⁵⁰ À cet égard, la CJUE a estimé que le principe d'exactitude des données obligeait l'autorité

¹⁴¹ CJUE 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), points 18 à 20 ; CJUE 27 avril 2006, *op. cit.* (n° 56), point 31.

¹⁴² CJUE, 7 janvier 2004, *op. cit.* (n° 52), point 19 ; CJUE, 27 avril 2006, *op. cit.* (n° 56), point 38.

¹⁴³ Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.* (n° 31).

¹⁴⁴ A. MARCIA, « Trans* Rights Beyond Medicalisation? The CJEU in Case Deldits (C-247/23) » : European Law Blog, 2025 : <https://www.europeanlawblog.eu/pub/gkdar607/release/2> [consulté le 10 mars 2026].

¹⁴⁵ CJUE, *M-AA c. Direcția de Evidență a Persoanelor Cluj, Serviciul stare civilă*, C-4/23, 4 octobre 2024, points 64-65. Selon *Wattier*, bien que cela ne soit pas tout à fait clair, la raison pour laquelle le terme « transsexuels » est utilisé est que la CEDH a employé ce terme et qu'il s'agit également de la terminologie utilisée en droit roumain : S. WATTIER, « Le refus de reconnaître un changement de prénom et de genre obtenu dans un autre État membre n'est pas conforme au droit de l'Union européenne », *op. cit.* (n° 117), p. 850.

¹⁴⁶ CJUE, *VP c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*, C-247/23, 13 mars 2025.

¹⁴⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), [2016] JO L 119/1.

¹⁴⁸ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 15.

¹⁴⁹ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 16.

¹⁵⁰ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 21.

hongroise compétente en matière d'asile « de prendre en considération l'identité de genre de ladite personne au moment de son inscription dans le registre de l'asile, et non l'identité de genre qui lui aurait été assignée à la naissance ». ¹⁵¹ Si la CJUE a maintenu que « le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres en matière d'état civil des personnes et de reconnaissance juridique de leur identité de genre », les États membres doivent « se conformer au droit de l'Union » lorsqu'ils exercent cette compétence. ¹⁵²

Dans les deuxième et troisième questions, la juridiction de renvoi a demandé si, au cours de la procédure de rectification prévue à l'article 16 du RGPD, les autorités peuvent exiger la preuve que la personne a subi une opération de changement de sexe. ¹⁵³ La CJUE a répondu par la négative. Elle a interprété le RGPD à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, dans laquelle il a été établi que « la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne transgenre ne pouvait pas être subordonnée à la réalisation d'un traitement chirurgical non souhaité par cette personne ». ¹⁵⁴

L'approche moins médicalisée du changement d'identité de genre adoptée par la CJUE dans l'affaire *Mirin* est également suivie dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Deldits*. ¹⁵⁵ Dans cette décision, la CJUE, se référant à l'arrêt de la CEDH dans l'affaire et relative à cette question, a expressément reconnu que la chirurgie de réassignation de genre ne peut constituer une condition d'accès à la changement d'identité de genre. ¹⁵⁶ Elle a néanmoins estimé qu'un « diagnostic psychiatrique » pouvait être exigé. ¹⁵⁷

Un autre arrêt concernant une affaire de changement de nom légal, cette fois en Bulgarie, a été rendu par la CJUE en 2026. ¹⁵⁸ Avec la Hongrie, la Bulgarie est l'autre État membre de l'UE où le changement de nom légal n'est possible sous aucune forme. En 2021, la Cour constitutionnelle bulgare a estimé que le terme « genre » utilisé dans la Constitution bulgare se référait exclusivement au sexe biologique. ¹⁵⁹ Cela a rendu toute voie d'accès au changement de nom légal en Bulgarie constitutionnellement impossible. L'affaire *Shipov* concernait une femme transgenre bulgare qui, alors qu'elle vivait en Italie, a vu sa demande de modification du genre sur son acte de naissance, de masculin à féminin, rejetée par un tribunal bulgare. ¹⁶⁰ Elle a contesté cette décision et, après plusieurs recours, l'affaire a finalement été portée pour la deuxième fois devant la Cour suprême de cassation bulgare. Contrairement à l'affaire *Mirin*, il n'y a pas, en l'espèce, de demande de reconnaissance transfrontalière d'un changement d'identité de genre obtenu dans un autre État membre. La Cour suprême de cassation bulgare a décidé de saisir la CJUE d'une question préjudicielle demandant, en substance, si les principes européens d'égalité et de libre circulation « s'opposent à une législation nationale d'un État membre qui exclut toute possibilité de modifier la mention relative au sexe, au nom et au numéro d'identification [...] figurant dans les documents d'état civil d'un demandeur qui déclare être [une personne transgenre] ». ¹⁶¹

¹⁵¹ CJUE 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 32.

¹⁵² CJUE 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 37.

¹⁵³ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 21.

¹⁵⁴ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 48.

¹⁵⁵ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146).

¹⁵⁶ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 48.

¹⁵⁷ CJUE, 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 49.

¹⁵⁸ CJUE, 12 mars 2026, C-43/24, *K. M. H. c. Obshtina Stara Zagora [Shipov]*.

¹⁵⁹ CJUE 12 mars 2026, *ibid.*, point 21.

¹⁶⁰ CJUE, 12 mars 2026, *ibid.*, point 17.

¹⁶¹ CJUE 12 mars 2026, *ibid.*, point 25.

Le 12 mars 2026, la CJUE a rendu son arrêt dans cette affaire. La CJUE a estimé que « la discordance entre l'apparence d'une personne et les données relatives au genre qui figurent sur sa carte d'identité ou son passeport est ainsi de nature à obliger cette personne à dissiper des doutes en ce qui concerne son identité ainsi que l'authenticité du document d'identité qu'elle présente ou la véracité des données contenues dans celui-ci, ce qui est susceptible d'entraver l'exercice du droit découlant de l'article 21 TFUE »,¹⁶² soit entraîne une restriction du droit de cette personne à la libre circulation et au séjour.¹⁶³ La CJUE a estimé que la Bulgarie n'avait pas fourni de raisons objectives justifiant une telle restriction.¹⁶⁴

En outre, elle a ajouté qu'une telle restriction serait contraire à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui protège le droit à la vie privée. À cet égard, la CJUE a renvoyé à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) relative à la disposition équivalente de la CEDH, l'article 8. La CEDH a réaffirmé que l'article 8 de la CEDH exige des États qu'ils prévoient « une procédure claire et prévisible de reconnaissance juridique de l'identité de genre permettant le changement des données relatives au genre, et donc de nom, de patronyme, de prénom ou de numéro d'identification personnel, dans les documents officiels, de manière rapide, transparente et accessible ». ¹⁶⁵ Bien que la Bulgarie ait été condamnée à plusieurs reprises par la CEDH pour l'absence d'une telle procédure, elle n'a pas adopté les modifications nécessaires pour adapter sa législation aux dispositions de la CEDH. Par conséquent, elle a estimé que « une réglementation d'un État membre, qui ne permet pas un changement des données relatives au genre de l'un de ses ressortissants ayant exercé son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un autre État membre, est également contraire aux droits fondamentaux que l'article 7 de la Charte garantit aux personnes transgenres ». ¹⁶⁶

Comme dans les affaires *Mirin* et *Deldits*, dans l'affaire *Shipov*, l'avocat général de la Cour a également rappelé la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle l'exigence d'une opération de changement de sexe comme condition pour obtenir la reconnaissance légale du genre est contraire à la CEDH.¹⁶⁷ Mais, conformément à la CEDH, l'avocat général de la Cour a également mentionné qu'un diagnostic préalable de dysphorie de genre pour accéder à la reconnaissance légale du genre ne poserait pas de problème.¹⁶⁸

V. Extension de la reconnaissance en vertu du droit de l'Union européenne aux changements de sexe légalement établis dans d'autres États membres du point de vue du système juridique espagnol

Concrètement, la principale contribution de l'arrêt *Mirin* réside dans la mise en place d'une procédure de reconnaissance *ad hoc* pour les décisions relatives au changement légal de sexe d'un État membre à un autre. L'arrêt *Mirin* apporte une réponse à une question sur laquelle le droit de l'Union européenne restait muet.¹⁶⁹ Il convient toutefois

¹⁶² CJUE 12 mars 2026, *ibid.*, point 44.

¹⁶³ CJUE, 12 mars 2026, *ibid.*, point 45.

¹⁶⁴ CJUE, 12 mars 2026, *ibid.*, points 46 à 47.

¹⁶⁵ CJUE, 12 mars 2026, *ibid.*, point 51.

¹⁶⁶ CJUE, 12 mars 2026, *ibid.*, point 55.

¹⁶⁷ Affaire *KMH contre Obshtina Stara Zagora*, C-43/24, 2025, conclusions de l'avocat général de la Cour, point 98.

¹⁶⁸ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-43/24 (n° 167), point 99.

¹⁶⁹ A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, *op. cit.* (n° 6), p. 244.

de rappeler que cette procédure ne s'applique que dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation et au séjour.¹⁷⁰ Ce que la CJUE avait établi concernant la reconnaissance des noms fixés conformément à la législation d'un autre État membre a désormais, avec l'arrêt *Mirin*, été officiellement étendu aux décisions relatives au changement légal de sexe d'une personne.¹⁷¹ Cette solution pourrait avoir une incidence sur les règles nationales existantes qui régissent la reconnaissance des décisions étrangères en matière de changement d'identité de genre. L'affaire espagnole servira à illustrer comment le système national de reconnaissance peut être affecté par l'issue de l'arrêt *Mirin*.

A. Aperçu historique du changement de nom et de genre en Espagne

Dans les années 1980, la Cour suprême espagnole a reconnu pour la première fois, dans plusieurs affaires, la possibilité de changer légalement le sexe et le nom d'une personne.¹⁷² Il s'agissait dans tous les cas de personnes transgenres ayant subi une opération de réassignation sexuelle. Néanmoins, la reconnaissance du changement légal de sexe n'était pas totale. La Cour suprême espagnole a exclu la possibilité pour ces personnes de se marier avec des personnes de leur même sexe biologique.¹⁷³

La toute première législation sur le changement de nom et de sexe a été adoptée en Espagne en 2007.¹⁷⁴ Si la condition de l'opération de réassignation sexuelle pour accéder au changement d'identité de genre a été supprimée, les personnes transgenres devaient néanmoins obtenir un diagnostic de dysphorie de genre et suivre « un traitement médical pendant au moins deux ans afin d'adapter leurs caractéristiques physiques à celles correspondant au sexe revendiqué ». ¹⁷⁵ De plus, la procédure d'obtention du changement d'identité de genre n'était accessible qu'aux personnes majeures.¹⁷⁶

En 2023, une nouvelle procédure d'obtention du changement d'identité de genre a été introduite par le législateur espagnol. Cette nouvelle procédure a franchi une étape supplémentaire par rapport à celle de 2007, en supprimant le diagnostic de dysphorie de genre comme condition préalable à l'obtention du changement d'identité de genre.¹⁷⁷ Une personne transgenre doit simplement se présenter au registre de l'état civil et demander le changement de son sexe.¹⁷⁸ Après avoir déposé cette demande initiale, la personne doit se présenter à nouveau au registre de l'état civil dans un délai de trois

¹⁷⁰ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-43/24, *op. cit.* (n° 167), points 47 à 49.

¹⁷¹ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-43/24, *op. cit.* (n° 167), point 3. Sur la base de ces affaires relatives à la reconnaissance d'un nom de famille, certains auteurs avaient déjà prédit que le droit à la libre circulation et au séjour permettrait également la reconnaissance d'autres questions d'état civil, telles que le changement de sexe : G. DE GROOT, « Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, p. 119. Pour F. MARCHADIER, les conditions de reconnaissance d'un changement de sexe sont, bien que plus complexes, similaires à celles de la reconnaissance d'un nom de famille. Selon lui, les autorités de l'État membre de reconnaissance disposent d'une marge d'appréciation plus large pour statuer sur la reconnaissance d'un changement de sexe que dans le cas d'un nom de famille : F. MARCHADIER, « La circulation de l'état civil du citoyen européen transgenre (note sous CJUE, 4 octobre 2024, aff. C-4/23, *Mirin*) », *op. cit.* (n° 117), p. 863.

¹⁷² V. notamment : STS, 2 juillet 1987, n° 436, ES:TS:1987:8700. Pour un aperçu et une analyse de cette jurisprudence, v. M. D. CERVILLA GARZON, « Transexualidad, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio », *La Ley : Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2001, p. 1339.

¹⁷³ STS du 19 avril 1991, n° 287, ES:TS:1991:15880.

¹⁷⁴ Loi n° 3/2007 du 15 mars régissant la rectification des mentions relatives au sexe des personnes dans les registres (*Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*).

¹⁷⁵ Loi 3/2007 (n° 174), art. 4, par. 1, al. a).

¹⁷⁶ Loi n° 3/2007, *op. cit.* (n° 174), art. 1, par. 1.

¹⁷⁷ Loi n° 4/2023, *op. cit.* (n° 10).

¹⁷⁸ Loi n° 4/2023, *op. cit.* (n° 10), art. 44.

mois pour réaffirmer sa volonté de changer de sexe.¹⁷⁹ Il s'agit donc d'une procédure qui repose sur le principe de l'autodétermination.¹⁸⁰ L'une des innovations de la procédure de 2023 pour obtenir le changement d'identité de genre est que les mineurs peuvent également y avoir accès. Selon la loi, toute personne âgée de plus de 16 ans peut demander un changement d'identité de genre.¹⁸¹ Les personnes âgées de 14 à 16 ans ont le droit de demander un changement d'identité de genre auprès de l'état civil, à condition d'être assistées dans la procédure par leurs représentants légaux.¹⁸²

Les aspects de droit international privé n'ont pas été spécifiquement abordés dans la loi de 2023.¹⁸³ En ce qui concerne les étrangers résidant en Espagne et ne pouvant pas accéder au changement d'identité de genre dans leur pays d'origine, ou dans les cas où cela est pratiquement impossible, il leur serait possible de changer de sexe sur les documents délivrés par les autorités espagnoles.¹⁸⁴ Indirectement, cette disposition indique que la loi applicable au changement d'identité de genre est la loi de la nationalité de la personne.

B. *Transcription d'un changement d'identité de genre accordé à l'étranger vers le registre civil espagnol*

Comme expliqué dans la section III, l'ordre juridique de l'UE ne dispose pas d'un instrument spécifique facilitant la reconnaissance d'un jugement ou d'actes officiels attestant d'un changement d'identité de genre. Il s'agit donc d'une question qui relève du système national de reconnaissance des décisions étrangères.¹⁸⁵ Dans le cas de l'Espagne, une personne souhaitant modifier le sexe figurant sur son acte de naissance sur la base d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire étranger obtenu à l'étranger devrait présenter cette décision étrangère au Registre civil, qui conserve tous les actes de naissance.¹⁸⁶ Il s'agit d'une institution unique pour l'ensemble du territoire espagnol.¹⁸⁷ Dans un scénario similaire à celui de *Mirin*, si une personne transgenre souhaite modifier son acte de naissance conservé par le Registre civil sur la base d'un changement d'identité de genre obtenu à l'étranger, comment cette institution aborderait-elle cette question ? Selon la loi sur le Registre civil, cela dépendrait du type de décision/document reflétant le changement d'identité de genre qui est présenté au Registre civil.¹⁸⁸

Dans le cas où un jugement établissant le changement d'identité de genre serait utilisé, la procédure dépendrait du fait que ce jugement ait ou non fait l'objet d'une procédure

¹⁷⁹ Loi n° 4/2023, *op. cit.* (n° 10), art. 44.

¹⁸⁰ P. BENAVENTE MOREDA, « Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a debate: ¿Qué aporta, qué cambia, qué regula y qué protege? Sus luces, sus sombras », *Annuaire de droit civil*, 2024, pp.667 et 669.

¹⁸¹ Loi 4/2023, *op. cit.* (n° 10), art. 43.

¹⁸² Loi 4/2023, *op. cit.* (n° 10), art. 43.

¹⁸³ Comme le souligne P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS dans son analyse approfondie de la loi : P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, « La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2023, pp. 343 et 355.

¹⁸⁴ Loi n° 4/2023 (n° 10), art. 50, par. 1.

¹⁸⁵ Au Luxembourg, la loi instaurant une procédure d'obtention d'un LGR traite expressément de la manière de procéder pour modifier le sexe sur un acte de naissance sur la base d'une décision étrangère établissant le changement légal de sexe : Loi du 10 août 2018 relative à la modification du sexe et du ou des prénoms dans les registres de l'état civil et modifiant le Code civil, art. 22.

¹⁸⁶ Loi n° 20/2011 du 21 juillet relative à l'état civil (*Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*), art. 4, al. 1.

¹⁸⁷ Loi n° 20/2011 (n° 186), art. 3, par. 1.

¹⁸⁸ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, « La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español », *op. cit.* (n° 183), pp. 346-366.

d'exequatur en Espagne.¹⁸⁹ La procédure d'exequatur se déroulerait devant un tribunal.¹⁹⁰ Le tribunal accordera l'exequatur et le jugement étranger sera reconnu, sauf si :¹⁹¹

- Le jugement est contraire à l'ordre public espagnol.
- Le jugement a été rendu en violation manifeste des droits de la défense de l'une des parties. Si la décision a été rendue par défaut, il est entendu qu'il y a eu violation manifeste des droits de la défense si le défendeur n'a pas reçu la citation à comparaître ou un document équivalent en temps utile et avec un délai suffisant pour se défendre.
- Le jugement a été rendu sur une matière pour laquelle les tribunaux espagnols ont une compétence exclusive ou, en ce qui concerne d'autres matières, si la compétence du tribunal d'origine n'a pas de lien raisonnable. Un lien raisonnable avec le litige est présumé exister lorsque le tribunal étranger a fondé sa compétence internationale sur des critères similaires à ceux prévus par la loi espagnole.
- Le jugement est inconciliable avec une décision rendue en Espagne.
- Le jugement est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans un autre État, lorsque cette dernière décision remplit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en Espagne.
- Le jugement concerne un litige en cours en Espagne entre les mêmes parties et portant sur le même objet, engagé avant la procédure à l'étranger.

Un jugement étranger ayant obtenu l'exequatur peut être inscrit au registre civil. À titre d'alternative à la procédure d'exequatur, il est possible de présenter directement le jugement étranger au registre civil, bien que celui-ci vérifie que les conditions préalables suivantes sont remplies pour autoriser son inscription :¹⁹²

- La régularité et l'authenticité formelle des documents présentés.
- Le tribunal d'origine a fondé sa compétence internationale sur des critères équivalents à ceux prévus par la législation espagnole.
- Toutes les parties ont été dûment informées et aient disposé d'un délai suffisant pour se préparer à la procédure.
- L'inscription de la décision n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public espagnol.

À l'inverse, lorsque l'acte de naissance est attesté par un document extrajudiciaire, l'état civil vérifie que les conditions suivantes sont remplies :¹⁹³

- Le document a été délivré par une autorité étrangère compétente conformément à la législation de son État.

¹⁸⁹ Loi n° 20/2011, *op. cit.* (n° 186).

¹⁹⁰ Loi n° 29/2015 du 30 juillet relative à la coopération juridique internationale en matière civile (*Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*), art. 52.

¹⁹¹ Loi n°29/2015, *op. cit.* (n° 190), art. 46.

¹⁹² Loi n°20/2011, *op. cit.* (n° 186), art. 96, par. 2, al. 2.

¹⁹³ Loi n° 20/2011, *op. cit.* (n° 186), art. 97.

- L'autorité étrangère a participé à l'élaboration du document, en exerçant des fonctions équivalentes à celles exercées par les autorités espagnoles en la matière.
- Le fait ou l'acte contenu dans le document est valable conformément au système juridique désigné par les règles espagnoles de droit international privé.
- L'enregistrement du document étranger n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public espagnol.

Si une copie certifiée conforme d'une inscription dans un registre étranger est utilisée pour modifier l'acte de naissance, l'état civil vérifiera que les conditions suivantes sont remplies :¹⁹⁴

- La copie certifiée conforme a été délivrée par une autorité étrangère compétente conformément à la législation de son État.
- Le registre étranger d'origine offre, en ce qui concerne les faits qu'il atteste, des garanties similaires à celles requises pour l'enregistrement en vertu du droit espagnol.
- Le fait ou l'acte figurant dans la copie certifiée conforme de l'inscription au registre étranger est valable conformément au système juridique désigné par le droit international privé espagnol.
- L'enregistrement de la copie certifiée conforme de l'inscription au registre étranger n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public espagnol.

Il convient de noter que la loi sur l'état civil reconnaît expressément que les règles décrites ci-dessus « s'appliquent sans préjudice des dispositions des règlements de l'Union européenne et des traités et instruments internationaux en vigueur en Espagne ». ¹⁹⁵ *Mirin* a mis en place une procédure spéciale pour la reconnaissance des décisions relatives à l'état civil entre États membres, de sorte que ces règles de la loi sur l'état civil devront s'aligner sur ce que la CJUE a déterminé dans cet arrêt.

C. L'impact de l'arrêt Mirin sur l'enregistrement d'une décision étrangère ou d'un acte extrajudiciaire en matière de changements d'identité de genre au registre civil espagnol

De quelle manière le système décrit précédemment peut-il être affecté par l'arrêt *Mirin* ? Trois aspects spécifiques peuvent être particulièrement concernés : le contrôle indirect de la compétence, l'application de l'exception d'ordre public, et la règle espagnole de conflit de lois applicable aux changements d'identité de genre.

1. L'examen de la compétence du tribunal ou de l'autorité qui a rendu la décision

Au cours de la procédure d'exequatur, les tribunaux espagnols vérifient si le jugement a été rendu en violation d'une règle de compétence conférant aux tribunaux espagnols une compétence exclusive, ou, dans le cas d'un fondement de compétence non exclusif, si le tribunal étranger qui a rendu le jugement avait un lien raisonnable avec l'affaire.¹⁹⁶ De même, dans le cas d'un jugement étranger directement présenté au registre civil espagnol, il est vérifié que « le tribunal d'origine a fondé sa compétence internationale

¹⁹⁴ Loi n° 20/2011, *op. cit.* (n° 186), art. 98.

¹⁹⁵ Loi n° 20/2011, *op. cit.* (n° 186), article 98.

¹⁹⁶ Loi n° 29/2015, *op. cit.* (n° 190), art. 46.

sur des critères équivalents à ceux prévus par la législation espagnole ». ¹⁹⁷ Le système juridique espagnol ne dispose pas d'une juridiction spécifique pour les affaires impliquant des demandes de changement légal de sexe. Des discussions ont même lieu pour déterminer quelle disposition spécifique du droit espagnol pourrait fournir une compétence juridictionnelle pour ce type d'affaires. Il a été suggéré que l'article 22quater.b) de la loi organique sur le pouvoir judiciaire (*Ley Orgánica del Poder Judicial*), qui prévoit une compétence juridictionnelle dans les affaires concernant la capacité d'une personne, pourrait servir de fondement juridictionnel dans les affaires de changement d'identité de genre. ¹⁹⁸ Par ailleurs, certains chercheurs soutiennent que l'article 22octies.3, qui prévoit un *forum necessitatis* en faveur des tribunaux espagnols, pourrait également servir à conférer aux tribunaux espagnols la compétence pour statuer sur les demandes de changement légal de sexe. ¹⁹⁹ En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une matière pour laquelle les tribunaux espagnols disposent d'une compétence exclusive. Toutefois, les tribunaux espagnols statuant sur la procédure d'exequatur relative au jugement étranger en matière de changement d'identité de genre peuvent vérifier que le tribunal qui a rendu le jugement présente un lien raisonnable avec l'affaire.

L'examen de la compétence de la juridiction ou de l'autorité qui a rendu la décision au cours de la procédure d'exequatur est-il affecté par l'arrêt *Mirin* ? Cela dépendrait de l'interprétation que nous donnons de ce que la CJUE a déterminé dans l'arrêt *Mirin*. Si l'on considère que les autorités espagnoles sont tenues de reconnaître tout changement d'identité de genre obtenu dans un autre État membre dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation et au séjour, la vérification de l'existence d'un lien raisonnable entre la juridiction qui a rendu le jugement et l'affaire ne devrait pas constituer une condition préalable à l'octroi d'une telle reconnaissance. Néanmoins, si, comme l'a estimé l'avocat général de la Cour, il doit exister un certain lien entre l'État membre où le changement d'identité de genre a été obtenu et la personne concernée, il existe alors une marge d'appréciation pour examiner si l'autorité qui a délivré le changement d'identité de genre a un lien raisonnable avec l'affaire. ²⁰⁰ Le fait d'être ressortissant de cet État membre ou d'y avoir sa résidence habituelle devrait suffire.

2. Le rôle de l'ordre public

Un jugement étranger ou un acte extrajudiciaire concernant un changement de nom et de genre destiné à être inscrit au registre civil espagnol ferait l'objet d'un examen afin de vérifier s'il est contraire à l'ordre public espagnol. ²⁰¹ Cet examen serait effectué soit dans le cadre de la procédure d'exequatur devant une juridiction, soit par un fonctionnaire chargé du registre civil espagnol. Après l'arrêt *Mirin*, est-il toujours possible de contrôler une éventuelle violation de l'ordre public par une décision judiciaire ou un acte extrajudiciaire relatif à un changement de genre accordé dans un autre État membre ? La possibilité d'invoquer l'ordre public pour s'opposer à la

¹⁹⁷ Loi 20/2011, *op. cit.* (n° 186), art. 96, par. 2, al. 2.

¹⁹⁸ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, « La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español », *op. cit.* (n° 186), p. 356.

¹⁹⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, « La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español », *op. cit.* (n° 186), 356 ; P. JIMENEZ BLANCO, « La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, pp. 985 et 989.

²⁰⁰ Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 60.

²⁰¹ Loi 20/2011, *op. cit.* (n° 186), articles 96 à 98.

reconnaissance d'un changement de genre obtenu dans un autre État membre n'est pas une question que la CJUE a abordée dans l'affaire *Mirin*.²⁰² Néanmoins, la CJUE a reconnu à plusieurs reprises qu'un nom de famille établi conformément à la législation d'un État membre pourrait ne pas être reconnu dans un autre État membre s'il est contraire à l'ordre public de ce dernier.²⁰³ Elle a toutefois rappelé que cette disposition devait être interprétée de manière restrictive.²⁰⁴ Il serait néanmoins difficile d'imaginer un contexte dans lequel une décision relative à un changement d'identité de genre adoptée dans un autre État membre entrerait en conflit avec l'ordre public espagnol, compte tenu de l'approche très ouverte de la législation espagnole à l'égard du changement d'identité de genre. Si l'Espagne avait un accès plus restrictif au changement de genre, par exemple, subordonné à un diagnostic de dysphorie de genre,²⁰⁵ pourrait-on alors faire valoir que la reconnaissance d'un changement de genre obtenu dans un autre État membre où le diagnostic de dysphorie de genre n'est pas une condition préalable violerait l'ordre public espagnol ? La simple divergence entre les droits matériels des États membres équivaldrait à une violation manifeste de l'ordre public espagnol.²⁰⁶ Il convient de noter que le droit de l'Union européenne influe également sur l'ordre public des États membres.²⁰⁷ Dans ce cas, la restriction du droit à la libre circulation et au séjour devrait également être prise en compte lors de l'évaluation d'une violation potentielle de l'ordre public d'un État membre, tout comme la jurisprudence de la CEDH en matière de changement d'identité de genre.²⁰⁸ Par exemple, si l'Espagne avait exigé une chirurgie de changement de sexe pour obtenir la reconnaissance légale du genre et avait tenté de faire valoir que cela relevait de son ordre public, une telle condition préalable serait écartée par la jurisprudence de la CEDH, qui stipule que le changement d'identité de genre ne peut être subordonnée à une chirurgie de changement de sexe.²⁰⁹

²⁰² Cela a été mentionné par l'avocat général de la Cour dans ses conclusions sur l'affaire, mais uniquement en ce qui concerne le changement de nom. À cet égard, il a déclaré que « la juridiction de renvoi ne saurait invoquer des justifications fondées sur l'ordre public et l'égalité de traitement pour refuser le changement de prénom » : Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 60.

²⁰³ CJUE, 14 octobre 2008, C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, point 38 ; CJUE, 22 décembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshaupmann von Wien*, point 85 ; CJUE 2 juin 2016, *op. cit.* (n° 119), points 65 à 67.

²⁰⁴ CJUE 22 décembre 2010, *op. cit.* (n° 203), point 86 ; CJUE 2 juin 2016, *op. cit.* (n° 119), points 67.

²⁰⁵ Cela aurait été le cas en vertu de l'ancienne législation espagnole sur le changement de nom et de sexe, qui exigeait un diagnostic de dysphorie de genre : loi n° 3/2007 du 15 mars régissant la rectification de l'inscription du sexe d'une personne (*Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*), art. 4, par. 1.

²⁰⁶ S. LILLIAN GÖSSL, « "Mirin" and Beyond – Gender Identity, Domestic Private International Law, and Human Rights in the EU », (article accepté le 27 septembre 2025), *International Journal of Law, Policy and the Family*, OUP, <https://ssrn.com/abstract=5578932> [consulté le 10 mars 2026] ; A. SCHULZ, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, *op. cit.* (n° 6), pp. 155–156. Par exemple, en Allemagne, un tribunal n'a trouvé aucun obstacle à la reconnaissance d'un changement légal de sexe intervenu en Norvège, qui disposait à l'époque d'un régime d'accès au registre de l'état civil plus souple que celui de l'Allemagne : OLG Schleswig, décision du 4 juin 2019 – 2 Wx 45/19, BeckRS 2019, pp. 35966 et 7374.

²⁰⁷ CJUE, 4 octobre 2024, C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol et AE contre EE et Société Éditrice du Monde S.A.*, conclusions de l'avocat général Szpunar, points 96 à 103.

²⁰⁸ S. L. GÖSSL, « The public policy exception in the European civil justice system », *The European Legal Forum*, 2016, pp. 85 et 91. Le recours à la CEDH peut être observé lors de l'évaluation de l'application de l'ordre public en vertu du règlement Bruxelles I bis : CJUE, *Real Madrid Club de Fútbol et AE c. EE et Société Éditrice du Monde S.A.*, C-633/22, 4 octobre 2024, points 55 à 62.

²⁰⁹ Cour EDH *AP, Garçon et Nicot c. France*, *op. cit.* (n° 36), point 143. La CJUE s'est appuyée sur cette jurisprudence de la CEDH dans l'affaire *Deldits* : CJUE 13 mars 2025, *op. cit.* (n° 146), point 48. C'est un point que l'avocat général de la Cour a également rappelé dans ses conclusions dans l'affaire *Shipov* : Conclusions de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-43/24, *op. cit.* (n° 167), points 95 à 98.

Un scénario potentiel dans lequel l'ordre public pourrait encore jouer un rôle est peut-être celui du changement légal de genre d'un mineur. L'âge requis pour accéder à la procédure d'obtention du changement d'identité de genre peut varier considérablement d'un État membre à l'autre. Par exemple, en Espagne, cela n'est possible qu'à partir de l'âge de 12 ans,²¹⁰ tandis qu'au Luxembourg, cela est également possible pour les mineurs de moins de 12 ans.²¹¹ Un changement d'identité de genre établi au Luxembourg pour un mineur de moins de 12 ans pourrait-il être rejeté en Espagne au motif qu'il va à l'encontre de l'ordre public espagnol ? Dans ce cas, l'âge minimum pour accéder au changement d'identité de genre ne constitue pas une simple divergence entre les droits matériels des États membres. La fixation d'un certain âge minimum répond à la conception qu'ont les États membres de la maturité nécessaire pour accéder au changement d'identité de genre et protéger ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle peut donc être considérée comme un élément fondamental de leur ordre juridique et, par conséquent, de leur ordre public.

Par conséquent, le contrôle de l'ordre public pourrait encore s'appliquer, mais de manière plus limitée, en tenant compte des limites et du contenu imposés par le droit de l'Union européenne.²¹²

3. L'application des règles espagnoles de droit international privé

Si une décision non judiciaire ou une inscription dans un registre civil étranger concernant le changement d'identité de genre est présentée au Registre civil espagnol, celui-ci vérifiera que la loi applicable est conforme aux règles espagnoles de droit international privé.²¹³ Contrairement à d'autres États membres, l'Espagne ne dispose pas de règle spécifique de conflit de lois permettant de déterminer quelle loi s'applique au changement d'identité de genre.²¹⁴ En l'absence d'une telle règle, c'est la règle générale de conflit de lois servant à déterminer la loi applicable à l'état civil d'une personne qui doit être utilisée.²¹⁵ Elle figure à l'article 9, paragraphe 1, du Code civil

²¹⁰ Loi n° 4/2023 du 28 février sur l'égalité réelle et effective des personnes transgenres et la garantie des droits des personnes LGTBI, art. 43.

²¹¹ Loi du 10 août 2018 relative au changement de sexe et de prénom(s) dans les registres d'état civil et modifiant le Code civil, art. 3.

²¹² F. RISTUCCIA et A. MARCIA, « Trans* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 Mirin, EU:C:2024:845 », *op. cit.* (n° 117), p. 8 ; S. L. GÖSSL, « From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: The Question Whether a Person Is Male, Female, or ... ? », *Journal of Private International Law*, 2016, p. 261, et pp. 275-276 ; F. MARCHADIER, « La circulation de l'état civil du citoyen européen transgenre (note sous CJUE, 4 octobre 2024, aff. C-4/23, Mirin) », *op. cit.* (n° 117), p. 862 ; I. RODRIGUEZ-URIA SUAREZ, « ¿Existe un Derecho europeo a la identidad de género? Nueva entrega sobre el estatuto de la ciudadanía europea Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2024, Asunto C-4/23, Mirin », *La Ley Unión Europea*, 2025, pp. 1 et 8.

²¹³ Loi n° 20/2011 (n° 186), articles 96 à 98.

²¹⁴ Par exemple, l'Allemagne dispose d'une règle spécifique en matière de conflit de lois qui stipule que « le sexe d'une personne est régi par la loi de l'État dont elle est ressortissante », bien qu'« une personne résidant habituellement en Allemagne puisse choisir la loi allemande pour un changement de sexe » (Loi d'introduction au Code civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*), art. 7a). De même, le Code de droit international privé belge traite également expressément de la « loi applicable en matière de changement de sexe », qui est fondée sur la nationalité de la personne (Code de *droit international privé*, art. 35ter).

²¹⁵ Par exemple, dans le cadre d'une demande émanant d'un citoyen allemand résidant en Espagne visant à être enregistré avec un genre « indéterminé » au Registre central des étrangers espagnol, la demande a été rejetée car le système juridique espagnol, contrairement au système allemand, ne reconnaît pas de troisième catégorie de genre. La décision a été contestée et a finalement été portée devant la Cour supérieure de justice d'Andalousie (*Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*). Cette cour a estimé qu'une troisième catégorie de genre pouvait être reconnue. *En obiter dictum*, elle a fait référence à la règle de conflit de lois relative à l'état civil d'une personne, l'article 9, paragraphe 1, du Code civil espagnol, selon laquelle, en l'espèce, la loi

espagnol, qui dispose que « la loi personnelle applicable à une personne est déterminée par sa nationalité » et que « cette loi régit la capacité et l'état civil, les droits et obligations familiaux ainsi que la succession mortis causa ». Bien qu'il ne fasse pas expressément référence au genre, il est entendu que celui-ci relève de la catégorie de l'état civil d'une personne.²¹⁶

L'exemple suivant illustre en quoi cette solution est insuffisante par rapport au dispositif de reconnaissance mis en place par l'arrêt *Mirin*. Un citoyen espagnol résidant au Luxembourg obtient dans cet État membre une décision reconnaissant un changement de genre. La procédure luxembourgeoise d'obtention du changement d'identité de genre est ouverte aux étrangers ayant leur résidence habituelle dans cet État membre.²¹⁷ Le changement d'identité de genre est délivré par décision du ministère de la Justice du Luxembourg. Si, par la suite, ce citoyen espagnol souhaite modifier son sexe sur l'acte de naissance détenu par l'état civil espagnol, en se fondant sur le changement d'identité de genre modifié obtenu au Luxembourg, l'état civil espagnol vérifiera que le droit espagnol a été appliqué au changement d'identité de genre. À ce stade, il convient de rappeler que, en vertu du droit espagnol, la loi applicable au genre d'une personne est celle de sa nationalité. Néanmoins, étant donné que la loi régissant le changement d'identité de genre au Luxembourg a été appliquée, l'état civil espagnol refuserait d'enregistrer le document luxembourgeois reflétant le changement d'identité de genre.

Cette solution est en contradiction avec la reconnaissance requise conformément à l'arrêt *Mirin*.²¹⁸ Comment cette condition préalable à l'application des règles espagnoles de droit international privé pourrait-elle être adaptée à l'arrêt *Mirin* ? Le registre civil espagnol devrait-il simplement s'abstenir de tout contrôle de la loi applicable au changement d'identité de genre ? Si l'on considère que l'arrêt *Mirin* impose une obligation de reconnaissance d'une décision relative à un changement d'identité de genre émanant de tout autre État membre, indépendamment du lien entre la personne transgenre et cet autre État membre, alors la non-application d'une règle de conflit de lois répondrait bien à cette interprétation. Le registre civil éviterait tout examen de la loi qui a été appliquée au changement d'identité de genre.

Une solution alternative consisterait à étendre la règle actuelle de conflit de lois applicable au genre en y ajoutant d'autres éléments de rattachement outre la nationalité, en l'occurrence la résidence habituelle d'une personne dans un autre État membre. Comme déjà mentionné, l'avocat général de la Cour a estimé nécessaire l'existence d'un certain lien entre l'État membre où la décision de changement d'identité de genre a été

applicable pour déterminer le genre du citoyen allemand serait la loi allemande en raison de sa nationalité : Arrêt du Tribunal supérieur de justice d'Andalousie n° 792/2023 du 23 janvier 2023, ECLI:ES:TSJAND:2023:792.

²¹⁶ S. ÁLVAREZ GONZALEZ, « Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado », *Ley Derecho de Familia*, 2021, pp. 1 et 8 ; J. BLANCO, « La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar », *op. cit.* (n° 202), p. 990 ; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, « La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español », *op. cit.* (n° 186), p. 350.

²¹⁷ Loi du 10 août 2018 relative au changement de sexe et de prénom(s) dans les registres d'état civil et modifiant le Code civil, art. 5.

²¹⁸ Une critique similaire a été formulée à l'encontre de la règle allemande de conflit de lois qui détermine que la loi applicable au changement de sexe est la loi de la nationalité de la personne ou la loi allemande si la personne a sa résidence habituelle en Allemagne : S. L. GÖSSL, « Trending Topics in German PIL 2024 (Part 2 – Online Marriages, Gender Affiliation and Name Law) », *Conflicts of Laws*, 2025 : <https://conflictolaws.net/2025/trending-topics-in-german-pil-2024-part-2-online-marriages-gender-affiliation-name-law> [consulté le 10 mars 2026].

obtenue et la personne transgenre.²¹⁹ Une règle de conflit de lois incluant la résidence habituelle comme facteur de rattachement répondrait bien à la nécessité d'un certain lien entre la personne transgenre et l'État membre où le registre de l'état civil est établi.²²⁰

VI. Le changement d'identité de genre au cœur du droit à la libre circulation et au séjour

L'arrêt *Mirin* ne modifie pas la situation fragmentée qui prévaut actuellement en matière de reconnaissance du changement d'identité de genre au sein de l'Union européenne. Il atténue toutefois les conflits potentiels qui pourraient découler d'une telle fragmentation dans le contexte du droit à la libre circulation et au séjour dont jouissent les citoyens de l'Union. En permettant la reconnaissance transfrontalière d'un changement d'identité de genre établi dans un État membre par un autre, cet arrêt comble un vide juridique, mais met également en évidence la nécessité d'une solution plus précise, peut-être sous la forme d'un instrument spécifique qui permettrait la reconnaissance de l'état civil d'une personne dans toutes ses dimensions d'un État membre à l'autre.²²¹ Cependant, les divergences qui existent entre les États membres sur des questions politiquement sensibles, telles que l'identité de genre, empêchent l'obtention du consensus politique nécessaire qui permettrait l'adoption d'un tel instrument au niveau de l'UE. En attendant, des affaires comme *Mirin* contribuent, par l'interprétation du droit à la libre circulation et au séjour, à obtenir la reconnaissance de l'état civil des personnes LGBTQI+. L'affaire *Mirin* a également un impact inattendu sur les règles nationales relatives à la reconnaissance des décisions étrangères concernant l'état civil d'une personne. L'Espagne sert d'exemple pour illustrer comment le droit international privé d'un État membre s'est adapté à la réalité des « citoyens

²¹⁹ Avis de l'avocat général de la Cour dans l'affaire C-4/23, *op. cit.* (n° 61), point 78.

²²⁰ Il s'agirait d'une solution similaire à celle adoptée par le législateur allemand en réponse à la jurisprudence de la CJUE relative à la reconnaissance du nom de famille d'une personne. Dans l'affaire *Grunkin et Paul*, la CJUE a estimé que la législation allemande, selon laquelle « le nom d'une personne doit être déterminé par la loi de l'État dont elle a la nationalité », pouvait créer un obstacle injustifié au droit à la libre circulation et au séjour des citoyens de l'Union européenne. Dans cette affaire, les autorités allemandes avaient refusé de reconnaître le nom de famille d'un citoyen allemand ayant sa résidence habituelle au Danemark, établi conformément au droit danois (CJUE, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, C-353/06, 14 octobre 2008). À la suite de cet arrêt, le législateur allemand a introduit une règle spéciale de conflit de lois afin de déterminer la loi applicable pour établir le nom de famille d'une personne. Cette règle de conflit de lois se fonde sur la résidence habituelle de la personne dans un autre État membre, conformément à l'article 48 de la loi introductive au Code civil. Cette solution a été largement critiquée par la doctrine allemande car elle ne couvre pas tous les cas de figure intra-UE dans lesquels le nom de famille d'une personne pourrait être établi conformément à la loi d'un autre État membre, différent de celui de la nationalité ou de la résidence habituelle : S. L. GÖSSL *in* F. J. SÄCKER et al. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9e éd., CH Beck 2024, art. 48 EGBGB, al. 1 ; P. MANKOWSKI, « Nun sag, wie hast Du's mit dem Anerkennungsprinzip? – Im EU-Ausland « unrechtmäßig » erlangte Namen als Prüfstein », IPRax, 2020, pp. 323, 327–328 ; G. MÄSCH, *in* W. HAU et R. POSECK (dir.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 75e éd., CH Beck, 2024, art. 48 EGBGB, al. 1. La limite de cette règle spéciale de conflit de lois a été mise en évidence dans l'affaire *Freitag*, dans laquelle un citoyen roumano-allemand souhaitait faire enregistrer son nom de famille conformément au droit roumain. Les autorités allemandes ont estimé que, puisqu'il était citoyen allemand et avait sa résidence habituelle en Allemagne, c'était le droit allemand qui devait s'appliquer pour l'enregistrement de son nom de famille. La CJUE a estimé que le droit à la libre circulation et au séjour consacré par l'article du TFUE s'oppose à ce que « le bureau d'état civil d'un État membre refuse de reconnaître et d'inscrire à l'état civil le nom légalement acquis par un ressortissant de cet État membre dans un autre État membre, dont il est également ressortissant » : CJUE, 8 juin 2017, *op. cit.* (n° 120), point 48.

²²¹ Certains auteurs défendent l'idée qu'une telle reconnaissance de l'état civil des personnes devrait exister d'un État membre à l'autre : M. LEHMANN, « El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado? », *op. cit.* (n° 66).

mobiles de l'UE » en matière de reconnaissance d'un changement d'identité de genre établi conformément aux lois d'un autre État membre.

Transidentité et droit international de la santé

Par Marie BAUDEL,
Professeure de droit public,
Université Lumière Lyon 2.

« *Le normal n'est pas un concept statique ou pacifique, mais un concept dynamique et polémique.* »¹

G. Canguilhem

Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), « le genre a un lien avec le sexe biologique (masculin ou féminin), mais il est distinct de lui »². La reconnaissance du concept de genre par l'OMS est loin d'être anecdotique, tant le concept demeure encore aujourd'hui polémique. La transidentité, qui renvoie à l'identité d'une personne dont « le genre et/ou le sexe ne correspond pas, partiellement ou complètement, au sexe assigné à la naissance »³ participe d'une remise en question d'une conception biologique et immuable de l'identité sexuée. À cet égard, l'étude de la transidentité du point de vue du droit international de la santé permet de mesurer les évolutions du domaine face à la réception d'un concept sociopolitique⁴ désormais incontournable dans le champ des droits humains. La question de la transidentité illustre ainsi la dialectique au sein même du droit international de la santé entre « un “droit technique”, constitué de normes juridiques ou techniques, et un “droit idéologique”, fondé sur des principes à portée politique »⁵.

La notion de transidentité est elle-même une notion récente qui marque une prise de distance vis-à-vis d'une conception strictement médicale des problématiques « trans ». Elle se distingue ainsi du « transsexualisme », terme aujourd'hui « ambigu et dépassé »⁶ qui renvoie à un diagnostic médical caractérisé par le rejet par la personne de son sexe d'origine et une demande persistante à en changer⁷. En marquant le refus d'une pathologisation des variances de genre, la notion de transidentité intègre une approche plus fluide de l'identité de genre, qui peut ou non s'inscrire dans une logique de binarité et n'est pas figée dans le temps.

¹ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, 12^{ème} édition, 2013, p. 227.

² OMS, « Genre et santé », 23 août 2018, <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/gender>, [consulté le 1^{er} février 2026].

³ A. ALESSANDRIN, *Sociologie des transidentités*, 2^e édition, Le Cavalier bleu éditions, 2023, p. 152.

⁴ P. MICHEL, *Le transfert des concepts sociologiques dans le droit : le cas du genre*, Mare & Martin, 2024.

⁵ M. BELANGER, « Réflexions sur la réalité du droit international de la santé », *RQDI*, 1985, vol. 2, p. 21.

⁶ D. ROMAN, « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? », *Constitutions*, 2010, p. 79.

⁷ A. ALESSANDRIN, *Sociologie des transidentités*, *op. cit.*, p. 153.

Le droit international, et particulièrement le droit international des droits humains, dispose d'un corpus juridique en matière d'identité de genre⁸. La transidentité est alors dans une large mesure traitée sous l'angle de la protection d'un groupe minoritaire – les personnes transgenres – qui est intégré dans la catégorie plus large des personnes « LGBTQI* »⁹. La prise en compte de cette problématique minoritaire, au niveau international comme au niveau national, doit sans conteste beaucoup à la mobilisation de la société civile et au militantisme des organisations LGBTQI*¹⁰. À ce titre, les Principes de Jogjakarta, adoptés en 2007¹¹ et actualisés en 2017¹² constituent un texte de référence alors même que leur élaboration s'est faite en dehors de tout cadre institutionnel onusien ou régional. Parmi ces principes, le principe 17 réaffirme que « toute personne a le droit au plus haut niveau possible de santé physique et mentale, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. La santé sexuelle et procréative est un aspect fondamental de ce droit ».

Les revendications des minorités LGBTQI* ne sont cependant pas homogènes dans leur rapport avec le domaine sanitaire. Alors que les personnes homosexuelles ont historiquement revendiqué une dépathologisation stricte de l'homosexualité et condamné les tentatives pour y remédier, y compris les soi-disant « thérapies de conversion »¹³, les personnes transgenres ne rejettent pas systématiquement la nécessité d'une intervention médicale. Il s'agit alors de revendiquer, dans le cadre de certains parcours, l'accès à des soins de transition, tels que la chirurgie et/ou l'hormonothérapie. Cependant, la pathologisation des variances de genre, et particulièrement leur psychiatrisation, apparaît pour les principaux intéressés comme stigmatisante et discriminante¹⁴. Le rapport avec le système de soin doit donc être un rapport fondé sur le consentement de la personne et sur le respect de son intégrité physique et mentale. Ainsi, l'obligation de passer par une transition chirurgicale pour procéder à un changement d'état civil a été contestée avec succès devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵ et devant le Comité européen des droits sociaux¹⁶. Ce dernier a d'ailleurs considéré que l'obligation de subir une stérilisation pour obtenir la reconnaissance juridique de son identité de genre constituait une violation du droit à la protection de la santé garanti par l'article 11 §1 de la Charte sociale européenne.

Cette relation paradoxale à la médecine transparait plus généralement dans le rapport de la transidentité au droit international de la santé. En effet, c'est d'abord par l'intermédiaire d'outils diagnostiques, les classifications médicales internationales, que le droit international de la santé est entré en contact avec la question transidentitaire. Ce dernier apparaît alors dans toute sa dimension technique qu'il met au service de processus de normalisation reposant sur une conception binaire et biologique de l'identité sexuelle. Aussi, selon Elsa Fondimare, « la classification du transsexualisme en

⁸ P. MICHEL, *op. cit.*, pp. 83-91 ; G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce » in S. WATTIER (dir.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 40-46.

⁹ L'acronyme signifie « *Lesbian, Gay, Transgender, Questioning, Intersex* », l'astérisque indique que l'énumération n'est pas limitative et que la catégorie est inclusive et ouverte à d'autres identités.

¹⁰ A. ALESSANDRIN, *Sociologie des transidentités*, *op. cit.*, pp. 67-86.

¹¹ Commission internationale des juristes et Service international des droits de l'Homme, Principes de Jogjakarta, 26 mars 2007, <https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/>, [consulté le 1^{er} février 2026].

¹² Commission internationale des juristes et Service international des droits de l'Homme, Principes de Jogjakarta +10, 10 novembre 2017, <https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/les-principes-de-jogjakarta-plus-10/>, [consulté le 1^{er} février 2026].

¹³ V. à ce sujet : Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, *Pratiques des thérapies dites de « conversion »*, A/HRC/44/53, 1^{er} mai 2020.

¹⁴ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, *Reconnaissance légale de l'identité de genre et dépathologisation*, A/72/152, 12 juillet 2018, §11.

¹⁵ Cour EDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 6 avril 2017.

¹⁶ Comité européen des droits sociaux, *Transgender Europe et ILGA-Europe c. République tchèque (décision sur le bien-fondé)*, n° 117/2014, 15 mai 2018.

tant que trouble mental est surtout un instrument puissant de normalisation des corps sexués, la norme présupposant une concordance entre le sexe juridique, biologique et social »¹⁷. Le diagnostic de transsexualisme est ainsi entré dans la Classification internationale des maladies (CIM), classification élaborée par l'OMS, en 1975. Il est également apparu à partir de 1980 dans le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM), classification concurrente élaborée par l'Association américaine de psychiatrie.

La mobilisation des organisations militantes a été déterminante dans l'évolution subséquente des classifications savantes et la suppression du diagnostic de transsexualisme. Celui-ci est désormais remplacé par la « dysphorie de genre » dans le DSM et par la « non-congruence de genre » dans la CIM. Ces diagnostics mettent l'accent sur la souffrance psychologique ressentie par l'individu en raison de l'inadéquation entre son identité de genre et son sexe biologique et non sur son comportement. Si la persistance de ces diagnostics dans les classifications internationales divise, y compris au sein des associations militantes, une telle évolution marque une distanciation avec la logique de pathologisation. Il s'agit alors de concilier non-stigmatisation et accès aux soins. Au sein des Nations Unies, une telle évolution est par exemple pleinement intégrée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui estime, dans son Observation générale sur la santé sexuelle et procréative, que :

« les réglementations en vertu desquelles les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées doivent être considérées comme souffrant de troubles mentaux ou psychiatriques, ou doivent être “guéries” par un prétendu “traitement”, constituent une violation manifeste du droit de ces personnes à la santé sexuelle et procréative »¹⁸.

À l'inverse, il est désormais bien établi que la violence et les discriminations subies par les personnes transgenres portent atteinte à leur santé physique et mentale, notamment lorsqu'elles sont induites par les politiques ou les services de santé eux-mêmes¹⁹.

Ces évolutions renvoient dès lors le droit international de la santé à sa dimension idéologique ou politique. D'une part, il s'agit d'un droit doté d'une forte dimension idéaliste, à l'instar de la Constitution de l'OMS qui proclame que « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale »²⁰. Mais d'autre part, cette dimension idéaliste se trouve confrontée aux intérêts et positionnements politiques des acteurs du droit international.

Dès lors, il est possible de s'interroger sur la manière dont les revendications transidentitaires et leur prise en compte dans le champ du droit international ont fait évoluer la relation de la transidentité au droit international de la santé.

En effet, la transidentité a initialement fait l'objet d'une intégration forcée dans le champ du droit international de la santé, à travers l'outil de diagnostic que sont les classifications internationales (I). Malgré des évolutions significatives, on peut se demander si cette relation est aujourd'hui parfaitement apaisée (II).

¹⁷ E. FONDIMARE, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *Revue des droits de l'homme*, 2014, vol. 5, n° 6, p. 18.

¹⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, E/C.12/GC/22, 2 mai 2016, §23.

¹⁹ S. WINTER et al., « Synergies in health and human rights: a call to action to improve transgender health », *The Lancet*, 2016, vol. 388, pp. 318-321.

²⁰ Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, New York, 22 juillet 1946, entrée en vigueur le 7 avril 1948, préambule.

I. Une intégration forcée de la transidentité dans le champ du droit international de la santé

La relation entre transidentité et droit international de la santé est à l'origine une relation contrainte. Alors même que la notion de « transidentité » n'a pas encore été formulée, les classifications internationales élaborées à l'issue de la Seconde Guerre mondiale intègrent les variances de genre par le biais de différents diagnostics (A). Les évolutions de ces classifications, guidées par une volonté de dépathologisation, n'ont jusqu'à présent pas permis à la transidentité de rompre totalement avec celles-ci (B).

A. L'intégration des variances de genre dans les classifications médicales

Les classifications internationales des maladies, en tant qu'instruments essentiels de diagnostic et de soin, sont des outils mouvants qui évoluent en fonction des innovations des sciences et de la médecine, mais également des transformations sociétales. Alors même qu'elles ont précisément pour fonction de distinguer le normal et le pathologique, l'analyse de ces instruments, tout particulièrement en matière de santé mentale, témoigne d'une ligne de démarcation parfois socialement construite entre la santé et la maladie. La transidentité, à l'instar de l'homosexualité, illustre particulièrement ce constat.

Une analyse strictement publiciste du droit international de la santé pourrait conduire à limiter cette étude à la classification élaborée par l'OMS, la CIM et, partant, à écarter le DSM, publié par l'Association américaine de psychiatrie. En réalité, ces deux classifications se font concurrence et s'inspirent mutuellement en matière de troubles mentaux²¹. L'expression d'un genre ne correspondant pas au sexe biologique de l'individu a ainsi été considérée comme pathologique par ces deux classifications, selon des catégories diagnostiques assez similaires.

Dans la première classification adoptée par l'OMS en 1948 et publiée en 1949²², les questions liées au genre apparaissent au travers de la catégorie de « transvestisme » (ou travestissement). Cette catégorie n'est pas répertoriée directement dans la CIM, mais dans son manuel d'utilisation qui, via un index alphabétique opère un renvoi à la rubrique des perversions sexuelles²³. Dans le DSM-I, publié en 1952, une référence au travestissement est plus directement opérée comme diagnostic possible relevant des « déviations sexuelles »²⁴. Le transvestisme apparaît ensuite explicitement dans la CIM-8, publiée en 1968²⁵. C'est donc en premier lieu l'expression sociale et vestimentaire du genre, contraire aux représentations dominantes fondées sur les caractéristiques sexuées, qui est pathologisée, sans même que cette expression ne soit forcément liée à une souffrance chez l'individu.

Le diagnostic de transsexualisme²⁶ apparaît aux côtés du transvestisme dans la CIM-9 révisée en 1975 et publiée en 1977 dans sa version française. Il est désigné comme une : « déviation sexuelle centrée sur la conviction que l'apparence de son corps ne correspond pas à son sexe réel. Le comportement qui en résulte est soit la recherche

²¹ B. LORMETEAU, « L'Universalisation d'une classification savante des troubles mentaux : la force normative du DSM », in E. MONDIELLI, F. VIALLA et E. CADEAU (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger, Modernité du droit de la santé*, Bordeaux, LEH Éditions, 2015, pp. 554-555.

²² Il s'agit de la CIM-6, l'OMS ayant, après la Seconde Guerre mondiale, repris le travail de classification entrepris par Jacques Bertillon à partir de 1893 et qui avait déjà donné lieu à plusieurs révisions.

²³ World Health Organization, *Manual of the International Classification of diseases, injuries, and causes of death, Volume 2, Alphabetical Index*, Geneva, 1949, p. 425. Cette mention n'apparaît pas dans la version française de l'index.

²⁴ American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual – Mental Disorders*, Washington 1952, pp. 38-39.

²⁵ OMS, *Manuel de la classification statistique internationale des maladies, traumatismes et causes de décès*, vol. 1, Genève, 1968, p. 151.

²⁶ Le diagnostic de « transsexualisme » est cependant conceptualisé dès 1953 par l'endocrinologue Henry Benjamin qui identifie le désir d'une transformation corporelle.

d'un changement des organes sexuels par opération, soit la dissimulation complète des formes du corps par l'adoption à la fois de l'habillement et du comportement du sexe opposé »²⁷.

Le diagnostic est également adopté par le DSM-III en 1980²⁸ qui met l'accent sur le ressenti de la personne par rapport à son sexe biologique et non pas seulement sur son comportement²⁹. La définition fournie utilise d'ailleurs, pour la première fois dans le manuel, la notion « d'identité de genre ».

L'apparition du diagnostic de transsexualisme dans les classifications internationales concorde ainsi avec le développement et la généralisation des techniques chirurgicales de réassignation sexuelle³⁰ au point que l'on peut se demander si le comportement pathologique n'est pas directement créé par les possibilités médicales désormais ouvertes. Cela ne signifie pas que les techniques chirurgicales n'apportent pas un mieux-être aux personnes qui y ont recours, simplement il convient remarquer que le comportement décrit comme pathologique, à savoir « la recherche d'un changement des organes sexuels » ou « la volonté de se débarrasser de ses organes sexuels » n'existait pas *en tant que* comportement pathologique et critère diagnostique officiel, avant que ces techniques ne soient accessibles à une population plus large. Autrement dit, « le "transsexualisme" n'est pas un désir atemporel mais un fait médical historiquement situé »³¹.

Les classifications médicales constituent donc un dispositif de légitimation de l'empire de la médecine – de la psychiatrie mais également à partir de la fin des années 1970, de la chirurgie – sur certains comportements liés au genre. Cette légitimation est renforcée par la force normative des deux classifications. Malgré leur proximité théorique, les classifications internationales répondent à des formes de normativités différentes. Alors que le DSM tire sa force normative³² de sa fonction de modèle qui guide les pratiques professionnelles³³, la CIM est quant à elle un véritable instrument juridique. Selon l'article 21 de la Constitution de l'OMS³⁴, l'Assemblée mondiale de la santé a « autorité pour adopter les règlements concernant [...] b) la nomenclature concernant les maladies, les causes de décès et les méthodes d'hygiène publique ». Les règlements sont obligatoires pour les membres de l'organisation, sauf si ceux-ci notifient leurs refus au Directeur général de l'OMS³⁵. Le Règlement de nomenclature de 1967³⁶ exige que les États membres de l'Organisation se conforment à la CIM pour établir leurs statistiques de mortalité et de morbidité. Les États membres de l'OMS ont donc une obligation de mettre en œuvre la classification. La résolution WHA.72.15 par laquelle l'Assemblée mondiale de la santé adopte la onzième révision de la CIM, reconnaît ainsi que « l'élaboration et la mise à jour de la Classification internationale des maladies est une fonction normative essentielle de l'OMS »³⁷. La mise en œuvre de la CIM dépasse en réalité l'établissement de statistiques sanitaires et a des conséquences sur les politiques publiques nationales en matière de santé. De nombreux États membres se fondent ainsi

²⁷ OMS, *Classification internationale des maladies*, révision 1975, vol. 1, Genève, 1977, p. 196.

²⁸ American Psychiatric Association, DSM-III (Third Edition), 1980, pp. 261-262.

²⁹ « The essential features of this heterogeneous disorder are a persistent sense of discomfort and inappropriateness about one's anatomic sex and a persistent wish to be rid of one's genitals and to live as a member of the other sex [...] », *ibid.*

³⁰ A. ALESSANDRIN, « Transidentités : histoire d'une catégorie », *Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe* [en ligne], 2020, <https://ehne.fr/fr/node/12504>, [consulté le 13 janvier 2026].

³¹ A. ALESSANDRIN, *Sociologie des transidentités*, *op. cit.*, p. 24.

³² Sur cette notion, v. C. THIBERGE, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

³³ B. LORMETEAU, « L'Universalisation d'une classification savante des troubles mentaux : la force normative du DSM », *op. cit.*, p. 563.

³⁴ Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, *op. cit.*

³⁵ *Ibid.*, article 22.

³⁶ Assemblée mondiale de la santé, résolution WHA.20.18, Règlement de nomenclature 1967, 22 mai 1967.

³⁷ Assemblée mondiale de la santé, résolution WHA.72.15, Onzième révision de la classification internationale des maladies, 28 mai 2019. Plus généralement sur le rôle normatif de l'OMS, v. F. KASTLER, *Le rôle normatif de l'Organisation mondiale de la santé*, L'Hamattan, 2019.

sur la CIM pour établir ou maintenir des services de santé et opérer des arbitrages quant au remboursement des soins³⁸.

L'existence du diagnostic de transsexualisme dans le DSM, et plus encore dans la CIM, est donc un outil puissant permettant de développer l'accès aux traitements et chirurgies de réassignation dans le cadre de certaines transitions. Dans le même temps, la catégorisation de certains comportements liés au genre en tant que troubles mentaux fait l'objet de critiques profondes de la part des militants LGBTQI* et de certains professionnels de santé. Une telle catégorisation contribue à la stigmatisation des individus qui résulte à la fois de l'existence du diagnostic, la personne étant considérée comme souffrant d'une maladie mentale, mais également du positionnement de celui-ci au sein des nomenclatures. En effet, le transvestisme, ainsi que le transsexualisme, est initialement associé au sein des classifications à des déviances sexuelles telles que la pédophilie, la zoophilie ou le sadisme.

La mobilisation des militants LGBTQI* a conduit au retrait de l'homosexualité du DSM en 1973, lors de la révision du DSM-II. Le DSM-III confirme alors la sortie de l'homosexualité de la catégorie des troubles mentaux dans le même temps qu'il consacre le diagnostic de transsexualisme. La CIM opère de la même manière, mais selon un intervalle de temps plus espacé. L'homosexualité est en effet retirée de la classification de l'OMS en 1990, lors de l'adoption de la CIM-10 alors que le transsexualisme a fait son entrée dans la CIM-9 en 1975.

À la faveur de l'évolution des mœurs et du militantisme des organisations LGBTQI*, une réflexion est cependant menée autour de la dépathologisation de la transidentité. Cette réflexion n'a cependant pas pour l'heure conduit à une rupture franche entre la transidentité et les classifications médicales.

B. *L'incomplète rupture de la transidentité avec les classifications médicales*

Au-delà des cercles militants, la critique de la pathologisation de la transidentité a trouvé un écho au sein des Nations Unies. Le Rapporteur spécial sur le droit à la santé³⁹ a ainsi, dans un rapport publié en 2017⁴⁰, dénoncé les effets délétères des diagnostics psychiatriques. Le Rapporteur spécial estime que :

« Les diagnostics de santé mentale ont été utilisés à mauvais escient pour désigner comme pathologiques certains traits identitaires ou certaines caractéristiques de la diversité, et cela s'est notamment traduit par une tendance à médicaliser la misère humaine. La pathologisation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées (LGBTI) réduit leur identité à une maladie, ce qui aggrave la stigmatisation dont elles sont victimes »⁴¹.

S'agissant plus spécifiquement des classifications médicales, le Rapporteur spécial note que :

« Les outils de diagnostics, comme la Classification internationale des maladies et le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, continuent de développer les paramètres du diagnostic individuel, souvent en l'absence de base scientifique solide. Leurs détracteurs affirment que la création de trop nombreuses catégories de diagnostic

³⁸ Unité clinique du diagnostic d'incongruence de genre, *Onzième révision de la classification internationale des maladies (CIM-11) : Utilité clinique du diagnostic d'incongruence de genre auprès des personnes transgenres*, octobre 2017, p. 7.

³⁹ Le Rapporteur spécial formule des recommandations en son nom propre, sa position ne reflète donc pas la position officielle de l'ONU. Cependant, sa désignation par le Conseil des droits de l'homme lui confère une très forte légitimité et offre une large diffusion à ses travaux.

⁴⁰ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible*, A/HRC/35/21, 28 mars 2017.

⁴¹ *Ibid.*, §48.

empiète sur l'expérience humaine d'une manière qui pourrait conduire à une acception réductrice de la diversité humaine »⁴².

Ce rapport, qui formule de nombreuses critiques à l'encontre de la psychiatrie et prône une approche fondée sur les droits humains, a fait l'objet de vives contestations de la part de la profession⁴³. Il n'en demeure pas moins qu'il fait écho à « une inversion de la question trans [qui] permet de penser les catégories psychiatriques comme des éléments iatrogènes »⁴⁴.

Les rédacteurs des classifications internationales ont été réceptifs à ces arguments. L'Association américaine de psychiatrie a été la première à faire évoluer ses catégories diagnostiques. La révision du DSM-IV a été l'occasion d'abandonner le diagnostic de transsexualisme pour celui de « dysphorie de genre ». La dysphorie de genre est caractérisée par l'actuel DSM-V comme la « non-congruence marquée entre le genre vécu/exprimé par la personne et le genre assigné, d'une durée minimale de six mois [...] », ainsi qu'une « détresse cliniquement significative ou d'une altération du fonctionnement social, professionnel ou dans d'autres domaines importants »⁴⁵. Le comportement ou le ressenti de la personne n'est plus en tant que tel constitutif d'un trouble mental, il se révèle pathologique lorsqu'il est associé à une souffrance psychique importante ou à des difficultés de fonctionnement social. C'est donc cette souffrance qui justifie l'intervention médicale. Cette évolution significative dans la prise en compte de la transidentité par le DSM ne résout cependant pas toutes les questions. La dysphorie de genre demeure, par sa présence même dans le manuel, considérée comme un trouble mental. Dès lors, « l'effet iatrogène » de la catégorisation persiste.

La CIM, qui est une classification de l'ensemble des maladies et non pas seulement des troubles mentaux, est ainsi allée plus loin dans la logique de dépathologisation sans pour autant s'en affranchir complètement. Publiée en 2018, la CIM-11 a supprimé les « troubles de l'identité sexuelle » de section consacrée aux troubles mentaux pour créer une nouvelle rubrique relative aux affections liées à la santé sexuelle. Cette rubrique retient quant à elle la notion « d'incongruence de genre » définie comme :

« une incongruité marquée et persistante entre le genre auquel une personne s'identifie et le sexe qui lui a été assigné, ce qui conduit souvent à un désir de "transition", afin de vivre et d'être accepté comme une personne du genre ressenti, par le biais d'un traitement hormonal, d'une intervention chirurgicale ou d'autres services sanitaires visant à faire correspondre le corps de la personne, autant que souhaité et dans la mesure du possible, au genre ressenti »⁴⁶.

Les diagnostics de « dysphorie de genre » et d'« incongruence de genre » maintiennent ainsi un lien entre la transidentité et les classifications médicales. La crainte du déremboursement des soins, si ceux-ci ne sont plus reconnus comme nécessaires pour remédier à une pathologie officiellement identifiée demeure un argument non négligeable. En effet, à rebours d'une meilleure acceptation sociale des problématiques transidentitaires, certains États pourraient s'engouffrer dans la brèche de la dépathologisation pour revenir sur le remboursement des prises en charge médicales. L'argument du remboursement des soins n'est cependant pas complètement tenable

⁴² *Ibid.*, §18.

⁴³ J. OUTE et S. MCPHERSON, « Conflict and antagonism within global psychiatry: A discourse analysis of organisational responses to the UN reports on rights-based approaches in mental health ». *Sociology of Health & Illness*, 2024, vol. 46, n° 3, pp. 473-494.

⁴⁴ A. ALESSANDRIN, « Du "transsexualisme" à la "dysphorie de genre" : ce que le DSM fait des variances de genre », *Socio-logos*, 2014, n° 9, [en ligne], <https://journals.openedition.org/socio-logos/2837>, [consulté le 14 janvier 2026].

⁴⁵ American Psychiatric Association, *DSM-V*, traduit en français par M.-A. CROCQ et J. D. GUELFY, Elsevier Masson, 2013 pp. 594-595.

⁴⁶ OMS, « Incongruence de genre de l'adolescent ou de l'adulte », CIM-11, <https://icd.who.int/browse/2025-01/mms/fr#90875286>, [consulté le 1^{er} février 2026].

dès lors que certains états non-pathologiques sont pris en charge par les systèmes de protection sociale nationaux, sans que cela ne suscite de débats particuliers⁴⁷.

Si les classifications internationales ancrent la transidentité dans le champ du droit international de la santé, elles n'épuisent pas l'ensemble de la réflexion. Au-delà du maintien des diagnostics, et alors même que tous les parcours de transition n'impliquent pas une intervention de la médecine, il est possible de se demander si l'on peut aujourd'hui observer un renouvellement du lien entre transidentité et droit international de la santé.

II. Une relation apaisée de la transidentité avec le droit international de la santé ?

La prise en compte de la transidentité par le droit international a profondément évolué. Les orientations prises dans le domaine de la santé semblent pourtant encore fragiles. En effet, alors que le droit à la santé en tant que droit humain peut aisément être analysé comme un cadre favorable aux expressions transidentitaires (A), les institutions et mécanismes des Nations Unies apparaissent comme le reflet des crispations sociales autour de la transidentité (B).

A. Le droit à la santé comme droit humain, cadre favorable aux expressions transidentitaires

Le développement d'une réflexion sur la transidentité par le biais du droit à la santé permet de rompre avec l'approche technique des classifications médicales. La Constitution de l'OMS, ne retient pas, à cet égard, une définition négative de la santé qui serait caractérisée par l'absence de pathologie. Selon la célèbre formule consacrée par la charte constitutive de l'Organisation, la santé est un « état de complet bien-être physique, mental et social et ne constitue pas seulement une absence de maladie ou d'infirmité »⁴⁸. La notion de « bien-être social » tout particulièrement semble pouvoir accueillir la notion de genre en tant que dépassement d'une approche strictement biologique de l'individu.

Le droit à la santé, officiellement désigné comme le « droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint », est consacré par plusieurs instruments internationaux et notamment, au niveau universel, à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁴⁹. La rédaction de l'article retient une approche restrictive de la santé, tournée vers la prévention et la lutte contre les maladies. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a cependant contribué à développer la portée normative de cet article, estimant que les mesures énoncées à l'article 12§2 n'étaient qu'illustratives⁵⁰.

Le Comité identifie quatre éléments essentiels du droit à la santé⁵¹. Ces éléments, s'ils ne font pas explicitement référence à la transidentité, peuvent aisément être relus à la lumière de cette question.

Le premier élément auquel le Comité fait référence est la *disponibilité* des soins. Bien que la transition médicale ne soit pas recherchée par toutes les personnes transgenres, elle demeure nécessaire pour certaines. Or, l'existence de services de santé spécifiques n'est pas garantie dans de nombreux États, notamment lorsque les moyens alloués au

⁴⁷ HAS, *Situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2009, p. 34.

⁴⁸ Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, *op. cit.*, préambule.

⁴⁹ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976.

⁵⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 – Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, E/C.12/2000/4, 11 août 2000, §2 et 7.

⁵¹ *Ibid.*, §12.

système de santé se concentrent sur les soins de base. En outre, les chirurgies de réassignation sexuelle ou l'accès aux hormones de transition sont parfois interdits. Ces interdictions tendent aujourd'hui à se multiplier dans un contexte de recul des droits des personnes LGBTQI* et touchent en premier lieu les mineurs⁵².

Le Comité identifie deuxièmement *l'accessibilité* des soins. Elle se distingue de la disponibilité puisqu'il s'agit pour un individu de pouvoir accéder aux soins, indépendamment de la question de l'existence de services de santé spécifiques. Le principe de non-discrimination, identifié par le Comité comme dimension de l'accessibilité, est de toute évidence pertinent pour les personnes transgenres, les cas de refus de soins en raison de la transidentité étant encore d'actualité, notamment s'agissant des soins de santé sexuelle et procréative⁵³. L'accessibilité économique est une autre composante de l'accessibilité et pose directement la question du remboursement des transitions médicales. Si certains États prennent en charge des soins tels que la chirurgie et l'hormonothérapie, d'autres soins qualifiés d'esthétiques, ne sont pas pris en charge par les mécanismes de protection sociale alors qu'ils contribuent à un bien-être accru de la personne au regard de son genre⁵⁴. Enfin, l'accessibilité de l'information est également identifiée par le Comité. Au-delà de l'information sur les parcours médicaux de transition, l'information sur la transidentité, voire sur le genre, est aujourd'hui remise en cause dans le nombreux États⁵⁵.

Troisièmement, le Comité identifie *l'acceptabilité* comme élément essentiel du droit à la santé. Elle implique que :

« Les installations, biens et services en matière de santé doivent être respectueux de l'éthique médicale et être appropriés sur le plan culturel, c'est-à-dire respectueux de la culture des individus, des minorités, des peuples et des communautés, réceptifs aux exigences spécifiques liées au sexe et au stade de la vie et être conçus de façon à respecter la confidentialité et à améliorer l'état de santé des intéressés »⁵⁶.

Si l'observation générale vise le « sexe » et non « le genre », il n'en demeure pas moins que la référence à la culture des individus et des minorités implique un respect des normes culturelles des personnes transgenres⁵⁷. Des pratiques qui peuvent survenir dans le milieu médical, telles que le mégenrage ou l'appellation d'une personne par un ancien prénom qui ne correspond pas à son genre, sont souvent ressenties comme des formes de violence pour les individus.

Enfin, la *qualité* des soins est pour le Comité le dernier élément essentiel du droit à la santé. Là encore, la notion n'est pas sans lien avec des problématiques rencontrées lors des parcours de transition. En raison de longs délais d'attente ou du coût des chirurgies de réassignation, les personnes transgenres peuvent avoir recours à des soins à l'étranger, dans des États où les normes sanitaires sont moins rigoureuses, avec un risque pour le suivi des opérations. De même, certaines personnes transgenres peuvent

⁵² À titre d'exemple, le Président des États-Unis a adopté le 28 janvier 2025 un décret intitulé « *Protecting children from chemical and surgical mutilation* », <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/protecting-children-from-chemical-and-surgical-mutilation/>, [consulté le 16 janvier 2026] ; en France, la proposition de loi n° 2689 visant à encadrer les pratiques médicales mises en œuvre dans la prise en charge des mineurs en questionnement de genre, adoptée par le Sénat le 28 mai 2024 avait également cette finalité.

⁵³ FRA, *A long way to go for LGBTI equality*, 2020, pp. 32-33 ; Open Society Foundation, *Transforming health, International Rights-Based Advocacy for Trans health*, 2013, pp. 14-23

⁵⁴ Pour une illustration de cette problématique en France, v. HAS, *Rapport relatif à la santé et aux parcours de soins des personnes trans*, janvier 2022, pp. 67-68.

⁵⁵ ILGA, *Laws on us*, First edition, 2024, pp. 64-95.

⁵⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14, op. cit.*, §12.

⁵⁷ Pascal Bouché évoque « une étiquette du monde de la transidentité », P. BOUCHE, *Les tensions juridiques autour de la transidentité : à propos de l'état civil*, Kairos, 2023, p. 22.

avoir recours à l'automédication avec des hormones dont la provenance est parfois douteuse⁵⁸.

Aussi, lorsque le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a rédigé l'observation générale n° 14, il n'entendait pas définir le contenu normatif du droit à la santé au regard de la transidentité. Pourtant, il apparaît que le cadre conceptuel fourni par le Comité, adossé à la définition extensive de la santé consacrée par la Constitution de l'OMS, est parfaitement à même d'intégrer les problématiques transidentitaires. L'analyse du droit à la santé par ce prisme fournit ainsi un argument favorable au respect des droits des personnes transgenres dans leurs relations avec les systèmes de soins nationaux.

Si le cadre théorique du droit à la santé peut aisément être interprété comme favorable aux droits des personnes transgenres, ce cadre doit être mis en mouvement par les acteurs et les institutions du droit international. Or, dans un contexte où la transidentité demeure au cœur de crispations sociales, ce mouvement n'est pas inéluctablement une marche vers l'avant.

B. *Le système des Nations Unies, reflet des crispations sociales autour de la transidentité*

La nécessité d'une approche par les droits humains de la transidentité, au-delà d'une approche strictement médicale, a permis de rallier un consensus sur certaines questions entre plusieurs mécanismes de protection des droits humains.

En 2014, plusieurs agences des Nations Unies ont publié une déclaration conjointe contre les stérilisations forcées, coercitives ou involontaires⁵⁹. La déclaration vise spécifiquement la stérilisation des personnes transgenres comme condition préalable à une modification de leur état civil et considère une telle exigence comme étant contraire aux droits humains⁶⁰. De même, en 2017, à l'occasion de la journée mondiale contre l'homophobie, la transphobie et la biphobie plusieurs experts onusiens et régionaux ont publié un communiqué de presse conjoint appelant à protéger les enfants et les adolescents trans et de diverses identités de genre. Dans ce communiqué, les experts établissent une relation directe entre un contexte national discriminatoire, la pathologisation de la transidentité et les difficultés d'accès aux soins. Selon les termes du communiqué :

« un tel contexte de criminalisation et de discrimination omniprésente engendre des restrictions à l'accès aux services de santé, y compris à des procédures d'affirmation du genre, à l'information et à des services connexes. La pathologisation des personnes trans et de diverses identités de genre – en les étiquetant comme malades sur la base de leur identité ou expression de genre –, a historiquement et continue d'être l'une des causes profondes des violations des droits de l'homme à leur encontre »⁶¹.

Les institutions et experts des Nations Unies semblent donc présenter un front commun s'agissant de la défense des droits des personnes transgenres. Cette synergie des agences et mécanismes des Nations Unies, ainsi que des mécanismes régionaux, est

⁵⁸ OMS, *Sexual health human rights and the law*, 2015, p. 25.

⁵⁹ OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, 2014.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 2 et pp. 7 et 8.

⁶¹ Comité des droits de l'enfant, Comité contre la torture, Rapporteur spécial sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Expert Indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, Rapporteur spécial sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Groupe de travail sur la question de la discrimination contre les femmes dans la législation et dans la pratique, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Comité pour la prévention de la torture en Afrique, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Embrasser la diversité et protéger les enfants et les adolescents trans et de diverses identités de genre*, 16 mai 2017.

particulièrement nécessaire, s'agissant d'une question qui soulève des enjeux du point de vue de l'intersectionnalité⁶².

La formulation de recommandations précises concernant l'accès aux soins des personnes transgenres semble cependant plus complexe que les déclarations de principes. En juin 2023, l'OMS a annoncé la préparation de recommandations relatives à la santé des personnes transgenres et de genres divers⁶³. L'annonce a rapidement suscité des critiques, tant sur la composition du groupe d'experts, jugée trop proche des positions militantes, que s'agissant des orientations initialement présentées dans le communiqué de presse. Parmi ces critiques, celles formulées par la Rapporteuse spéciale sur les droits des femmes⁶⁴ témoignent des crispations suscitées par le sujet au sein même des mécanismes de protection des droits de l'homme. Les arguments avancés par la détentrice du mandat reposent sur une critique de la composition du Comité d'experts, sur la brièveté délai initial de consultation, ainsi que sur une méfiance envers le principe d'auto-identification en matière de genre et ses conséquences quant à la préservation des droits des femmes. Ces arguments, qui ne sont sans rappeler ceux de la mouvance « TERF »⁶⁵, montrent que l'hétérogénéité des positions sur les questions de genre existe aussi au sein même du système onusien. De manière sans doute moins surprenante, plusieurs membres du Congrès des États-Unis, ont écrit au Directeur général de l'OMS, reprenant certains arguments avancés par la Rapporteuse spéciale. Ces critiques ont été formulées alors que les États-Unis étaient encore membres de l'OMS et que le Président Biden avait historiquement nommé une personne transgenre, Rachel Levine, au poste de Secrétaire d'État adjointe à la santé.

Les critiques formulées n'étaient ainsi pas nécessairement l'expression officielle des positions des États membres de l'OMS. Elles sont cependant parvenues à infléchir la position de l'Organisation qui a plusieurs fois prolongé la consultation publique sur la composition du Comité d'experts⁶⁶, modifié la composition de celui-ci et resserré le périmètre de la recommandation sur les adultes, préférant s'abstenir de la traiter de la question des mineurs. Les recommandations de l'OMS n'ont à ce jour pas encore fait l'objet d'une publication. La rapidité avec laquelle les boucliers se sont levés lors de l'annonce de l'élaboration de telles recommandations, mais aussi certainement le contexte actuel de crise du multilatéralisme⁶⁷, voire de défiance envers l'OMS⁶⁸ a conduit l'Organisation à revenir sur le calendrier annoncé et sur le périmètre des recommandations. Si une attitude de prudence est nécessaire de la part de l'OMS, au même titre que pour n'importe quelle recommandation en matière de santé, il convient

⁶² La nécessité d'une approche intersectionnelle est d'ailleurs reconnue par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Selon le Comité, « Pour certains individus et groupes de population qui subissent des formes de discrimination multiples et croisées qui aggravent l'exclusion, dans le droit comme dans la pratique, notamment pour les lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexués et les personnes handicapées, le plein exercice du droit à la santé sexuelle et procréative est encore plus limité » ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, E/C.12/GC/22, 2 mai 2016, §2 ; v. également, FRA, *op. cit.*, p. 35.

⁶³ OMS, « WHO announces the development of a guideline on the health of trans and diverse people », 18 décembre 2023, en ligne : <https://www.who.int/news/item/18-12-2023-who-announces-the-development-of-a-guideline-on-the-health-of-trans-and-gender-diverse-people>, [consulté le 1 février 2025].

⁶⁴ R. ALSALEM, Lettre à l'attention du directeur général de l'OMS, 4 janvier 2024, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/women/sr/statements/sr-vaw-letter-04-01-2024-04-01-2024-3.pdf> [consulté le 9 février 2025].

⁶⁵ L'acronyme signifie, « Trans-Exclusionary Radical féministe » et renvoie à un courant féministe qui exclut les femmes trans et considère que celles-ci posent un risque pour les droits et la sécurité des femmes.

⁶⁶ La période de consultation initialement très courte, qui courrait jusqu'au 8 janvier 2024 a été prolongée jusqu'au 2 février 2024 puis jusqu'au 5 juillet 2024.

⁶⁷ J. FERNANDEZ, J.-V. HOLEINDRE, *Nations désunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, CNRS éditions, 2022.

⁶⁸ G. Le FLOCH, « La défiance envers l'OMS », *RDSS*, 2021, pp. 9-25.

tout de même de se demander si le contexte actuel ne conduit pas l'Organisation à réduire ses ambitions au détriment des droits et de la santé des personnes transgenres.

Aussi, la question de la protection des droits des personnes transgenres, y compris de leur droit à la santé, est peut-être un des symboles de la résistance de la logique d'inclusion et d'universalisme, au cœur même de l'idéal des Nations Unies, à l'heure où les droits humains et le multilatéralisme sont de manière inquiétante remis en cause.

La *lex sportiva* à l'épreuve du genre

Par Pierre MICHEL,
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Unité Transversales (EA 4573),
Université Lumière Lyon 2.

1, 2, 3... Partez. La compétition sportive de haut niveau se présente comme une célébration de l'extraordinaire, du hors-norme, valorisant la performance, l'effort et le dépassement de soi. Les médailles et les coupes récompensent ceux qui portent les capacités physiques de leur corps à leur paroxysme, pour aller plus loin, plus haut, plus vite, plus fort, et à la fin, c'est le meilleur qui gagne. Et la meilleure ? La place des femmes dans le sport a longtemps fait l'objet d'une exclusion systématique, justifiée par des arguments pseudoscientifiques tantôt relatifs à une prétendue fragilité naturelle, tantôt sur des stéréotypes de genre assignant les femmes à la maternité. Ce bannissement des stades et des gymnases était acté par les règles des fédérations sportives, qui se faisaient gardienne d'un mouvement sportif sanctuarisant les hommes. D'une certaine manière, le monde sportif s'est structuré autour d'une architecture genrée où le corps masculin constituait l'unique archétype de la performance.

Si les luttes féministes ont permis une inclusion progressive des sportives dans l'arène compétitive, tous les maux n'ont pas disparu et d'autres sont apparus. Pour intégrer les femmes dans le monde du sport, la *lex sportiva* – à savoir le droit transnational du sport¹ – a érigé la bicatégorisation en garante absolue de l'équité sportive, et ce faisant, assure la protection des compétitions féminines. Cela exige une surveillance étroite des caractéristiques biologiques sexuées des athlètes. Partant, ce modèle binaire est éprouvé par la participation des athlètes intersexes et transgenres dans le sport de haut niveau². Les instances sportives internationales tentent de maintenir intact la catégorie sportive féminine, et ce, en recourant à des tests de féminité et en fixant de seuils hormonaux à ne pas dépasser. La protection des droits humains fragilise néanmoins cette structure genrée de la réglementation sportive.

La *lex sportiva* se trouve mise à l'épreuve par les discriminations liées au genre dans le cadre des compétitions sportives internationales, ce qui interroge sur la pérennité de la bicatégorisation sexuée des épreuves sportives. En effet, face au règne du modèle de la binarité (I.) émergent sous l'impulsion des droits fondamentaux les contours d'un modèle de pluralité, mais dont la viabilité demeure précaire (II.).

I. Le règne du modèle de la binarité

L'architecture genrée des compétitions sportives. La production de normes juridiques encadrant les événements sportifs est historiquement marquée par le sceau

¹ Sur la notion de *lex sportiva*, v. F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, thèse, Univ. Paris X-Nanterre, 2005, dactyl., p. 16 s. ; et sur sa nature, v. C. CHAUSSARD, J. DECHAUD, « Le droit du sport. Droit transnational ou droit global ? », *Les cahiers Portalis*, 2025, n°15, pp. 65-83.

² Plus largement, la binarité des sexes est contestée à l'aune des droits fondamentaux : C. CLOSON, I. RORIVE, « Au-delà de la binarité des genres », *Espace de liberté*, 2016, n°452, pp. 41-44.

du genre. Au temps de l'Antiquité occidentale, la compétition sportive était une forme d'exaltation de la masculinité qui ne laissait pas de place aux femmes. L'inclusion des sportives a été le fruit d'une lutte féministe pour revendiquer un droit des femmes sur leurs corps ; une lutte qui perdure encore de nos jours avec le maintien de stéréotypes de genre (A.). Avec la reconnaissance du sport féminin, la plupart des réglementations sportives internationales ont bâti un modèle de la binarité au sens d'une bicatégorisation genrée des épreuves sportives, la catégorie féminine et la catégorie masculine. Pensée en vertu de l'équité sportive, cette bicatégorisation a pour double objectif la protection des femmes et la viabilité des compétitions féminines par rapport aux avantages physiologiques des sportifs. Cette dualité du genre des athlètes constitue aujourd'hui le fondement de l'exclusion des sportives intersexes et transgenres de la catégorie féminine (B.).

A. L'historicité de la catégorie féminine, entre lutte féministe et stéréotypes de genre

Les femmes, exclues des jeux antiques d'Olympie. Durant l'Antiquité, les femmes étaient interdites de concourir aux épreuves des jeux d'Olympie. Cette exclusion a principalement été documentée par Pausanias le Périégète dans son récit de voyage en Grèce. Ce dernier rapporte plusieurs épisodes relatifs aux Jeux olympiques antiques. Deux d'entre eux témoignent de la place marginale des femmes au sein de ce bastion sportif éminemment masculin. La première concerne la veuve Callipatire qui avait eu l'impudence de se travestir en homme afin d'assister à l'épreuve disputée par son fils³. Selon Pausanias, une loi éléenne interdisait aux femmes d'assister aux Jeux olympiques, sous peine d'être précipitées du haut d'un rocher⁴. Or, lorsqu'elle vit son fils remporter le prix, Callipatire ôta son déguisement dans l'enthousiasme, révélant ainsi son identité féminine. Elle échappa toutefois au grand saut, en bénéficiant d'un pardon exceptionnel accordé en considération des exploits sportifs accomplis par les hommes de sa lignée (son père, ses frères et ses fils) lors des jeux⁵. Cet épisode apporte plusieurs enseignements. D'abord, il rappelle que le travestissement était un moyen pour les femmes de pouvoir jouir des mêmes droits que les hommes ; ce que met également en avant la pièce de théâtre d'Aristophane, *L'assemblée des femmes*, dans laquelle des Athéniennes s'emparent de l'agora en s'habillant avec les vêtements de leurs époux⁶. Puis, il en ressort que l'exclusion par la loi des femmes ne se limitait pas à la participation aux épreuves, mais s'étendait également à la simple présence comme spectatrices. Enfin, l'exception à la règle répressive, accordée à Callipatire, illustre une logique patriarcale dans laquelle la clémence à l'égard d'une femme se justifiait par les mérites sportifs des hommes de sa famille.

Le second récit est plus connu, il porte sur Cynisca, fille d'Archidamos II, roi de Sparte. Selon Xénophon, les femmes de l'aristocratie spartiate s'adonnaient, au même titre que les hommes, à la pratique de la course de chevaux⁷ ; et Cynisca était particulièrement douée en ce domaine. Pausanias rapporte ainsi qu'elle a été « la première personne de son sexe » à avoir disputé et remporté un prix aux Jeux olympiques, celui de la course de chars attelés de quatre chevaux⁸. Cependant, comment

³ PAUSANIAS LE PERIEGETE, *Voyage historique en Grèce*, Paris, Quillau, t. 1, 1731, p. 421.

⁴ *Ibid.*, p. 421. Selon les traductions, cette interdiction concernerait uniquement les épouses.

⁵ *Ibid.*, p. 422.

⁶ ARISTOPHANE, *Théâtre complet II*, Paris, Gallimard, Folio classique, 2013, p. 384 s.

⁷ XENOPHON, *L'Expédition de Cyrus ou la Retraite des Dix-mille*, t. 2, Paris, Cellot & Jambert, 1778, Liv. IV, p. 109.

⁸ PAUSANIAS LE PERIEGETE, *Voyage historique en Grèce*, *op. cit.*, p. 262.

une femme a-t-elle pu être victorieuse dans une compétition à laquelle les femmes étaient, par principe, exclu ? Si Pausanias ne l'explique pas, Plutarque apporte un éclairage en indiquant que Cynisca aurait été encouragée par son frère, le roi Agésilas, dans le but de démontrer la supériorité spartiate sur les autres cités grecques⁹. Ainsi, il ne faut pas y voir une main tendue à la participation sportive féminine, mais plutôt l'instrumentalisation politique d'une femme au service d'une rivalité entre cités. Partant, la victoire de Cynisca, si elle le doit à son mérite, ne remet pas en cause l'exclusion des femmes des Jeux d'Olympie.

Le maintien de l'exclusion lors de la renaissance des Jeux. Lors de leur rétablissement à la fin du XIX^e siècle, les Jeux olympiques ont reproduit le modèle antique en actant l'exclusion des femmes de la sphère compétitive. Si l'accès du public dans les stades s'était ouvert à la mixité, l'espace sportif lui-même demeurait un sanctuaire strictement réservé aux athlètes masculins. Cette ségrégation genrée était un choix idéologique assumé par le modernisateur des Jeux, Pierre de Coubertin. Pour ce dernier, l'essence de l'événement olympique résidait dans la célébration de la virilité et de l'excellence athlétique masculine, les femmes étant cantonnées à un rôle de spectatrices destinées à consacrer la performance des hommes par leur admiration, voire à servir de trophée en couronnant les preux vainqueurs¹⁰. Ses mots lors d'un discours en 1912 sont, à cet égard, dépourvus d'équivocité : Coubertin y qualifiait les compétitions féminines non seulement d'inesthétiques, mais surtout d'incompatibles avec l'esprit olympique¹¹. L'artisan des jeux modernes était un fervent défenseur de l'éducation virile¹², ce qui n'a rien de surprenant au regard de la société patriarcale de son temps.

L'éviction des femmes révèle l'existence de stéréotypes puissamment ancrés dans l'esprit d'antan, au premier rang desquels figurait l'idée d'une faiblesse biologique du corps féminin. Celui-ci devait être préservé en vue de ce qui était alors considéré comme la mission principale, la fonction première des femmes : donner la vie, être mère. La pratique sportive intensive, associée à la rudesse sur le corps, était perçue comme incompatible avec ce rôle procréatif.

La lente inclusion des sportives. En 1900, lors la seconde édition des Jeux olympiques, organisée à Paris, une vingtaine de femmes furent exceptionnellement admises à concourir, et ce dans un nombre très restreint d'épreuves. Cette ouverture n'en restait pas moins limitée, et ne traduisait en aucun cas une remise en cause du modèle androcentré des Jeux. La première moitié du XX^e siècle sera toutefois celle de la conquête du sport par les femmes avec, en France, des figures comme la championne de tennis Suzanne Lenglen, la lanceuse de poids et de disque Violette Morris ou encore la nageuse Alice Milliat. Si toutes ces athlètes n'ont pas milité pour la reconnaissance du sport féminin, elles en sont les pionnières, celles qui ont ouvert la voie du sport féminin¹³. Assurément, les discours sur ces sportives demeureraient empreints de propos

⁹ PLUTARQUE, *La Vie des hommes illustres*, Paris, Garnier, 1880, Agésilas, XXIII, p. 458.

¹⁰ A. DAVISSE, C. LOUVEAU, *Sport, école, société : la différence des sexes. Féminin, masculin et activités sportives*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 69.

¹¹ *Ibid.* : « Une olympiade femelle serait impensable, impraticable, inintéressante, inesthétique et incorrecte ».

¹² P. DE COUBERTIN, T. PHILEMON, *Les Jeux olympiques*, Paris, Le Soudier, 1896, p. 2.

¹³ F. CASTAN-VICENTE, *Les années Milliat : sports et féminismes dans l'entre-deux-guerres*, Rennes, PUR, 2025, p. 95 s.

sexistes¹⁴, et les obstacles à l'intégration des femmes furent encore nombreux, notamment en raison des fédérations sportives nationales et internationales qui freinaient les aspirations sportives des femmes¹⁵. La consécration de la catégorie féminine était en effet élaborée comme une dérogation au modèle masculin. En ce sens, Coubertin avait, dans sa proposition de réforme sportive de 1930, appelé à la « suppression de l'admission des femmes à tous concours où des hommes prennent part »¹⁶. Si les organismes de régulation ont fini par intégrer progressivement des catégories dédiées aux femmes, leur représentativité est restée longtemps marginale.

Avec l'évolution des esprits, l'ambition d'une égalité entre les genres au sein de l'arène sportive est, depuis plusieurs décennies, érigée en objectif supérieur par les instances dirigeantes du mouvement sportif international. Dès 2016, le Comité International Olympique (CIO) a affirmé sa volonté de parvenir à une répartition équilibrée des athlètes femmes et hommes lors des jeux d'été de 2020 se déroulant à Tokyo¹⁷. Cet engagement n'a pas été totalement atteint ; une quasi-parité des participants a été observée lors des Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024, avec 49,14% de femmes parmi la totalité des athlètes¹⁸. Cette évolution traduit un déplacement profond des représentations : l'excellence sportive n'est plus appréhendée comme un attribut exclusivement masculin, et la performance de haut niveau s'est affranchie des anciens codes de la virilité.

La ténacité des stéréotypes de genre. De nos jours, cette ambition égalitaire et inclusive se confronte à la persistance des discriminations sexistes¹⁹, sans même évoquer les violences sexuelles et sexistes qui gangrènent le monde du sport²⁰. Certes, les réglementations sportives ont largement évolué, mais les stéréotypes de genre continuent de structurer les représentations et les pratiques²¹. Ainsi, les différentes disciplines sportives connaissent une répartition genrée, avec une sous-représentation des femmes dans certains sports considérés comme masculin (lutte, boxe...), et, au contraire, leur surreprésentation dans les disciplines perçues comme féminines (gymnastique rythmique, natation artistique...) ²². Aussi, et surtout, les sportives restent confrontées à une sexualisation de leur corps et de leur apparence, souvent mise en scène par des tenues imposées pour leur valeur esthétique davantage que pour leur

¹⁴ Voir, par exemple, le parcours de Suzanne Leglen : P. TETART, « Quel genre pour la championne ? Sur la représentation de Suzanne Leglen (1914-1921) », in P. LIOTARD, T. TERRET, *Sport et genre. Excellence féminine et masculinité hégémonique*, t. 2, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 73 s.

¹⁵ Pour une illustration, v. N. ROSOL, « Une participation contrôlée des Françaises aux épreuves d'athlétisme (1917- fin des années 1950) », in T. TERRET, dir., *Sport et genre. La conquête d'une citadelle masculine*, t. 1, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 45 s.

¹⁶ P. DE COUBERTIN, *La Charte de la réforme sportive*, Lausanne, Bureau international de pédagogie sportive, 1930, p. 6.

¹⁷ J.-M. KENNY, « Activité - Sport féminin - Les femmes investissent le terrain », *Jurisport*, 2016, n°166, p. 43.

¹⁸ M. LAFARGUE, « JO 2024 : les promesses de parité pas encore respectées en lutte gréco-romaine, natation artistique, gymnastique rythmique... », *Le Monde*, 7 août 2024.

¹⁹ Pour un panorama, v. F. BROUCARET, *Le sport féminin : le sport, dernier bastion du sexisme ?*, Paris, Michalon, 2012.

²⁰ L. RICHELIEU, « Violences sexuelles commises dans le sport : quel rôle pour les fédérations sportives ? », *Intersections* [En ligne], 2024, n°2 ; O. COSTE, P. LIOTARD, *Violences sexuelles et sport. L'essentiel pour agir*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier, 2024.

²¹ Comme dénoncé par le Conseil de l'Union européenne : *Conclusions du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, sur les femmes et l'égalité dans le domaine du sport*, 15479/23, 24 nov. 2023.

²² M. LAFARGUE, *op. cit.* ; v. aussi S. FEREZ, A. MARCELLINI, « Le sport à l'épreuve du genre... ou le défi du corps de la sportive », in J. MATEU, M. REYNIER, F. VIALLA (dir.), *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, LEH, 2010, p. 340 s.

performance sportive²³. À l'opposé, les polémiques sur le port du voile par les sportives nourrissent d'autres clichés sexistes²⁴. Outre les habits, c'est le corps des femmes qui est structuré et analysé. Parce qu'elles mettent à l'épreuve leurs corps, les sportives possèdent un physique parfois considéré comme trop masculin, ce qui expose les sportives à des formes de disqualification de leur féminité. Le corps façonné par la pratique du sport de haut niveau devient alors objet de soupçon dès lors qu'il s'écarte des modèles performatifs de la féminité. Musculature développée, pilosité visible, morphologie jugée atypique, qu'il s'agisse du volume de la poitrine ou de la taille de la mâchoire, le physique des athlètes féminines continue d'alimenter des clichés passésistes servant à remettre en cause leur féminité, à jeter le doute sur leur identité de genre ou leur orientation sexuelle.

Ce contrôle du corps des sportives n'est pas seulement l'œuvre de quelques contempteurs, les instances sportives internationales avaient institué, dès l'intégration des femmes dans les compétitions, des dispositifs de vérification de la féminité destinés à vérifier la conformité des athlètes aux critères biologiques et normatifs de la catégorie féminine. Loin d'être neutres, ces vérifications du sexe ont essentiellement ciblé les sportives dont les caractéristiques corporelles s'écartaient des normes de genre dominantes. Ils sont actuellement au cœur de la controverse sur la participation des athlètes intersexes et transgenres dans les compétitions sportives.

B. La sacralité de la bicatégorisation sexuée, entre équité sportive et contrôle des corps

Les tests de féminité. Le modèle de la binarité dans lequel les épreuves sportives se scindent entre la catégorie féminine et la catégorie masculine est donc l'un des socles de la *lex sportiva*. La raison est que l'existence de catégories sexuées étanches constitue la condition impérative de l'équité, car, sans une telle bicatégorisation, le sport féminin risquerait de disparaître face à l'avantage physiologique masculin. Or, d'une certaine manière, cette organisation des compétitions sportives selon une division binaire des sexes contribue à instaurer une hiérarchisation implicite des performances, dans laquelle l'excellence athlétique demeure évaluée à l'aune du standard masculin.

Dans ce cadre, les fédérations et organisations sportives internationales ont progressivement mis en place des dispositifs de vérification du sexe, communément qualifiés de « tests de féminité », visant à contrôler le genre des sportives et leur appartenance à la catégorie féminine²⁵. Toute athlète dont les caractéristiques corporelles ne correspondraient pas aux canons de la féminité pouvait être contrainte de satisfaire à cette procédure de vérification si elle souhaitait continuer à concourir. À l'inverse, les athlètes masculins n'ont jamais été soumis à de tels contrôles de leur genre²⁶. Cette asymétrie révèle que la suspicion de fraude biologique pèse exclusivement sur les femmes, confirmant que la catégorie féminine est perçue, par les autorités du sport, comme intrinsèquement fragile et nécessitant un contrôle protecteur. À l'origine, les femmes présentant des variations du développement sexuel, et plus généralement une forme d'intersexuation, étaient les principales visées par les tests de féminités. Plus

²³ B. BARBUSSE, *Le sexisme dans le sport*, Paris, Anamosa, 2025, p. 171 s.

²⁴ Sur ce sujet, v. A. CAPRAIS, Y. MEZIANI, H. TLILI, « La fabrique institutionnelle d'un problème public : le cas du port du voile dans le sport (2012-2024) », *Intersections* [En ligne], 2024, n°2.

²⁵ Sur ce point, v. l'ouvrage d'Anaïs Bohuon : A. BOHUON, *Le test de féminité dans les compétitions sportives. Une histoire classée x ?*, Donnemarie-Dontilly, iXe, 2012.

²⁶ A. BOHUON, G. QUIN, « Quand sport et féminité ne font pas bon ménage... », *Le sociographe*, 2012, vol. 38, n° 2, p. 27.

récemment, cette logique de contrôle s'est étendue aux sportives transgenres, dont la légitimité est contestée en raison de leur sexe masculin de naissance.

L'exclusion des sportives intersexes et transgenres en vertu de l'équité sportive. L'opposition à la participation des athlètes intersexes et transgenres aux compétitions sportives est justifiée par la protection de la catégorie féminine, dans une logique de préservation de l'équité sportive²⁷, et non de la catégorie masculine où l'accès est plus simple pour les hommes transgenres²⁸. Il faut cependant distinguer la situation des uns et des autres. Là où les sportives intersexes naissent avec une variation du développement génital empêchant leur concordance totale avec les critères du sexe féminin, les sportives transgenres sont nées avec un sexe biologique masculin avant de réaliser une transition de genre pour revendiquer une modification de la mention de sexe à leur état civil²⁹. Dans les deux cas, les fédérations internationales se fondent sur les différences biologiques pour motiver l'exclusion de ces athlètes, car autoriser une femme intersexe ayant des caractéristiques sexuées masculines ou une femme transgenre ayant un sexe de naissance masculin mettrait, selon elles, en péril la compétition féminine. Ce qui est sous-entendu ici est que ces femmes n'en sont pas vraiment, soit parce qu'elles sont nées hommes, soit parce qu'elles ne sont pas nées totalement femmes. Partant, elles disposeraient d'un avantage physique sur leurs concurrentes, ce qui rendrait la compétition déloyale³⁰. Ce paradigme de l'avantage biologique des athlètes intersexes et transgenres s'est traduit par une prolifération de normes spéciales dans les réglementations relatives à l'éligibilité des athlètes à la catégorie féminine.

Ces règles techniques encadrent donc le contrôle de genre des sportives dans l'objectif de distinguer les « vraies » femmes des autres femmes, en tout cas pas assez femmes aux yeux des autorités sportives. Tel fut le cas de la skieuse autrichienne Erika Schinegger, qui avait remporté en 1966 l'épreuve de descente aux championnats du monde de ski alpin. À la suite d'un test de féminité défavorable, son titre lui fut retiré et elle fut exclue de la participation aux Jeux olympiques d'hiver de 1968 à Grenoble³¹. En se fondant sur des critères biologiques, ce *corpus* de règles sert à attester de l'intersexuation ou de la transidentité d'une athlète et, par là même, de justifier son exclusion des compétitions.

L'évolution des critères de distinction entre les sexes. Le critère biologique de démarcation entre féminin et masculin employé dans les tests de féminité a connu des évolutions, ce qui tend à démontrer la difficulté pour les médecins à identifier un critère de distinction saillant entre les sexes. À l'origine, les tests de féminité consistaient en une inspection visuelle des organes sexuels de l'athlète suspectée, réalisée par un collègue

²⁷ E. MASCARENHAS, B. MORON-PUECH, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *Recherches féministes*, vol. 36, n°1, 2023, p. 110 s. ; J. MATTIUSI, « La (non-) participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques », *RDIA*, 2024, n°27, p. 88 s. ; P. MICHEL, « Les athlètes transgenres aux Jeux olympiques de Paris 2024 : du refus de l'exclusion à une délicate inclusion », *Revue Droit & Santé*, vol. 120, 2024, p. 544 s.

²⁸ M. LE BESCOND DE COATPONT, « Le sexe sportif », *Intersections* [En ligne], 2024, n°2.

²⁹ Sur ces questions, v. P. MICHEL, *Le transfert des concepts socio-politiques dans le droit : le cas du genre*, Paris, Mare & Martin, 2024, p. 649 s.

³⁰ D. HANDELSMAN, A. HIRSCHBERG, S. BERMON, « Circulating Testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance », *Endocr. Rev.*, vol. 39, n°5, 2018, p. 803 s. D. HANDELSMAN, « Towards a Robust Definition of Sport Sex », *Endocr. Rev.*, 5 avr. 2024, p. 1 s.

³¹ M. KESSOUS, *Les 100 histoires des Jeux olympiques*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2012, p. 77.

de médecins agréés par les autorités sportives³². Pratique humiliante et à la scientificité contestable³³, elle a été abandonnée et remplacée par le *Barr Body Test*³⁴. Celui-ci reposait sur une analyse cytogénétique, généralement salivaire, dans le but de vérifier la présence ou non d'un noyau cellulaire caractéristique des chromosomes sexuels féminins. En 1968, ce test a été généralisé à toutes les participantes des Jeux olympiques de Mexico, et non à leurs homologues masculins. Toutes les athlètes étaient contraintes de se soumettre à un test de corpuscule de Barr, faute de quoi, elles ne pouvaient pas obtenir un « certificat de féminité » indispensable pour concourir³⁵. Se révélant incapable d'apporter la certitude sur le sexe de la personne, ce test fut abandonné par les fédérations internationales, notamment la fédération internationale d'athlétisme (*World Athletics*) et le CIO³⁶, mais il sera remplacé par un nouveau axé sur le taux de testostérone.

Afin d'encadrer l'avantage physiologique supposé des sportives intersexes et avéré des sportives transgenres, la plupart des autorités sportives internationales ont désormais choisi de s'appuyer sur les seuils hormonaux. L'objectif affiché de ces réglementations consiste à limiter les avantages physiques potentiellement liés à des niveaux élevés de testostérone, tout en ménageant, de manière variable selon les fédérations, des formes résiduelles de participation des athlètes transgenres et intersexes. Initialement, le taux de testostérone avait été érigé en critère d'identification du sexe biologique par la *World Athletics* dans une réglementation datant de 2011 relative aux sportives hyperandrogènes³⁷. Depuis, la testostérone est devenue l'*alpha* et l'*oméga* des normes encadrant l'éligibilité à la catégorie féminine, même si les règles s'avèrent variables en fonction des fédérations internationales.

Une fragmentation de la *lex sportiva*. Eu égard à la dimension décentralisée du droit transnational du sport et à la spécificité de chaque sport, il n'y a pas d'harmonisation de la réglementation sportive sur les conditions d'éligibilité à la catégorie féminine. La *World Athletics* a adopté une règle fixant le taux de testostérone à 2,5 nmol/L³⁸, tout en précisant qu'à compter du 31 mars 2023, les sportives transgenres ayant connu une puberté masculine seraient exclues de l'ensemble des compétitions relevant de son autorité. Si l'Union cycliste internationale (UCI) a repris ce cadre normatif spécifique aux personnes transgenres, d'autres fédérations l'ont également appliqué aux sportives intersexes en retenant un taux de testostérone plus élevé³⁹. Parfois, le seuil est identique, mais la période d'appréciation évolue : la fédération internationale de triathlon (*World Triathlon*)⁴⁰, la fédération internationale d'aviron

³² S. CRINGOLI, « You can only race if you can't win? The curious cases of Oscar Pistorius & Caster Semenya », *Tex. Rev. Ent. & Sport L.*, 2011, vol. 12, n°2, p. 159.

³³ A. BOHUON, C. LOUVEAU, « Le test de féminité, analyseur du procès de virilisation fait aux sportives », in T. Terret, dir., *Sport et genre*, t.1, op. cit., p. 88-91.

³⁴ J. PILGRIM, D. MARTIN, W. BINDER, « Far from the Finish Line: Transsexualism and Athletic Competition », *Fordham Intellect. Prop. Media Ent. L. J.*, 2003, vol. 13, n° 2, p. 510 s.

³⁵ A. BOHUON, *Le test de féminité dans les compétitions sportives*, op. cit., p. 68.

³⁶ *Ibid.*, p. 63-64.

³⁷ L'hyperandrogénie est une forme d'intersexuation qui se caractérise par une production d'hormones sexuelles masculines chez une femme. Sur ce point, v. M. DESAI, « The Anguish of Being Extra-Ordinary. Hyperandrogenism and the Need to Verify Gender », *Journal for Sports Law, Policy and Governance*, 2018, vol. 1, pp. 61-68, spéc. p. 64.

³⁸ Unité de mesure de la testostérone.

³⁹ Telle est le cas de la fédération internationale de natation : World Aquatics, *Policy on eligibility for the men's and women's competition categories*, 2022, p. 7.

⁴⁰ World triathlon, *Gender eligibility guidelines*, 2022, p. 2.

(*World Rowing*)⁴¹ ou encore la Fédération internationale de tennis⁴² subordonnent ainsi la participation des sportives transgenres à ses compétitions à la démonstration d'un taux sérique de testostérone inférieur à 2,5 nmol/L, maintenu de manière continue pendant une période minimale de deux ans. Au-delà de ce seuil hormonal, les sportives transgenres sont déclarées inéligibles à la catégorie féminine.

Plus restrictive encore, la fédération internationale de rugby (*World Rugby*) a opté pour une interdiction générale de la participation des femmes transgenres à ses compétitions, tout en autorisant, sous conditions, l'intégration des hommes transgenres au sein des équipes masculines⁴³. À l'inverse, certaines fédérations estiment que le critère hormonal n'a pas d'incidence significative sur l'équité sportive propre à leur discipline. Ainsi, la Fédération internationale de tir sportif considère que les avantages potentiels dont pourraient bénéficier les femmes transgenres sont suffisamment négligeables pour justifier leur inclusion dans la catégorie féminine sans restriction particulière⁴⁴. Enfin, certaines instances internationales ont étonnamment choisi de ne pas retenir le critère du taux de testostérone pour apprécier l'éligibilité de ces sportives. En 2024, l'International Boxing Association a ainsi décidé de recourir de nouveau au test chromosomique⁴⁵, alors même que son absence de fiabilité scientifique avait, au cours des années 1990, conduit à son abandon progressif par la *World Athletics* et le CIO⁴⁶.

Vers une uniformisation des conditions d'éligibilité des athlètes transgenres et intersexes. Sans présenter toutes les réglementations⁴⁷, le constat est alors à celui d'une fragmentation du droit transnational du sport. Pour autant, certains éléments laissent présager une uniformisation des normes. En ce sens, le décret du 5 février 2025 intitulé « Keeping Men Out of Women's Sports »⁴⁸ publié par le Président Donald Trump a été mobilisé par l'IBA pour justifier sa plainte en Suisse contre le CIO qui avait autorisé, lors des Jeux olympiques et paralympiques de Paris 2024, la participation des boxeuses Imane Khelif et Lin Yu-Ting, toutes deux médaillées d'or, alors que l'IBA les avait exclus en raison de leur intersexuation. Dans ce contexte, en novembre 2025, la présidente du CIO a annoncé l'adoption prochaine d'un nouveau cadre réglementaire relatif aux conditions d'éligibilité des athlètes transgenres en vue des Jeux olympiques de Los Angeles de 2028. Cette nouvelle réglementation devrait contribuer à uniformiser les règles applicables au sein des fédérations internationales, car auparavant le comité olympique laissait les fédérations déterminer elles-mêmes leurs propres règles d'éligibilité en la matière. Dès lors, si le CIO considère que le sport repose sur les principes directeurs d'inclusion et de non-discrimination⁴⁹, reste à connaître sa position

⁴¹ En 2021, la fédération avait acté un taux de 5nmol/L pendant une année (*World Rowing*, art. 3, Annexe R1, *Livre des règles*, 2021, p. 145), mais sa réglementation a été affermie : *World Rowing*, art. 3, Annexe R1, *Livre des règles*, 2023, p. 144.

⁴² Fédération internationale de tennis, *IFT Transgender Policy*, 2018, p. 2-3.

⁴³ *World Rugby*, *Transgender Guidelines*, 2021.

⁴⁴ International Shooting Sport Federation, *ISSF Criteria for Eligibility of Transgender Athletes in International Competition*, 2024.

⁴⁵ International Boxing Association, *IBA technical & competition rules*, 2024, p. 17, § 4.2.

⁴⁶ J. PILGRIM, D. MARTIN, W. BINDER, « Far from the Finish Line », *op. cit.*, p. 510 s.

⁴⁷ Pour une analyse approfondie, v. M. LE BESCOND DE COATPONT, « Le sexe sportif », *Intersections* [En ligne], *op. cit.*

⁴⁸ Conséquence de ce décret, le Comité olympique des États-Unis a exclu les sportives transgenres des prochains Jeux olympiques organisés à Los Angeles : United States Olympic and Paralympic Committee, *National governing bodies athlete safety policy*, 2025, § 4.4.

⁴⁹ On peut se demander, avec d'autres, si ces principes ne sont pas une pétition de principe sans effectivité : J. MATTIUSI, E. TISSANDIER-NASOM, « L'exclusion des athlètes trans & intersexes aux Jeux Olympiques

officielle sur la conciliation de ces principes avec l'éligibilité des sportives intersexes et transgenres dans les catégories féminines. Le traitement différencié des athlètes transgenres et intersexes ne constitue pas, selon les argumentaires, une discrimination prohibée⁵⁰. Tout dépend de la justification sur laquelle repose cette différence de traitement, en l'occurrence la protection de la catégorie féminine et la préservation de l'équité sportive, mais également du critère de distinction entre les catégories, qui est ici le taux de testostérone.

Le taux de testostérone, source de désaccord. Ce critère du taux de testostérone s'avère cependant très contesté, en ce qu'il ne permettrait pas d'appréhender avec certitude l'existence d'un avantage compétitif réel. Certaines études médicales consacrées aux effets de la testostérone chez les sportives intersexes suggèrent que leur production endogène d'hormones stéroïdiennes serait susceptible d'améliorer certaines performances physiques⁵¹. Sur ce fondement, les instances sportives ont pu assimiler l'hyperandrogénie à une forme de « dopage naturel » et, ont transposé ce raisonnement aux femmes transgenres, dès lors que leurs taux de testostérone seraient comparables⁵². Cette approche repose sur l'idée selon laquelle le développement hormonal post-pubertaire conférerait des avantages physiques durables, tels qu'une masse musculaire plus importante, une densité osseuse accrue ou encore une capacité pulmonaire et aérobie supérieure. D'autres études sont toutefois venues remettre en cause l'effectivité du taux de testostérone comme indicateur pertinent de l'avantage athlétique⁵³. En l'état actuel des connaissances, l'établissement d'un avantage compétitif significatif fondé exclusivement sur ce critère est donc incertain. Qui plus est, le recours à la testostérone comme seuil d'éligibilité induit une politique médicale également critiquée⁵⁴, car elle contraint les femmes intersexes et transgenres à suivre des traitements hormonaux afin d'abaisser leur taux hormonal, sous peine d'être exclues des compétitions.

Cette conception de l'équité sportive repose donc sur une biologisation des performances, ce qui conduit à une exclusion préventive de certaines catégories d'athlètes jugées incompatibles avec l'intégrité de la compétition féminine au regard de la conception binaire des sexes. Surtout, à propos des sportives intersexes, la réduction des capacités athlétiques en vertu de l'équité sportive semble en opposition avec l'esprit même de la compétition sportive, où les avantages physiques forment le succès des championnes et champions. Un homme ayant un taux de testostérone plus élevé que

& Paralympiques de Paris 2024 », in S. PROSPER, M. TOUZEIL-DIVINA (dir.), *Regards critiques sur le Droit des Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024*, Toulouse, Épitoge, 2024, p. 30.

⁵⁰ J. MATTIUSI, « La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques », *op. cit.*, p. 87 s. ; M. MAISONNEUVE, « Transidentité et sport de compétition : étude juridique sur l'éligibilité des athlètes transgenres », *Revue québécoise de droit international*, 2025, Hors-série, p. 205 s.

⁵¹ Parmi d'autres, v. E. EKLUND, B. BERGLUND, F. LABRIE *et al.*, « Serum androgen profile and physical performance in women Olympic athletes », *Brit. J. Sports Med.*, vol. 51, n°17, 2017, pp. 1301-1302 ; S. BERMON, « Androgens and athletic performance of elite female athletes », *Curr. Opin. Endocrinol. Diabetes & Obes.*, vol. 24, n°3, 2017, p. 246-251 ; S. BERMON, P.-Y. GARNIER, « Serum androgen levels and their relation to performance in track and field : mass spectrometry results from 2127 observations in male and female elite athletes », *Brit. J. Sports Med.*, vol. 51, n°17, 2017, pp. 1309-1314.

⁵² D. HANDELSMAN, S. BERMON, « Detection of testosterone doping in female athletes », *Drug Test. Anal.*, vol. 11, n°10, 2019, p. 1566 s.

⁵³ K. KARKAZIS, R. JORDAN-YOUNG, G. DAVIS *et al.*, « Out of bounds ? A critique of the new policies on hyperandrogenism in elite female athletes », *Am. J. Bioeth.*, vol. 12, n°7, 2012, pp. 3-16 ; M. MARTOWICZ, R. BUDGETT, M. PAPE *et al.*, « Position statement : IOC framework on fairness, inclusion and non-discrimination on the basis of gender identity and sex variations », *Br. J. Sports Med.*, vol. 57, n°1, 2023, pp. 26-32 ; B. HAMILTON, A. BROWN, S. MONTAGNER-MORAES *et al.*, « Strength, power and aerobic capacity of transgender athletes: a cross-sectional study », *Br. J. Sports Med.*, vol. 58, n°11, 2024, pp. 586-597.

⁵⁴ J. MATTIUSI, « La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques », *op. cit.*, p. 83-84.

celui de la moyenne des hommes devrait-il, lui aussi, suivre une hormonothérapie l'affaiblissant pour préserver l'équité sportive ? Si le critère de testostérone s'avère pertinent, il conviendrait peut-être, alors, d'opérer à une nouvelle catégorisation détachée pour se fonder uniquement sur les différences de taux⁵⁵, ou sur d'autres critères.

Au-delà des controverses médicales et scientifiques, les réglementations excluant les athlètes intersexes et transgenres font l'objet de critiques croissantes au regard des droits fondamentaux. En effet, la primauté accordée à une vérité biologique contestée sur l'état civil de l'athlète apparaît incohérente. Les personnes transgenres se voient ramenées à leur sexe assigné à la naissance, leur modification de la mention de sexe étant implicitement neutralisée par les conditions d'éligibilité sportive. De leur côté, les athlètes intersexes voient leur sexe juridique, pourtant attribué dès la naissance, invalidé par les fédérations, sans pour autant être requalifié dans la catégorie masculine. Si les organisations sportives entendaient véritablement se fonder sur les caractéristiques biologiques sexuées et les écarts de puissance athlétiques, la logique commanderait alors de reconnaître plus de deux catégories, afin de refléter la diversité des réalités corporelles. Le modèle de la binarité pourrait-il évoluer en un modèle de la pluralité ?

II. Le mirage du modèle de la pluralité

L'intrusion des droits humains dans le champ sportif. Les désaccords médicaux et les controverses politiques relatives à la participation des sportives intersexes et transgenres ont, très tôt, donné lieu à un contentieux devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), mais également devant des juridictions nationales et internationales. Ces juridictions ont été conduites à se prononcer tant sur la légitimité des critères biologiques retenus par les autorités sportives que sur les conséquences concrètes de ces normes sur les athlètes. Outre ce contrôle des règlements sportifs, ces affaires ont progressivement déplacé le débat vers le terrain des droits fondamentaux⁵⁶. À ce titre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a permis d'introduire, certes assez marginalement, les exigences issues de la Convention européenne dans la *lex sportiva* (A.). Particulièrement limitée, cette fondamentalisation du droit du sport a toutefois entrouvert la voie à un possible changement de paradigme vers un modèle de la pluralité, dont la viabilité interroge (B.).

A. La confrontation des ordres normatifs : *lex sportiva* et droits humains

⁵⁵ A. BOYD, « Back to the Binary : How the Olympics Struggle with Separation of Male and Female », *DePaul J. Sports L.*, vol. 14, n°1, 2018, pp. 23-28.

⁵⁶ La doctrine s'est déjà saisie des risques d'atteintes aux droits humains des athlètes intersexes et transgenres ; v. notamment : E. MASCARENHAS, B. MORON-PUECH, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *op. cit.* ; J. MATTIUSI, « La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques », *op. cit.* ; J. MATTIUSI, E. TISSANDIER-NASOM, « L'exclusion des athlètes trans & intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024 », *op. cit.*, pp. 27-44 ; F. VIALLA, « La "glorieuse" incertitude du... sport sexe », *RDS*, vol. 120, 2024, pp. 525-541.

L'obole des droits humains. La *lex sportiva* est connue pour son autonomie⁵⁷. Chaque fédération dispose de ses propres règles, avec ses propres organes de contrôle et de résolution des litiges. Créé par le CIO, le TAS joue ainsi un rôle central et fédérateur, car il est compétent pour connaître des litiges de la plupart des organisations sportives. Cependant, l'invocabilité des droits humains s'avère limitée devant le TAS⁵⁸. Cette institution d'arbitrage considère que les droits fondamentaux « ne sont pas censés s'appliquer directement dans les rapports privés entre particuliers et ne sont donc pas applicables dans les affaires disciplinaires jugées par des associations privées »⁵⁹. En effet, les fédérations sportives sont des personnes morales de droit privé qui jouissent d'une normativité propre et, donc, distincte du droit étatique et supra-étatique. À moins que leur statut renvoie explicitement à un texte de protection des droits fondamentaux, telle la Convention européenne des droits de l'homme, les athlètes en conflit avec leur fédération ne peuvent directement convoquer ces droits. Par exemple, le droit à la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention européenne, ne connaît pas de reconnaissance positive par les arbitres du sport⁶⁰, alors qu'il est à l'origine d'une protection majeure de l'autonomie personnelle et de l'identité de genre⁶¹. Si les sentences du TAS ne sont pas totalement hermétiques aux droits humains, notamment par le truchement des principes généraux du droit⁶², cet arbitrage sportif n'est pas à proprement parler une instance protectrice des droits fondamentaux des athlètes⁶³.

En ce sens, les jurisprudences du TAS relatives aux athlètes intersexes n'ont pas été l'occasion pour les arbitres de consacrer une incursion étendue des droits humains dans l'ordre international sportif. Deux affaires tendent à démontrer ce choc limité des ordres normatifs. La sprinteuse indienne Dutee Chand et la coureuse sud-américaine Mokgadi Caster Semenya sont les deux athlètes hyperandrogènes qui ont contesté la réglementation de la *World Athletics* sur les conditions d'éligibilité à la catégorie féminine fondées sur le taux de testostérone.

L'affaire Chand : l'échauffement. Dans l'affaire de la suspension de Dutee Chand, le TAS avait ordonné la suspension pour une durée de deux ans d'une réglementation de 2011 de la *World Athletics* qui permettait d'exclure les sportives intersexes de participation à ses épreuves de course à pied si elles avaient un taux de testostérone supérieure à 10 nmol/L⁶⁴. La suspension était motivée par l'absence de preuve scientifique démontrant l'avantage physique de ces sportives hyperandrogènes sur les autres ayant un taux en deçà du seuil réglementaire⁶⁵. La *World Athletics* adoptera, en

⁵⁷ F. LATTY, « *Lex sportiva* et autonomie du sport », in J.-L. CHAPPELET (dir.), *L'autonomie des organisations sportives*, Lausanne, Observatoire international des politiques publiques sportives, 2019, pp. 35-43.

⁵⁸ Sur ce point, v. M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF* [En ligne], 2017, chron. n°9.

⁵⁹ TAS, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, 11 janv. 2013, n°2012/A/2862, § 6.

⁶⁰ M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *op. cit.*

⁶¹ D. COUDEVILLE, « Droit à la vie privée et mention du sexe à l'état civil », *Revue justice actualités*, 2025, n°30, p. 78 s.

⁶² M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *op. cit.*

⁶³ Attention, les droits fondamentaux ne sont pas totalement absents de la jurisprudence du TAS, mais leur présence demeure marginale et indirecte. Par exemple, à propos du droit au procès équitable, v. M. MAISONNEUVE, « Le tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2019, n°119, p. 687 s. ; et, plus largement sur les différents droits et libertés fondamentaux des sportifs dans le cadre de lutte contre le dopage, v. J. DECHAUD, *La lutte contre le dopage et les droits fondamentaux des athlètes. Contribution à l'étude de l'ordre public sportif*, thèse, Univ. Bourgogne, dactyl., 2024, p. 279 s.

⁶⁴ TAS, *Dutee Chand c. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, 27 juill. 2015, n°2014/A/3759, p. 136, § 471.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 136, § 471.

2018, un nouveau texte plus complet et plus restrictif⁶⁶, et l'étendra, un plus tard, aux sportives transgenres⁶⁷. Or, la réglementation de 2018 a été contestée par Caster Semenya, triple championne du monde et double championne olympique du 800 mètres, dont la féminité a été remise en cause par les experts médicaux de la *World Athletics*. Entamée en 2009, cette affaire est née du refus de cette athlète hyperandrogène de se soumettre à traitement hormonal pour abaisser son taux de testostérone⁶⁸, et a donné lieu à plusieurs phases juridictionnelles.

L'affaire Semenya : premier quart-temps. Après une première suspension due à un test de féminité insatisfaisant, Caster Semenya avait déposé, le 18 juin 2018, un recours contestant la validité du règlement de 2018 de la *World Athletics*⁶⁹. Devant les arbitres, elle avait soutenu que l'abaissement du seuil maximal de testostérone institué par la nouvelle réglementation instaurait plusieurs formes de discriminations injustifiées à son encontre⁷⁰. En premier lieu, une discrimination fondée sur le sexe était alléguée, dès lors que le dispositif ne s'appliquait qu'aux sportives et non aux sportifs masculins. En deuxième lieu, la double médaillée d'or invoquait une discrimination fondée sur le genre, car la réglementation traitait différemment les femmes intersexes par rapport aux autres femmes : les premières étant soumises à des obligations médicales contraignantes pour pouvoir concourir dans la catégorie féminine. En pratique, il leur était imposé soit de subir une intervention chirurgicale, soit de suivre un traitement hormonal destiné à abaisser leur taux de testostérone en deçà du seuil fixé par la réglementation⁷¹. À bien des égards, ce dispositif rappelle les pratiques de normalisation de genre imposées aux enfants intersexes, en ce qu'il procède d'une autre forme de correction du genre⁷². En troisième lieu, une discrimination fondée sur la pratique sportive était également avancée dès lors que la règle ne concernait que certaines disciplines et épreuves de course à pied, et ce, sans justification au regard de l'objectif affiché d'équité sportive⁷³. En dernier lieu, la requérante dénonçait une discrimination fondée sur les caractéristiques sexuelles naturelles en raison de la distinction entre les femmes en fonction de données biologiques acquises à la naissance, indépendamment de toute conduite fautive ou de tout recours à des substances dopantes.

Par une sentence rendue le 30 avril 2019, le TAS a reconnu le caractère discriminatoire de la réglementation litigieuse, tout en estimant que cette discrimination

⁶⁶ World Athletics, *Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel*, 23 avr. 2018, p. 3. Le taux de testostérone de 10 nmol/L a été abaissé à 5 nmol/L dans la version de 2018. Pour justifier ce tour de vis, l'association internationale s'est fondée sur plusieurs publications scientifiques soutenant l'existence d'un avantage de performance significatif résultant de taux élevés de testostérone endogène, tel cette étude : E. EKLUND, B. BERGLUND, F. LABRIE *et al.*, « Serum androgen profile and physical performance in women Olympic athletes », *Brit. J. Sports Med.*, vol. 51, n°17, 2017, pp. 1301-1302. Néanmoins, comme il a déjà été souligné, ces travaux en sciences médicales sont loin de faire consensus au sein de la communauté scientifique, si bien que l'avantage hormonal invoqué par les instances sportives conserve un caractère largement présomptif.

⁶⁷ World Athletics, *Règlement régissant l'éligibilité des athlètes transgenres*, 1^{er} oct. 2019.

⁶⁸ Pour une analyse fouillée, v. I. RORIVE, « Du cas à l'affaire Caster Semenya : (en)cadrer la question de l'égalité des sexes », *Intersections* [En ligne], 2024, n°2.

⁶⁹ TAS, aff. réunies, *Mokgadi Caster Semenya c. LAAF*, 30 avr. 2019, n°2018/0/5794 & *Athletics South Africa c. LAAF*, 30 avr. 2019, n°2018/0/5798, p. 4, § 14.

⁷⁰ Pour une étude plus approfondie, v. J. MATTIUSSI, E. TISSANDIER-NASOM, « L'exclusion des athlètes trans & intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024 », *op. cit.*, pp. 32-40.

⁷¹ K. KARKAZIS, M. CARPENTER, « Impossible "Choices" : The Inherent Harms of Regulating Women's Testosterone in Sport », *J. Bioethic. Inq.*, vol. 15, 2018, p. 583.

⁷² P. MICHEL, E. GENNET, « Vulnérabilité de genre et intersexuation. Pour une protection du corps et de l'identité des enfants intersexes », in B. MALLEVAEY, A. FRETIN (dir.), *L'enfant et le sexe*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2021, pp. 25-34.

⁷³ TAS, *Semenya c. LAAF*, *op. cit.*, pp. 9-10, § 51.

pouvait être justifiée par son caractère nécessaire et raisonnable au regard de l'objectif de préservation de l'équité sportive dans la catégorie féminine⁷⁴. Certes, des différences de traitement peuvent être admises, voire tolérées, lorsqu'elles poursuivent un objectif légitime. Toutefois, le raisonnement suivi par les arbitres peine à convaincre pleinement. En particulier, la qualification du recours à l'hormonothérapie comme une mesure non-invasive relevant d'un choix libre de l'athlète omet la réalité de cette contrainte pesant sur le consentement des sportives concernées. Ce règlement soulevait donc de sérieuses difficultés au regard des droits humains, en ce qu'il conditionnait l'éligibilité sportive à la soumission à un traitement médical non-nécessaire d'un point de vue thérapeutique⁷⁵, ce qui porte en outre atteinte à leur intégrité physique et procréative⁷⁶. Par ailleurs, l'argument selon lequel les athlètes intersexes conserveraient la possibilité de concourir dans d'autres épreuves, pour lesquelles elles ne sont ni spécialisées ni entraînées, ou dans la catégorie masculine, où elles ne disposent d'aucune chance réaliste de qualification, démontre que ces athlètes ont seulement le choix entre abandonner leurs carrières sportives ou accepter un acte médical non essentiel. « Il faudra se soumettre ou se démettre » en somme.

L'affaire Semenya : deuxième quart-temps. Corollaire de cette sentence arbitrale confirmant la validité de la réglementation contestée, Caster Semenya a introduit un recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, en invoquant notamment une atteinte à l'ordre public matériel ainsi qu'aux droits de la personnalité. La juridiction helvétique a toutefois confirmé l'avis du TAS, et, par là même, a conforté la compatibilité de la réglementation avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse⁷⁷. En conséquence, l'athlète a porté l'affaire devant la CEDH, et ce faisant, le litige a changé de nature. D'un contentieux relevant principalement de l'autonomie normative du mouvement sportif international, il s'est déplacé vers le champ de la protection internationale des droits fondamentaux⁷⁸, invitant la juridiction strasbourgeoise à apprécier la compatibilité des règles de la *lex sportiva* avec les exigences conventionnelles.

L'affaire Semenya : troisième quart-temps. Par un arrêt rendu le 11 juillet 2023, la juridiction strasbourgeoise a condamné la Suisse pour violation de l'article 13 de la Convention, au motif que les autorités nationales n'avaient pas assuré à la requérante un recours effectif face à des allégations de discrimination d'une particulière gravité⁷⁹. Sur l'aspect substantiel, à propos des griefs tirés de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, la Cour a rappelé que la marge d'appréciation reconnue aux États se trouve sensiblement réduite lorsque sont en cause l'autonomie individuelle et

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 143-144, § 547-548.

⁷⁵ J. MATTIUSI, « La (non-)participation des athlètes transgenres et intersexes aux Jeux olympiques », *op. cit.*, p. 86 s.

⁷⁶ J. MATTIUSI, E. TISSANDIER-NASOM, « L'exclusion des athlètes trans & intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024 », *op. cit.*, p. 40 s.

⁷⁷ Trib. féd. suisse, 1^{re} cour de droit civil, arrêt, *Mokgadi Caster Semenya c. IAAF*, n°4A_248/2019, 25 août 2020, § B.c.g. ; v. le commentaire : F. VIALLA, « Mauvais genre », *JCP G*, 2020, n°41, p. 1103.

⁷⁸ Ce qui n'est pas inédit, la Cour européenne s'étant déjà saisie d'affaires similaires sur la forme ; v. J. MATTIUSI, E. TISSANDIER-NASOM, « L'exclusion des athlètes trans & intersexes aux Jeux Olympiques & Paralympiques de Paris 2024 », *op. cit.*, p. 31 s.

⁷⁹ Cour EDH, 3^e sect., *Semenya c. Suisse*, n°10934/21, 11 juill. 2023, § 200-201 ; J. MATTIUSI, « Discrimination d'une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », *D.*, 2023, n°32, p. 1684 s. ; A. BOISGONTIER, C. LANIER, « La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexués ? », *Revue des Droits de l'Homme* [En ligne], 2023, n°23.

l'épanouissement personnel⁸⁰. Elle a ainsi estimé que les distinctions opérées par la réglementation litigieuse ne reposaient sur aucun motif impérieux de nature à justifier une rupture aussi marquée du principe d'égalité⁸¹. Très audacieux, cet arrêt a pu être qualifié de « percée des droits humains en milieu sportif »⁸². Pour autant, cette irruption des droits fondamentaux au sein de la *lex sportiva* s'est finalement trouvée contrariée. En effet, cette décision, rendue par une formation de section, n'était pas définitive, car le gouvernement suisse avait saisi la grande chambre de la Cour afin qu'elle se prononce à nouveau sur l'affaire.

L'affaire Semenya : quatrième quart-temps. Avec son arrêt du 10 juillet 2025, la grande chambre marque un net infléchissement vers un retour à une conception plus stricte de la protection des droits substantiels des sportives intersexes⁸³. La Cour a effectivement écarté l'examen au fond des griefs tirés des articles 8 et 14 de la Convention en raison d'une interprétation restrictive des conditions de recevabilité *ratione personae* et *ratione loci* au regard de l'article 1^{er} de la Convention européenne⁸⁴. Partant, elle a exclu de son contrôle les atteintes substantielles alléguées aux droits de Caster Semenya. Toutefois, la Cour a constaté une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, au motif que la juridiction helvétique n'avait pas procédé à un examen suffisamment approfondi de la compatibilité de l'avis du TAS avec l'ordre public matériel suisse⁸⁵. Une désillusion pour l'athlète sud-africaine, cette décision l'est assurément. Toutefois, elle n'en demeure pas moins significative en ce qu'elle conforte la possibilité d'un contrôle indirect des atteintes matérielles par le biais des garanties procédurales. Autrement dit, il ne peut être nié l'existence d'un espace de justiciabilité, certes restreint, des droits fondamentaux au sein de la *lex sportiva*.

La permanence de l'exclusion. En l'absence de condamnation fondée sur les droits substantiels, les autorités sportives internationales ont maintenu, voire renforcé, les dispositifs d'exclusion visant les sportives intersexes et transgenres. La *World Athletics* a ainsi conservé son interdiction de principe frappant les athlètes transgenres ayant connu une puberté masculine, tout en poursuivant l'exigence, à l'égard des sportives présentant une production endogène élevée de testostérone, de se soumettre à des protocoles médicaux de suppression hormonale. Dans cette logique, l'instance internationale avait adopté, le 23 mars 2023, un nouveau règlement étendant l'exclusion des sportives présentant une hyperandrogénie à l'ensemble des disciplines féminines⁸⁶. Puis, le 2 décembre 2025, le cadre réglementaire a été, une nouvelle fois, modifié. Est affirmé dans ce texte que la bicatégorisation sexuée des épreuves repose sur une définition biologique du sexe, « indépendamment de son sexe reconnu en droit et/ou

⁸⁰ *Ibid.*, § 169.

⁸¹ *Ibid.*, § 235-240.

⁸² J. MATTIUSI, « Discrimination d'une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », *op. cit.*, p. 1684 s.

⁸³ Cour EDH. (Gde. ch.), *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21, 10 juill. 2025 ; L. Milano, « L'arbitrage sportif. Entre déceptions et avancées », *JCP G*, 2025, n°41, pp. 1665-1668 ; J. MATTIUSI, « Condamnation de la Suisse pour manquement au droit à un procès équitable dans l'affaire Semenya : deux pas en arrière pour un pas en avant », *D.*, 2025, n°36, p. 1780 s.

⁸⁴ *Ibid.*, § 136-150.

⁸⁵ *Ibid.*, § 277 s.

⁸⁶ World Athletics, *Règlement régissant l'admissibilité à concourir dans la catégorie féminine (athlètes présentant des différences du développement sexuel)*, 31 mars 2023, p. 4 s.

de son identité de genre »⁸⁷ de l'athlète. Ce nouveau dispositif introduit en outre une procédure de tests buccaux destinés à identifier la présence du gène Y, afin de distinguer les catégories féminine et masculine⁸⁸. Une démarche comparable a d'ailleurs été consacrée en mai 2025 par la *World Boxing*, qui a acté la mise en place de tests SRY pour les athlètes intersexes (art. 5) et prévoit, pour les athlètes transgenres, une participation exclusivement dans la catégorie correspondant à leur sexe biologique de naissance (art. 6)⁸⁹. Par conséquent, ces évolutions réglementaires consolident un modèle binaire fondé sur une biologisation des catégories sexuées.

La persistance et le renouvellement du contentieux. Si les règles transnationales persistent à exclure ces sportives, ces dernières continuent également de s'y opposer, telle la boxeuse Imane Khelif qui a contesté les tests de féminité instaurés par *World Boxing* devant le TAS⁹⁰. Surtout, les juridictions étatiques sont également appelées à se prononcer sur ces questions, notamment en raison de la nature verticale du droit transnational du sport et de l'articulation étroite entre fédérations internationales et fédérations nationales⁹¹. Ces litiges ne relèvent pas exclusivement des instances arbitrales sportives.

En France, le juge administratif s'est ainsi prononcé pour la première fois sur l'éligibilité sportive d'une athlète transgenre. En l'espèce, une jeune coureuse transgenre s'était vue interdire, par la Fédération française d'athlétisme, la participation à des compétitions nationales, régionales et départementales, alors même qu'elle avait été régulièrement qualifiée lors d'épreuves locales. Par un jugement du 11 juillet 2025, le tribunal administratif de Paris a annulé cette décision, au motif qu'elle ne reposait sur aucun fondement légal ou réglementaire⁹². Cette décision inaugure l'entrée du juge étatique dans un contentieux jusqu'alors largement dominé par l'arbitrage sportif. Elle laisse présager une incursion plus marquée des droits humains, constitutionnels ou conventionnels, par rapport à la jurisprudence du TAS. À cet égard, la Défenseure des droits a d'ailleurs enjoint, dans sa décision-cadre du 16 juin 2025, de revenir sur « les règlements des fédérations sportives nationales [qui] refusent a priori aux personnes transgenres de participer aux compétitions, en se fondant uniquement sur leur identité de genre »⁹³. Pareillement, le caractère discriminatoire de l'exclusion des athlètes intersexes a été pointé, en 2024, par la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁹⁴. Un appel qui sera peut-être entendu.

B. *La mutation des catégories sportives : dépasser la binarité des sexes ?*

Forces et faiblesses des alternatives à la binarité. À ce stade, rien ne permet de présager un changement de paradigme au sein des normes du droit transnational du sport. Tout n'est pas figé. Dans sa recommandation sur les droits des personnes

⁸⁷ World Athletics, *Règlement sur les conditions d'admission aux compétitions*, 29 juill. 2025, p. 4 (art. 3.5.1).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 4 (art. 3.5.4).

⁸⁹ World Boxing, *Sex Eligibility Policies*, 30 mai 2025, p. 5-7.

⁹⁰ À noter que la requête de la nageuse transgenre Lia Thomas contre la *World Aquatics* a été rejetée par le TAS pour un motif procédural, ce qui n'a pas permis d'avoir une décision sur le fond : TAS, *Lia Thomas c. World Aquatics*, n°2023/O/10000, 10 juin 2024.

⁹¹ M. MAISONNEUVE, « Transidentité et sport de compétition », *op. cit.*, p. 205 s.

⁹² TA Paris, 11 juill. 2025, n° 2317381.

⁹³ DDD, *Décision-cadre n°2025-112 relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, 16 juin 2025, p. 50.

⁹⁴ CNCDH, *AVIS sur les violences sexuelles et sexistes dans le sport : prévenir, protéger, accompagner*, A-2024-1, 25 janv. 2024, pp. 4-5, § 5.

intersexes du 7 octobre 2025, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a enjoint les États membres à « prendre des mesures efficaces pour garantir que les personnes intersexes peuvent participer au sport à tous les niveaux, le cas échéant, y compris au niveau professionnel, sans autre condition supplémentaire tels des examens spécifiques ou des traitements médicaux relatifs à leurs caractéristiques sexuelles »⁹⁵. Néanmoins, en l'absence de lois nationales ou de décisions internes dotées d'une autorité suffisante pour infléchir les choix normatifs des associations sportives internationales, il est probable que l'état du droit positif demeure, à court et moyen termes, largement inchangé. La persistance du modèle binaire, fondé sur une conception biologiste et dual du sexe des athlètes, n'a pas été remise en cause par l'intrusion limitée des droits humains dans le droit transnational du sport. Pour autant, il demeure possible, de proposer une réflexion prospective, fondée sur quelques réglementations éparses et des propositions doctrinales⁹⁶, en analysant les hypothèses *de lege ferenda* visant à dépasser le modèle de la binarité afin de penser un modèle de la pluralité. Trois hypothèses se distinguent, celle de la catégorie *open*, celle de la primauté du sexe à l'état civil, et celle de la suppression de tous critères fondés sur le sexe. Toutefois, ces propositions ne sont pas des solutions miracles, et aucune n'est pleinement satisfaisante.

L'hypothèse de la catégorie *open*. Pour concilier la préservation de l'intégrité de la catégorie féminine avec le principe d'inclusion, au fort ancrage dans le droit transnational du sport⁹⁷, certaines fédérations sportives ont envisagé la création d'une troisième catégorie, dite *open*. Ces catégories ouvertes sont des compétitions spécifiques destinées aux athlètes ne satisfaisant pas aux conditions d'éligibilité de la catégorie féminine. Elles ne sauraient être confondues avec les catégories mixtes existant dans certaines disciplines sportives, dès lors que ces dernières ne remettent pas en cause la bicatégorisation sexuée : elles supposent, au contraire, le respect d'un nombre minimal, voire d'une parité, de participation d'athlètes de sexe féminin et masculin. De même, certaines fédérations distinguent une catégorie générale, ouverte à toute personne, et une catégorie féminine réservée aux femmes dans une logique de promotion du sport féminin⁹⁸. À la différence de ces dispositifs, les catégories *open* s'analysent comme un palliatif à l'exclusion des athlètes intersexes et transgenres. Si, en théorie, elles sont accessibles à l'ensemble des compétitrices et compétiteurs, elles n'ont pas été pensées à destination des athlètes cisgenres, lesquels disposent déjà de catégories dédiées correspondant aux classifications biologiques féminine et masculine.

La *World Aquatics* a été la première fédération internationale à proposer d'instaurer des « *open events* »⁹⁹. L'objectif affiché de ces épreuves ouvertes était justement de concilier le respect des droits fondamentaux des athlètes intersexes et transgenres avec la protection de l'intégrité de la catégorie féminine¹⁰⁰. La mise en œuvre concrète de ce dispositif a néanmoins été un échec : la première édition de cette catégorie ouverte devait avoir lieu lors de la Coupe du monde de natation organisée à Berlin en octobre

⁹⁵ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation sur l'égalité des droits des personnes intersexes*, CM/Rec(2025)7, 7 oct. 2025, § 22. Pour une analyse du texte, v. J. MATTIUSI, « Présentation de la recommandation du Conseil de l'Europe sur les droits des personnes intersexes », *RJPF*, 2025, n°12, pp. 11-13, spéc. p. 12.

⁹⁶ Principalement, v. E. MASCARENHAS, B. MORON-PUECH, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *op. cit.*, p. 116 s.

⁹⁷ M. MAISONNEUVE, « Transidentité et sport de compétition », *op. cit.*, p. 183 s.

⁹⁸ Sur ce point, v. M. LE BESCOND DE COATPONT, « Le sexe sportif », *op. cit.*

⁹⁹ World Aquatics, *Policy on eligibility for the men's and women's competition categories*, *op. cit.*, § G.6.

¹⁰⁰ P. MICHEL, « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *RDLF* [En ligne], 2022, chron. n°34.

2023, mais elle a finalement été abandonnée en raison d'un nombre insuffisant de candidatures¹⁰¹. La fédération britannique de cyclisme (*British Cycling*)¹⁰² et la fédération britannique de triathlon (*British Triathlon*)¹⁰³ ont toutes deux instauré une catégorie *open*, ouverte aux personnes transgenres, intersexes ou non binaires, ainsi qu'aux hommes cisgenres. En somme, ces fédérations nationales ont transformé la catégorie masculine en catégorie *open* pour y inclure les sportives intersexes et transgenres. Il s'agit d'une mutation de la catégorie masculine, et non de la création d'une troisième catégorie. Cette innovation consiste en ouverture de façade et non en une véritable catégorie *open* sur le format de la *World Aquatics*. En pratique, elle conduit à un résultat comparable à celui retenu par *World Athletics*¹⁰⁴, qui autorise les sportives présentant une hyperandrogénie à concourir dans la catégorie masculine : les écarts physiologiques de performance font obstacle à toute compétitivité réelle¹⁰⁵. En somme, cette révision de la catégorie masculine est tout sauf une ouverture aux personnes intersexes et transgenres.

Qui plus est, quand bien même ces compétitions dites *open* ne se réduiraient pas à une simple extension de la catégorie masculine, elles soulèvent d'autres réserves. L'instauration d'une catégorie distincte est en effet susceptible de stigmatiser les athlètes concernées, ne serait-ce parce que leur participation découle justement d'une exclusion préalable des catégories classiques. Ce faisant, cette catégorie emporte avec elle une forme de discrimination indirecte, et, en même temps, une potentielle atteinte à la vie privée par l'exposition de l'intersexuation ou de la transidentité des athlètes y concourant. Enfin, rien ne garantit que l'équité sportive y serait garantie au vu de l'hétérogénéité des athlètes susceptibles d'y participer. Par conséquent, loin de dépasser les apories du système binaire, ce modèle apparaît encore moins satisfaisant.

L'hypothèse de la primauté du sexe juridique. Cette seconde hypothèse soutient que seule la mention du sexe à l'état civil devrait être prise en considération dans la division binaire des athlètes. Ainsi, cette hypothèse conserverait la dualité des épreuves féminines et masculines, mais fonderait l'appartenance catégorielle des athlètes sur leur identité de genre juridiquement reconnue¹⁰⁶, et non sur les caractéristiques biologiques sexuées. Subséquemment, les femmes transgenres seraient incluses dans la catégorie féminine, et les tests de féminité disparaîtraient, car l'état civil suffirait à justifier de son sexe. Une telle proposition présente l'avantage indéniable de garantir l'inclusion des personnes transgenres et de répondre aux exigences de non-discrimination fondées sur l'identité de genre, même si elle demeure aveugle à la situation spécifique des athlètes intersexes, voir aux athlètes non-binaires¹⁰⁷. En effet, certains États connaissent plus de deux mentions de sexe à l'état civil, ce qui pourrait poser des difficultés quant à la recatégorisation binaire de ces athlètes dans le monde du sport¹⁰⁸. De plus, en privilégiant exclusivement le sexe juridique, l'objectif initial de protection de la catégorie féminine volerait en éclat. En ce sens, il pourrait conduire indirectement à décourager

¹⁰¹ K. GROHMANN, « No entries received for new 'open category' in World Cup meet », *Reuters*, 3 oct. 2023.

¹⁰² British Cycling, *Transgender & Non-Binary Participation Policy Competitive Activity*, 2023.

¹⁰³ British Triathlon, *British Triathlon Transgender Policy*, FRG029, 2022, p. 4 (art. 7).

¹⁰⁴ K. KARKAZIS, M. CARPENTER, « Impossible "Choices" », *op. cit.*, p. 584.

¹⁰⁵ D.L. COLEMAN, « Sex in Sport », *L. Contemp. Probl.*, vol. 80, n° 4, 2017, pp. 73-77.

¹⁰⁶ Sur la redéfinition du sexe juridique, v. P. MICHEL, *Le transfert des concepts socio-politiques dans le droit : le cas du genre*, *op. cit.*, pp. 680-684.

¹⁰⁷ E. MASCARENHAS, B. MORON-PUECH, « La catégorisation homme-femme en athlétisme à l'heure des droits humains des minorités sexuées et genrées », *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁸ Et suscite déjà des difficultés en droit international privé : G. SALAME, G. KESSLER, « Réflexions sur l'accueil du sexe neutre en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2025, n°3, p. 261 s.

les femmes cisgenres de participer aux compétitions sportives féminines. Cette hypothèse apparaît alors purement théorique, sans véritable viabilité pratique.

L'hypothèse de l'abandon des critères sexués. La dernière hypothèse est une thèse radicale, en ce qu'elle envisage un abandon du modèle sportif traditionnel actuel par la suppression de la bicatégorisation sexuée des épreuves¹⁰⁹. Toutes les personnes, indépendamment de leur sexe biologique ou de leur identité de genre, seraient admises à concourir au sein de compétitions unifiées, la sélection des athlètes reposant exclusivement sur le critère de la performance. Cette proposition présente, à première vue, l'avantage d'une inclusion totale, mais, en contrepartie, elle aurait pour effet d'évincer *de facto* les femmes, cisgenres et intersexes, des compétitions de haut niveau. Loin de satisfaire l'équité sportive, ce modèle conduirait à une masculinisation des épreuves sportives. Conscients de cette limite, certains auteurs ont proposé des correctifs afin de préserver cette mixité tout en neutralisant les effets discriminants d'une compétition aveugle au genre¹¹⁰. Parmi ces dispositifs envisagés figurent la technique des quotas, destinée à garantir une représentation minimale de certaines catégories d'athlètes, et la technique du handicap, consistant à introduire des ajustements de performance afin de compenser les inégalités physiques structurelles¹¹¹. Problème étant, ces deux techniques s'avèrent largement insuffisantes pour satisfaire leur ambition d'inclusivité.

D'une part, la technique des quotas ne peut être mise en œuvre que dans les disciplines collectives, car elle ne fonctionne pas pour les épreuves individuelles¹¹². À cette difficulté s'en ajoute une autre : l'instauration de quotas suppose nécessairement une requalification préalable des athlètes selon un critère de sexe ou de genre, afin de garantir une représentation équilibrée. En d'autres termes, les questions actuelles relatives à la définition du sexe pertinent (biologique, juridique ou psychosocial) de l'athlète ressurgiraient, alors même que ce modèle est censé s'émanciper de la binarité des sexes. D'autre part, la technique du handicap propose de prendre en considération l'ensemble des capacités physiques qui déterminent la performance sportive (masse musculaire, morphologie, puissance, hormone...) pour regrouper les athlètes en catégories plus ou moins homogènes¹¹³. Outre la difficulté technique d'une telle catégorisation¹¹⁴, la neutralité de la classification n'est cependant qu'apparente. Le sexe pourrait, là encore, redevenir indirectement un facteur incontournable, dans la mesure où les hommes cisgenres présentent, en moyenne, des capacités athlétiques supérieures à celles des femmes cisgenres ou intersexes. De ce fait, ce serait retourner dans le passé, en renouant avec la conception du début du XX^e siècle, dans laquelle le sport masculin constitue la norme de référence, tandis que le sport féminin se trouve relégué au second rang.

¹⁰⁹ E. MASCARENHAS, B. MORON-PUECH, « La catégorisation homme-femme en athlétisme », *op. cit.*, pp. 119-120.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 121.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, p. 122.

¹¹³ A. BIANCHI, « Gender, Performance, and the Inclusion of Transgender Athletes in Competitive Sports », *J. Sport Soc. Issues*, 2021, vol. 45, n°3, p. 266 s.

¹¹⁴ Il a été proposé de créer une intelligence artificielle, sur le modèle de l'algorithme multifactoriel utilisé pour les sports paralympiques, pour calculer les avantages de chaque athlète, mais se pose inévitablement la question de la collecte et la protection des données, comme de leur fiabilité. Sur la proposition en soi, v. L. ANDERSON, T. KNOX, A. HEATHER, « Trans-athletes in elite sport. Inclusion and fairness », *Emerg. Top. Life Sci.*, 2019, vol. 3, n°6, pp. 760-762.

En définitive, il ne fait nul doute que le modèle de l'organisation binaire des compétitions sportives, tel qu'il est consacré par la *lex sportiva*, demeure fortement contestée au regard du respect des droits humains des athlètes intersexes et transgenres. Toutefois, la réalité physiologique des différences sexuées ne peut être simplement évacuée. Si ces différences sont juridiquement indifférentes dans l'exercice des droits civils et civiques, elles revêtent une importance particulière dans le champ du sport de haut niveau, où l'écart moyen de puissance, de vitesse et d'endurance entre athlètes féminins et masculins demeure significatif. Ignorer cet écart reviendrait à provoquer d'autres atteintes aux droits humains. Dès lors, à défaut d'une refonte d'ensemble du mouvement sportif, le modèle de la binarité apparaît, en l'état, difficilement remplaçable par un modèle utopiste de la pluralité.

Repenser l'ONU à l'heure de la réforme UN80 : Faire de l'égalité de genre un critère de légitimité du multilatéralisme

Par Sophie POUGET,

*Spécialiste en droit du développement international, égalité de genre et droits fondamentaux,
Juge assesseur à la Cour nationale du droit d'asile sur nomination du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés.*

Introduction

Le système multilatéral, tel que le monde l'a connu depuis la sortie de la Seconde Guerre mondiale et l'adoption de la Charte de San Francisco en 1945, connaît des mutations profondes et rapides. Il traverse une polycrise : une crise financière avec un risque très important pesant sur l'Organisation des Nations Unies (ONU) et ses principales agences dont l'Agence pour les Réfugiés (UNHCR) ; une crise politique marquée par la montée des extrêmes dans de nombreux pays et le retrait américain de plus de 66 organisations internationales annoncé par la Maison Blanche le 7 janvier 2026¹ ; une crise normative, à travers les attaques répétées contre le droit international et les droits humains ; et enfin une crise institutionnelle avec l'apparition d'initiatives internationales remettant en cause l'espace de dialogue multilatéral et ses valeurs, tout particulièrement la création du *Board of Peace*².

Dans ce contexte, la réforme UN80 pourrait devenir une véritable opportunité de modernisation et de transformation de la gouvernance mondiale. Annoncée en mars 2025 par le Secrétaire général des Nations Unies, António Guterres, cette réforme vise à rationaliser les opérations onusiennes pour optimiser et renforcer l'impact et la pertinence de l'organisation. Sous la présidence de Guy Ryder, Secrétaire général adjoint chargé des politiques, le Plan d'action de l'Initiative UN80 a été conçu pour développer un plan de réforme structuré, global et opérationnel. Les mesures proposées vont de la réduction de coûts telles que la réduction de l'empreinte écologique des bureaux de l'ONU à New York City et Genève à la réorganisation des entités onusiennes. Cette approche a reçu le soutien de l'Assemblée générale des Nations unies par sa résolution du 18 juillet 2025³.

Au-delà d'une réforme structurelle, cette initiative porte une ambition plus large : réaffirmer la pertinence du multilatéralisme dans un monde confronté autant à la multiplication des conflits, aux bouleversements climatiques, à l'accélération des transformations technologiques et à la polarisation politique. Dans ce contexte, l'égalité de genre est un principe menacé mais peut aussi devenir un levier déterminant pour

¹ *Withdrawing the United States from International Organizations, Conventions, and Treaties that Are Contrary to the Interests of the United States, Presidential Memoranda*, 7 janvier 2026 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2026/01/withdrawing-the-united-states-from-international-organizations-conventions-and-treaties-that-are-contrary-to-the-interests-of-the-united-states/> (Consulté le 26 mars 2026).

² Résolution 2803 (2025) adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations Unies le 17 novembre 2025. S/RES/2803 (2025). [https://docs.un.org/fr/S/RES/2803\(2025\)](https://docs.un.org/fr/S/RES/2803(2025)) (Consulté le 26 mars 2026).

³ Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 18 juillet 2025, A/RES/79/318. <https://docs.un.org/fr/A/RES/79/318> (Consulté le 26 mars 2026).

penser la réforme UN80, qu'il s'agisse des mandats onusiens, du leadership qui les porte ou de la place donnée à la société civile.

I. Le mandat onusien sur l'égalité de genre : un pilier indispensable mais menacé

A. La fusion des agences ONU Femmes / UNFPA

La réforme UN80 pose la question de l'intégration, au sein des ambitions et de la méthodologie des groupes de travail, de l'approche intersectionnelle promue par les Nations Unies et réaffirmée notamment dans les engagements de l'agence des Nations Unies pour les femmes, ONU Femmes, créée en 2010. Cette jeune agence est née de la fusion de plusieurs entités onusiennes : la Division de la promotion de la femme (DAW, créée en 1946), l'Institut international de recherche et de formation pour la promotion de la femme (INSTRAW, créé en 1976), le Bureau de la Conseillère spéciale pour la problématique hommes-femmes (OSAGI, ouvert en 1997) et le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme (UNIFEM, créé en 1976). Depuis 2010, ONU Femmes a pour mandat d'assurer la promotion des droits des femmes, de l'égalité de genre et de l'autonomisation de toutes les femmes et filles. Assumant également le rôle de secrétariat de la Commission de la condition de la femme des Nations Unies (*Commission on the Status of Women – CSW*)⁴, l'agence œuvre à faire évoluer les lois, les institutions, les normes sociales vers l'égalité de genre, notamment dans quatre domaines : le leadership, l'autonomisation économique, la lutte contre les violences de genre, et l'agenda « femmes, paix, sécurité, et action humanitaire ».

Dans le cadre de UN80, une fusion d'ONU Femmes et du Fonds des Nations Unies pour la population (UNFPA), deux agences financées en grande partie par les contributions volontaires des États membres de l'ONU et dont les mandats sont complémentaires, est à l'étude. L'UNFPA est une agence onusienne créée en 1967, dont le mandat concerne la santé sexuelle et reproductive. En pratique, l'UNFPA est le plus important fournisseur de dons de contraceptifs dans le monde, la première instance consacrée à la santé maternelle (présente dans les pays présentant le plus fort taux de mortalité et morbidité maternelles), en charge de programmes ciblant directement les survivantes de violences basées sur le genre et accompagnant les gouvernements dans la conduite de leurs politiques démographiques. Il reviendra au Secrétaire général de l'ONU de proposer cette fusion aux États membres, et de la soumettre à l'approbation de l'Assemblée générale des Nations unies⁵.

Le principe même d'une fusion peut inquiéter. On pourrait y voir un risque de rétrécissement des mandats onusiens liés au genre, et donc un affaiblissement du système multilatéral dans la protection des droits des femmes. Or, l'égalité de genre ne

⁴ Fondée en 1946, la Commission de la condition de la femme (*Commission on the Status of Women – CSW*) est le principal organe de décision exclusivement dédié à la promotion de l'égalité des sexes et de l'autonomisation des femmes. La 70^{ème} session de la CSW s'est tenue à New York du 9 au 19 mars 2026, a été consacrée à l'accès à la justice pour les femmes et les filles.

⁵ UN80 Initiative: *FAQ on UN Women x UNFPA ; Work Package 4 | Strategic Merger Assessment of UNFPA and UN Women, 23 February 2026*. https://www.un.org/un80-initiative/sites/default/files/2026-02/260223_FAQ_UNWomen-UNFPA%201.pdf (Consulté le 26 mars 2026).

peut être conçue et promue que comme un critère de légitimité incontournable dans le cadre d'une réforme institutionnelle de l'ONU.

B. Les conditions d'une fusion légitime dans un contexte de régression des droits des femmes

Cette réforme intervient dans un contexte de régression des droits des femmes. De nombreux États et gouvernements renoncent à leurs engagements en matière d'égalité de genre et de défense des droits des femmes et des filles. Sur un plan politique, il est à noter le désengagement de nombre d'États ambassadeurs d'une diplomatie féministe, dont l'Allemagne, la Suède ou les Pays-Bas⁶. Au niveau national, de nombreux portefeuilles ministériels consacrés à l'égalité ont été abandonnés et fermés, ou alors ont vu leur envergure financière considérablement réduite. En 2025, seuls 31 pays disposent de systèmes et de budgets spécifiques consacrés à l'égalité de genre et l'autonomisation des femmes⁷. Les contributions nationales fléchées vers le genre au niveau multilatéral ont diminué dans une proportion de 20% entre 2020-2021 et 2022-2023, avec une accélération en 2024-2025.

Selon les chiffres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), on note également une réduction de l'aide publique au développement dans les pays membres du Comité d'aide au développement⁸. En conséquence, les normes de performance permettant de mesurer le travail réalisé au sein de l'ONU en matière d'égalité de genre pointent, elles aussi, un déficit de financement préoccupant : en 2024, seulement 36% des 75 entités des Nations Unies ont atteint leur objectif de financement en matière d'égalité de genre et d'autonomisation des femmes⁹.

Enfin, il faut rappeler que, face à l'insuffisance des financements publics nationaux et internationaux tournés vers le genre, les financements anti-droits progressent. Le Forum parlementaire européen pour les droits sexuels et reproductifs (EPF) constate la montée inquiétante du financement des mouvements anti-droits et anti-genre en Europe, pour un volume financier de 1,18 milliard USD entre 2019 et 2023¹⁰.

Une fusion d'ONU Femmes et UNFPA pourrait être bienvenue, si elle conduit à *renforcer*, et non à circonscrire, *le mandat* de la promotion de l'égalité de genre, la lutte pour les droits sexuels et reproductifs, la mise en avant d'une *expertise reconnue* sur le genre pertinente pour l'ensemble de l'ONU. Une telle fusion serait légitime si les points

⁶ Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la diplomatie féministe, n° 2460, déposé le mardi 10 février 2026. https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/rapports/ega/117b2460_rapport-information (Consulté le 26 mars 2026).

⁷ Progrès vers la réalisation des objectifs de développement durable - Gros plan sur l'égalité des sexes 2025, ONU Femmes. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2025/09/progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2025> (Consulté le 26 mars 2026).

⁸ Financement du développement pour l'égalité des genres, OCDE 2025. <https://www.oecd.org/fr/data/dashboards/development-finance-for-gender-equality.html> (Consulté le 26 mars 2026).

⁹ United Nations System-Wide Results Un-Swap 2.0 Summary, Analysis And Key Insights 2018-2024, UN Women 2024. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2025-12/2024-system-wide-swap-2-reporting-results-en.pdf> (Consulté le 26 mars 2026).

¹⁰ *The Next Wave: How Religious Extremism Is Reclaiming Power*, N. DATTA, European Parliamentary Forum on Sexual and Reproductive Right, June 2025. <https://www.epfweb.org/node/1147> (Consulté le 26 mars 2026).

suivants sont discutés, en toute transparence, par les États membres des Nations Unies, et en lien avec les entités onusiennes concernées :

- Assurer le maintien intégral des mandats d'ONU Femmes et UNFPA afin d'éviter une régression de l'engagement onusien en matière d'égalité de genre et de droits et santé sexuels et reproductifs ;
- Mettre l'impact et les individus au cœur de toute réforme structurelle, avec une attention particulière envers des opérations sur-mesure dans les pays d'intervention ;
- Garantir le financement de l'égalité de genre et de droits et santé sexuels et reproductifs, tout en tenant compte du manque de ressources actuel ;
- Mettre en place un processus décisionnel transparent, basé sur des analyses indépendantes ;
- Assurer la participation de la société civile et en particulier des organisations de défense des droits des femmes.

II. Leadership féminin et concurrence institutionnelle : un test de crédibilité pour l'ONU

A. Une sous-représentation structurelle et l'opportunité d'élire une Secrétaire générale de l'ONU en 2026

Au 1^{er} janvier 2025, seulement 25 pays ont des femmes cheffes d'État ou gouvernement et, au niveau mondial, les femmes ne représentent que 27,2% des députés¹¹. Au sein du système onusien, la sous-représentation des femmes est tout aussi flagrante, alors même que le leadership des femmes est inscrit dans la Charte de San Francisco de 1945. Tout d'abord, l'institution manque de représentativité au plus haut niveau. En 80 ans, il n'y a eu aucune femme Secrétaire générale et, sur plus de 40 candidats à ce poste, seuls 8 étaient des femmes et aucune candidature féminine n'a été sérieusement prise en considération avant les années 2000. De plus, il y a seulement 23 % de femmes ambassadrices à l'ONU, 72 États n'en ont jamais nommé et 21 organisations multilatérales n'ont jamais été dirigées par une femme¹². Enfin, dans les organes de direction des grandes organisations internationales (conseils, conférences des États parties, conseils d'administration) où les représentants des États décident des budgets, stratégies et autres orientations politiques, les femmes sont largement exclues¹³. Finalement, les femmes administrent le multilatéralisme, mais elles ne le gouvernent pas.

Aussi, l'élection d'une femme Secrétaire générale des Nations Unies à la prochaine Assemblée générale prévue en septembre 2026 sera un signal politique fort positionnant

¹¹ Femmes en politique : 2025, carte créée par l'Union interparlementaire (UIP) et ONU Femmes, 2025. https://knowledge.unwomen.org/fr/digital-library/publications/2025/03/women-in-politics-map-2025?utm_source=copilot.com (Consulté le 26 mars 2026).

¹² Les femmes dans le multilatéralisme 2026 - La quête inachevée de la parité hommes-femmes 2026, GWL Voices 2026. <https://res.cloudinary.com/gwlvoices/raw/upload/v1769192891/Women%20in%20Multilateralism%202026%20in%20French.pdf> (Consulté le 26 mars 2026).

¹³ 13 % – Les femmes dans le multilatéralisme 2024 - À huis clos - Une analyse de la composition par sexe des organes de direction et des équipes de haute direction des principales organisations multilatérales dans le monde, GWL Voices 2024. https://res.cloudinary.com/gwlvoices/image/upload/v1738067270/Women_in_Multilateralism_2024_French_version_1776a75e36.pdf?utm_source=copilot.com (Consulté le 26 mars 2026).

l'ONU comme catalyseur d'un multilatéralisme inclusif et représentatif. Elle permettrait d'assurer la représentation de 50% de la population mondiale, et amènerait un leadership renouvelé dans une institution qui a besoin de se réformer.

Cette élection est d'autant plus importante qu'elle permettra à l'ONU de se démarquer de l'initiative américaine ayant créé un « *Board of Peace* ».

B. Le « *Board of Peace* » : un contre-modèle en matière de leadership et de respect de la résolution 1325

Annoncé le 16 janvier dernier¹⁴, le « *Board of Peace* » est piloté par un conseil exécutif composé de sept hommes politiques, dont l'actuel Président du Groupe Banque Mondiale Ajay Banga. Se présentant comme soutenu par la résolution 2803 du Conseil de Sécurité autorisant une intervention à Gaza jusqu'au 31 décembre 2027¹⁵, cette nouvelle instance s'octroie un mandat bien plus large que le cadre juridique de la résolution 2803. La charte (qui n'a pas été publiée officiellement mais dont le contenu a été divulgué dans la presse¹⁶) ne fait aucune mention à Gaza. Elle octroie à cette nouvelle instance un mandat relatif à la résolution des conflits, indéfini dans son contenu et dans sa durée, mettant cette initiative en concurrence directe avec l'ONU. La chercheuse Hadjar Aouardji note que « le préambule de la Charte instituant le Conseil de paix s'en prend dès les premières lignes à l'institution onusienne : “déclarant que la paix durable requiert un jugement pragmatique, des solutions de bon sens et le courage de se départir d'approches et d'institutions qui ont trop souvent échoué” »¹⁷. Par ailleurs, il faut souligner que cette instance est présidée par Donald J. Trump à titre individuel d'abord, et accessoirement en qualité de Président des États-Unis. Les pays membres de cette instance sont invités à y participer pour 3 ans, sauf s'ils versent la somme de 1 milliard de dollars pour devenir membre permanent¹⁸.

Le « *Board of Peace* » ne contient aucune norme de genre, alors même que celles-ci sont reconnues comme critiques en matière de résolution des conflits. Il ignore la résolution 1325 (2000) du Conseil de sécurité de l'ONU¹⁹ qui établit « le rôle important que les femmes jouent dans la prévention et le règlement des conflits et dans la consolidation de la paix et soulignant qu'il importe qu'elles participent sur un pied d'égalité à tous les efforts visant à maintenir et à promouvoir la paix et la sécurité et qu'elles y soient pleinement associées, et qu'il convient de les faire participer davantage aux décisions prises en vue de la prévention et du règlement des différends ».

¹⁴ *Statement on President Trump's Comprehensive Plan to End the Gaza Conflict*, *The White House*, January 16, 2026. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/2026/01/statement-on-president-trumps-comprehensive-plan-to-end-the-gaza-conflict/>

¹⁵ Résolution 2803 (2025) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 10046e séance, le 17 novembre 2025. S/RES/2803 (2025) [https://docs.un.org/fr/S/RES/2803\(2025\)](https://docs.un.org/fr/S/RES/2803(2025)) (Consulté le 26 mars 2026).

¹⁶ J. MAGID, *Full text: Charter of Trump's Board of Peace*, 18 janvier 2025, *The Times of Israel*. <https://www.timesofisrael.com/full-text-charter-of-trumps-board-of-peace/> (Consulté le 26 mars 2026).

¹⁷ H. Aouardji, Entretien de l'Observatoire Politique et Géostratégique des États-Unis de L'Institut de relations internationales et stratégiques (IRIS), « *Board of Peace* » ou « *Trump's World* » ?, 18 février 2026. <https://www.iris-france.org/board-of-peace-ou-trump-world/> (Consulté le 26 mars 2026).

¹⁸ A date, les pays membres sont : Albanie, Arabie Saoudite, Argentine, Arménie, Azerbaïdjan, Bahreïn, Biélorussie, Bulgarie, Cambodge, Égypte, Émirats arabes unis, Hongrie, Indonésie, Israël, Jordanie, Kazakhstan, Kosovo, Koweït, Ouzbékistan, Maroc, Mongolie, Pakistan, Paraguay, Qatar, Salvador, Turquie, Vietnam.

¹⁹ Résolution 1325 (2000) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4213e séance, le 31 octobre 2000. S/RES/1325 (2000). [https://docs.un.org/fr/S/RES/1325\(2000\)](https://docs.un.org/fr/S/RES/1325(2000)) (Consulté le 26 mars 2026).

Dans un tel contexte, le soutien onusien à la participation des femmes à toutes les instances multilatérales, et tout particulièrement celles en charge du règlement des conflits et des processus de paix, est plus que jamais pertinent. La réforme UN80 et la possibilité d'un leadership renouvelé au sein des Nations Unies sont ainsi des opportunités pour renforcer l'égalité de genre et la place des femmes dans les instances décisionnelles. La résolution 1325 pourrait devenir la pierre angulaire d'un multilatéralisme futur en étant intégrée dans tous les mandats des agences onusiennes, et dans toutes les résolutions du Conseil de Sécurité (y compris la résolution 2803).

III. La réforme UN80 : renforcer les normes en matière d'égalité de genre et donner une place particulière à la société civile

En matière de genre, le rôle *normatif* de l'ONU est inédit. Dans le cadre d'une réforme, il conviendra de renforcer la source même de cet engagement, à savoir la CSW. Fondée en 1946, à peine un an après l'adoption de la Charte de San Francisco, la CSW est une commission du Conseil économique et social de l'ONU consacrée exclusivement à la promotion de l'égalité des sexes et de l'autonomisation des femmes. La CSW se réunit chaque année afin d'évaluer les progrès réalisés en matière d'égalité de genre, et proposer de nouvelles mesures répondant aux enjeux et aux défis posés par la protection des droits des femmes. La capacité normative d'ONU Femmes est aussi essentielle. L'agence, depuis sa création, a en effet permis l'adoption de plus de 1500 lois contre les violences de genre et de 3 traités régionaux, dont la Convention de l'Union Africaine visant à mettre fin à la violence à l'égard des femmes et des filles de février 2025.

Il conviendrait également de capitaliser sur les avancées marquées par ONU Femmes, notamment dans le cadre du Forum Génération Égalité (FGE) de 2021. En effet, le FGE, ce grand rassemblement mondial organisé dans la prolongation de la 4e conférence mondiale sur les droits des femmes de 1995 à Pékin, a permis de piloter une gouvernance inédite mettant à la même table toutes les parties prenantes : organisations internationales, États, bailleurs, secteur privé, représentants d'ONG et mouvements *grassroots*, ainsi que des représentants de la jeunesse. La *société civile*, au sens large du terme, a sa place dans le multilatéralisme actuel. Elle contribue largement aux mandats et aux opérations de l'ONU. Il serait donc pertinent de considérer lui octroyer une place, et donc un pouvoir décisionnaire dans la gouvernance.

La réforme UN80 intervient d'ailleurs dans un contexte de baisse sévère des financements vers les associations (d'environ 20%²⁰). En 2025, sur plus de 428 organisations engagées dans la lutte contre les violences de genre, plus d'un tiers ont dit suspendre ou fermer leurs programmes et 40% ont dû réduire des opérations assurant des services vitaux (logement d'urgence et aide médicale notamment)²¹. Seules 5% de ces organisations ont les ressources nécessaires pour fonctionner dans les deux

²⁰Financement du développement pour l'égalité des genres, OCDE 2025. <https://www.oecd.org/fr/data/dashboards/development-finance-for-gender-equality.html> (Consulté le 26 mars 2026).

²¹J. Zulver and L. Breimann, *At risk and underfunded: How funding cuts are threatening efforts to end violence against women and girls*, UN Women & Ladysmith Collective. <https://knowledge.unwomen.org/en/digital-library/publications/2025/10/at-risk-and-underfunded-how-funding-cuts-are-threatening-efforts-to-end-violence-against-women-and-girls> (Consulté le 26 mars 2026).

prochaines années²². Dans ce contexte, la reconnaissance de la place de la société civile au sein de la gouvernance onusienne pourrait justifier une restructuration des fonds multi-donateurs²³, dont les sources de financement et les modalités de redistribution pourraient être questionnées.

Conclusion

La réforme UN80 intervient dans un moment de crise profonde pour le système multilatéral. Cette crise est institutionnelle, financière et politique, mais elle est aussi normative : les droits des femmes et l'égalité de genre sont aujourd'hui parmi les premiers champs de régression.

Dans ce contexte, l'égalité de genre doit devenir une condition de survie du multilatéralisme lui-même. La réforme UN80 ne pourra réussir que si elle fait de l'égalité de genre un critère explicite de légitimité institutionnelle. Elle devra servir plusieurs objectifs : une gouvernance transparente, l'inclusion réelle des acteurs non étatiques, des financements mieux organisés et mieux distribués, et une architecture institutionnelle capable de résister aux pressions géopolitiques.

Le choix du ou de la prochaine Secrétaire général(e) sera un test décisif. Il permettra de savoir si les États membres de l'ONU sont prêts à accepter une direction indépendante, capable de défendre les principes de la Charte sans céder aux convenances géopolitiques, et si les femmes ont leur place au plus haut niveau décisionnel de l'ONU.

²² *Ibid.*

²³ Il s'agit du Fonds pour l'égalité des sexes et du Fonds d'affectation spéciale pour mettre fin à la violence contre les femmes au sein d'ONU Femmes, auxquels s'ajoute le Fonds des femmes pour la paix et l'action humanitaire.

De la différence sexuelle dans les mécanismes d'*accountability* du Groupe de la Banque mondiale

Par Noury KAMEL,
*Doctorant à l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne,
Université Paris I Panthéon-Sorbonne.*

« Le symbole le plus oublié de l'univers et de nos cultures est le symbole sexuel, *symbole vivant*. Dans la méconnaissance de ce symbole vivant, les hommes — seulement les hommes — échangent femmes, enfants, produits du travail, monnaie (souvent frappée à l'image du féminin ?). Ils échangent quelque *chose* au lieu d'échanger [...] la pensée, le langage. »¹

Il y a dans le prêt et la dette — l'actif et le passif — une représentation de la différence sexuelle. L'argent en mouvement transfère obligations et responsabilité, créance et charges, qui s'appliquent inévitablement à un corps — singulier ou collectif. Le capitalisme, qu'on le considère comme biopouvoir² ou neuropouvoir³, organise cet échange en le soumettant à des formes de normalisation, de hiérarchisation et de contrôle. La dette est ainsi érigée, au nom du développement, en instrument central de la gouvernance globale à partir du milieu du XX^e siècle. Les accords de Bretton Woods marquent le passage d'un agencement bilatéral du prêt à une mise en scène multilatérale de la responsabilité financière. Le Fonds monétaire international et la Banque mondiale transforment alors les flux de capitaux en une grammaire d'assignation des rôles, des dépendances et des vulnérabilités au sein de l'ordre économique mondial — ceci valant pour les États comme pour les entreprises et, plus insidieusement encore, pour les hommes et les femmes. C'est là une économie du masculin et du féminin à laquelle le droit se trouve mêlé.

De 1944 à 1988, le Groupe de la Banque mondiale (ci-après le Groupe) se structure autour de cinq organisations internationales : la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (AID), la Société financière internationale (SFI, connue sous le sigle anglais IFC), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et l'Agence multilatérale de garantie pour les investissements (AMGI, connue sous le sigle anglais MIGA). D'une part, la BIRD et l'AID, plus communément appelées la Banque mondiale, octroient des prêts aux États en soutien à des projets locaux favorisant le développement économique et la réduction de la pauvreté⁴. D'autre part, la SFI finance des projets du secteur privé dans les pays en développement *via* l'investissement et le prêt⁵. L'AMGI, quant à elle, assure les investisseurs publics comme privés contre les risques non commerciaux, comme les

¹ L. IRIGARAY, « Sur l'éthique de la différence sexuelle », *Les Cahiers du GRIF*, n°32, 1985, p. 119.

² M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, 2004.

³ B. STIEGLER, « Du psychopouvoir au neuropouvoir », in C. LARSONNEUR et al. (dir.), *Le Sujet digital*, Dijon, Presses du réel, 2015, pp. 42-60.

⁴ BIRD, Statuts, 1945, art. III ; AID, Statuts, 1960, art. I.

⁵ SFI, Statuts, 1956, art. I.

conflits armés et l'expropriation⁶. Le droit applicable aux traités entre les organisations internationales et les États ainsi qu'aux contrats entre les organisations internationales et les entités non étatiques dérive des traités constitutifs et relève, selon les cas, du droit international public ou du droit international privé⁷. En cas de différend entre les parties, les textes prévoient une procédure administrative devant les Administrateurs de l'institution concernée, voire un arbitrage *ad hoc*⁸.

En revanche, les effets sur les tiers des programmes financés par le Groupe s'appréhendent au travers de standards de performance. Le *Cadre environnemental et social* de la Banque mondiale, les *Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale* de la SFI ainsi que la *Politique en matière de durabilité sociale et environnementale* de l'AMGI forment un ensemble normatif à destination des organisations internationales et des emprunteurs afin de les guider vers une mise en œuvre des projets respectueuse de l'environnement et des personnes. Les trois textes adoptent une ossature identique portant sur la prévention et la gestion des risques relatifs à l'usage des ressources naturelles, à la conservation de la biodiversité et à la pollution, d'un côté, et des risques pesant sur les travailleurs, les communautés locales, les peuples autochtones et le patrimoine culturel, de l'autre.

La différence sexuelle, c'est-à-dire biologique et socialisée⁹, y est appréhendée par la notion de « genre » qui traverse de part et d'autre les standards. Elle est définie comme suit :

« Gender refers to the social, behavioral, and cultural attributes, expectations, and norms associated with being male or female. The social definitions of what it means to be female or male vary among cultures and change over time. Males and females are not homogeneous groups, but are stratified by race, ethnicity, and disability, which together with income level, geographic location, and migratory status, can lead to multiple overlapping layers of vulnerability and discrimination. Gender equality refers to how these factors determine the way in which women and men relate to each other and to the resulting differences in power between them. »¹⁰

Depuis une vingtaine d'années, le Groupe intègre une telle conception construite et intersectionnelle de l'identité dans ses stratégies en matière de genre élaborées pour identifier les enjeux contemporains¹¹. Celles-ci inscrivent les défis sexospécifiques dans

⁶ AMGI, Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 1988, art. 2.

⁷ À propos de la diversité des techniques juridiques employées, v. H. CASSAN, P.-F. MERCURE, M.A. BEKHECHI, *Droit international du développement*, Paris, Pedone, 2019, pp. 175 et s.

⁸ BIRD, Statuts, *op. cit.*, art. IX ; AID, Statuts, *op. cit.*, art. X ; SFI, Statuts, *op. cit.*, art. VIII ; AMGI, Convention de Séoul, *op. cit.*, art. 56 et s.

⁹ Je n'entends pas rigoureusement démêler « sexe » et « genre » pour ne pas tomber dans le piège de l'opposition nature/culture. Dire que le sexe est un état purement naturel et que le genre est un produit culturel suppose que ce qui m'est « naturel » s'inscrit hors de tout discours et de tout imaginaire préétablis. Or, cela est faux. Le droit, pour ne parler que de lui, crée des sujets *sexués* à partir d'un vocabulaire et de catégories qu'il forge, ce qui n'est ni neutre ni naturel. M. DAVIES, « Taking the Inside Out : Sex and Gender in the Legal Subject », in N. NAFFINE, R.J. OWENS (ed.), *Sexing the Subject of Law*, Sidney, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 31 et s.

¹⁰ BANQUE MONDIALE, *Gender*, Note de bonnes pratiques, 2019, p. 3.

¹¹ C. BRUNEAU, « La farce de la "prise en compte du genre" : une grille de lecture féministe des politiques de la Banque mondiale », *CADTM*, 25 septembre 2024, en ligne : <https://www.cadtm.org/La-farce-de-la-prise-en-compte-du-genre-une-grille-de-lecture-feministe-des#nh2-16> (Consulté le 24 février 2026) ; BANQUE MONDIALE, *Stratégie de la Banque mondiale en matière de genre 2024-2030 : Accélérer l'égalité des genres pour un avenir durable, résilient et inclusif (version préliminaire)*, Rapport du Conseil n°184051, 2023.

le processus de développement économique auquel l'institution doit contribuer par son action. Cette approche, dite « *gender mainstreaming* », fait du genre une subjectivité économique et juridique mesurable. Autrement dit, les instruments de financement et les standards de performance ciblent les femmes et les hommes à travers leurs vulnérabilités liées, entre autres, à leur âge, leur santé, leur exil et leur ethnie. Le *gender mainstreaming* élargit ainsi le concept de développement en incitant les emprunteurs à élaborer des projets porteurs d'« *empowerment* » qui tiennent compte de ces variables¹².

En cas de manquement, les personnes s'estimant lésées peuvent déposer une plainte auprès de mécanismes d'*accountability* — traduit aléatoirement par redevabilité, responsabilisation ou reddition de comptes. Ceux-ci ont pour mission de faciliter la résolution non juridictionnelle de litiges nés de projets financés par la Banque mondiale, la SFI ou l'AMGI et d'améliorer les externalités environnementales et sociales desdits projets¹³. Ils contribuent activement à la bonne gouvernance du Groupe et de ses ressources¹⁴. Cette ouverture progressive des organisations internationales aux tiers « illustre la nécessité chaque jour plus pressante de construire des “espaces publics” — au sens où l'entend le philosophe Jürgen Habermas — qui permettent la mise en relation de partenaires non traditionnels et de statures différentes, appelés à échanger, à travailler ensemble, voire à négocier »¹⁵.

Les pages suivantes analysent la manière avec laquelle ces espaces configurent, dans la continuité des politiques économiques du Groupe, les rôles socio-économiques des femmes et des hommes. Il s'agit de démontrer, en écho à Hilary Charlesworth, que la « stratégie du “*gender mainstreaming*” a exploité la notion de genre de manière très limitée, permettant ainsi au courant (*mainstream*) de dompter et de dé-radicaliser les demandes relatives à l'égalité. L'utilisation du “*gender mainstreaming*” en tant que stratégie de réforme [et, en l'espèce, d'*accountability*] a rendu les problèmes d'inégalités entre hommes et femmes plus difficiles à identifier et donc à traiter »¹⁶. Pis encore, les enjeux sexospécifiques sont emportés dans le flot infernal du capitalisme, et les stratégies « *smart economics* »¹⁷ en portent témoignage. Assurément, le Groupe met en scène son *accountability* par deux procédures qui, dans les faits, neutralisent la notion de genre en l'invisibilisant ou en l'assimilant exclusivement aux femmes (I). L'espace ainsi créé n'est pas à même de pleinement traduire la différence sexuelle en ce qu'il tend à effacer le

¹² H. CHARLESWORTH, « “Se fondre dans le courant dominant, plutôt que de prendre le risque de se marginaliser” : *Gender Mainstreaming* et droits humains au sein des Nations Unies », in H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, Doctrine(s), 2013, p. 307.

¹³ CAO, *Politique relative au Mécanisme indépendant de redevabilité d'IFC et de la MIGA*, 2021, p. 5.

¹⁴ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Les panels d'inspection », in SFDI (dir.), *Droit international et développement*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 2015, p. 112. Dans une perspective de bonne gouvernance, les procédures ouvertes aux tiers s'ajoutent au *Group Internal Audit*, à l'*Independent Evaluation Group* et à l'*Integrity Vice Presidency*. Cet arsenal assure une surveillance indépendante de l'action interne et externe du Groupe de la Banque mondiale.

¹⁵ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, 2001, vol. 105, n°1, p. 146.

¹⁶ H. CHARLESWORTH, « “Se fondre dans le courant dominant, plutôt que de prendre le risque de se marginaliser” : *Gender Mainstreaming* et droits humains au sein des Nations Unies », *op. cit.*, p. 306.

¹⁷ Cette expression désigne l'idée que l'égalité des genres fait partie du développement économique et, *a contrario*, que l'inégalité en est un frein. N. LOAYZA, T. TRUMBIC, « Gender Equality is Smart Economics. Yet, Its Progress Remains Slow », *World Bank Blogs*, 1^{er} mars 2022, en ligne : <https://blogs.worldbank.org/en/developmenttalk/gender-equality-smart-economics-yet-its-progress-remains-slow> (Consulté le 24 février 2026).

rôle structurel du Groupe dans la (re)production des asymétries qu'il prétend encadrer (II).

I. La double scène de l'*accountability* et la neutralisation du genre

Le Groupe de la Banque mondiale met à la disposition des personnes tierces deux procédés d'*accountability*. Le Mécanisme de responsabilisation de la Banque mondiale, administré par le Panel d'inspection créé en 1993 et le Service de règlement des différends (SRD) établi en 2020, est ouvert aux personnes et collectivités ayant subi ou étant susceptibles de subir un préjudice social ou environnemental en raison d'un projet financé par la BIRD ou l'PAID¹⁸. Le Mécanisme indépendant de redevabilité de la SFI et de l'AMGI, assuré depuis 1999 par le Bureau du Conseiller-médiateur pour la conformité (*The Office of the Compliance Advisor Ombudsman*, « CAO »), poursuit une finalité analogue. Chacun des organes de contrôle agit indépendamment des directions générales du Groupe et rend compte aux Conseils des Administrateurs¹⁹.

Lorsqu'une plainte est déposée auprès du mécanisme, le Panel d'inspection ou le CAO en examine la recevabilité puis évalue avec les parties, c'est-à-dire les plaignants et le bénéficiaire de l'assistance financière, les griefs²⁰. Le différend est délimité et les parties se voient offrir la possibilité d'engager un processus de résolution du litige à l'amiable ou d'entamer une enquête de vérification de la conformité du projet litigieux vis-à-vis des standards de performance. Durant la procédure de règlement des différends — qui est une médiation —, le SRD ou le CAO proposent « aux Parties un cadre extrajudiciaire, non contradictoire et neutre, leur permettant de trouver des solutions mutuellement satisfaisantes aux problèmes soulevés dans la plainte et à toute autre question importante relevée durant l'évaluation »²¹. Le personnel des mécanismes ainsi que des médiateurs extérieurs dirigent le dialogue afin de conduire les parties à un accord. Une fois celui-ci conclu, l'organe de contrôle assure le suivi de son exécution. Le dossier est alors clos. Toutefois, si d'emblée une partie rejette le règlement à l'amiable, qu'elle se retire du processus en cours de route ou qu'aucun accord n'est trouvé durant le temps imparti, le Panel d'inspection ou le CAO enclenche la phase de vérification de la conformité. Une enquête est menée pour déterminer l'existence d'un préjudice réel ou potentiel, le défaut de mise en œuvre des standards par l'organisation internationale et le lien de causalité entre les deux. Une fois les trois éléments réunis, le Panel d'inspection ou le CAO formule des recommandations aux organisations pour remédier au préjudice et éviter de futurs manquements. L'exécution du document final

¹⁸ BANQUE MONDIALE, *Accountability Mechanism Operating Procedures*, 2023, p. 3.

¹⁹ *Ibid.* ; CAO, *Politique relative au Mécanisme indépendant de redevabilité d'IFC et de la MIGA*, *op. cit.*, p. 8. On note une contradiction entre la nature et les missions des organes de contrôle : d'un côté, ils soutiennent l'action des organisations pour améliorer les résultats sociaux et environnementaux de leurs projets ; de l'autre, ils apportent un regard indépendant et impartial. Une contradiction d'autant plus problématique qu'elle structure les procédures d'*accountability*. A. JAMET, *Les organes de contrôle des organisations internationales ouverts aux personnes privées tierces. Recherche sur le concept d'*accountability**, Thèse de doctorat, Université Paris-Saclay, 2024, para. 274-276.

²⁰ Il arrive qu'une plainte porte sur un projet conjointement financé par la Banque mondiale et la SFI et/ou l'AMGI, impliquant donc la compétence concurrente et du Panel d'inspection et du CAO. Il est, dans ce cas, prévu que les deux organes collaborent étroitement. BANQUE MONDIALE, *Accountability Mechanism Operating Procedures*, *op. cit.*, p. 7. Il se peut aussi qu'un projet soit financé par le Groupe et une banque régionale de développement. Les organes de contrôle peuvent conclure des mémorandums d'accord pour consolider leur coopération. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Les panels d'inspection », *op. cit.*, pp. 115-116.

²¹ CAO, *Politique relative au Mécanisme indépendant de redevabilité d'IFC et de la MIGA*, *op. cit.*, p. 32.

est supervisée par le CAO, d'un côté, et par la Direction de la Banque mondiale, de l'autre. Quelle que soit la voie empruntée, le document adopté doit être approuvé par le Conseil des Administrateurs de l'organisation en cause afin de produire des effets.

Il en ressort une double scène de l'*accountability*. Le règlement des différends se focalise sur le rapprochement des plaignants et de l'emprunteur en mettant à l'écart les organisations internationales²², tandis que l'évaluation de la conformité place lesdites organisations au cœur du processus. De même, le rôle du droit diffère : absents du règlement des différends, les standards de performance sont un référentiel contraignant lors de l'évaluation de la conformité. Or, cette différence de nature et d'objectif n'est pas sans effet sur le traitement des plaintes et la considération des problématiques sexospécifiques. Lors de la médiation, les revendications des individus peuvent aisément être remodelées au fil des discussions, à la merci des rapports de force entre les parties et les médiateurs, sans pour autant être qualifiées juridiquement. Cela élude la prise en compte des rapports de genre pour les diluer dans des considérations plus générales. Ceci est d'autant plus grave que l'accès même aux mécanismes, la formulation des griefs et la conduite de la médiation sont traversés par des rapports sociaux qui influencent la visibilité des préjudices et la légitimation de certaines souffrances. Ici, le règlement des différends manque l'opportunité de corriger des déséquilibres préexistants.

Les affaires relatives aux établissements de microcrédit au Cambodge sont un exemple marquant d'invisibilisation de la différence sexuelle. Depuis le début des années 1990, ces institutions, souvent des créations européennes et nord-américaines, fleurissent pour réduire la pauvreté et participer à la reconstruction du pays²³. La SFI participe à leur développement et investit dans de nombreuses entités (banques, organisations à but non lucratif) qui accordent des prêts aux personnes ne remplissant pas les critères d'emprunt des banques traditionnelles. Le vaste marché microfinancier devient rapidement fructueux pour certains et cauchemardesque pour d'autres. En effet, depuis 2019, le Cambodge connaît la plus forte dette microfinancière par emprunteur au monde²⁴. Cette situation révèle une crise à dimension sexuée : alors que les femmes représentent environ 80% des bénéficiaires du microcrédit à l'échelle mondiale, leur proportion au Cambodge oscille entre 52 et 64%²⁵. L'endettement, pourtant promu comme moyen d'*empowerment* par les stratégies de *gender mainstreaming* et *smart economics*, plonge les femmes dans un appauvrissement qui leur est propre²⁶. Cela

²² Le CAO précise que « s'il en est besoin et que les Parties y consentent, le CAO peut inviter IFC ou la MIGA à participer au processus de règlement d'un différend. IFC ou la MIGA envisagera sa participation au cas par cas ». *Ibid.*, p. 34.

²³ HUMAN RIGHTS WATCH, *Debt Traps: Predatory Microfinance Loans and Exploitation of Cambodia's Indigenous People*, 2025, pp. 23 et s.

²⁴ *Ibid.*, p. 1.

²⁵ K. BRICKELL et al., « Compounding Crises of Social Reproduction: Microfinance, Over-indebtedness and the COVID-19 Pandemic », *World Development*, 2020, vol. 136, n°105087, pp. 2-3 ; Y. MALAI, « Women Lead in Debt Segment in Cambodia, Loan Value Unknown », *Kiripost*, 24 mars 2025, en ligne : <https://kiripost.com/stories/women-lead-in-debt-segment-in-cambodia-loan-value-unknown> (Consulté le 24 février 2026).

²⁶ À ce propos, v. C. BRUNEAU, C. VANDEN DAELEN, *Nos vies valent plus que leurs crédits. Face aux dettes, des réponses féministes*, Paris, Le Passager clandestin, 2022 ; D. COMANNE, « Quelle vision du développement pour les féministes », *Les Possibles*, 2020, n°24, en ligne : <https://france.attac.org/nos-publications/les-possibles/numero-24-ete-2020/debats/article/quelle-vision-du-developpement-pour-les-feministes> (Consulté le 24 février 2026).

a donné lieu à treize affaires devant le CAO, dont onze sont encore ouvertes. La grande majorité d'entre elles sont réglées par la médiation. Les plaintes, déposées aussi bien par des hommes que par des femmes, suivent un schéma commun dans lequel, d'un côté, les emprunteurs peinent à rembourser leurs dettes, celles-ci causant une diminution de leurs moyens de subsistance ainsi que des répercussions négatives sur le bien-être de leur famille, et, de l'autre, les créanciers sont accusés de pratiques prédatrices, consistant à accorder les prêts à des taux d'intérêt bien supérieurs à ceux des banques traditionnelles sans en expliquer les risques associés, à utiliser des titres de propriété en guise de sûreté et à menacer et intimider les débiteurs en cas de retard de remboursement.

Il est frappant d'observer le traitement standardisé des cas : malgré la différence de sexe des demandeurs, le préjudice reçoit la même qualification — certains passages semblent même être recopiés tels quels d'un rapport à un autre. Pourtant, de nombreuses enquêtes d'universitaires, d'organisations non gouvernementales et de journalistes font part d'impacts différenciés de la microfinance sur les hommes et les femmes au Cambodge²⁷. Elles soulignent que ceux-ci n'ont pas le même accès au microcrédit, que leurs usages divergent, et que le poids de la dette ne pèse pas sur eux avec la même intensité. De surcroît, les établissements financiers interagissent différemment selon que l'emprunteur soit une femme ou un homme. Or, rien dans les documents du CAO ne laisse apparaître cette réalité alors que l'organe de contrôle dispose d'outils allant en ce sens. En effet, une *Guidance Note on Gender-Inclusive Dispute Resolution* incite les médiateurs à opter pour des analyses sexospécifiques afin d'éclairer les ressorts profonds du litige, d'en saisir les répercussions sur l'ensemble des parties et de comprendre comment chacune se trouve façonnée par les rapports de force qui s'y nouent. Ils doivent aussi veiller à ce que les solutions apportées en tiennent compte²⁸. En l'espèce, la médiation neutralise la différence sexuelle et transforme une crise genrée en simple dysfonctionnement contractuel, sous peine d'en reconduire les asymétries.

Par ailleurs, lorsque la procédure bascule vers la vérification de la conformité, le traitement juridique des enjeux sexospécifiques ne gagne guère en précision. Les standards de performance appellent, en apparence, à une étude différenciée des impacts selon le genre mais cèdent au travers, ô combien fréquent, consistant à assimiler le genre aux seules femmes²⁹. Mais voilà que l'on glisse d'un discours monosexué à un autre, du neutre universel — masculin dissimulé — au genre englobant — féminin à son tour travesti. « Cette conception étroite [...] exige que les femmes changent, et non les hommes. De manière plus significative, l'association prédominante du terme "genre" à celui de "femme" revient à ce que le rôle des hommes et celui des identités du genre

²⁷ À ce propos, v. HUMAN RIGHTS WATCH, *Debt Traps: Predatory Microfinance Loans and Exploitation of Cambodia's Indigenous People*, *op. cit.* ; A. BEDAN, « Entrepreneurial Women in a Saturated Marketplace: How Gendered Power Shapes Experiences of Debt in Rural Cambodia », *Journal of Contemporary Asia*, 2025, vol. 55, n°1, pp. 28-49 ; S. SAMRETH, D. AIBA (ed.), *Microfinance in Cambodia. Development, Role, and Prospects*, Londres, Routledge, 2026 ; DW DOCUMENTARY, « Cambodia - How Microcredit is Making the World's Poor Even Poorer », 16 janvier 2025, en ligne : https://www.youtube.com/watch?v=G-VOjZA_Rz0 (Consulté le 24 février 2026).

²⁸ CAO, *Guidance Note on Gender-Inclusive Dispute Resolution*, 2019, pp. 5-7.

²⁹ Dans sa *Note de bonnes pratiques* sur le genre, la Banque mondiale répond à la question : « *How does the [Environmental and Social Framework] address risks and impacts associated with Gender?* » en citant les standards faisant mention du mot « femmes », mis en gras dans le texte. BANQUE MONDIALE, *Gender*, *op. cit.*, pp. 8-10.

masculin ne soient jamais examinés, comme s'ils étaient quelque part naturels et immuables. »³⁰

Le traitement des violences liées au sexe par le Panel d'inspection de la Banque mondiale illustre bien la neutralisation des thématiques sexospécifiques mais signale, par la même occasion, la possibilité d'une reconnaissance progressive. Dans un document de 2020, le Panel revient sur les cas où il occulte le genre, alors même que les plaintes et ses propres enquêtes le mettent en avant. Dans une affaire de 2001 relative à un projet d'oléoduc au Tchad, l'organe de contrôle constate que l'afflux de travailleurs engendré par la construction de l'ouvrage augmente les risques d'infections sexuellement transmissibles. Pour autant, il ne juge pas pertinent de lier cela aux inégalités de genre et aux risques encourus par les femmes et les filles dans la région. Par conséquent, il conseille à la Direction de la Banque de recueillir les données sur la santé des populations visées, sans toutefois mentionner les violences sexistes et sexuelles ni souligner l'importance de données ventilées par sexe pour mener une évaluation adéquate³¹. Une affaire de 2016 relative à un projet de développement du secteur du transport en Ouganda marque, à bien des égards, un tournant. En l'espèce, pour des faits relativement proches de ceux du précédent cas, le Panel trace explicitement le lien entre les préjudices constatés (harcèlement, agressions sexuelles, etc.) et le sexe des plaignants. Il utilise sa liberté d'interprétation du droit pour proposer d'introduire la protection contre ces violences dans le *Cadre environnemental et social* de la Banque mondiale, jusque-là cantonné aux conséquences purement économiques³². Il fait, en outre, un usage moins restrictif de la notion de genre en identifiant les victimes parmi les femmes, les filles et les garçons³³. L'organe de contrôle conclut à l'inconformité de l'organisation internationale à ses propres standards, entraînant une série d'actions. Tout d'abord, la Banque accepte la nouvelle interprétation, annule les décaissements de fonds destinés au projet et soutient plusieurs initiatives locales venant en aide aux victimes. En 2020, elle introduit également une clause contractuelle, loin d'être parfaite³⁴, lui permettant d'écarter tout sous-traitant ne respectant pas ses standards de prévention d'abus et d'exploitation sexuels³⁵. Le Panel d'inspection, à son tour, tire les leçons de cette affaire puisqu'il travaille désormais avec des experts en matière de genre et de violences sexistes lors de la phase d'enquête. L'impact de l'affaire ougandaise est, néanmoins, à tempérer dans la mesure où il se limite à l'évaluation de la conformité par le Panel sans s'étendre aux procédures devant le SRD et le CAO.

³⁰ H. CHARLESWORTH, « “Se fondre dans le courant dominant, plutôt que de prendre le risque de se marginaliser” : *Gender Mainstreaming* et droits humains au sein des Nations Unies », *op. cit.*, p. 324.

³¹ PANEL D'INSPECTION, *Insights of the World Bank Inspection Panel: Responding to Project Gender-Based Violence Complaints Through an Independent Accountability Mechanism*, Emerging Lessons Series n°6, 2020, p. 14.

³² A. JAMET, *Les organes de contrôle des organisations internationales ouverts aux personnes privées tierces. Recherche sur le concept d'accountability*, *op. cit.*, para. 397 et 430.

³³ PANEL D'INSPECTION, *Insights of the World Bank Inspection Panel*, *op. cit.*, pp. 18-20.

³⁴ Le champ d'application de la clause est restreint puisqu'elle ne concerne que les projets présentant un « haut risque » d'exploitation et d'abus sexuels — cette qualification étant à la discrétion de la Banque. De même, la procédure d'exclusion n'est pas rendue publique ; il n'existe pas de liste d'entreprises inéligibles comme c'est le cas en matière de corruption. De manière générale, il est regrettable qu'une telle possibilité se limite aux contrats conclus par la Banque mondiale et non par toutes les institutions du Groupe. BANQUE MONDIALE, « Prévention des violences sexistes : la Banque mondiale adopte une clause d'exclusion des sous-traitants », Communiqué de presse n° 2021/066/OPCS, 24 novembre 2020.

³⁵ Pour une liste complète des actions entreprises à la suite de l'affaire de 2016, v. PANEL D'INSPECTION, *Insights of the World Bank Inspection Panel*, *op. cit.*, pp. 39-41.

Ainsi, les mécanismes du Groupe admettent le genre, *i.e.* les femmes, comme catégorie d'analyse pertinente mais en empêche le traitement critique par des procédures orientées vers la gestion des risques et la préservation de la viabilité des projets. Dit simplement, le genre apparaît comme une variable d'impact à maîtriser plutôt qu'un rapport de pouvoir à transformer.

II. L'espace de l'*accountability* et l'intraduisible différence

L'analyse de la procédure serait incomplète si elle n'interrogeait pas l'ancrage des mécanismes visés, à savoir l'*accountability*. Cette notion est-elle à même de saisir la différence sexuelle ? Au vu de sa définition et des principes qui la sous-tendent, elle ne semble pas constituer l'espace public de travail et d'échange décrit par Laurence Boisson de Chazournes³⁶.

Communément, l'*accountability* repose sur « un ensemble de standards au regard desquels une entité doit rendre des comptes », « un mécanisme capable de mettre en relation, d'une part, l'entité *accountable* et, d'autre part, celui qui est éligible à demander des comptes » et « la capacité du mécanisme à sanctionner le non-respect des standards pertinents par l'entité *accountable* »³⁷. Si l'évaluation de la conformité répond à ces trois piliers, la médiation y échappe entièrement. Premièrement, les standards permettent seulement de juger de la recevabilité d'une plainte ; ils ne sont pas utilisés durant la médiation. Deuxièmement, l'organisation *accountable* est au mieux observatrice sinon absente. Troisièmement, les solutions convenues valent pour les plaignants et l'emprunteur, elles ne sanctionnent pas l'inconformité de l'organisation *accountable*. Il s'agit là d'une altération de l'*accountability* puisque l'institution *ne rend plus compte* de son action ; l'emprunteur en porte la charge. Elle n'en est que plus préoccupante dès lors que le contrôle de conformité est devenu, au fil du temps, subsidiaire au profit de la médiation. Au sein de la Banque mondiale, la double scène décrite ultérieurement est augmentée d'un Service de règlement des plaintes, établi en 2015, qui fait office de procédure administrative permettant aux personnes tierces de transmettre leur requête directement auprès de la Direction de la Banque, tout en se fondant sur la même base matérielle. Il concurrence rudement le Mécanisme de responsabilisation. En 2024, ce dernier enregistre quatre demandes contre cent quatre-vingts pour le Service de règlement des plaintes (sur un total de sept cent vingt-trois requêtes reçues)³⁸.

Cette altération met en lumière une première limite d'ordre fonctionnel : des voies non contradictoires qui marginalisent le droit et privilégient des solutions négociées ne sauraient être des actions satisfaisantes face à des atteintes d'ordre civil et pénal. Le Panel d'inspection précise, à juste titre, que les mécanismes d'*accountability* « *are*

³⁶ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *op. cit.*, p. 146.

³⁷ L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, « La responsabilité des organisations internationales dans tous ses états », in L. DUBIN, M.C. RUNAVOT (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Paris, Pedone, 2014, p. 234.

³⁸ PANEL D'INSPECTION, *FY 2024 Annual Report*, 2025, p. 10 ; BANQUE MONDIALE, *Grievance Redress Service: Annual Report FY 2024*, 2025, p. 6. Il faut néanmoins tempérer ces chiffres : la capacité du Service de règlement des plaintes à résoudre des affaires complexes et sensibles est limitée. J. BROSSEAU, « How the World Bank's Dispute Resolution Services Should Benefit Affected Persons and Borrower States », in C. VOIGT, C. FOSTER (ed.), *International Courts versus Non-Compliance Mechanisms. Comparative Advantages in Strengthening Treaty Implementation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, p. 198.

no substitutes for courts of law, when project-related harm occurs [they] may provide some form of additional accountability for [gender-based-violence] victims/survivors to seek redress from [international financial institutions] »³⁹. Néanmoins, l'*accountability* se situe, malgré elle, entre des recours nationaux insuffisants⁴⁰ et des organisations internationales protégées par leur immunité de juridiction⁴¹. En l'absence de juridictions internationales accessibles aux individus, elle tire sa légitimité de cette position intermédiaire et dispose d'une plus-value réelle au regard des limites du droit de la responsabilité⁴². Les mécanismes du Groupe ne semblent pas suffisamment considérer cette plus-value. Prendre une problématique au sérieux, c'est la soumettre à une exigence infatigable — ce que négligent les médiateurs du CAO, par exemple, lorsqu'ils rencontrent, dans le cadre des plaintes cambodgiennes, les banquiers, sur leur lieu de travail, autour d'ateliers de *capacity-building* pour discuter et, à en croire les photographies du rapport final, s'adonner à l'origami⁴³. Il est, dès lors, difficile de croire que ces dispositifs *tiennent compte* du public affecté tant le cynisme d'une telle représentation contraste avec la gravité des atteintes en cause.

Dans cet espace où la résolution à l'amiable domine, l'*accountability* est propice à *déresponsabiliser* les organisations internationales face aux impacts sexospécifiques de leurs financements. Le retrait de l'entité *accountable* de l'espace de dialogue efface la structure à l'origine de l'atteinte. La médiation réussit la prouesse d'identifier un préjudice généré en l'arrachant à une partie de ses causes, comme s'il s'engendrait hors des déséquilibres systémiques. De la sorte, l'*accountability* vise la restauration de relations fonctionnelles entre les parties plutôt que l'identification de torts structurels. Elle peine à traduire la différence sexuelle telle qu'elle est façonnée par la vision du développement, porteuse d'inégalités et de dépendance, promue par les institutions de Bretton Woods. Par-delà les contradictions procédurales déjà mentionnées, cela soulève une seconde limite, d'ordre ontologique cette fois, quant à la capacité de l'organe de contrôle d'exercer un examen critique sur l'action du Groupe. Mais est-ce trop lui en demander ? Après tout, chaque organe est limité par les pouvoirs que lui confère l'organisation internationale. « À aucun moment, les personnes privées ne peuvent substituer leur intérêt à celui que les États ont assigné à l'organisation en lui fixant sa fonction. [...] Le rôle de la procédure de contrôle n'est pas de porter un regard sur la politique de la Banque mondiale. Cette appréciation relève de la compétence des organes politiques de l'organisation, essentiellement du contrôle exercé par les États

³⁹ PANEL D'INSPECTION, *Insights of the World Bank Inspection Panel*, *op. cit.*, p. 47. En ce sens, la Direction de la Banque avait d'abord estimé que les faits reprochés dans l'affaire de 2016 étaient des « *criminal issues to be dealt with by the courts in Uganda* ». *Ibid.*, p. 18.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 47-48. Dans l'affaire de 2016, les juridictions ougandaises prononcèrent la culpabilité d'une seule personne puis rejetèrent six plaintes pour manque de preuve — la majorité des victimes s'en étant directement remise au Mécanisme de responsabilisation.

⁴¹ Par sa décision *Jam v. International Financial Corp.* (2019), la Cour suprême états-unienne met fin à l'immunité de juridiction absolue des organisations internationales pour leurs actes *jure gestionis*. À ce propos, v. M. HARRISON, S. MARCOUX, « Legal Risk and Accountability in Development Finance: Lessons from *Jam v. International Finance Corporation* », *Perspectives*, 2024, n°28.

⁴² L. DUBIN, M.C. RUNAVOT, « Représentativité, efficacité, légitimité : des organisations internationales en crise ? », in E. LAGRANGE, J.M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, p. 102.

⁴³ CAO, *Regarding the Ninth Complaint Received in Relation to IFC's Investment in the Microfinance Enhancement Facility (MEF) (IFC Project #27827) in Cambodia*, Dispute resolution conclusion report, 8 décembre 2025, p. 5.

membres à travers le Conseil des Gouverneurs et le Conseil des Administrateurs »⁴⁴. Il s'agit, en réalité, de confronter le Groupe à sa propre ambition, celle d'instituer un régime de l'*accountability* apte à faire face aux préjudices sexospécifiques causés par son action. Elle est, au regard de ce qui précède, vouée à l'échec. Si l'espace de l'*accountability* est public, il est, suivant la définition de Jürgen Habermas⁴⁵, radicalement bourgeois en ce qu'il présuppose des sujets capables de se constituer en interlocuteurs abstraits, détachés de leurs conditions matérielles d'existence, là où les rapports sociaux de sexe assignent précisément des positions inégales d'accès à la parole, à la crédibilité et à la reconnaissance.

En somme, le genre, tel qu'il est interprété par les mécanismes du Groupe de la Banque mondiale, ne laisse pas advenir la différence, c'est-à-dire une relation entre deux unités fondées sur leur distinction. L'*accountability* donne à voir des procédures qui présupposent des préjudices isolables, là où les inégalités de sexe s'inscrivent dans des configurations qui excèdent ces cadres. Il n'est, en ce sens, pas étonnant que le Groupe promeuve un développement « résilient » dans sa stratégie en matière de genre (2024-2030). Le concept néolibéral de résilience appelle les individus à s'adapter aux chocs sans questionner les institutions et les structures qui les produisent⁴⁶ ; et l'*accountability* prolonge, à bien des égards, cette rationalité. Il en découle une représentation du genre où les rôles sont distribués : aux femmes la charge d'incarner la vulnérabilité à compenser et la résilience à renforcer⁴⁷ ; aux hommes la position, rarement interrogée, d'acteurs économiques et de détenteurs ordinaires du pouvoir décisionnel. Se rejoue une économie symbolique où le masculin gouverne et le féminin s'adapte — où l'un administre le risque et l'autre l'incarne.

⁴⁴ A. JAMET, *Les organes de contrôle des organisations internationales ouverts aux personnes privées tierces. Recherche sur le concept d'accountability*, *op. cit.*, para. 401.

⁴⁵ J. HABERMAS, *L'Espace public. Archéologie de la Publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1978.

⁴⁶ W. STREECK, *How Will Capitalism End? Essays on a Failing System*, Londres, Verso, 2016, p. 41.

⁴⁷ « Nous nous initions peu ensemble à notre devenir femme. Éventuellement nous parlons de nos maternités ou de nos mères. De nos besoins et désirs sexuels de femmes quasiment jamais. Si nous le faisons, nous en restons souvent au récit de souffrances, de dommages subis. Nous échangeons des bribes de jeux déjà joués. Nous inventons rarement de nouveaux jeux, *nos* jeux. » L. IRIGARAY, « Sur l'éthique de la différence sexuelle », *op. cit.*, pp. 118-119.

Discrimination intersectionnelle et la nouvelle directive sur l'égalité des rémunérations : quels défis pour le genre ?

Par Marie MERCAT-BRUNS,
Professeure de droit privé et sciences criminelles,
École de droit de SciencesPo.

À la différence de la question de l'égalité des sexes¹, l'Union européenne, à travers ses normes et leur interprétation, n'a jamais été initialement très novatrice dans ses réflexions sur la discrimination fondée sur l'identité de genre², l'assimilant à la discrimination fondée sur le sexe³. Pourtant certaines évolutions sont perceptibles dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), grâce à l'application de normes comme le RGPD⁴ et récemment la directive sur le renforcement de l'égalité salariale et la transparence salariale qui introduit pour la première fois la définition de la discrimination intersectionnelle⁵.

Il est important de comprendre le concept « d'intersectionnalité »⁶ pour pouvoir l'évoquer ensuite en rapport avec la directive. Cette notion développée en 1989 par la professeure de droit américaine Kimberlé Crenshaw, à l'origine du terme, est souvent citée comme utile pour exposer le défi constitué par la combinaison de désavantages liés à des discriminations confluentes (sexe, origine, vulnérabilité économique) que subissent certains groupes, associés à des stéréotypes uniques (à l'instar de ceux associés aux « femmes noires ») et la difficulté subséquente de prouver la discrimination singulière que ces biais spécifiques produisent⁷. En effet, prenons la question d'une discrimination salariale, objet de la directive : si une salariée d'origine étrangère tente de produire des éléments de fait laissant supposer une discrimination, elle devra surmonter la difficulté technique supplémentaire de démontrer la situation unique de discrimination dans laquelle elle se trouve⁸. En effet, dans la même entreprise,

¹ M. MERCAT-BRUNS, *Droit de la non-discrimination : de l'égalité à l'inclusion*, Société de législation comparée 2024.

² Notamment la suppression de la mention du sexe, V. B. MORON-PUECH, « Suppression de la « mention du sexe » ou ajout du « sexe neutre » sur les cartes d'identité et les passeports ? Regards comparés », in O. BUI-XUAN (Dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, IFJD Lextenso, LGDJ, p. 55.

³ CJCE, 30 avril 1996. *P contre S et Cornwall County Council*, C-13/94; RDT 2025, p. 180 ; la Cour européenne est frileuse aussi, CEDH 31 janv. 2023, n°76888/17, *Y. c/ France*, D. 2023. 400, point de vue B. MORON-PUECH.

⁴ CJUE, 9 janvier 2025, *Mousse*, C-394/23, M. MERCAT-BRUNS, La discrimination fondée sur l'identité de genre en droit social : la non-binarité, les discriminations algorithmiques et les actions inclusives à partir de l'arrêt CJUE *Mousse* RDT 2025, p. 180.

⁵ V. art. 3. 2. (e) de la directive (UE) 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit.

⁶ K. CRENSHAW (dir.), *Critical Race Theory : The Key writings that formed the movement*, New Press, 1995.

⁷ Dans son article phare, CRENSHAW fait référence à trois arrêts : *DeGraffenreid c. General Motors*, 413 F Supp 142 (E D Mo 1976), *Moore c. Hughes Helicopter, Inc* 708 F2d 475 (9th Cir 1983) et *Payne c. Trevenol*, 673 F2d 798 (5th Cir 1982). V. K. CRENSHAW, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination, Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, *op. cit.* p. 140.

⁸ Sur la charge de la preuve, V. Art. L 1134-1 Code du travail : « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de

l'employeur peut justifier le moindre salaire en montrant que d'autres salariées du même niveau ne font pas l'objet de discrimination salariale mais elles sont d'origine européenne. En outre, d'autres salariés d'origine étrangère du même niveau ne subissent pas non plus de discriminations mais ce sont des hommes. La situation unique de la salariée d'origine étrangère ne lui permet pas de trouver le bon comparateur pour faire émerger la présomption de discrimination⁹.

En effet, initialement Crenshaw a dévoilé cette limite du droit de la non-discrimination qui fonctionne à partir de l'identification d'une différence de traitement liée forcément à un seul critère prohibé : « La logique du droit de la non-discrimination s'articule sur un cadrage des discriminations selon un axe unique (autrement dit un critère prohibé) qui efface les femmes noires de la conceptualisation, l'identification, la réparation à la fois de la discrimination raciale et celle fondée sur le sexe, en focalisant sur les seules expériences des membres les plus privilégiés du groupe protégé »¹⁰. Cette grille d'analyse est utile pour réfléchir aux travailleuses migrantes, âgées ou en situation de handicap qui se trouvent dans des situations d'emploi précaire souvent ignorées dans le contentieux des inégalités au travail. Cela n'exclut pas forcément des minorités LGBTQ+ comme le précise la directive elle-même¹¹. En effet, le droit de la non-discrimination est plus souvent mis en œuvre en France dans le cas de discrimination fondée sur l'origine, au profit de catégories socio-professionnelles plus élevées¹² ou profite aux femmes d'origine étrangère d'un niveau de qualification plus élevé à l'instar de certains arrêts européens¹³.

Crenshaw précise donc que l'application univoque du droit de la non-discrimination visant un groupe perçu comme homogène affecte à la fois le processus de qualification de la discrimination (« concept » et « identification » de discrimination directe ou indirecte liée à un critère) mais aussi la réparation, c'est-à-dire les modes d'indemnisation du préjudice lié à la discrimination qui ne tiennent pas compte de l'appréciation des effets parfois amplifiés des discriminations dès lors que les désavantages subis sont combinés. En effet, la nature spécifique des préjudices matériels et moraux en cas de discrimination intersectionnelle est impensée. Autrement

formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

⁹ M. MERCAT-BRUNS, « La discrimination intersectionnelle et sa critique : quel intérêt ? », *RDT*, 2022, p. 289 ; même si nous verrons que la Cour de cassation a assoupli le régime de la preuve de la discrimination en matière de comparateur, V. *infra*.

¹⁰ K. CRENSHAW, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 140.

¹¹ V. § 5 du Préambule de la directive, précité : « La Cour de justice de l'Union européenne [...] a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'il vise à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe ».

¹² V. l'affaire Airbus qui concernait des salariés en intérim non repris en CDI alors qu'ils avaient les qualifications déduction faite d'un panel de comparaison lié aux patronymes à consonance étrangère qui n'étaient pas repris par rapport à ceux recrutés en CDI aux patronymes majoritairement d'origine française, Cass. Soc 15 décembre 2011, 10-15.873.

¹³ CJUE 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10, affaire qui concernait une femme ingénieure d'origine russe postulant à un emploi en Allemagne et candidate qualifiée, écartée sans vouloir expliquer le motif.

dit, le sexisme mêlé au racisme ne conduit pas à un cumul des effets des deux biais sur les personnes mais suppose une évaluation des effets dévastateurs des stéréotypes plus complexes spécifiquement créés liés à la perception globale des travailleuses migrantes, par exemple, comme travailleuses domestiques, agents de nettoyage, commis de cuisine, auxiliaires de vie ou aides-soignantes et leur incidence sur leur rémunération qui est faible par rapport à d'autres catégories de travailleurs. C'est pour faire face à ces critiques des angles morts du droit de la non-discrimination que la directive européenne sur le renforcement de l'égalité et de la transparence salariale a voulu prendre en compte la discrimination intersectionnelle¹⁴.

Ce propos cherche, dans un premier temps, à apprécier la portée et les limites de la reconnaissance de la discrimination intersectionnelle dans cette directive au regard du genre et, dans un deuxième temps, envisage les défis de la mise en œuvre de cette directive à la lumière de ses ambitions plus structurelles qui s'efforcent de tenir compte aussi des désavantages combinés que subissent les travailleuses concernées.

I. Une reconnaissance formelle de la discrimination intersectionnelle : portée et limites

L'article 3 paragraphe 2, e) de la nouvelle directive est formel dans son souhait de reconnaître l'existence des discriminations intersectionnelles dans le cadre des discriminations salariales et par le constat de l'absence de transparence dans la structure des rémunérations qui peut être sexiste (mais aussi âgiste, validiste, raciste, homophobe...) en sous-estimant la valeur de certains emplois. Il faut expliquer dans quel état d'esprit plus pragmatique se situe globalement cette directive, son objectif d'effectivité et sa logique qui justifient l'introduction de la discrimination intersectionnelle (A) avant de se poser la question de sa transposition en droit français et des interrogations qui demeurent sur ses contours (B).

A. Objectif de renforcement de l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes et de transparence des rémunérations

Comme son nom l'indique, la directive s'inscrit avant tout dans la logique de « l'effet utile » des directives en matière d'égalité et part du constat d'une approche à partir du respect des droits humains inscrits dans le droit international (1) et de l'application croisée des directives antérieures sur les différentes formes de discriminations (2).

1. Le prisme de la directive reconnaissant l'accès à un salaire digne comme un principe international des droits humains quel que soit l'emploi ou le niveau de qualification

Le considérant 8 de la directive semble prévenir que ce renforcement de l'égalité salariale sert l'économie mais aussi la justice sociale au nom des droits humains. Ce considérant 8 cite un extrait de « l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui prévoit, entre autres, que toute personne a droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal, au libre choix de son travail, à des

¹⁴ K. CRENSHAW, « Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », *Harvard Law Rev.*, 1988, n° 101, p. 133.

conditions équitables et satisfaisantes de travail, à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant une existence conforme à la dignité humaine ».

Cette référence à la dignité humaine n'est pas anodine s'agissant du fondement de la lutte contre les discriminations intersectionnelles puisqu'elle rejoint l'idée qu'il existe parfois une atteinte excessive à la personne lorsque les discriminations touchent les travailleuses les plus vulnérables. En effet, un arrêt de la Cour de cassation a déjà fait état de « l'exploitation » d'une travailleuse à domicile capverdienne, responsable de la garde d'enfants pendant neuf ans, licenciée sans aucune indemnité, en raison de sa situation irrégulière. Sans faire référence à la discrimination intersectionnelle, la Cour démontre sa situation incomparable de désavantages : « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et Mme Y... de la qualité d'étrangère de Mme Z... en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la "salariée" la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la cour d'appel [...] en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée... »¹⁵.

Dans cette même logique d'incorporation du respect de la dignité au travail propre à la nouvelle directive le considérant 15 de la directive va encore plus loin et exprime également un objectif plus structurel de renforcer l'égalité femmes/hommes et la transparence salariale au plus bas de l'échelle. Le constat fait référence à la nécessité de déjouer des mécanismes plus systémiques du marché du travail qui maintiennent certaines salariées dans des emplois mal payés sans perspective de promotion entraînant une forte précarité financière : « l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes est dû à divers facteurs, tels que les stéréotypes sexistes, la perpétuation du “plafond de verre” et du “plancher collant”, la ségrégation horizontale, y compris la surreprésentation des femmes dans les emplois de services faiblement rémunérés, et le partage inégal des responsabilités familiales. En outre, l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes est en partie dû à la discrimination, directe et indirecte, en matière de rémunération fondée sur le sexe. Tous ces éléments constituent des obstacles structurels qui représentent des défis complexes pour parvenir à des emplois de qualité et à l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur et ils ont des conséquences à long terme telles que des écarts en matière de pensions de retraite et une féminisation de la pauvreté ».

2. Constat de l'application croisée des directives antérieures sur les différentes formes de discriminations

Le considérant 25 de la directive part d'un constat du champ d'application ambitieux de la lutte contre les discriminations professionnelles au niveau de l'Union européenne. Il fait donc référence non seulement à l'application nécessaire des objectifs de l'article 4 de la directive 2006/54/CE qui interdit les discriminations directes ou indirectes fondées sur le sexe en matière de rémunérations mais aussi plus généralement, à l'application de « l'article 10 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁵ Cass. Soc. 3 novembre 2011 n° 10-20.765.

Celui-ci dispose que dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». L'article 10 reconnaît ensuite que « les cas de discriminations en matière de rémunération fondées sur le sexe dans lesquels le sexe d'une victime joue un rôle crucial, peuvent prendre des formes multiples dans la pratique ». Ils peuvent comprendre un recoupement de différents axes de discrimination ou d'inégalité lorsque le travailleur appartient à un ou plusieurs groupes protégés contre la discrimination fondée sur le sexe, d'une part, et sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, tels qu'ils sont protégés en vertu de la directive 2000/43/CE ou 2000/78/CE du Conseil, d'autre part »¹⁶. Ainsi l'application des différentes directives sur les discriminations fondées sur différents critères (sexe, âge, origine, handicap...) implique nécessairement de comprendre que certaines discriminations plus complexes comme les discriminations intersectionnelles touchent des personnes au croisement du champ d'application de ces textes européens et permet d'en garantir leur effectivité de façon transversale. Comme la logique de la nouvelle directive est de garantir une meilleure application des directives s'agissant de la discrimination salariale, le fait de cibler des discriminations plus subtiles à la marge de plusieurs directives semble cohérent avec l'objectif de faire converger la portée de ces textes dans leur prise en compte du genre.

C'est dans ce cadre plus global du droit originaire des Traités européens et des autres directives relatives à la lutte contre les discriminations fondées sur les autres critères, autre que le sexe, que la directive sur l'égalité et la transparence salariale s'inscrit, réservant une attention particulière aux travailleuses les plus désavantagées, en reconnaissant les causes individuelles et structurelles de la discrimination intersectionnelle qui s'appliquent notamment au domaine des rémunérations. Cependant, la directive ne s'arrête pas là. Elle cherche à définir les contours précis de cette figure complexe de la discrimination intersectionnelle et invite les États membres à l'incorporer dans leurs normes internes, suscitant une série de questionnements sur les défis liés à cette transposition du concept et sa preuve au niveau individuel et collectif.

B. La définition formelle de la discrimination intersectionnelle au regard de sa transposition sur le plan individuel et collectif et sa conception du genre

La plus grande innovation de la directive sur le renforcement de l'application du principe d'égalité femmes-hommes et la transparence salariale réside dans sa reconnaissance formelle de la discrimination intersectionnelle dans l'article 3 paragraphe 2, e). Plusieurs directives avaient déjà mentionné dans leurs considérants l'existence possible de discriminations multiples liées au fait qu'une personne pouvait être sujette à un cumul de discriminations fondées sur différents critères¹⁷. La jurisprudence de la CJUE avait dévoilé que cette appréciation distincte par les juges de chaque occurrence de discriminations fondées sur différents critères subies par un

¹⁶ Considérant 25 de la directive égalité salariale précitée.

¹⁷ Directive 2000/43/CE (considérant 14) et directive 2000/78/CE (considérant 3) : « Dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté devrait, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, viser à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, d'autant plus que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ».

individu posait déjà des difficultés à surmonter par le cumul de preuves à apporter¹⁸. Cependant, aucune directive n'avait tenté d'envisager, ni de définir la discrimination intersectionnelle, celle qui suppose une combinaison de discriminations simultanément fondées sur plusieurs critères. Il est opportun de reprendre cette définition pour la comprendre (1) pour ensuite envisager les défis qu'elle pose sur le plan de son opérationnalité individuelle et collective lors de la transposition en France en juin 2026 (2).

1. La définition de la discrimination intersectionnelle et ses illustrations au regard du genre

Avant de définir la discrimination intersectionnelle, le considérant 25 en donne des exemples : « Les femmes handicapées, les femmes de race ou d'origine ethnique différente, y compris les femmes roms, et les femmes jeunes ou âgées font partie des groupes susceptibles d'être confrontés à une discrimination intersectionnelle ». On comprend d'emblée qu'en matière de discrimination intersectionnelle dans le traitement des rémunérations, le sexe est une des composantes mentionnées mais en lien uniquement avec les femmes, sans prendre en compte, de façon symétrique, la dimension intersectionnelle en partant des hommes (âgés, d'origine étrangère...). C'est une définition donc conforme à celle imaginée par Kimberlé Crenshaw qui s'intéresse aux femmes noires. On a déjà évoqué également le considérant 5 qui vise également le changement de sexe et donc l'identité de genre pourrait être soulevée comme un des exemples pris en compte, semble-t-il comme critère dans la qualification de la discrimination intersectionnelle. En effet, le traitement de la non-binarité d'un salarié d'origine étrangère ou en situation de handicap peut sans doute être compris dans cette hypothèse s'il s'agit d'un changement de sexe au sens large, rejet de l'assimilation des deux sexes qui entraînerait de ce fait une discrimination en raison du sexe.

S'agissant de la définition de la discrimination intersectionnelle à proprement parler : selon l'article 3, paragraphe 2, e), « la discrimination intersectionnelle est une discrimination fondée simultanément sur le sexe et sur un ou plusieurs autres motifs de discrimination prohibés au titre de la directive 2000/43/CE ou 2000/78/CE ». La définition demeure assez vague. Comment comprendre cette confluence, cette synergie entre les critères produisant la discrimination salariale ? Il est clair que c'est le caractère inextricable de la discrimination intersectionnelle qui est mis en avant : autrement dit, ce n'est pas une appréciation quantitative de la discrimination multiple qui est à l'œuvre comme dans l'arrêt *Parris*, mais plutôt une vision qualitative globale de la travailleuse faisant face à une discrimination salariale du fait d'une combinaison de désavantages associés à une vision biaisée et spécifique des femmes âgées, des femmes Roms, des femmes en situation de handicap en tant que telles. C'est l'interaction entre un critère prohibé (origine, âge...), avec le sexe ou le genre, la directive évoquant, on le verra, le sexisme, qui produit un désavantage particulier au niveau de la rémunération. La directive n'en dit pas beaucoup plus dans la définition. Il faut se tourner vers d'autres dispositions de la directive pour comprendre la réelle signification de cette notion au regard du genre et les difficultés d'interprétation sans texte en France que cela pourra

¹⁸ V. CJUE, 24 novembre 2016 *Parris contre Trinity College Dublin*, C-443/15 : la CJUE a écarté l'existence d'une discrimination fondée sur l'âge puis a écarté la qualification de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans une affaire concernant le refus d'accorder une pension de réversion à un membre d'un couple en union civile.

poser lors de la transposition de la notion de discrimination intersectionnelle dans l'Hexagone.

2. Les défis posés par la définition de la discrimination intersectionnelle sur le plan individuel et collectif lors de la transposition

Sur le plan individuel, il n'existe pas de référence à la discrimination intersectionnelle ni dans la loi de 2008¹⁹ sur les discriminations, ni dans l'article L. 1132-1 du Code du travail. C'est donc un premier défi que pose cette reconnaissance d'une notion qui pour l'instant devrait être prise en compte dans un projet de loi de transposition de la directive dans les mois à venir²⁰. De surcroît, compte tenu du nombre de critères prohibés de discrimination dans cet article du Code, on comprend que le critère de sexe pourrait se conjuguer avec plus de vingt-cinq critères, sans autre précision de la directive. Il est également possible, qu'au moment de la transposition a minima, la loi française définisse la discrimination intersectionnelle et considère uniquement la synergie du sexe avec les critères prohibés au niveau européen : race, origine, handicap, religion, orientation sexuelle, identité de genre et âge.

En outre, la deuxième question qui vient à l'esprit est de savoir quels sont les contours de cette discrimination intersectionnelle compte tenu du nombre d'illustrations citées et de la difficulté de prouver certaines d'entre elles sans possibilité de collecter des données statistiques pour certaines d'entre elles. Le considérant 25 précise dans son alinéa final justement « [qu']une approche intersectionnelle est importante pour comprendre l'écart de rémunération entre les femmes et les hommes et y remédier ». Cette précision ne devrait pas modifier la portée des obligations des employeurs en ce qui concerne les mesures de transparence en matière de rémunération prévues par la présente directive. En particulier, les employeurs ne devraient pas être tenus de collecter des données relatives à des motifs de discrimination prohibés autres que le sexe. Comment tenir compte des différences de rémunération, par exemple des salariés d'origine étrangère de seconde ou de troisième génération qui n'ont pas forcément un patronyme étranger, si on ne peut pas identifier cette particularité dans les panels de comparaison des rémunérations dans une catégorie de travailleurs donnée, effectuant un travail à valeur égale ? Cela suggère que la recherche de la discrimination intersectionnelle en matière de rémunération ciblera davantage l'incidence du sexe avec l'âge ou le handicap que l'origine, l'orientation sexuelle ou la religion, données sensibles non collectées.

Cet alinéa du considérant 25 est également un peu perturbant car il évoque « l'approche intersectionnelle » impliquant une sorte de glissement de raisonnement de la définition intersectionnelle à une grille de lecture intersectionnelle lorsqu'elle est possible sans exigence de définition dans le droit interne. Pour la preuve de la discrimination intersectionnelle, on n'est pas plus avancé car on se demande comment établir le bon comparateur : pour faire émerger une présomption de différence de traitement, faudrait-il comparer les rémunérations dans la même catégorie ou catégorie équivalente de travailleurs, les salaires des femmes âgées par rapport à ceux des hommes jeunes, les

¹⁹Article 1 de la LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, précité.

²⁰<https://www.vie-publique.fr/en-bref/301924-des-inegalites-salariales-femmes-hommes-persistantes> [consulté le 25 mars 2026].

salaires des femmes en situation de handicap au regard des salaires des hommes sans handicap, les salaires des femmes ayant un patronyme étranger avec celui des hommes avec des noms européens ? Rien n'est précisé pour faciliter la transposition sur ce point mais il s'agit du contenu d'une directive comme son nom l'indique. La seule solution serait d'étendre effectivement le principe de la Cour de cassation qui évoque, comme on l'a dit, l'absence d'exigence d'une comparaison avec d'autres salariés pour prouver la discrimination dans certains arrêts : « l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés »²¹. Ce positionnement de la Cour de cassation a été réitéré récemment dans une autre affaire de discrimination intersectionnelle dans laquelle une salariée était nommée constamment en sa présence ou pas « la libanaise »²².

Par ailleurs, la définition ne précise pas vraiment si la discrimination intersectionnelle vise des individus ou un groupe. On comprend par d'autres dispositions qui évoquent la discrimination directe ou indirecte que cette dernière vise aussi les groupes et même les grilles de rémunération dans les conventions ou accords collectifs selon les secteurs professionnels et les métiers. Selon le considérant 10, « la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil dispose que, pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération. En particulier, lorsqu'un système de classification professionnelle est utilisé pour la détermination des rémunérations, ce système doit être fondé sur les mêmes critères non sexistes et il devrait être établi de manière à exclure les discriminations fondées sur le sexe ». Cette appréciation des systèmes de rémunérations est une indication du contrôle possible des discriminations intersectionnelles liées au salaire selon les groupes de salariés dans un même travail ou un travail de valeur égale. La question des stéréotypes interroge également un point cardinal car comme il a été évoqué, ce qui caractérise aussi la discrimination intersectionnelle, ce sont les stéréotypes spécifiques que fait naître l'intersection : la prétendue « vulnérabilité », « passivité », « fragilité », « paresse », « faible compétence » des femmes âgées, handicapées, d'origine étrangère peuvent être mentionnées comme possibles biais dans l'évaluation des personnes mais aussi dans la sous-évaluation des postes d'aide soignantes, de personnel de ménage, de travailleurs à domicile, etc. Le défi, au moment de la transposition, sera la possibilité, pour les partenaires sociaux et les employeurs, d'écarter les critères directement ou indirectement sexistes sous-jacents dans les grilles de salaires liées à certains métiers faiblement rémunérés. Apparemment, l'usage des algorithmes est une des idées avancées pour faire face au toilettage des accords collectifs²³.

S'agissant de la dimension collective de la transparence salariale, l'article 10 évoque une évaluation conjointe des partenaires sociaux des rémunérations pour produire les données communiquées concernant les rémunérations qui révèlent une différence de niveau de rémunération moyen d'au moins 5 % entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins quelle que soit la catégorie de travailleurs. On sait cependant que les femmes en situation intersectionnelle (femmes d'origine étrangère par exemple) peuvent être dans des métiers fortement féminisés à cause d'une forte ségrégation par sexe (*care*, domicile, aide-soignante, certains types de nettoyage). Donc il faudra tenir

²¹ Arrêt de 2011, précité note 15 et V. aussi Cass. Soc., 10 novembre 2009, n°07-42.849.

²² Cass. Soc., 20 septembre 2023 n° 22-16130.

²³ V. E. BONIFAY, S. SERENO, *Genre, algorithmes et droit*, LGDJ PUAM, 2025.

compte de l'article 4 dans l'appréciation des discriminations intersectionnelles sur « le même travail ou le travail de valeur égale » et s'assurer que « les compétences non techniques pertinentes ne sont pas sous-évaluées »²⁴ en termes de rémunération pour certains métiers : par exemple, dans une fonction professionnelle, la capacité d'échange et la qualité de l'investissement dans les rapports interpersonnels (« *soft skills* ») doivent être valorisées, essentielles dans les métiers de service à la personne.

La transposition de la définition de la discrimination intersectionnelle de la directive doit être également évaluée au regard de sa mise en œuvre concrète par les autorités françaises. En effet, la directive envisage la discrimination intersectionnelle dans les éléments à prendre en compte pour sa bonne application.

II. Une mise en œuvre de la discrimination intersectionnelle en matière d'égalité et transparence salariale : quelle contextualisation ?

Le considérant 25 n'hésite pas à inviter les acteurs juridiques à se mobiliser dans la prise en compte de la discrimination intersectionnelle au moment de la détection, correction ou sanction des écarts de rémunération ou de contrôle de la transparence salariale : « [...] dans le contexte de la discrimination en matière de rémunération fondée sur le sexe, il devrait être possible de prendre en considération une telle combinaison, de manière à dissiper tout doute susceptible d'exister à cet égard au titre du cadre juridique existant et à permettre aux juridictions, aux organismes pour l'égalité de traitement et aux autres autorités compétentes sur le plan national de tenir dûment compte de toute situation de désavantage résultant d'une discrimination intersectionnelle, en particulier à des fins de fond et de procédure, y compris pour reconnaître l'existence d'une discrimination, trouver la personne de référence appropriée, évaluer la proportionnalité et fixer, le cas échéant, le niveau d'indemnisation accordé ou les sanctions infligées ». Il s'agit de décliner ces différents rôles possibles des partenaires sociaux, de l'État, des autorités en charge de l'égalité dans le suivi et la détection des discriminations intersectionnelles en matière de rémunération et la spécificité des sanctions encourues par l'employeur dans ce cas (A). Il faudra ensuite évaluer certaines limites potentielles dans la concrétisation des objectifs énoncés au moment de la transposition en France, compte tenu du champ d'application de la directive et de la suppression de l'index salarial qui existe déjà en droit français(B).

A. Le rôle des acteurs publics et privés dans la mise en œuvre de la détection, le suivi et la sanction des discriminations intersectionnelles en matière de rémunération

La directive est assez précise. Le considérant 25 mentionne clairement l'obligation qui incombe aux acteurs judiciaires, étatiques, aux syndicats et à ceux en charge du contrôle de l'égalité (Défenseur des droits) de prendre en compte les discriminations dans la mise en œuvre de la directive. Cependant, certaines questions demeurent.

²⁴ Article 4 dernier alinéa, directive précitée.

1. Le rôle de l'organisme de suivi : la Direction du travail ?

On imagine que la Direction du travail, comme pour l'index en matière d'égalité salariale aujourd'hui²⁵, sera en charge du suivi des écarts de rémunération, la demande de correction et la sensibilisation sur cette problématique des discriminations intersectionnelles. En effet, selon l'article 29 de la directive, « chaque État membre désigne un organisme chargé de suivre et de soutenir la mise en œuvre des mesures nationales mettant en œuvre la présente directive et prend les dispositions nécessaires à son bon fonctionnement. L'organisme de suivi peut faire partie d'un organisme ou d'une structure existants au niveau national [...] Les États membres veillent à ce que l'organisme de suivi ait notamment pour tâches : la sensibilisation des entreprises et organisations publiques et privées, des partenaires sociaux et du public à la question de la promotion du principe de l'égalité des rémunérations et du droit à la transparence des rémunérations, y compris en luttant contre la discrimination intersectionnelle en matière d'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur ».

Sur ce rôle de suivi, on se demande si la DILCRAH²⁶ qui s'occupe aussi de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme pourrait jouer un rôle complémentaire à celui de la Direction du travail pour éclairer sur la question des discriminations intersectionnelles, comme la directive permet à plusieurs organismes de contribuer à cette mission : selon le même article 29, « les États membres peuvent désigner plus d'un organisme à des fins de sensibilisation et de collecte de données, à condition que les fonctions de suivi et d'analyse prévues au paragraphe 3, points b), c) et e), soient assurées par un organisme central ». Cependant, on rappelle qu'aucune obligation de collecter des statistiques ethnoraciales n'est prévue conformément aux interdictions de la législation française.

2. Rôle du Défenseur des droits ou des syndicats à l'appui des travailleuses victimes de discriminations intersectionnelles

Selon l'article 15, une procédure au nom ou à l'appui des travailleurs qui font l'objet de discriminations salariales est prévue pour solliciter l'organisme en charge de l'égalité de traitement ou les syndicats en cas de violation des règles. Sur ce point, on sait que le Défenseur des droits qui ne peut pas engager d'actions au nom d'une victime en France mais émettre des observations auprès des juridictions a été particulièrement vigilant pour mettre en exergue les discriminations intersectionnelles et systémiques, comme en témoigne son rapport sur la question²⁷. Il pourra œuvrer sans doute pour lancer certaines investigations plus fines grâce à ses pouvoirs d'instruction. Quant aux syndicats, le défi de la mise en œuvre de leur rôle est sans doute plus délicat au regard des discriminations intersectionnelles. On remarque que les femmes qui travaillent dans les secteurs faiblement rémunérés du nettoyage et du *care* sont parfois dans des entreprises sans syndicat ou dans des entreprises sous-traitantes, sans représentation dans les entreprises où elles sont mises à disposition. Les femmes en situation de

²⁵ V. Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel amendé par la LOI n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle (V. Article D. 1142-2 Code du travail et s.).

²⁶ Délégation interministérielle pour la lutte contre le racisme et l'antisémitisme auprès des services du Premier Ministre, <https://lannuaire.service-public.gouv.fr/gouvernement/79f2bd0c-e01d-4954-a2fb-f36aad51dd55>.

²⁷ V. le rapport du Défenseur des droits, Discriminations et origine : l'urgence d'agir 2020, p. 28.

handicap n'ont pas non plus toujours aussi facilement accès à la représentation du fait de leur situation (télétravail, faible mobilité).

3. Le rôle des juges et la mise en œuvre des sanctions aggravées en cas de discriminations intersectionnelles et l'aménagement de la charge de la preuve

Les juges auront un rôle clé dans la mise en œuvre des sanctions en cas de discriminations intersectionnelles et pour tenir compte du renversement de la charge de la preuve d'une violation du droit qui incombe à l'employeur. L'article 16 prévoit que « les États membres veillent à ce que l'indemnisation ou la réparation comprenne le recouvrement intégral des arriérés de salaire et des primes ou paiements en nature qui y sont liés, une indemnisation pour les opportunités manquées, le préjudice moral, tout préjudice causé par d'autres facteurs pertinents, dont peut notamment faire partie la discrimination intersectionnelle, ainsi que des intérêts de retard ». Ainsi on peut se poser la question de la façon dont les juges vont mobiliser la discrimination intersectionnelle pour évaluer le préjudice propre à cette discrimination que cela soit en fonction du montant ou en fonction de la nature du préjudice. On peut penser que, outre la réparation intégrale des préjudices matériels, la reconnaissance d'un préjudice moral, s'agissant de l'atteinte à la dignité des salariés vulnérables les plus faiblement rémunérés, pourrait être un moyen de tenir compte de ce droit à indemnisation qui revêt presque un caractère punitif. Pour l'instant le gouvernement réfléchit aussi à des pénalités administratives forfaitaires pour chaque manquement aux obligations prévues dans la directive²⁸.

L'article 18 évoque aussi le renversement de la charge de la preuve de la violation des règles qui incomberait à l'employeur : « Les États membres prennent les mesures appropriées, conformément à leur système judiciaire national, afin que, dès lors qu'un travailleur s'estime lésé par un défaut d'application, à son égard, du principe de l'égalité des rémunérations et établit, devant une autorité compétente ou une juridiction nationale, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination directe ou indirecte en matière de rémunération ». Cela ressemble à notre article L. 1134-1 du Code du travail²⁹ qui envisage plutôt cela comme un aménagement de la charge de la preuve mais le renversement est bien indiqué dans le titre de l'article 18. Ce langage peut faciliter l'obtention d'un succès au procès dans l'hypothèse d'une discrimination intersectionnelle face à l'inaction de l'employeur qui évite de prendre en compte cette forme de discrimination.

B. Les limites potentielles dans la mise en œuvre de la directive au regard des objectifs énoncés

La mise en œuvre de la directive pour prendre en compte les discriminations intersectionnelles dans la directive comme exigence du renforcement du principe de l'égalité et la transparence salariale risque de rencontrer quelques embûches supplémentaires. La première tient à son champ d'application (1) et la deuxième tient à une prise en compte insuffisante de certaines formes de discriminations

²⁸ Réflexion en cours entre le Ministère du travail avec les partenaires sociaux en préparation d'un projet de loi de transposition.

²⁹ *Op. cit.*, note 8.

intersectionnelles, telles que le harcèlement discriminatoire intersectionnel, qui influent parfois sur les rémunérations des victimes et leur évolution à la lumière du contentieux français (2).

1. Le champ d'application étroit de la directive par rapport à l'index de l'égalité professionnelle

La directive s'applique aux entreprises de plus de 100 salariés avec des obligations plus étendues pour les entreprises de plus de 250 salariés. Il n'est pas du tout certain que les victimes de discriminations intersectionnelles soient toujours dans les grandes entreprises notamment celles qui sont peu qualifiées ou dans les métiers du *care* ou du nettoyage. Cela peut être utile dans les grandes institutions du secteur public comme l'hôpital qui emploie des salariées d'origine étrangère comme aides-soignantes ou pour l'entretien et le nettoyage. L'index de l'égalité professionnelle³⁰ qui sera vraisemblablement remplacé par un nouvel outil suite à la transposition, avait son intérêt car il s'appliquait aux entreprises de plus de cinquante salariés.

2. Le contentieux sur le harcèlement discriminatoire intersectionnel et son incidence possible sur les salaires

On voit émerger de plus en plus dans le contentieux du travail des décisions qui dévoilent des agissements discriminatoires à l'encontre des travailleuses salariées vulnérables qui se manifestent par des propos insultants sexistes et racistes³¹. A l'étranger, par analogie, des études passées sur le harcèlement sexuel ont montré des corrélations directes ou indirectes entre des discriminations salariales ou l'absence de promotion dans des secteurs où les femmes sont peu nombreuses et un harcèlement sexuel ambiant qui les dissuadait de demander des augmentations de salaire ou une évolution professionnelle³². La directive tient compte de façon qualitative des classifications de rémunération qui pourraient être sexistes mais pas des causes plus subtiles des discriminations salariales liées à des environnements plus hostiles aux femmes, notamment lorsqu'elles sont dans des métiers précaires.

Conclusion Cette étude brève consacrée aux discriminations intersectionnelles dans la directive sur le renforcement de l'égalité et la transparence salariale a mis en exergue l'originalité de la démarche européenne dans ce sens. Malgré la richesse transversale des dispositions qui mentionnent les discriminations intersectionnelles expressément, il reste certains impensés dans le texte et des questionnements face aux défis de la transposition en juin 2026 en France qui seront sans doute bientôt éclairés dans un projet de loi imminent. On peut penser qu'au-delà de la question de ces discriminations intersectionnelles, la directive enrichit la réflexion plus globale sur le genre dans une perspective européenne et comparée³³.

³⁰ Article L1142-7 du Code du travail.

³¹ Par exemple, Cass. Soc., 8 novembre 2023, 22-19.049 : propos racistes et sexistes au sujet d'un ou plusieurs de ses subordonnés du service de nettoyage, en présence d'autres salariés ; V. aussi M. MERCAT-BRUNS, « Discours de haine et harcèlement discriminatoire au travail », *Droit social*, 2025, p.497.

³² V. SCHULTZ, « Reconceptualizing sexual harassment », *Yale Law Journal* n° 107, 1998, p. 1683.

³³ V. dans un autre contexte, l'apport du droit comparé, B. MORON-PUECH ; A. VANOVERBEKE, A. HERWEYERS, Les évolutions des droits des minorités sexuées, sexuelles et genrées (MISSEG) : Regards socio-juridiques, in B. MORON-PUECH, T. SAITO (Dir.), *Droits humains des minorités sexuées, sexuelles et genrées*, Société de législation comparée, 2024 p. 58.

Libres propos

Articles

L'illusion du bien commun ? Les apories de la gouvernance polycentrique de l'eau, entre participation citoyenne et impératifs agricoles

Par Marta AURINO,
Enseignante-chercheuse postdoctorale,
Sciences Po Paris.

Introduction

La gestion de l'eau se situe à l'intersection de défis juridiques fondamentaux, dont la complexité croissante requiert une articulation normative¹ entre principes de durabilité² et régimes de gouvernance polycentriques³. Ces enjeux concernent notamment les relations, souvent conflictuelles, entre autorités publiques, acteurs privés et société civile. Elles recouvrent également les défis posés par la crise climatique globale et l'impératif de transparence dans l'administration d'une ressource vitale et d'un droit fondamental⁴.

Les tensions inhérentes à cette convergence sont aujourd'hui transcendées par la nécessité d'intégrer une double temporalité : d'une part, l'urgence d'une gestion présentiste face à la multiplication des événements extrêmes (sécheresses, inondations entre autres) ; d'autre part, la responsabilité d'une planification prospective visant à garantir la pérennité de la ressource. Cet impératif de protection du long terme trouve un écho retentissant dans les instruments juridiques internationaux⁵. Il s'impose, par

¹ Charte de l'environnement, art. 1er (« Toute personne a droit à jouir d'un environnement équilibré et respectueux de la santé ») ; loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, posant le principe de gestion intégrée et participative. V. L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2023, p. 456 ss., concernant la protection constitutionnelle des ressources vitales.

² Le concept d'une gestion équilibrée des ressources en eau a été introduit par la loi n°92-3 de 1992, art. 2. Ce principe a ensuite été enrichi par la loi relative à l'eau et aux milieux aquatiques n°2006-1772, art. 20, qui a intégré la notion de durabilité. Selon ce cadre, la gestion de l'eau doit viser en priorité à répondre aux impératifs de la santé publique, de l'hygiène, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable. En outre, ce dispositif impose de prendre en compte et, le cas échéant, de concilier les besoins relatifs au maintien de la vie biologique des milieux récepteurs et ceux découlant des usages humains, qu'il s'agisse de l'agriculture, de la pêche, de l'industrie, de la production énergétique, entre autres. « Ces intérêts, pléthoriques et parfois contradictoires, doivent de plus être compatibles avec la protection qualitative et quantitative de la ressource en eau », ainsi M. MOLINIER-DUBOST, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2024, p. 464.

³ Voir notamment E. OSTROM, « Beyond markets and States: polycentric governance of complex economic systems », *American Economic Review*, 2010, n°3, pp. 641-672.

⁴ La portée existentielle et symbolique de la ressource trouve sa traduction positive dans l'ordre juridique international : l'Assemblée générale des Nations unies et le Parlement européen ont consacré, par les résolutions n°4/282 du 28 juillet 2010 et du 3 juillet 2012, le droit à une eau potable salubre et à des services d'assainissement comme un droit humain fondamental, indispensable au plein exercice de la vie et de l'ensemble des droits de la personne. Cette positivisation fait désormais de l'accès à l'eau une obligation de réalisation progressive pour les États, au-delà de sa simple vocation de bien. Voir sur ce point F. DUHAUTOY, *L'accès à l'eau, droit de l'homme ou loi du marché ?*, Paris, Éd. Johanet, 2015, pp. 487-488.

⁵ V. notamment l'objectif 7 de l'ODD 6 (ONU, Agenda 2030 pour le développement durable, Rés. AGNU 70/1, 25 sept. 2015) et l'art. 4 de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 1992 ; CEDH, art. 8, dont la jurisprudence est appliquée pour sanctionner les ingérences environnementales graves dans la vie privée et le domicile (v. López Ostra c. Espagne, Cour plénière, 9

ailleurs, comme le cœur du principe d'équité intergénérationnelle, consacré tant par la Charte de l'environnement⁶ que par le Conseil constitutionnel, lequel s'est rallié à une tendance jurisprudentielle mondiale visant à « donner corps et portée aux déclarations juridiques relatives aux générations futures »⁷.

Dès lors l'impératif de gestion durable de l'eau représente une contrainte majeure, amplifiée par les mutations affectant la quantité et la qualité de la ressource ainsi que par les effets du changement climatique⁸. Les tensions qui en découlent reflètent des rapports de force entre usages agricoles, industriels et domestiques, exacerbés par la dégradation croissante de la qualité de la ressource⁹. Dans ce contexte, la rareté hydrique menace non seulement la consommation humaine, mais place l'agriculture¹⁰ - principal utilisateur avec près de 70% des prélèvements - face à un risque systémique. Le recours accru aux ressources souterraines soulève ainsi d'importantes interrogations quant à la pérennité des aquifères et à la légitimité des arbitrages opérés entre usages¹¹.

La crise hydrique de l'été 2025, d'une ampleur inédite en France et en Europe, a mis en lumière ces fragilités systémiques : elle a compromis les récoltes, asséché les cours d'eau et ravivé les débats relatifs à la répartition des compétences administratives et à la cohérence des mécanismes normatifs de gestion de la ressource. La pénurie hydrique

déc. 1994 ; Fadeyeva c. Russie, 15 juin 2005). Sur ce point E. MATEEVA, « The Protection of Human Dignity, Honour and Reputation in ECtHR Case-law Concerning the Right to Respect for Private Life (Article 8 ECHR) », *Yearbook of the Law Department*, 2022, n°11, pp. 12–57.

⁶ La Constitution du 24 juin 1793 affirmait déjà qu'« une génération ne peut assujettir les générations futures ». Ce principe d'équité intergénérationnelle trouve aujourd'hui son ancrage constitutionnel à l'art. 6 de la Charte de l'environnement de 2004, qui établit que les politiques publiques « doivent promouvoir un développement durable ». Ce lien entre patrimoine commun de la nation (C. env., art. L. 210-1) et responsabilité intergénérationnelle a servi de fondement théorique à la remunicipalisation de l'eau à Paris (création d'Eau de Paris), visant à garantir le contrôle public à long terme. Sur ce point v. A. SINAI, *L'eau à Paris, retour vers le public*, Eau de Paris, Paris, 2013 ; A. LE STRAT, *Manifestes pour l'eau public*, Paris, Éd. Syllepse, 2008, 176 p.

⁷ Ainsi L. FABIUS, « Droits des générations futures : savoir, devoir, pouvoir », *Arch. phil. Droit*, 2024, n°65, p. 270 ; Le Conseil a ainsi explicitement accepté de prendre en compte la référence aux générations futures lors du contrôle des lois ayant un impact environnemental, comme l'attestent les décisions Cons. const. n° 2022-843 DC du 12 août 2022, *Loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat*, et Cons. const. n° 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023, *Association Meuse nature environnement et autres*.

⁸ On peut mesurer l'interconnexion de cette problématique avec d'autres enjeux en évoquant les manifestations de tracteurs qui, ces dernières années, ont parcouru les routes de toute l'Europe pour contester les nouvelles politiques agricoles européennes visant à limiter l'usage des pesticides en agriculture. Précisément, l'utilisation non réglementée de pesticides dans les pratiques d'agriculture intensive constitue l'une des causes principales de la présence de micropolluants dans l'eau potable. Sur les résistances paysannes à la PAC 2023-2027 et les limites imposées aux pesticides : Règlement UE 2021/2115 établissant le cadre de la PAC, art. 14 ; Directive 2000/60/CE cadre de l'eau, art. 10 ; Voir Cons. const., déc. n° 2021-825 DC du 13 août 2021.

⁹ IGEDD, 2023, *Retour d'expérience sur la gestion de l'eau lors de la sécheresse*, 2022, Rapport de l'Inspection générale de l'environnement et du développement durable, Paris.

¹⁰ « Les problématiques rurales sont si transverses qu'elles sont saucissonnées entre le foncier, le commerce, les aides économiques, la fiscalité, l'énergie, l'environnement, l'urbanisme, la santé... Toutes ces matières, accumulées, finissent par s'engorger et devenir illisibles » in B. GRIMONPREZ, « Normes agricoles : ne passons pas à côté des choses simples ! », *Le club des juristes*, 25 janvier 2024, ([en ligne](#)).

¹¹ Un rapport de Greenpeace publié en février 2025 met en lumière la façon dont le système actuel continue de soutenir un modèle agricole fondé sur des cultures intensives fortement consommatrices d'eau, sur la sur-représentation des intérêts de l'agro-industrie au sein des instances de gouvernance locale, ainsi que sur un certain laxisme dans la mise en œuvre de plusieurs obligations réglementaires. Ainsi, Rapport Greenpeace, « Démocratie à sec : comment les lobbies agricoles manipulent la gestion de l'eau avec la complicité de l'État », février 2025.

n'a plus un caractère conjoncturel : elle constitue désormais une donnée structurelle¹². Sa persistance transforme ce qui n'était qu'une urgence passagère en une condition ordinaire, imposant le recours à des instruments programmatiques et à une planification durable plutôt qu'à des réponses exceptionnelles et ponctuelles. C'est également dans cette perspective que la décision du Conseil constitutionnel du 7 août 2025 a réaffirmé la portée fondamentale de l'article 1er de la Charte de l'environnement, conduisant à la censure des mesures prévues à l'article 2 de la loi Duplomb ainsi qu'à l'émission de deux réserves d'interprétation¹³. Concernant les solutions techniques à la crise hydrique, notamment les infrastructures de stockage, le Conseil a rappelé qu'elles ne peuvent être envisagées qu'en cohérence avec une logique de protection de l'environnement et de gestion durable et équitable de la ressource.

La gouvernance de l'eau s'étend de la régulation internationale des bassins transfrontaliers aux mécanismes locaux de participation. Sa résilience repose sur la coopération entre institutions publiques, acteurs privés et usagers, afin de préserver les équilibres hydrologiques. L'existence de cette pluralité d'échelles et d'intervenants confronte inéluctablement la recherche à la question du niveau de gouvernance le plus représentatif¹⁴ et, plus fondamentalement, à l'impératif d'une articulation cohérente entre ces différents niveaux. C'est précisément à travers l'étude de cette gouvernance multiscalaire et polycentrique que se révèle et se matérialise le caractère commun de l'eau¹⁵, transcendant la diversité des statuts juridiques (domanialité publique, propriété privée¹⁶, usage coutumier, etc.) qui peuvent la régir.

Pour autant, la conceptualisation de l'eau comme un bien commun demeure un défi majeur. Elle requiert une transformation de la souveraineté traditionnelle, celle-ci tendant à se « dé-subjectiviser » au profit d'une pluralité d'acteurs. Cette évolution, qui fait écho aux analyses de François Ost sur l'érosion des catégories juridiques

¹² E. BOSCOLO, « Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione », *Rivista quadrimestrale di scienze dell'amministrazione*, 2022, n°3, p. 8.

¹³ Le Conseil a réaffirmé le caractère fondamental de l'article 1er de la Charte, tout en soulignant la nécessité d'en préciser les interactions avec d'autres dispositions. Il a reconnu que la Charte apporte une valeur ajoutée à la protection environnementale au-delà du droit de l'Union européenne. Concernant l'art. 5 de la loi Duplomb, le Conseil a émis des réserves d'interprétation strictes. Il a validé la possibilité d'une présomption de Raison Impérative d'Intérêt Public Majeur pour les ouvrages de stockage d'eau en zones de déficit hydrique persistant, permettant des dérogations aux règles environnementales. Cependant, cette validation est conditionnée à une concertation territoriale et à des engagements contraignants de la part des agriculteurs en matière d'économie et d'accès équitable à la ressource. Sur la Loi Duplomb, v. notamment G. BERGOUNOUS, « Loi Duplomb : un souffle nouveau pour le droit de pétition », *Le Club des juristes* 25 juillet 2025.

¹⁴ Sur les limites de la représentativité locale M. A. CHARDEAUX, « L'eau est-elle un commun ? À propos de la gouvernance de l'eau », in S. BOUSSARD, C. BORIES (dir.), *L'eau, un bien commun ?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare&Martin, 2023, p. 133 ss.

¹⁵ V. notamment M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 145 ; A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », *Droit et société*, 2018, n°98, pp. 141-157.

¹⁶ En ce qui concerne les régimes de propriété, la notion de biens communs requiert de penser la gestion de l'actif non pas en termes d'appropriation exclusive, mais de finalisation au service de la collectivité. La collectivité ici pourrait être qualifiée sous l'acception de Judith Rochfeld, de « communauté diffuse » d'ayants droits, pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource. Ainsi J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle "aux communs" ? », in *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014, n°3, p. 365 ; Sur ce thème voir aussi T. PERROUD, « Les biens communs naturels et la reconceptualisation des propriétés », *Revue du MAUSS*, n°61, pp. 199-216.

traditionnelles, se traduit par un nouveau régime de gestion. Ost le théorise sous le modèle de la « transpropriation » : un concept qui ne vise pas à abolir la propriété privée ou la domanialité publique, mais à les transcender en leur imposant une logique complexe et des charges d'intérêt général¹⁷. La transpropriation s'incarne par une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires », établissant des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle qui débordent les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté¹⁸.

C'est dans ce cadre théorique de dépassement que s'inscrit le renversement de paradigme français, illustré par le retour marqué à la régie publique depuis les années 2010. Surtout, cette approche impose de repenser les modalités d'un partage équitable entre les usages, afin de répondre conjointement aux impératifs sociaux, écologiques et économiques des générations présentes et futures.

La recherche accrue de transparence, de contrôle démocratique et de performance environnementale a suscité, en France, une dynamique de rénovation de la gouvernance locale de l'eau, cristallisée notamment par le mouvement de remunicipalisation et les avancées en matière de participation citoyenne. Or, cette évolution interroge la portée réelle des instruments du « nouveau droit administratif de l'eau » : malgré les avancées liées à la participation citoyenne et à l'innovation contractuelle, celui-ci peine encore à traduire pleinement le paradigme du bien commun en un modèle de gouvernance locale cohérent et durable, comme l'illustrent les vifs débats récents autour du Syndicat des Eaux d'Île-de-France (SEDIF)¹⁹.

Face à l'urgence structurelle de l'adaptation au changement climatique et à l'impératif de responsabilité intergénérationnelle, la remunicipalisation de l'eau potable constitue-t-elle le levier d'une gouvernance multiscale capable de traduire concrètement le paradigme du bien commun, ou risque-t-elle de se confiner à une simple réorganisation technocratique inadaptée à la conciliation des usages présentistes (notamment agricoles) et de la planification future ?

L'étude de cette question implique de mobiliser le concept d'« échelle de participation »²⁰, qui permet de nuancer les degrés et les modalités de la participation du public dans le droit français de l'eau, depuis le simple droit à l'information jusqu'aux formes d'autogouvernance. Enfin, la redéfinition de l'eau comme bien commun passe nécessairement par les choix contractuels opérés par les collectivités territoriales. Si la régie publique repose sur une gestion internalisée avec maîtrise opérationnelle directe, la majorité des services demeurent encadrés par des instruments de droit des contrats publics – concession, affermage, gérance, régie intéressée²¹ – qui organisent la délégation à des opérateurs privés tout en maintenant la propriété publique des infrastructures. Ces configurations contractuelles structurent la relation entre autorité

¹⁷ F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éd. La Découverte, 1995, p. 323 ss.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ V. le renouvellement controversé du contrat Veolia-SEDIF (2022-2030), analysé dans : Cour des comptes, *Rapport public annuel*, 2023, fasc. 4 ; Greenpeace France, *Démocratie à sec*, févr. 2025, pp. 45-52.

²⁰ J. ROCHFELD, M. CORNU, G. MARTIN, « L'échelle de communalité propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit », Rapport n°17-34, Avril 2021 (en ligne) ; v. aussi Code env., art. L. 213-1 et ss.

²¹ J. RIVERO, H. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 45e éd., 2024, p. 789 ss..

publique et opérateurs privés et révèlent, au niveau local, la tension persistante entre logique de service public, exigences du marché et ambition proclamée de « bien commun ».

Les contrats apparaissent ainsi comme de véritables leviers de reterritorialisation de la gouvernance de l'eau. Toutefois, la standardisation progressive des modèles contractuels révèle ses propres limites : elle impose une adaptation fine aux spécificités locales et une vigilance soutenue pour préserver l'équilibre entre efficacité gestionnaire, égalité d'accès²² et participation démocratique. Une spécificité française a joué un rôle décisif dans ce processus de libéralisation, l'émiettement communal : en multipliant les acteurs locaux aux moyens inégaux, il a favorisé la délégation à des opérateurs privés et freiné l'émergence de structures publiques intégrées capables d'assurer une gestion cohérente et solidaire des ressources hydriques²³.

Afin d'éclairer cette problématique et d'identifier des leviers permettant de dépasser les limites des modèles existants, cette analyse s'organisera autour de deux axes : la remunicipalisation de l'eau en France, entre bien commun et gouvernance technocratique (I) ; puis l'application de ces logiques de gestion de l'eau au secteur agricole, entre contraintes et exigences de durabilité, comme instrument renouvelé de régulation de la ressource (II).

I. La remunicipalisation de l'eau en France : de l'idéal du bien commun aux apories de la gouvernance technocratique

L'eau se détache progressivement d'une représentation strictement industrielle pour être de plus en plus pensée comme un bien commun à préserver. Ce changement de regard accompagne un véritable renversement de paradigme en France : depuis les années 2010, on observe un retour marqué à la régie publique et un net recul de la délégation de service public, entraînant pour les opérateurs privés la perte de millions d'abonnés. La Ville de Paris a ouvert la voie en 2010, suivie par d'autres collectivités qui ont opté pour la régie, créé des sociétés publiques locales ou des sociétés d'économie mixte.

Ce mouvement s'explique par la compétence des collectivités territoriales, plus à même d'afficher des objectifs de conservation de la ressource et de prise en compte des générations futures, ainsi que par le caractère inaliénable de la propriété publique de l'eau. Sur le papier, la remunicipalisation représente ainsi l'organisation la plus susceptible de donner corps à la gestion de l'eau comme bien commun. Pourtant l'analyse de cette transition révèle des tensions structurelles qui nuancent cette apparente cohérence.

²² « Le problème d'accès à l'eau est plus qualitatif que quantitatif » selon L. BARCLER, « La bonne gestion de l'eau : un enjeu majeur du développement durable », *L'Europe en formation*, 2012, n°365, p. 8 ; dans le même sens P. SIMONOVIC SLOBODAN, « World water dynamics: global modeling of water resources », *Journal of environmental management*, 2002, pp. 249-267, considère l'accès comme le paramètre dominant pour le développement à long terme.

²³ En 1828, les collectivités se sont vues confier la compétence d'assurer l'alimentation en eau. Jusqu'à la moitié du XIX^e siècle, la France était administrée au niveau des districts, avant que la réforme voulue par Louis-Philippe en 1848 n'atomise le territoire en 38 800 communes autonomes, structure qui, en raison de leur taille et de leur fragilité budgétaire, les rendit vulnérables à de multiples influences.

Cette première partie sera ainsi consacrée à l'examen de la remunicipalisation en tant que projet réglementaire. Nous verrons tout d'abord comment le paradigme du bien commun s'inscrit dans le débat sur l'efficacité des modèles de gestion, en dépit des ambiguïtés de sa portée opératoire (A). Puis nous analyserons les dynamiques de rénovation contractuelle qui en découlent, allant d'un renforcement du contrôle public à la quête - encore inaboutie - d'une véritable co-construction citoyenne et collective de la gestion de l'eau (B).

A. L'insertion du paradigme du bien commun : une portée opératoire ambiguë

Face à l'urgence de l'adaptation climatique et aux limites des délégations de service public pour assurer l'équité intergénérationnelle de la ressource, le droit public français opère un renversement paradigmatique. L'eau potable se détache ainsi progressivement d'une représentation strictement industrielle pour être pensée comme un bien commun à préserver²⁴. Ce mouvement, notable depuis 2010 par un retour marqué à la régie publique (Paris, Lyon, Bordeaux)²⁵, traduit la volonté des collectivités d'affirmer une maîtrise souveraine et de s'orienter vers des logiques de justice sociale et de respect des limites écologiques, comme en témoigne la création de structures entièrement publiques telles que « Eau de Paris ». Cette inversion de tendance est systémique, favorisée par l'effet conjugué des impératifs climatiques, de l'autonomie accrue de la décentralisation et de la reprise en main de la délégation²⁶. L'évolution est d'autant plus significative qu'elle s'accompagne d'un élargissement des compétences des autorités locales au-delà de la simple gestion des réseaux, vers l'aménagement du territoire, la défense de l'environnement et la gestion des milieux aquatiques (compétence GEMAPI - gestion des milieux aquatiques et la prévention des inondations - depuis 2018)²⁷, une trajectoire initiée dès 1992 avec les schémas d'aménagement et de gestion de l'eau (SAGE).

Dans ce cadre, l'émergence des collectivités territoriales comme acteurs centraux de la politique de l'eau n'est pas fortuite. Inscrites dans le temps long et assumant désormais un rôle de planification et de coordination, elles bénéficient d'un nouvel espace d'action publique déterminé par la triple conjonction de facteurs systémiques : le changement climatique qui redéfinit l'objet même du problème hydrique, la décentralisation qui leur confère une autonomie accrue, et la reprise en main de la délégation qui élargit leurs options en matière de gestion. Cette synergie favorise à la fois une réappropriation du service et une redéfinition de la politique publique de l'eau²⁸.

²⁴ M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit. pp. 145.

²⁵ V. Bordeaux Métropole, « Choix du mode de gestion en régie des services publics de l'eau Bordeaux Métropole », *Régistre des délibérations du Conseil de Bordeaux Métropole*, Délibération n°2020-551 ; V. CHIU, « Vers la remunicipalisation du service public d'eau en France », *Revue du centre d'études et de recherches en administration publique*, 2013, n°25, pp. 247-62.

²⁶ E. OSTROM, *Governing the Commons*, Cambridge, CUP, 1990, ch. 3. ; F. CASSANO, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, Éd. Dedalo, 2004 ; S. RODOTA, « Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria », in *Questione giustizia*, 2011, n°5, p. 5.

²⁷ Loi n° 2014-1170 du 13 nov. 2014 (GEMAPI, art. L. 211-7 C. env.) ; loi n° 92-3 du 3 janv. 1992 (SAGE, art. L. 212-1 et s.).

²⁸ C. DEFEUILLEY, *La politique publique de l'eau*, Lormont, Éd. BDL, 2024, pp. 67-94.

Ce glissement repose sur une dynamique profonde qui, s'écartant d'un droit administratif classique centré sur la distinction public/privé, conceptualise le commun comme une construction sociale exigeant la participation active d'une pluralité d'acteurs²⁹. L'ancrage normatif est progressif : la loi de 1992, en érigeant l'eau en « patrimoine commun de la Nation »³⁰, posait déjà un intérêt commun supérieur aux droits des titulaires. Tandis que la loi de 2006 consacre le droit à l'accès à l'eau potable, l'affirmation continue d'un contrôle exercé par l'État garant se heurte aux difficultés matérielles de contrôle (volumes prélevés) et à la force des droits acquis, notamment pour les usages agricoles³¹.

Dans ce contexte, la réussite du modèle français des communs, illustrée par Eau de Paris, n'est pas réductible à une simple auto-organisation. Selon Benjamin Coriat, elle exige que l'autorité publique institue et garantisse le commun, en définissant les règles et en assurant les trois piliers - ressource, communauté, règlement³² - un rôle incarné par la remunicipalisation. À Paris, celle de 2010, impulsée par Anne Le Strat, a créé Eau de Paris : une entreprise publique autonome, transparente, gouvernée par un conseil intégrant usagers, société civile et travailleurs, dont l'Observatoire de l'eau illustre une gouvernance pluraliste d'une ressource garantie et non exclusive. Dans un second temps, l'expérience parisienne a nourri des dynamiques similaires en Italie, où la métropole de Naples a cherché à construire, avec *Acqua Bene Comune*, un modèle de gestion publique de l'eau fondé sur la participation citoyenne et la résistance à la privatisation, contribuant ainsi à sédimer la circulation transnationale de ce modèle de gestion³³.

Malgré cette fondation théorique et les succès localisés (y compris les modèles complémentaires observés en Italie), la portée opératoire du bien commun soulève des interrogations persistantes³⁴. Premièrement, la notion de bien commun risque l'instrumentalisation ou la dilution en simple label, sans transformation substantielle des modes de gouvernance ni des mécanismes d'appropriation³⁵. Deuxièmement,

²⁹ J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., pp. 200-210.

³⁰ Art. L. 210-1 du Code de l'environnement ; Loi n° 92-3 du 3 janv. 1992, art. 1er ; Cons. const., 2005-512 DC, § 15.

³¹ Loi n° 2006-1772 du 30 déc. 2006 (droit à l'eau, art. L. 211-1 C. env.).

³² B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2015, pp. 15-35.

³³ Le modèle Parisien, instituant une régie publique transparente avec Observatoire de l'eau et participation citoyenne après avoir rompu avec Veolia/Suez, inspire directement le mouvement italien : le référendum de juin 2011 (55% d'abstentionnistes boycott, 95% des votants pour la déprivatisation) rejette l'application de la directive 2007/91/CE et propulse *Acqua Bene Comune*, forçant la remunicipalisation partielle via ABC Napoli (2012), coalition citoyen·ne·s-usager·e·s contre les multinationales. Naples emprunte à Paris l'idée d'une gouvernance pluraliste transcendant la distinction public/privé, évitant la fragmentation territoriale. R. BRIGANTI, « Le cas de l'eau de Naples : histoire participative de la remunicipalisation », in *L'eau un bien commun*, op. cit., p.181 ss. ; A. LUCARELLI, *La démocratie des biens communs : nouvelles frontières du droit public*, Paris, L'Harmattan, 2024.

³⁴ Sur la complexité de la gestion des services concernant les biens communs, C. Iaione, « L'acqua bene comune », Rapport n°62, in *Labsus.org*, 2010, affirme : « il devient crucial de mettre en place une politique publique intégrée et systémique, [... ainsi qu'] un système d'évaluation publique et/ou civique de la manière dont la ressource est gérée ou valorisée. Ceci afin de garantir l'activation de mécanismes qui mettent en évidence les responsabilités [...] des acteurs publics ou privés impliqués dans le système global de la gouvernance de l'eau et qui déclenchent l'application de mécanismes de sanction ou de récompense ».

³⁵ B. CORIAT, « Le commun, principe et puissance d'agir », in P. DARDOT, C. LAVAL (dir.), *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Grenoble, PUG, 2019, pp. 45-67.

l'effectivité de l'accès équitable reste cruciale : garantir le droit à l'eau aux populations vulnérables (zones rurales/périurbaines) exige des dispositifs juridiques précis, faute de quoi la segmentation territoriale accentue les inégalités. Troisièmement, la tension écologique-économique complique la conciliation entre protection de la ressource et soutenabilité financière des infrastructures, amplifiée par la raréfaction hydrique.

Le constat des ambiguïtés opératoires du bien commun impose de recentrer l'analyse sur les instruments concrets de la gestion locale. Si le simple transfert à la régie publique ne garantit pas la démocratisation, il est impératif d'examiner dans quelle mesure la rénovation contractuelle de l'eau constitue une modalité pragmatique pour dépasser cette tension. La réflexion se porte désormais sur l'efficacité des nouveaux contrats de gestion - qu'ils s'agissent de régies directes sophistiquées ou de délégations réformées - comme possible voie d'évolution. Ceux-ci sont censés soit co-construire des formes renouvelées de gouvernance collaborative, soit standardiser les mécanismes de contrôle public. L'enjeu est alors de déterminer si cette ingénierie juridique parvient à formaliser une gouvernance plus équilibrée et transparente, ou si elle ne fait que reproduire, sous un nouveau vocabulaire, la logique d'un contrôle centralisé au détriment de l'exigence de participation citoyenne.

B. La rénovation contractuelle de l'eau potable : du contrôle public renforcé à l'exigence inaboutie de co-construction

La pluralité des formes contractuelles – régie directe, délégation de service public (DSP), régie personnalisée, contrats hybrides – traduit un élargissement considérable des outils à disposition des collectivités et des opérateurs. Cette diversification reflète à la fois la nécessité d'adapter la gestion aux spécificités locales et la volonté d'introduire une certaine flexibilité réglementaire. Toutefois, derrière cette pluralité formelle, les clauses sociales, environnementales et technologiques se généralisent, alignant ces contrats sur les exigences du développement durable telles qu'incarnées par le principe de gestion équilibrée inscrit à l'article L. 211-1 du Code de l'environnement³⁶. Nécessaire pour renforcer le contrôle de l'autorité organisatrice, cette injonction normative n'en demeure pas moins source d'une tension intrinsèque : la liberté contractuelle locale se heurte à une uniformisation technique et réglementaire de plus en plus marquée. Sous couvert de flexibilité, c'est peut-être une standardisation renforcée du contrôle public qui s'impose, au détriment de l'innovation locale.

³⁶ L'article L. 211-1 du Code de l'environnement constitue l'un des fondements du droit français de l'eau en posant le principe de gestion équilibrée et durable de la ressource en eau, principe qui organise l'ensemble des politiques publiques en la matière. Cette notion de gestion équilibrée, introduite par la loi sur l'eau de 1992 et consolidée par la loi de 2006, impose une conciliation permanente entre différents usages – approvisionnement en eau potable, activités agricoles et industrielles, préservation des milieux aquatiques, lutte contre la pollution, sécurité des personnes – tout en garantissant la préservation quantitative et qualitative de la ressource. La doctrine souligne que ce principe, à la fois normatif et programmatique, constitue un véritable « cadre de finalités » orientant l'action des autorités de police de l'eau et justifiant l'intervention de l'État dans l'arbitrage entre usages concurrents. Par sa formulation large, l'article L. 211-1 inscrit ainsi la ressource hydrique dans une logique d'intérêt général supérieur, dépassant le seul régime domanial ou les prérogatives locales, et ancrant juridiquement l'exigence de durabilité au cœur de la gouvernance de l'eau. Voir sur ce point M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2023, §456.

L'ambiguïté de ce modèle est particulièrement manifeste dans les dispositifs dits de « gouvernance hybride » ou « néo-administrative »³⁷. Ces figures contractuelles complexes désignent l'ensemble des instruments (notamment les régies personnalisées ou les DSP de nouvelle génération) qui, tout en associant formellement des objectifs de performance et des acteurs variés, maintiennent l'autorité publique au centre de la décision. La souplesse procédurale qui les caractérise se concrétise dans la multiplication des objectifs qualitatifs (réduction de la pollution, efficacité énergétique, résilience climatique) et la modulation des indicateurs de performance (*KPIs*) en lieu et place d'un cahier des charges rigide et exhaustif. Cependant, cette flexibilité apparente tend à masquer une reproduction déguisée d'un contrôle centralisé sur les finalités du service, où les prérogatives de puissance publique – notamment le pouvoir de fixation tarifaire et de sanction en cas de non-atteinte des objectifs – demeurent largement prépondérantes. Cette traduction contractuelle des politiques de l'eau souffre par ailleurs d'une fragmentation juridique et administrative chronique, notamment due à l'inadéquation persistante entre les périmètres administratifs de la compétence locale et les bassins hydrographiques naturels (GEMAPI - *vs.* EPCI)³⁸. Cette dispersion des responsabilités nuit non seulement à la lisibilité et à l'efficacité systémique, mais elle affaiblit également la capacité des citoyens à s'engager.

Un aspect fondamental de cette standardisation du contrôle réside dans la pérennisation d'une opacité budgétaire et fiscale. Le financement de la politique de l'eau, notamment celui des Agences de l'eau, repose sur une ambiguïté juridique que l'on ne peut plus ignorer. Les redevances perçues sur les factures domestiques (instituées dès 1974), bien que justifiées formellement par leur caractère de service rendu, s'apparentent de fait à des impositions déguisées. Ce mode de prélèvement, en ciblant l'usager plutôt que le citoyen, affaiblit la transparence et l'équité de la contribution. Ce déficit est accentué par le parallèle avec la GEMAPI : en dépit de son importance, le financement de cette compétence, désormais privée des recettes de l'ancienne taxe d'habitation, montre comment la charge des politiques de l'eau et des risques est répartie de manière inégale et politiquement non assumée, occultant la nécessité d'une contribution solidaire et citoyenne à la protection de la *res publica* hydrique.

Pourtant, cette maîtrise publique réaffirmée dans les instruments contractuels, loin de résoudre la crise de légitimité, a paradoxalement rendu plus pressante l'exigence de co-construction, notamment à travers la mise en place d'instances de participation citoyenne.

³⁷ J. B. AUBY, *La contractualisation de l'action publique*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 145-160 ; J. CAILLOSSE, *Gouvernabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2019, p. 89.

³⁸ La GEMAPI (Gestion des milieux aquatiques et prévention des inondations), compétence obligatoire et exclusive des EPCI à fiscalité propre depuis 1er janv. 2020 (loi n° 2014-1170 MAPTAM, art. L. 211-7 C. env., items 1°, 2°, 5°, 8°), vise une gestion intégrée par bassin-versant. Or les périmètres EPCI (communes associées) ne coïncident rarement avec les bassins hydrographiques naturels, créant fragmentation : les EPCI transfèrent souvent GEMAPI à des syndicats mixtes (EPTB/EPAGE) pour respecter les logiques naturelles (art. L. 5721-3 CGCT). Voir R. BARBIER, « La gouvernance de l'eau à l'épreuve du droit négocié. Enquête sur l'activité réglementaire des commissions locales de l'eau », *Natures Sciences Société*, 2022, pp. 46-57.

Plus fondamentalement, l'exigence de co-construction, portée par l'acquis du mouvement de l'eau-bien-commun, se heurte à une faible effectivité sur le terrain. Les instruments de participation créés dans le sillage de la remunicipalisation, qu'il s'agisse des Commissions Locales de l'Eau³⁹ (CLE) à vocation planificatrice ou de l'Observatoire de l'eau⁴⁰ à visée de transparence et de consultation, sont structurellement soumis à un risque d'instrumentalisation. Ce risque est amplifié par l'insuffisance des moyens matériels et financiers, qui réduit la participation des usagers à un rôle essentiellement consultatif et symbolique.

S'agissant des CLE, bien que leur composition pluraliste (élus majoritaires, État, usagers) ait la capacité d'ériger l'eau en « bien commun territorial »⁴¹ en aboutissant à un « ordre négocié »⁴², ce dispositif souffre de lourdeurs procédurales, de rapports inégaux entre acteurs et d'une capacité limitée à s'imposer face aux filières sectorielles (aménagement, agriculture). Quant à l'OPE, conçu comme un prototype d'État facilitateur⁴³, son rôle consultatif non contraignant et sa dépendance budgétaire municipale confirment sa nature de modèle perfectible⁴⁴.

L'atteinte de cet « ordre négocié » est subordonnée au respect institutionnel du niveau local. En écho à la grille d'analyse d'Ostrom sur la gestion durable des communs (notamment sa règle sur la subsidiarité ascendante)⁴⁵, l'efficacité des instances comme les CLE exige une reconnaissance des règles adoptées localement par les institutions de niveau supérieur⁴⁶. Sur le territoire français, cette exigence interpelle directement le rôle du corps préfectoral. Pour que les SAGE aboutissent et bénéficient de la confiance des usagers et des acteurs représentés dans les CLE, il est crucial que l'État, par l'action du Préfet, adopte une posture de diplomatie et de facilitation. L'alignement de l'autorité préfectorale sur les objectifs négociés localement est la condition *sine qua non* pour transformer l'instance consultative en un véritable espace de co-légifération territoriale, sans quoi le risque d'instrumentalisation est inévitablement renforcé.

³⁹ Les Commissions Locales de l'Eau constituent la concrétisation, à l'échelle hydrographique infra-bassin, d'une communalité fonctionnelle descendante. Instituées par la loi sur l'eau de 1992, leur mission est de planifier et d'encadrer une « gestion durable et équilibrée » de la ressource sur leur territoire, conformément aux principes édictés à l'article L. 211-1 du Code de l'environnement. Ces instances se caractérisent par leur composition pluraliste et tripartite, réunissant des représentants des collectivités territoriales (majoritaires, garantissant la légitimité démocratique), des agents de l'État, et des acteurs socio-économiques et environnementaux (usagers, associations, professionnels). Initialement d'initiative locale, leur statut a été renforcé par la loi sur l'eau de 2006, qui a conféré aux Comités de bassin le pouvoir de les rendre obligatoires en cas de carence de l'initiative collective dans des zones confrontées à des problèmes de gestion. Elles s'inscrivent ainsi dans un système de gouvernance hiérarchisé structuré autour des Agences et Comités de bassin, dont elles sont l'échelon opérationnel privilégié pour l'élaboration et le suivi du Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux (SAGE).

⁴⁰ Créé en 2010 par Eau de Paris lors de la remunicipalisation, il est un instrument de gouvernance participative inscrit à l'article L. 2224-7 du CGCT. Il produit des rapports annuels, organise des débats publics et publie des données ouvertes sur qualité/prix de l'eau.

⁴¹ P. LASCOUMES, J-P. LE BOURHIS, « Le bien commun comme construit territorial. Identités d'action et procédures », *Politix*, 1998, vol. 11, n°42, pp. 37-66.

⁴² S. ALLAIN, « Négocier l'eau comme un bien commun à travers la planification concertée de bassin », *Natures Sciences Sociétés*, vol. 20, 2012, pp. 52-65.

⁴³ B. CORIAT, *Le retour des communs*, op. cit., p. 128

⁴⁴ E. LOBINA, V. WEGHMANN, K. NICKE, « Water remunicipalisation in Paris, France and Berlin, Germany », PSIRU Report, University of Greenwich, mars 2021, pp. 7-45

⁴⁵ E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit.

⁴⁶ B. BARRAQUE, « La gestion de l'eau comme bien commun et sa difficile application en France », *Revue de l'Administration Territoriale de l'Etat*, 2021, p. 79.

Cette situation révèle une inadéquation entre la légitimité démocratique des sujets élus et la volonté d'auto-organisation des usagers. La mise en place de ces instances fait face au dilemme de la gouvernabilité : soit elles s'alignent trop étroitement sur l'agenda des exécutifs, confirmant le risque d'instrumentalisation, soit elles affirment une autonomie telle qu'elles risquent de rendre impuissante la sphère politique en affaiblissant les sujets légitimement élus qui détiennent la prérogative d'orienter les politiques publiques. Le défi réside dès lors dans le renforcement démocratique de ces cadres, notamment via une meilleure articulation avec les filières externes et l'intégration d'une participation citoyenne directe.

L'enjeu dépasse la seule légitimité présente : l'échec de la co-construction aujourd'hui est une menace directe contre le principe d'équité intergénérationnelle⁴⁷. L'impuissance participative conduit les autorités à privilégier des solutions technocratiques qui, tout en garantissant la performance immédiate, engagent lourdement le financement et les ressources des générations futures sans délibération véritable sur les alternatives de sobriété et de protection à la source.

Ce paradoxe trouve une illustration flagrante dans l'expérience du Débat Public de 2023⁴⁸ sur l'eau potable en Île-de-France (organisé par le SEDIF). Confrontée à l'obligation de s'adapter aux normes européennes sur les micro-polluants⁴⁹, l'autorité s'est engagée dans un processus de consultation publique pour valider un projet d'investissement de grande ampleur (nanofiltration à 890 millions d'euros). Ce débat a mis en lumière l'asymétrie informative massive entre experts et citoyens, ces derniers percevant l'eau potable comme un droit acquis plutôt qu'un produit industriel. Bien que le processus ait tenté de combler ce déficit par des outils de médiation sophistiqués, le débat s'est focalisé sur la technologie proposée plutôt que sur l'opportunité d'une politique de réduction des consommations ou des pollutions à la source. En acceptant de mettre en place des organismes de contrôle inspirés des Commissions Locales d'Information et en s'engageant sur la protection de la ressource, le SEDIF semble valider l'exigence de gouvernance. Néanmoins, l'exemple révèle que la démocratie délibérative est avant tout mobilisée pour légitimer un choix technocratique et capitalistique face au principe de précaution, le véritable impact des citoyens restant subordonné à la volonté finale des institutions et des opérateurs. En effet, si la rénovation contractuelle et la régie renforcent la maîtrise publique sur les objectifs de performance, elles illustrent toutefois un paradoxe structurel : l'impératif de contrôle technique y supplante la participation effective, laissant l'exigence de co-construction largement inaboutie.

En définitive, le modèle actuel révèle que la rénovation contractuelle, tout en renforçant la maîtrise publique des objectifs de performance, maintient une asymétrie

⁴⁷ V. notamment R. BIFULCO, A. D'ALOIA (dir.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Naples, Jovene, 2008 ; T. GROPPI, « Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, n°1, pp. 43-78.

⁴⁸ V., sur les limites de la légitimité conférée par les processus délibératifs, la réflexion de J.-M. FOURNIAU, « La légitimité limitée du « grand débat national » », in J.-M. FOURNIAU, L. BLONDIAUX, D. BOURG, M. COHENDET (dir.), *La démocratie écologique. Une pensée indisciplinée*, Paris, Hermann, 2022, pp. 271-291

⁴⁹ Directive (UE) 2020/2184 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine.

fondamentale : il privilégie les choix technocratiques et financiers, entravant l'effectivité de la participation et menaçant l'équité intergénérationnelle. Ce diagnostic d'une gouvernance à deux vitesses - contrôle renforcé vs. co-construction inaboutie - acquiert une acuité particulière lorsqu'on le confronte au secteur le plus consommateur et le plus structurant pour l'équilibre hydrique du pays : l'agriculture. Si, dans le domaine de l'eau potable, la question est celle de la légitimation du coût et de la technologie, l'application de ces mêmes impératifs de durabilité et d'efficacité à l'espace agricole soulève l'enjeu direct de la limitation des prélèvements et du renouvellement des instruments de gestion des usages. Dès lors, une question s'impose : ces instruments renouvelés, souvent contractuels (contrats territoriaux, plans de sobriété), constituent-ils de véritables leviers de durabilité ou ne font-ils que perpétuer la tension entre contrôle et participation qui caractérise la régie publique ?

II. La gestion de l'eau agricole à l'aune des biens communs : un instrument de gestion renouvelée ?

Nous avons démontré que la remunicipalisation, malgré sa forte résonance symbolique de bien commun, se heurte aux apories d'une gouvernance technocratique qui tend à éclipser l'exigence de co-construction citoyenne. Cette tension est au cœur de notre problématique générale : la réorganisation publique ne risque-t-elle pas d'être inadaptée à la conciliation des usages présentistes et de la planification future ?

Pour vérifier l'opérabilité du modèle des communs au-delà de la sphère de l'eau potable, il est impératif d'analyser son extension au secteur le plus structurant pour l'équilibre hydrique national : l'agriculture. L'application des logiques de durabilité et d'efficacité à l'espace agricole soulève l'enjeu direct de la limitation des prélèvements et de l'arbitrage entre usages concurrents, cristallisant les plus vifs conflits d'usage.

L'hypothèse est que les instruments renouvelés, souvent contractuels (notamment les Projets de territoire pour la gestion de l'eau - PTGE - ou les plans de sobriété), constituent un espace ambigu qui transpose, plutôt que de résoudre, les tensions de contrôle et de participation précédemment identifiées. Nous analyserons d'abord l'extension des instruments négociés au secteur agricole (A), en examinant comment les Contrats Territoriaux s'articulent avec l'impératif de sobriété. Nous étudierons ensuite la question de la captation fonctionnelle du commun (B), en démontrant que la faiblesse de l'arbitrage public face aux usages agricoles majoritaires révèle les limites structurelles de la co-décision et menace l'équité intergénérationnelle.

A. L'extension des instruments négociés au secteur agricole : le modèle de gestion territoriale à l'épreuve de la durabilité

L'utilisation de la ressource hydrique dans le secteur agricole et agroalimentaire est intrinsèquement problématique : l'eau y est à la fois un intrant technique essentiel à la production et une ressource naturelle finie à partager avec d'autres usages prioritaires (eau potable, maintien des écosystèmes). La gestion des conflits d'usages⁵⁰ cristallise ainsi les tensions territoriales, particulièrement en période d'étiage. Ce phénomène de

⁵⁰ B. CAMOUS, M. BOLLECKER, « Crises de l'eau : comment gérer les conflits d'usage ? », *The Conversation*, 19 juin 2025 (en ligne).

tension interroge la capacité de l'autorité publique à sanctuariser l'effectivité des usages prioritaires – notamment l'accès à l'eau potable - et la préservation des milieux, et à assumer l'impératif de la solidarité intergénérationnelle quant à la pérennité des ressources. Ces obligations normatives se heurtent à la prégnance d'une vision du droit de l'eau historiquement anthropocentrée⁵¹ - dominante en France comme dans la majorité des ordres juridiques européens - qui, en privilégiant la logique d'usage économique et de prélèvement, rend la conciliation des usages présentistes et la protection de la ressource particulièrement complexe. Les collectivités locales interviennent désormais en tant que régulateurs territoriaux, élaborant des plans d'allocation de la ressource et instaurant des restrictions. Ce faisant, elles concilient résilience climatique et maintien de l'activité agricole.

À l'échelle locale, la loi privilégie l'approche contractuelle et négociée. Les Projets de territoire pour la gestion de l'eau (PTGE) illustrent cette orientation comme dispositifs de *soft law* territorialisée⁵². Cette dynamique s'inscrit dans un mouvement plus large de contractualisation de l'action publique environnementale, visant à pallier les limites des instruments de *command and control* et à favoriser une appropriation locale des objectifs de gestion équilibrée de la ressource⁵³. Or, l'efficacité de cette négociation repose sur l'intégration des impératifs d'efficacité technique et de durabilité. L'agronomie montre que la réduction des gaspillages et l'amélioration de l'irrigation⁵⁴ - au détriment des méthodes traditionnelles comme l'aspersion ou la submersion - stabilisent la production agricole.

Cette dynamique d'amélioration de l'efficacité technique est fortement encadrée par le droit européen, qui instrumentalise la Politique Agricole Commune⁵⁵ pour orienter les pratiques. Les éco-régimes et les interventions spécifiques pour le développement rural prévus par le Règlement 2021/2115⁵⁶ conditionnent ainsi une partie des aides publiques à l'adoption de techniques d'irrigation plus sobres et de méthodes agro-écologiques. Cette ingénierie politique est indissociable d'une métrologie de la durabilité qui fournit les indicateurs nécessaires à la justification de l'action publique. L'empreinte hydrique (eau bleue, verte, grise)⁵⁷ sert à cet égard d'outil technique pour évaluer la pression environnementale des filières agricoles, déplaçant l'objet de l'évaluation de la simple quantité d'eau utilisée vers la qualité de l'usage et sa durabilité relative.

Toutefois, la participation des acteurs agricoles demeure le plus souvent consultative. L'examen des dispositifs comme les organismes de gestion collective des eaux d'irrigation (associations syndicales autorisées, syndicats d'irrigation) et les PTGE

⁵¹ C. DAGOT, « Vers un droit européen à l'eau ? Premices d'une conciliation entre intérêt général et environnemental », *Revue juridique de l'environnement*, 2019, p. 565.

⁵² J.B. AUBY, *La contractualisation de l'action publique*, *op. cit.*, pp. 145-160.

⁵³ V. notamment R. BARBIER, W. CRISTOPHE, « Déclin et résistance des syndicats d'eau potable. Une analyse des effets ambivalents de la réforme territoriale de 2015 », *Revue française de l'administration publique*, n°172, 2019, pp. 952-968.

⁵⁴ Pour une réflexion approfondie sur le thème, v. E. BORGOMEIO, *Oro blu. Storie di acqua e cambiamento climatico*, Rome-Bari, Laterza, 2020.

⁵⁵ PAC 2023-2027.

⁵⁶ Art. 7 du règlement 2021/2115.

⁵⁷ A. Y. HOEKSTRA, A. K. CHAPAGAIN, *Globalization of Water: Sharing the Planet's Freshwater Resources*, Hoboken, Blackwell Publishing, 2008, pp. 31-50.

révèle un positionnement des usagers aux échelons les plus bas de la délibération. Conformément à l'« échelle de participation » décrite par Florent Masson⁵⁸, l'implication des agriculteurs s'apparente fréquemment à de la simple consultation ou de l'information, s'éloignant des niveaux supérieurs de la co-gestion et de l'autodétermination qui sont pourtant des piliers de la théorie des communs. Les décisions clés relatives à la planification stratégique des volumes et des infrastructures restent majoritairement entre les mains des élus et des experts techniques (Agences de l'eau, services de l'État), tandis que la cogestion et l'autodétermination demeurent marginales, y compris dans les territoires ruraux. Ce déficit participatif fragilise *ab initio* la légitimité des objectifs de réduction des prélèvements et crée une dichotomie systémique : d'une part, les orientations de planification générale (SDAGE, SAGE) définissent la vision de long terme et les plafonds globaux ; d'autre part, les modalités d'allocation de la ressource au niveau local (PTGE, arrêtés de police) se contentent d'organiser l'usage présentiste dans un cadre de *soft law* négociée, sans remettre en cause la structure des droits d'usage.

Ce recours massif à l'ingénierie technique et contractuelle révèle une tension profonde. D'un côté, des solutions comme le réemploi des eaux usées épurées pour l'irrigation⁵⁹ libèrent des eaux douces pour d'autres usages, alignées sur l'Agenda ONU 2030⁶⁰. L'efficacité technique apparaît ainsi comme un véritable levier de l'action publique. De l'autre, cette efficacité ne se traduit pas nécessairement par une gouvernance partagée : la participation des acteurs agricoles - à travers les organismes de gestion collective ou les syndicats de rivière - demeure essentiellement consultative, tandis que les décisions clés relatives aux volumes et aux infrastructures restent concentrées entre les mains des élus et des experts. Les autorisations de prélèvement, souvent reconduites en vertu de droits historiques et d'une logique économique présentiste, résistent structurellement aux injonctions de sobriété. Si la jurisprudence administrative commence à remettre en cause la pérennité de ces droits par l'invocation du principe de précaution et de la gestion équilibrée, cette remise en cause demeure casuistique. Héritiers d'une gestion orientée vers la seule fourniture, ces organismes montrent un potentiel d'élargissement vers l'efficacité. Pourtant, prévaut une logique administrative de police de l'eau et de droits d'usage acquis, où l'impératif d'efficacité supplante la sobriété écologique, c'est-à-dire l'acceptation de la rareté et du renoncement⁶¹. Ce décalage ouvre la voie à la critique développée *infra*, celle du risque de captation fonctionnelle du bien commun.

B. Du commun symbolique à la captation fonctionnelle : les limites de la co-décision

⁵⁸ F. MASSON, « La participation du public dans la gestion de l'eau : potentialités et limites du droit français », *Communication* au colloque « Eau bien commun : Les procès de résistance et libération entre Naples et Paris », Université de Naples Federico II, 1er juillet 2025, organisé par M. AURINO, A. LUCARELLI, T. PERROUD.

⁵⁹ Règlement 2020/741 relatif aux exigences minimales applicables à la réutilisation de l'eau

⁶⁰ ODD 6.3 : « D'ici à 2030, améliorer la qualité de l'eau en réduisant la pollution, en éliminant l'immersion de déchets et en réduisant au minimum les émissions de produits chimiques et de matières dangereuses, en diminuant de moitié la proportion d'eaux usées non traitées et en augmentant considérablement à l'échelle mondiale le recyclage et la réutilisation sans danger de l'eau ».

⁶¹ S. MIRATE, « Il binomio acqua-agricoltura di fronte al cambiamento climatico: politiche regolatorie e soluzioni tecnico-giuridiche di resilienza », *Rivista quadrimestrale di scienze dell'amministrazione*, 2023, n°2, p. 12.

Ce contexte met en lumière la distinction cruciale entre le commun symbolique (l'affirmation du principe de gestion durable) et le commun matériel (la répartition effective des contraintes sur les usages). La remunicipalisation, analysée comme une réappropriation politique du paradigme du bien commun, a révélé une tension fondamentale entre l'affirmation normative et les modalités concrètes d'exercice du pouvoir public.

L'agriculture, secteur clé de la ressource hydrique, devient le test décisif de cette tension. L'inefficacité à concilier les usages présentistes et la planification future est avérée : la captation fonctionnelle du bien commun se matérialise lorsque les instruments négociés (notamment les projets de territoire pour la gestion de l'eau) échouent à garantir l'arbitrage public et se transforment en outils de légitimation *ex post* des usages majoritaires.

Cette dérive s'explique par la résistance des droits d'usages hérités du paradigme foncier traditionnel du droit privé. Les autorisations de prélèvement, souvent reconduites en vertu de droits historiques et d'une logique économique présentiste, résistent structurellement aux injonctions de sobriété. Si la jurisprudence administrative commence à remettre en cause la pérennité de ces droits par l'invocation du principe de précaution et de la gestion équilibrée, cette remise en cause demeure casuistique.

La faiblesse de l'arbitrage est amplifiée par une configuration hybride et déséquilibrée du pouvoir local⁶². Les collectivités rurales et intercommunales, bien que dépositaires des infrastructures hydrauliques (réseaux d'irrigation, retenues), demeurent dépendantes des expertises techniques des agences de l'eau et sensibles aux pressions des organisations professionnelles agricoles. Cette dépendance limite leur capacité à organiser des concertations réellement inclusives et pérennise la logique de l'offre au détriment de la régulation de la demande.

Ainsi, bien que l'eau ait acquis, dans certains discours institutionnels et législatifs, le statut de bien commun, cette reconnaissance n'a pas entraîné une véritable redistribution du pouvoir décisionnel. La participation des acteurs agricoles aux dispositifs de gouvernance - qu'il s'agisse des organismes de gestion collective, des syndicats de rivière ou des établissements publics territoriaux de bassin - demeure en grande partie d'ordre consultatif. L'absence d'un ancrage juridique clair du principe de co-décision, notamment en matière de répartition volumétrique et de définition des usages prioritaires, confère au « commun » une portée essentiellement déclaratoire. Cette configuration contribue à maintenir un modèle technocratique de gestion, où la rationalité administrative et la continuité des politiques patrimoniales prévalent sur les exigences de durabilité et d'équité intergénérationnelle⁶³, compromettant ainsi la mise en œuvre effective d'une souveraineté écologique partagée.

La remunicipalisation de l'eau, analysée comme une réappropriation politique du paradigme du bien commun, a révélé une tension fondamentale entre l'affirmation

⁶² A. MAZE, *La mise en œuvre locale du droit de l'eau : de la diffusion à l'appropriation de la norme* (Thèse de doctorat en Droit Public, Université d'Angers, 2012), pp. 230-250.

⁶³ M. FERRATON, F. HOBLEA, « La participation citoyenne au prisme de la gestion de l'eau. Quel rôle et quelle place pour les Parcs naturels régionaux français ? », *VertigO*, vol. 17, 2017, n° 2.

normative du principe et les modalités d'exercice du pouvoir public. L'urgence de l'adaptation au changement climatique exigeait une réponse de rupture, mais notre étude démontre que l'action publique, bien que renouvelée, peine encore à s'affranchir de ses schémas technocratiques et patrimoniaux traditionnels.

La réponse à notre problématique est nécessairement nuancée. Si la municipalisation constitue incontestablement un levier majeur pour affirmer la primauté de l'intérêt général, elle s'est majoritairement confinée à une réorganisation technocratique centrée sur la performance du service, au détriment de sa dimension démocratique. Le déficit de co-construction citoyenne, examiné dans la gestion de l'eau potable, a maintenu l'idéal du commun à un niveau largement symbolique. L'application de ce modèle au secteur agricole a confirmé que le modèle de gestion territoriale, centré sur les instruments négociés, échoue à concilier efficacement les usages présentistes et la planification future. Les autorisations de prélèvement, héritées d'une vision anthropocentrée du droit et du paradigme foncier traditionnel, résistent structurellement aux injonctions de sobriété. Le risque est ainsi avéré : faute d'une véritable redistribution du pouvoir de décision, les dispositifs de *soft law* locaux risquent la captation fonctionnelle du bien commun, légitimant *ex post* les usages majoritaires au détriment de l'impératif écologique.

En définitive, le bien commun n'est pas une simple qualification juridique, mais une exigence de méthode et de gouvernance dont la traduction concrète appelle une double transition normative. La première consiste à intégrer les impératifs de l'Agenda ONU 2030 (Objectif 6), visant l'amélioration de l'efficacité, la gestion intégrée et la protection des écosystèmes aquatiques, dans la réalité administrative territoriale. Cela signifie repenser la gestion de la ressource en termes unitaires et éco soutenables, exigeant de dépasser la logique patrimoniale pour placer la sobriété au cœur de l'allocation des volumes, y compris en interrogeant la pérennité des droits de prélèvement. Si « le droit à l'eau résiste à la propriété exclusive »⁶⁴, cette résistance doit être désormais traduite en une rupture effective avec l'héritage du droit privé.

La seconde transition est celle qui doit mener la gouvernance de l'eau d'une simple consultation vers une co-décision effective. L'approfondissement du principe de participation est indispensable : une approche plus exigeante suppose d'associer pleinement les communautés locales et les organismes de gestion collective, comme les consorts d'irrigation, aux choix concernant les priorités et les renoncements nécessaires. Il ne s'agit pas de nier les droits individuels, mais de dépasser une conception de l'appropriation fondée sur des sphères exclusives de contrôle, pour aller vers une coproduction des règles et une responsabilité réellement partagée.

Ce n'est qu'en opérant cette double rupture méthodologique et normative que le droit de l'eau pourra ériger la gestion de la rareté en un véritable instrument de justice. À l'heure où l'eau dicte les termes de notre survie écologique et économique, l'échec de cette transition condamnerait l'autorité publique à une impuissance face aux défis climatiques, rendant ainsi vaine la prétention à léguer aux générations futures un monde où les droits fondamentaux ne seraient pas déjà hypothéqués par l'égoïsme du présent.

⁶⁴ F. MASSON, « *A river runs through it* : (re)penser la propriété à partir du droit de l'eau », in T. BOCCON-GIBOD, T. PERROUD, *Les communs sans tragédie*, Paris, Hermann, 2024, p. 206.

Actes du séminaire doctoral sur l'éco-conditionnalité

L'éco-conditionnalité : un instrument encore perfectible au service de la protection de l'environnement

Par Sara BRIMO,
Professeur de droit public,
Université Paris-Panthéon-Assas.

À l'heure où les mécanismes contraignants de protection de l'environnement sont, de toute part, remis en cause, voir de jeunes chercheurs se saisir, lors du séminaire doctoral du 5 mai 2025 organisé à l'Université Paris-Panthéon-Assas dans le cadre de la Chaire Ose-Ajir, de la manière dont les droits interne et supranationaux appréhendent l'éco-conditionnalité est assez réjouissant. Que Rafail Zorzos et Ackiel Boudinar-Zabateta, qui ont porté l'idée de ce projet, soient donc ici chaleureusement remerciés, tout comme doivent l'être Camille Bertaux, Salomé Cohen et Grégory Cathalan qui ont, chacun, accepté d'apporter leur regard précieux sur ce concept difficilement appréciable (I.), aux origines multiples (II.) et aux limites encore nombreuses (III.).

I. Un concept difficilement saisissable

De prime abord, l'éco-conditionnalité n'est en effet pas un sujet aisé à déchiffrer. Pour y parvenir, la conditionnalité doit, d'abord, nous arrêter. Instrument complémentaire de la taxation dans la théorie classique du droit fiscal, ce sont les spécialistes de finances publiques qui se sont, les premiers, emparés de la notion pour considérer que la conditionnalité recouvre toutes les mesures incitatives par lesquelles on cherche à modifier le comportement d'un acteur en liant l'octroi d'un avantage particulier à la réalisation de critères prédéfinis.

Partant, on comprend donc aisément que l'éco-conditionnalité consiste, quant à elle, à lier le versement d'une aide, d'un bonus, d'une subvention au respect de critères environnementaux ou, à tout le moins, de critères relatifs à la transition écologique. Pour le dire plus simplement : des entreprises, des associations, des collectivités, des organismes publics, des citoyens pourront prétendre à l'octroi d'aides financières (aides directes, crédit d'impôt, etc.) à la condition de réaliser des actions précises en faveur de la protection de l'environnement.

Une fois cette définition posée, il convient de se demander pourquoi l'éco-conditionnalité est progressivement devenue le mantra de nombreuses politiques publiques, dès qu'il est question de dépenser de l'argent public ou d'en reverser ? La raison est simple : la fiscalité environnementale, qui affecte positivement ou négativement des produits ou services ayant un effet sur l'environnement, demeure assez mal perçue dans notre pays, et plus largement au sein de l'Union européenne. On a pu le constater avec le mouvement des Gilets Jaunes, en 2018, à la suite de l'instauration de la taxe carbone et avec le mouvement des Bonnets Rouges, lors du projet d'introduction d'une écotaxe sur les poids-lourds, quelques mois plus tard. On le constate encore aujourd'hui avec certaines prises de position des syndicats agricoles en matière de politique agricole commune. En outre, alors que les prélèvements obligatoires représentent aujourd'hui plus de 40 % du produit intérieur brut, le

Parlement dispose de peu de leviers pour établir de nouveaux impôts directs, même présentés comme indispensables pour respecter nos obligations conventionnelles liées notamment à l'Accord de Paris.

Plus encore que de dépasser la question de l'acceptabilité sociale de la fiscalité environnementale, les subventions publiques conditionnées à des critères environnementaux permettent d'accompagner les entreprises et les particuliers dans leurs efforts de réduction des émissions de gaz à effet de serre, plutôt que de leur imposer. Avec la conditionnalité des aides, l'action de l'État devient donc incitative plutôt que répressive. Ceci s'inscrit évidemment dans un mouvement plus large de recherche d'adhésion sociale ; dans une logique post-moderne où l'on tend à davantage contractualiser les finalités de l'intérêt général. D'ailleurs, il convient de remarquer que l'éco-conditionnalité est souvent mobilisée à travers des outils de planification. On la promeut également et notamment par l'appel au nudge. Ce qui nous conduit à nous interroger sur les origines du phénomène.

II. Un concept aux origines multiples

C'est le droit de l'Union européenne qui a, le premier¹, mobilisé des mécanismes de conditionnalité environnementale, dans la politique agricole commune – la PAC (à propos notamment de la protection de zones humides, de la rotation des cultures, etc...). En France, c'est en 2014 que la notion apparaît pour la première fois dans un décret qui conditionne les aides publiques à la rénovation énergétique au recours à des entreprises de travaux labellisées, entreprises « Reconnues Garantées de l'Environnement (RGE) ». Depuis, l'éco-conditionnalité a essaimé dans tous les secteurs d'activités, et pas seulement ceux de l'agriculture ou du bâtiment.

Elle est désormais partout présente, tant dans le cadre des achats publics que dans celui des achats privés ; songeons, évidemment, au bonus écologique pour l'achat de véhicules électriques... Il est remarquable de constater que l'éco-conditionnalité est un concept également mobilisé dans des secteurs qui ignoraient jusqu'à présent la question de la transition écologique. À cet égard, le ministère de la Culture, par exemple, a récemment adopté un guide pour la transition écologique du secteur culturel² qui constate que la part de la culture dans le bilan des émissions de gaz à effet de serre de la France est très faible : 2 % soit 12 millions de tonnes équivalent CO₂ (tCO₂e). Mais pour inciter le secteur à faire encore mieux : depuis le 1er janvier 2024, les aides à la production accordées par le Centre national de la cinématographie (CNC) sont soumises³, à une mesure d'éco-conditionnalité qui impose aux bénéficiaires des aides de remettre un bilan des émissions carbone engendrées par la production de leurs œuvres. On le comprend : tous les secteurs sont donc désormais concernés par une mesure d'éco-conditionnalité, tant au niveau européen, que national mais également au niveau des collectivités locales dans le cadre de la commande publique ; certaines étant même pionnières en la matière⁴. Les raisons d'un tel succès méritent en conséquence d'être questionnées.

¹ H. DELZANGLES, F. FINES (Dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, 190 p.

² MINISTÈRE DE LA CULTURE, *Transition écologique de la culture* ; Guide d'orientation et d'inspiration, déc. 2023, 64 p.

³ Article 122-18 du Code du cinéma.

⁴ La Région Nouvelle Aquitaine a, par exemple, dès 2023, subordonné la délivrance de ses aides publiques à des critères environnementaux, économiques et sociaux.

III. Quels avantages et quelles limites au recours désormais banal à l'éco-conditionnalité ?

Recourir à des mécanismes de fiscalité environnementale incitative revêt un certain nombre d'intérêts. Deux méritent ici d'être évoqués. En premier lieu, on l'a souligné, l'éco-conditionnalité incite les acteurs à agir en faveur de la protection de l'environnement plutôt que de les contraindre. La figure de l'État s'en trouve adoucie, celle de protection de l'environnement sans doute également valorisée. En second lieu, l'éco-conditionnalité assoit la cohérence de l'action publique en matière de développement durable.

Concernant, maintenant, les limites du mécanisme. La première limite tient, à l'évidence, à la complexité de définir les bons critères de l'éco-conditionnalité. Ces derniers peuvent être extrêmement nombreux, allant de la gestion des déchets, à la gestion de l'eau, en passant par la performance énergétique des bâtiments et des processus de construction, à la réduction de l'usage de pesticides, la préservation de la biodiversité, l'intégration paysagère dans l'environnement ou la réduction de son empreinte carbone. La deuxième limite tient au fait qu'il faut prendre conscience, ce que les spécialistes de droit fiscal ont démontré, qu'il n'est pas envisageable de construire des mécanismes d'éco-conditionnalité similaires pour l'ensemble des entreprises ou l'ensemble des citoyens. Dans l'assiette d'imposition, la part accordée à la conditionnalité doit demeurer distincte selon que l'on est une très petite entreprise artisanale du bâtiment, par exemple, et une multinationale de l'agroalimentaire. Enfin, troisième et dernière limite qui mérite d'être interrogée ici : on peine encore à mesurer l'impact de l'éco-conditionnalité sur les comportements des acteurs économiques et donc l'intérêt réel du mécanisme à long terme. La réorientation des comportements des acteurs sur la base de considérations écologiques traduites en conditions fiscales, n'est pas facilement évaluable. Gageons que les travaux ici réunis apportent de premières réponses utiles...

L'éco-conditionnalité en droit climatique de l'Union européenne

Par Rafail. M. ZORZOS,
*Doctorant en droit public, Université Paris-Panthéon-Assas ;
 Boursier d'excellence de la Fondation Onassis.*

« L'Europe dispose de tous les atouts nécessaires pour être compétitive dans l'économie mondiale de demain, mais il est urgent de passer à la vitesse supérieure. Elle doit jouer de ses atouts et exploiter rapidement sa propre voie vers une croissance de la productivité fondée sur l'innovation, dans la perspective d'un avenir sans impact sur le climat »¹. C'est ainsi que s'achève la « boussole de l'UE pour regagner en compétitivité et garantir une prospérité durable », présentée par la Commission européenne en janvier 2025.

Si cette formule ravive la problématique de la conciliation entre politique de croissance et politique de protection de l'environnement et du climat, la notion de développement durable, consacrée à l'article 3, paragraphe 3, du TUE et à l'article 11 du TFUE, pourrait constituer une véritable bouée de sauvetage. Cette notion repose « sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement »². Cet impératif à triple dimension rassemble des composantes qui peuvent sembler contradictoires, voire constituer un oxymore³. L'Union européenne entend ainsi concilier, dans un même élan, les préoccupations économiques, sociales et environnementales.

Le principe d'intégration, consacré également dans l'article 11 TFUE, implique que non seulement les exigences de la protection de l'environnement doivent être prises en compte dans les autres « politiques et actions » de l'Union, mais encore celui-ci apparaît-il au premier rang des dispositions de principe des traités⁴. L'expression « politiques et actions » couvre l'ensemble des mesures, les encouragements, les régimes, sans se limiter aux « politiques » et « actions » explicitement désignées comme telles⁵. Le fait que toutes les mesures de l'Union doivent intégrer les exigences de protection de l'environnement n'implique pas pour autant qu'une mesure tenant compte de ces exigences relève nécessairement de l'action de l'Union en matière environnementale⁶.

¹ Commission européenne, 29 janvier 2025, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social committee and the Committee of the Regions, A Competitiveness Compass for the EU, COM(2025) 30 final, p. 26.

² Article 3, paragraphe 3, TFUE.

³ P. THIEFFRY, *Handbook of European Environmental Law*, Bruylant, 2018, p. 133.

⁴ P. THIEFFRY, « Conditionnalité environnementale et aides d'État », in H. DELZANGLES et F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, 2019, Bruylant, p. 119.

⁵ N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », *R.A.E.*, 2021, n° 4, p. 783 et not. p. 785.

⁶ CJUE, 24 novembre 1993, *Établissements Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL*, C-505/92, EU:C:1993:906, point 27.

Il n'est donc pas surprenant que l'outil de la conditionnalité environnementale suscite un intérêt doctrinal renouvelé dans divers domaines d'action de l'Union européenne⁷. Bien qu'il n'existe ni politique climatique autonome dans le cadre institutionnel de l'Union, ni base juridique spécifique pour l'intervention du législateur européen, et que le droit du climat constitue un volet du droit de l'environnement — ainsi que, conformément au principe d'intégration, de toutes les autres politiques et actions de l'Union⁸, il reste néanmoins possible d'isoler les conditionnalités visant explicitement la lutte contre le changement climatique.

La notion de conditionnalité pourrait être définie, d'une manière assez large, comme « le recours à des incitations en vue de modifier les politiques ou le comportement d'un État »⁹. Nous retiendrons cependant ici une définition plus restreinte, en y intégrant spécifiquement une dimension financière : le versement de prêts ou de soutiens non remboursables est subordonné au respect des conditions prévues par les textes du droit de l'Union. Il s'agit d'une logique du « money talks » : plutôt que d'imposer une contrainte juridique directe, l'Union privilégie une pression financière exercée par le biais de l'allocation des fonds¹⁰. La conditionnalité budgétaire constitue une pratique bien établie en droit de l'Union, s'étendant aussi bien à la protection des droits fondamentaux qu'aux mécanismes macroéconomiques¹¹. À titre d'exemple, une conditionnalité budgétaire climatique a été introduite dans les dispositions communes encadrant les fonds structurels pour la période 2021-2027¹².

De cette manière, la conditionnalité budgétaire (« spending conditionality ») désigne une exigence imposée par l'Union européenne à l'octroi de fonds de l'Union, visant à influencer le comportement des États membres ou des bénéficiaires finaux¹³. En adoptant une telle définition, le règlement Taxonomie¹⁴ se trouve exclu du champ de la conditionnalité. À l'origine de ce règlement résidait en effet l'idée que les financements publics, à eux seuls, ne suffiraient pas à atteindre les objectifs de durabilité : le recours à des fonds privés substantiels, en particulier issus du secteur financier, apparaissait également indispensable¹⁵. Ce règlement définit les activités

⁷ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Relance et respect de l'État de droit », in S. ADALID (dir.), *Le plan de relance européen et l'impératif de transition écologique et numérique*, 2025, Bruylant, p. 181 et not. p. 184.

⁸ P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, 2020, Bruylant, pp. 5-6.

⁹ C. RAPOPORT, « Apports et limites d'une conditionnalité enrichie pour le voisinage de l'Union européenne élargie », *Revue juridique de l'Ouest*, 2008, n° 1, p. 41 et not. p. 42.

¹⁰ F. MARTUCCI, « Conclusions », in S. ADALID (dir.), *Le plan de relance européen et l'impératif de transition écologique et numérique*, op. cit., p. 473 et not. p. 505.

¹¹ N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », art. préc., p. 787.

¹² Article 6 (« Objectifs en matière de climat et mécanisme d'adaptation au changement climatique ») et article 9, paragraphe 4, du règlement (UE) 2021/1060 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion, au Fonds pour une transition juste et au Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds « Asile, migration et intégration », au Fonds pour la sécurité intérieure et à l'instrument de soutien financier à la gestion des frontières et à la politique des visas.

¹³ V. VITÁ, « Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, n° 19, p. 116 et not. p. 122.

¹⁴ Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088. Sur ce règlement voir C. MALECKI, « The EU Taxonomy Regulation : giving a good name to sustainable investment », *Environmental Liability*, 2021, vol. 26, n° 4, p. 149.

¹⁵ A. SOTIROPOULOU, « L'investissement durable dans le droit de l'Union européenne », *R.A.E.*, 2022, n° 2, p. 247 et not. p. 248.

économiques durables « aux fins de la détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement »¹⁶. Selon l'article 3, une activité est considérée comme durable dès lors que quatre conditions cumulatives sont remplies. Parmi ces conditions la protection du climat joue un rôle prépondérant. L'atténuation du changement climatique est le seul objectif assorti d'un but précis¹⁷ : « contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C et à poursuivre l'action menée pour la limiter à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, comme le prévoit l'accord de Paris »¹⁸. En un mot, le règlement établit une « grammaire financière » commune¹⁹, destinée à orienter les bénéficiaires finaux dans leurs décisions d'investissement durable²⁰. Dès lors, si la classification d'un investissement comme « durable » peut apparaître comme une condition nécessaire pour orienter les fonds vers celui-ci, la nature privée de ces financements exclut le mécanisme de la taxonomie de la définition de la conditionnalité budgétaire.

En outre, si toute conditionnalité budgétaire implique l'existence d'une condition, toute condition n'emporte pas nécessairement une conditionnalité budgétaire. Un élément essentiel distingue une condition d'une conditionnalité budgétaire : le comportement prescrit par une conditionnalité budgétaire doit poursuivre un objectif politique qui va au-delà de l'objectif premier de l'acte en question²¹. Cette précision permet également d'exclure un autre mécanisme, qui, à première vue, pourrait sembler relever de la conditionnalité budgétaire climatique. Plus précisément, la directive 2003/87/CE établit un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (SEQUE) dans l'Union européenne²². La directive, tout en préservant la liberté de polluer des entreprises incluses dans le SEQUE, exige que leurs émissions soient compensées, l'année civile suivante, par la restitution d'un nombre suffisant de quotas²³. Le SEQUE favorise la transition vers une économie à faible intensité de carbone en attribuant un coût aux émissions : les entreprises préfèrent réduire leurs émissions plutôt que de payer le prix des quotas. Ainsi, le respect de la condition imposant la restitution d'un nombre de quotas équivalent aux émissions de gaz à effet de serre de l'année précédente constitue une incitation pour les entreprises à limiter leurs émissions²⁴. Toutefois, ce mécanisme ne saurait être qualifié

¹⁶ Règlement 2020/852, art. 1, paragraphe 1.

¹⁷ N. VANDER PUTTEN, « Defining the green to make environmental concerns heard in the EU? The legal consequences of the (unexpected) uses of the taxonomy », in D. DUEZ et C. RIZCALLAH (eds.), *Standing Up for the Voiceless? Exploring the EU's Capacity for Rights Protection*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, à paraître.

¹⁸ Article 2, paragraphe 5, du règlement 2020/852.

¹⁹ R. DEGRON, « La taxonomie verte, un outil financier au service de la transition écologique et adaptative », *Revue française de finances publiques*, 2024, n° 167, p. 145.

²⁰ Comme le soulignent Nicolas DE SADELEER et Gauthier MARTENS, aujourd'hui les entreprises polluantes tentent de convaincre tant les actionnaires que leurs clients du caractère durable de leur activité (N. DE SADELEER et G. MARTENS, « Entre incitant et contrainte : la régulation de l'entreprise dans le droit européen de l'environnement », *R.A.E.*, 2022, n° 3, p. 519 et not. p. 520).

²¹ V. VITÁ, « Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality », art. préc., p. 122.

²² Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil.

²³ C. CHENEVIÈRE-MESDAG, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, 2018, Bruylant, p. 433.

²⁴ S. E. WEISHAAR, K. HOLZER et B. LIU, « Incentivizing carbon transition – a comparison of carbon trading in the EU and China », in L. REINS et J. VERSCHUUREN (dir.), *Research Handbook on Climate Mitigation Law*, 2022, Elgar, p. 283 et not. p. 285.

de conditionnalité budgétaire climatique. D'une part, « ce système constitue la pièce centrale de la politique européenne de lutte contre les changements climatiques et c'est en son sein que les plus importantes réductions d'émissions de GES sont acquises »²⁵ : l'objectif climatique n'est donc pas un but secondaire, mais bien la finalité première du SEQE. D'autre part, il ne s'agit pas d'un mécanisme conditionnant l'octroi de fonds de l'Union, mais d'un système imposant des obligations financières aux entreprises.

La vision retenue ici conçoit la conditionnalité comme un mécanisme visant à modifier le comportement d'un État membre ou d'un individu en contrepartie de ressources financières de l'Union, sous réserve du retrait des fonds en cas de non-respect de la condition imposée²⁶. Il ne s'agit que de reprendre la définition donnée par la Cour de justice, selon laquelle un « mécanisme de conditionnalité » se caractérise par le fait qu'il « subordonne le bénéfice de financements issus du budget de l'Union au respect de certaines conditions »²⁷. Une lecture des deux mécanismes qui apparaissent comme les exemples les plus emblématiques — sans prétendre à l'exhaustivité²⁸ — de conditionnalité budgétaire climatique sera ainsi proposée. Le critère de distinction repose sur le caractère contraignant ou non de la condition posée. Tandis que le régime de versement des aides aux agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune repose sur une condition climatique dont le non-respect entraîne une sanction (I), l'exigence climatique dans le cadre de la facilité pour la reprise et la résilience (FRR), mise en place par le règlement du 12 février 2021²⁹, s'apparente davantage à un critère d'évaluation ou de justification des plans nationaux, sans constituer une condition transversale (II).

I. Une conditionnalité climatique directe dans la PAC

Dans le cadre de la politique agricole commune, l'octroi de certaines aides aux agriculteurs est subordonné au respect de conditions climatiques spécifiques. Ce mécanisme, qui répond pleinement aux critères de la conditionnalité budgétaire, apparaît comme un outil prometteur pour la protection du climat, d'autant plus si l'on considère que les 378 532,3 millions d'euros (en prix courants) alloués aux bénéficiaires de la PAC à compter du 1^{er} janvier 2021 représentent 31 % du budget total de l'Union³⁰ (A). Toutefois, la mise en œuvre de cette conditionnalité climatique a révélé qu'elle n'a pas, en pratique, permis d'atteindre les ambitions initiales en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (B).

²⁵ C. CHENEVIÈRE-MESDAG, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, op. cit., p. 433.

²⁶ V. VITÁ, « Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality », art. préc., p. 118.

²⁷ CJUE, 16 février 2022, C-156/21, *Hongrie / Parlement et Conseil*, EU:C:2022:97, point 122.

²⁸ Voir, à titre d'exemple, les conclusions du Conseil européen du 21 juillet 2020, EUCO 10/20, A21, selon lesquelles « [u]n objectif climatique global de 30 % s'appliquera au montant total des dépenses au titre du CFP et de Next Generation EU et se traduira par des objectifs appropriés dans la législation sectorielle ». En ce sens, Cour des comptes européenne, *Dépenses climatiques du budget 2014-2020 de l'UE*, 2022 : « Pour 2021-2027, la part du budget de l'UE à consacrer à l'action pour le climat a été portée à 30 % » (p. 4).

²⁹ Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, JOUE, L 57 du 18 février 2021, pp. 17-75.

³⁰ Parlement européen, « Fiches thématiques sur l'Union européenne, Financement de la Pac : faits et chiffres », <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/106/financement-de-la-pac-faits-et-chiffres>.

A. Une conditionnalité climatique prometteuse

Les différentes interventions et mesures relevant de la politique agricole commune sont financées par le Fonds européen agricole de garantie et le Fonds européen agricole pour le développement rural. Le premier finance notamment les paiements directs aux agriculteurs dans le cadre du plan stratégique relevant de la PAC. L'octroi de ces paiements est soumis au respect par les agriculteurs de normes de base en matière de changement climatique, instituant ainsi une conditionnalité climatique.

Les bases juridiques³¹ sur lesquelles reposent les règlements encadrant ces paiements directs n'entretiennent pas de lien direct avec la protection de l'environnement ou la lutte contre le changement climatique. Cela montre que la conditionnalité instaurée dépasse les objectifs initiaux de ces actes, centrés sur « les intérêts socio-économiques traditionnels de la PAC »³², tels que la sécurité des approvisionnements et la garantie de prix raisonnables pour les consommateurs. Le mécanisme de conditionnalité climatique vient enrichir ces objectifs en y intégrant une nouvelle finalité : « promouvoir une agriculture durable »³³, en mettant l'accent sur l'action climatique et en contribuant à la réalisation des objectifs climatiques de l'Union, notamment dans le cadre de ses engagements issus de l'accord de Paris³⁴. Le mécanisme s'inscrit ainsi parfaitement dans la définition de la conditionnalité budgétaire établie par le Tribunal de l'Union : la réalisation de certains jalons conditionne la libération des fonds de l'Union³⁵.

Plus spécifiquement, les États membres sont tenus d'intégrer dans leurs plans stratégiques relevant de la PAC un système de conditionnalité, en vertu duquel les bénéficiaires des paiements directs doivent se conformer aux exigences réglementaires en matière de gestion (ERMG) prévues par le droit de l'Union, ainsi qu'aux normes relatives aux bonnes conditions agricoles et environnementales des terres (BCAE) définies dans lesdits plans stratégiques. Le premier domaine mentionné par les règlements, sur lequel doivent porter tant les ERMG que les BCAE, est celui du climat³⁶. L'article 70 de la directive 2021/2115, intitulé « Engagements en matière d'environnement et de climat et autres engagements en matière de gestion », prévoit clairement, d'une part, l'obligation pour les États membres d'inscrire dans leurs plans stratégiques des engagements en matière climatique, et, d'autre part, interdit aux États membres d'octroyer des paiements aux agriculteurs qui n'adoptent pas volontairement des engagements de gestion contribuant à la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs spécifiques énoncés à l'article 6, paragraphes 1 et 2. Parmi ces objectifs figure

³¹ Articles 42 et 43, paragraphe 2, pour le règlement 2021/2115 et 43, paragraphe 2, et 322, paragraphe 1, TFUE pour le règlement 2021/2116.

³² N. DE SADELEER et M. FAUCONNIER, « L'écoconditionnalité de la politique agricole commune mise à l'épreuve : entre productivisme et dérive environnementale », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2023, éd. Panthéon-Assas, p. 65 et not. p. 70.

³³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 juillet 2002, *Révision à mi-parcours de la politique agricole commune*, COM(2002) 394, p. 3.

³⁴ Règlement 2021/2015, art. 5, sous b).

³⁵ Tribunal, ord., 14 novembre 2024, T-116/23, *Medel e.a. / Commission*, EU:T:2024:832, point 51 et Tribunal, gr. ch., ord., 4 juin 2024, T-530/22 à T-533/22, *Association of European Administrative Judges / Conseil*, EU:T:2024:363, point 74. L'avocat général Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA se réfère explicitement à une « conditionnalité climatique et environnementale pour les paiements directs aux agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune » (concl. sur C-156/21, *Hongrie / Parlement et Conseil*, EU:C:2021:974, point 107).

³⁶ Règlement 2021/2115, art. 12, paragraphe 1, sous a). Voir aussi *ibid*, cons. 41 du préambule.

notamment la contribution à l'atténuation du changement climatique et à l'adaptation à ses effets, notamment par la réduction des émissions de gaz à effet de serre, le renforcement de la séquestration du carbone, ainsi que la promotion des énergies renouvelables.

Ce système de conditionnalité budgétaire climatique est devenu obligatoire en 2003³⁷. Désormais, tout manquement des bénéficiaires de paiements directs aux ERMG et aux BCAE entraîne l'application d'une sanction administrative. Les États membres ne disposent pas d'une marge de manœuvre, mais, comme le souligne l'avocate générale Eleanor Sharpston « [e]n vertu du système de conditionnalité, les États membres sont tenus d'imposer des sanctions prenant la forme d'une réduction ou d'une exclusion de l'aide »³⁸. Ainsi, la conditionnalité climatique dans le cadre de la PAC introduit un type de mécanisme de « carotte et bâton » (à la fois incitatif et punitif)³⁹, puisqu'en plus des sanctions prévues en cas de non-respect, les agriculteurs peuvent bénéficier d'une aide au revenu en participant volontairement à des programmes en faveur du climat, désignés sous le terme d'« éco-régimes »⁴⁰. En outre, il s'agit d'une conditionnalité *ex post*, dans la mesure où les agriculteurs bénéficiaires d'une aide doivent, après l'octroi des paiements, respecter plusieurs pratiques obligatoires favorables au climat et à l'environnement⁴¹.

B. Une conditionnalité climatique affaiblie

Le schéma habituel des conditionnalités budgétaires impose aux États de satisfaire à un certain nombre de conditions pour pouvoir accéder aux fonds européens⁴². Tel n'est cependant pas le cas pour la conditionnalité climatique dans le cadre de la PAC, où les sujets passifs de cette conditionnalité budgétaire sont des bénéficiaires privés, en l'occurrence les agriculteurs. S'agissant des sujets actifs, la Commission européenne ne détient pas le monopole du contrôle du respect des conditions imposées. Ce mécanisme se distingue par « son degré élevé de décentralisation », en ce qu'il appartient à chaque autorité nationale de définir, au niveau national ou régional, ses propres conditions agricoles et environnementales, en tenant compte des caractéristiques spécifiques des zones agricoles concernées⁴³. De cette manière, les mesures de conditionnalité budgétaire applicables aux Fonds agricoles sont mises en œuvre par les États membres – et non directement par l'Union européenne – sous la stricte supervision de la Commission européenne.

Or, comme cela a été exposé précédemment, les obligations auxquelles sont soumis les agriculteurs, bénéficiaires des paiements directs, sont celles définies par les

³⁷ N. DE SADELEER et M. FAUCONNIER, « L'écoconditionnalité de la politique agricole commune mise à l'épreuve : entre productivisme et dérive environnementale », art. préc., p. 71.

³⁸ E. SHARPSTON, concl. sur CJUE, 7 août 2018, C-435/17, *Argo Kalda Mardi talu*, EU:C:2018:410, point 45. Le règlement 2021/2116 consacre l'intégralité du Chapitre IV au « Système de contrôle et de sanctions administratives en matière de conditionnalité ».

³⁹ V. VITĂ, « Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality », art. préc., p. 132.

⁴⁰ Règlement 2021/2115, art. 31.

⁴¹ V. VITĂ, « Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality », art. préc., p. 132.

⁴² *Ibid.*, p. 123.

⁴³ N. DE SADELEER et M. FAUCONNIER, « L'écoconditionnalité de la politique agricole commune mise à l'épreuve : entre productivisme et dérive environnementale », art. préc., p. 82.

autorités nationales dans les plans stratégiques nationaux. Ces plans, élaborés par les États membres, « fixent les valeurs cibles, précisent les conditions des interventions et affectent les ressources financières, conformément aux objectifs spécifiques et aux besoins recensés »⁴⁴. Le législateur de l'Union souligne d'ailleurs que « les États membres bénéficient de la souplesse nécessaire pour préciser certaines définitions et conditions dans leurs plans stratégiques relevant de la PAC »⁴⁵. Compte tenu de la grande diversité des pratiques agricoles en Europe, cette subsidiarité renforcée a été perçue comme un moyen efficace de concilier les exigences environnementales avec les réalités concrètes du terrain⁴⁶. Étant donné que les plans doivent être approuvés par la Commission⁴⁷, ce mécanisme fait preuve d'une nature flexible et adaptable aux particularités du territoire de chaque État membre. Néanmoins, l'ampleur de la marge de manœuvre laissée aux États membres soulève d'importants défis quant à la mise en œuvre effective du mécanisme de sanctions. La responsabilité de vérifier le respect des normes imposées par les exploitants agricoles bénéficiaires des paiements verts incombe en effet aux autorités nationales. Or, des écarts significatifs dans l'application des sanctions entre les différents États membres ont déjà été constatés⁴⁸.

Par ailleurs, sous la pression des mobilisations d'agriculteurs, un affaiblissement important de la PAC a été constaté. Le Parlement et le Conseil ont en effet approuvé⁴⁹ la proposition de la Commission visant à réduire l'efficacité environnementale de plusieurs BCAE⁵⁰, y compris celles concernant la lutte contre le changement climatique. À titre d'exemple, certaines obligations de maintien des prairies permanentes sont désormais levées⁵¹. Pourtant, ces prairies jouent un rôle crucial dans la séquestration du CO₂ et, par conséquent, dans la lutte contre le réchauffement climatique. En adoptant ce nouveau règlement, l'Union européenne risque de compromettre ses avancées en matière de décarbonation et de restauration de la nature. Alors que les efforts devraient être intensifiés pour atteindre l'objectif de neutralité climatique d'ici 2050, tout recul rend l'atteinte de cette finalité encore plus difficile.

Qui plus est, l'efficacité de la conditionnalité budgétaire climatique est elle-même remise en question. Bien que l'éco-régime vise à encourager certaines pratiques d'adaptation, telles que l'aménagement d'infrastructures agroécologiques, la diversification des cultures ou le maintien de prairies permanentes, les résultats des

⁴⁴ Règlement 2021/2115, article premier.

⁴⁵ *Ibid.*, cons. 8 du préambule.

⁴⁶ N. DE SADELEER et M. FAUCONNIER, « L'écoconditionnalité de la politique agricole commune mise à l'épreuve : entre productivisme et dérive environnementale », art. préc., p. 82.

⁴⁷ Règlement 2021/2115, cons. 27 du préambule : « [Les États membres] devraient également mettre en œuvre leurs plans stratégiques relevant de la PAC tels qu'ils ont été approuvés par la Commission ». Voir à titre indicatif, S. FABRÉGAT, « PAC : la Commission européenne approuve le plan stratégique français révisé », *Actu environnement*, 22 avril 2025.

⁴⁸ N. DE SADELEER et M. FAUCONNIER, « L'écoconditionnalité de la politique agricole commune mise à l'épreuve : entre productivisme et dérive environnementale », art. préc., p. 82.

⁴⁹ Règlement (UE) 2024/1468 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 modifiant les règlements (UE) 2021/2115 et (UE) 2021/2116 en ce qui concerne les normes relatives aux bonnes conditions agricoles et environnementales, les programmes pour le climat, l'environnement et le bien-être animal, la modification des plans stratégiques relevant de la PAC, le réexamen des plans stratégiques relevant de la PAC et les exemptions des contrôles et des sanctions.

⁵⁰ A. ARAGÃO et J. MAKOWIAK, *La protection de la biodiversité et de la ressource en eau en Europe, Bilan de 10 années d'application des directives Natura 2000 et Eau*, 2024, Bruylant, p. 244.

⁵¹ D. MISONNE, « Chroniques. Droit du climat et de l'environnement », *Journal de droit européen*, 2024, vol. 6, n° 310, p. 299 et not. p. 304.

simulations indiquent que la quasi-totalité des exploitations agricoles françaises (99,9 %) atteignent au moins le niveau standard du système écologique sans nécessiter de modification de leurs pratiques actuelles, et que 84,9 % d'entre elles atteignent également le niveau supérieur sans changement de pratiques⁵². Dans son rapport sur l'Évaluation environnementale et climatique du plan stratégique de la PAC en France, l'Institut pour une politique européenne de l'environnement met en évidence que, dans l'ensemble, le plan stratégique français apparaît insuffisant pour induire les changements de systèmes et de pratiques agricoles nécessaires face à l'ampleur et à l'urgence de la crise climatique. Un décalage persiste entre les besoins identifiés et les interventions proposées. La majeure partie de l'aide de la France au titre de la PAC continue d'être allouée aux aides au revenu de base, lesquelles ne sont pas suffisamment conditionnées à l'adoption de pratiques agricoles durables. Globalement, la France n'a pas exploité la marge de flexibilité disponible pour renforcer de manière significative les exigences et le financement en faveur du climat⁵³. Ainsi, bien que le plan français, approuvé par la Commission européenne, illustre un mécanisme de conditionnalité climatique intelligent et prometteur, son manque d'ambition limite son efficacité en pratique.

II. Une conditionnalité climatique indirecte dans la Facilité pour la reprise et la résilience

La Facilité pour la reprise et la résilience (FRR) constitue le principal instrument mis en place pour permettre aux États membres de sortir plus forts et plus résilients de la crise du Covid-19. Toutefois, les fonds levés par la Commission européenne ne sont accessibles qu'à condition de respecter une conditionnalité climatique (A), dont l'efficacité pratique demeure sujette à discussion (B).

A. Une conditionnalité climatique ambitieuse

Dans le cadre de NextGenerationEU, la réponse économique de l'Union européenne à la crise du Covid-19, l'Union a adopté le règlement 2021/241⁵⁴ établissant la FRR. Ce règlement prévoit la distribution de 672,5 milliards d'euros (en prix de 2018), empruntés sur les marchés financiers par l'Union. Ces fonds sont alloués sous forme de subventions et de prêts afin de soutenir les plans nationaux élaborés par les États membres, lesquels prévoient des réformes et des investissements à réaliser au plus tard en 2026. Bien que la FRR soit présentée comme un instrument de relance temporaire dicté par l'urgence, la création de nouvelles ressources propres induit un changement structurel durable. Il en résulte une évolution de la perspective attachée à la constitution économique européenne : l'objectif ne serait plus uniquement celui d'une stabilité immuable, mais viserait désormais le bien-être des citoyens. Cela

⁵² M. LASSALAS, H. GUYOMARD, C. DETANG-DESSENDRE, V. CHATELLIER et P. DUPRAZ, « The implementation of the new Common Agricultural Policy in France will not be environmentally ambitious », *Journal of Environmental Planning and Management*, 2024, p. 13. Voir aussi Haut Conseil pour le Climat, « Accélérer la transition climatique avec un système alimentaire bas carbone, résilient et juste », février, 2024, p. 133.

⁵³ E. MIDLER et J. PAGNON, « Environment and climate assessment of France's CAP Strategic Plan, Policy report, Institute for European Environmental Policy (IEEP) », 2022, disponible sur <https://ieep.eu/publications/environment-and-climate-assessment-of-frances-cap-strategic-plan/>, p. 51.

⁵⁴ Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

implique aujourd'hui de savoir naviguer entre les courants dangereux de l'instabilité mondiale et de faire face aux risques environnementaux croissants⁵⁵.

Pour la première fois dans l'histoire de l'Union, une portion substantielle de son budget est soumise à une évaluation environnementale⁵⁶, et notamment climatique. Or, la base juridique du règlement établissant la FRR repose sur l'article 175, paragraphe 3, du TFUE, dont l'objectif principal demeure la cohésion économique, sociale et territoriale. Ainsi, subordonner la libération des fonds de l'Union au respect de critères climatiques revient à introduire une conditionnalité budgétaire climatique, dans la mesure où l'objectif de protection du climat apparaît comme une finalité dépassant les objectifs premiers du règlement. De cette manière, la FRR a été utilisée par les institutions européennes comme un levier stratégique afin d'encourager les États membres à s'engager dans une transition écologique⁵⁷.

Les plans nationaux financés par la FRR doivent servir six domaines d'action identifiés, dont l'un est la transition verte. Le pilier vert bénéficie d'une garantie d'affectation spécifique : les États membres doivent consacrer au moins 37 % de leurs dépenses à des objectifs d'atténuation ou d'adaptation au changement climatique⁵⁸. Le règlement classe l'atteinte de cet objectif de dépenses parmi les critères que la Commission doit évaluer avant d'approuver les plans nationaux⁵⁹. C'est cette obligation qui constitue le seul indice du caractère véritablement conditionnel de ce pourcentage⁶⁰. Elle instaure le principal levier préalable de la Commission : le règlement prévoit que, « lorsque le plan pour la reprise et la résilience ne répond pas de manière satisfaisante » à l'exigence de consacrer 37 % des dépenses à la transition verte, « aucune contribution financière n'est allouée à l'État membre concerné »⁶¹.

⁵⁵ S. CAFARO, « The Evolving Economic Constitution of the European Union: Eulogy to Stability? », in G. GRÉGOIRE et X. MINY (Eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe*, 2022, Brill Nijhoff, p. 487 et not. p. 504.

⁵⁶ N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », art. préc., p. 789.

⁵⁷ L. FROMONT, « La conditionnalité des financements octroyés par la Facilité pour la reprise et la résilience », *R.A.E.*, 2021, n° 4, p. 771 et not. p. 772.

⁵⁸ Règlement 2021/241, cons. 23 du préambule. En outre, conformément à l'article 16 du même règlement, au plus tard le 31 juillet 2022, la Commission doit présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport d'examen sur la mise en œuvre de la Facilité. Ce rapport doit notamment comporter une évaluation quantitative de la contribution des plans pour la reprise et la résilience à l'atteinte de l'objectif climatique, fixé à au moins 37 % des dépenses.

Tout en plus, l'art. 18, paragraphe 4, sous e), prévoit que le plan pour la reprise et la résilience doit être dûment motivé et justifié. Il doit contenir « une explication, sur le plan qualitatif, de la manière dont les mesures prévues dans le plan pour la reprise et la résilience sont censées contribuer à la transition verte, y compris la biodiversité, ou à relever les défis qui en découlent, et une explication quant à savoir si ces mesures représentent un montant qui équivaut à 37 % au moins de l'enveloppe totale ». De cette manière, le règlement impose que le pourcentage de dépenses attribuées constitue un élément de motivation dans l'élaboration des plans nationaux.

⁵⁹ Règlement 2021/241, art. 19, paragraphe 3, sous e) : « La Commission évalue la pertinence, l'efficacité, l'efficience et la cohérence du plan pour la reprise et la résilience et tient compte, à cet effet, [...] si le plan pour la reprise et la résilience contient des mesures qui contribuent efficacement à la transition verte, y compris la biodiversité, ou à relever les défis qui en découlent, et si ces mesures représentent un montant équivalant à au moins 37 % de l'enveloppe totale du plan pour la reprise et la résilience ».

⁶⁰ N. VANDER PUTTEN, « Objectifs de verdissement de la relance : les timides garanties d'une conditionnalité environnementale », in S. ADALID (dir.), *Le plan de relance européen et l'impératif de transition écologique et numérique*, op. cit., p. 103 et not. p. 107.

⁶¹ Règlement 2021/241, art. 20, paragraphe 4, sous c).

Cette dernière disposition pourrait néanmoins donner l'impression que, si l'objectif de consacrer 37 % des dépenses semblait initialement viser des mesures strictement liées à l'atténuation ou à l'adaptation au changement climatique, il tend finalement, au stade de l'évaluation des plans nationaux par la Commission, à se diluer dans un objectif plus large de transition verte. Pour identifier le contenu exact de cet objectif il faut examiner l'Annexe VI du règlement à laquelle renvoient les dispositions relatives à la motivation et l'évaluation des plans. Son titre est déjà indicatif : « Méthode de suivi de l'action pour le climat ». Pour les cent quatre-vingt-un domaines d'intervention inclus dans cette annexe, il est précisé qu'ils contribuent à hauteur de 0, 40 ou 100 % aux objectifs climatiques⁶². Selon Norman Vander Putten, ce système se distingue par un climatocentrisme, en ce qu'il réduit l'ensemble des enjeux environnementaux à la seule question climatique. Aux yeux de la FRR, le pilier de la transition verte se confond, ou presque, avec la transition climatique⁶³. « Le marquage vert est un marquage exclusivement climatique »⁶⁴.

Outre la conditionnalité positive imposant que le plan national comporte des réformes et investissements contribuant à la transition verte, la Commission doit également s'assurer que les mesures proposées ne causent pas un « préjudice important » aux objectifs environnementaux⁶⁵. Selon l'article 5, paragraphe 2, du règlement FRR, la FRR ne finance que les mesures respectant le principe de « ne pas causer de préjudice important » (Do No Significant Harm, DNSH). Ce principe renvoie au règlement sur la taxonomie des investissements durables, lequel considère un investissement comme durable uniquement s'il ne porte pas atteinte de manière significative à un ensemble d'objectifs environnementaux⁶⁶. Ce dernier identifie six hypothèses de préjudice environnemental⁶⁷, dont les deux premières portent sur le changement climatique : si l'activité entraîne d'importantes émissions de gaz à effet de serre, compromettant ainsi les efforts d'atténuation climatique ; ou si elle aggrave les effets du changement climatique sur les personnes, la nature ou les biens, portant atteinte à l'objectif d'adaptation. Ces critères étant alternatifs et non cumulatifs, le non-respect d'un seul d'entre eux suffit à exclure la mesure du financement européen.

La priorité accordée aux enjeux climatiques⁶⁸ se manifeste également par l'exclusion explicite de tout soutien aux énergies fossiles. Dans ses orientations relatives à l'application du principe de « ne pas causer de préjudice important », la Commission européenne souligne qu'une réforme susceptible d'accroître le financement des

⁶² Selon la Commission européenne, « Lorsqu'une mesure est suivie et assortie d'un coefficient de 100 %, car elle soutient les objectifs liés au changement climatique, le principe DNSH est considéré comme étant respecté pour l'objectif lié au changement climatique concerné (atténuation du changement climatique ou adaptation à celui-ci) » (Communication de la Commission, *Orientations techniques sur l'application du principe consistant « à ne pas causer de préjudice important » au titre du règlement établissant une facilité pour la reprise et la résilience*, 2021/C 58/01).

⁶³ N. VANDER PUTTEN, « Objectifs de verdissement de la relance : les timides garanties d'une conditionnalité environnementale », art. préc., p. 110.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Règlement 2021/241, art. 19, paragraphe 3, sous d).

⁶⁶ Règlement 2020/852, art. 3, sous b).

⁶⁷ *Ibid*, art. 17, paragraphe 1.

⁶⁸ L. GUILLOU-COLLIAT, « Le règlement établissant la facilité pour la reprise et la résilience comme instrument de la politique environnementale de l'Union européenne : Mythe ou réalité ? », in S. ADALID (dir.), *Le plan de relance européen et l'impératif de transition écologique et numérique*, op. cit., p. 81 et not. p. 90.

combustibles fossiles — par le biais d'établissements financiers publics — ou d'augmenter les subventions, explicites ou implicites, en leur faveur, pourrait être considérée comme portant un risque de préjudice important aux objectifs d'atténuation du changement climatique ainsi qu'à ceux de prévention et de réduction de la pollution⁶⁹.

Si la pertinence de ce mécanisme, qui conditionne pour la première fois la libération de fonds européens d'ampleur au respect d'une conditionnalité climatique, n'est pas remise en cause, son efficacité appelle néanmoins certaines précisions.

B. Un mécanisme à l'efficacité transformatrice limitée

La première difficulté tient à la nature même du mécanisme de conditionnalité. Comme cela a déjà été souligné, la condition climatique représente un objectif supplémentaire, venant s'ajouter à l'objectif principal. Le défi réside donc dans la conciliation de ces deux finalités : celle inhérente au mécanisme de la FRR, et celle imposée par la conditionnalité climatique. Le règlement établissant la FRR prévoit que « [L]es plans pour la reprise et la résilience devraient être cohérents avec les défis et priorités par pays pertinents recensés dans le cadre du Semestre européen ». Or, ce dernier constitue un exercice annuel de coordination des politiques économiques et sociales au sein de l'Union, reposant sur des priorités telles que la croissance durable, la création d'emplois, la stabilité macroéconomique et la soutenabilité des finances publiques. Dès lors, l'« imbrication matérielle »⁷⁰ de la FRR dans le Semestre européen lui ôte toute autonomie et en fait un instrument intégré au cœur du pilotage macroéconomique européen, le rendant « un volet central du semestre européen »⁷¹. La FRR devient ainsi un levier supplémentaire de coordination des politiques économiques nationales, où les priorités climatiques sont subordonnées aux logiques budgétaires⁷². Le caractère budgétaire prévaut ainsi sur la finalité climatique dans l'expression même de « conditionnalité climatique budgétaire ».

À l'instar du règlement relatif aux aides dans le cadre de la PAC, un nouveau règlement est venu modifier le règlement établissant la FRR, afin d'y introduire une dérogation explicite et « ciblée » au principe de « ne pas causer de préjudice important ». Dans un souci de « préserver les préoccupations immédiates de l'Union en matière de sécurité énergétique » et au regard de « l'objectif de diversification des approvisionnements énergétiques afin de ne plus dépendre des fournisseurs russes », ce texte autorise que les réformes et investissements inscrits dans les chapitres REPowerEU, destinés à renforcer les infrastructures et installations énergétiques face aux besoins urgents d'approvisionnement en gaz, puissent bénéficier d'un financement au titre de la FRR, même s'ils ne respectent pas le principe « ne pas causer de préjudice important ». Afin d'éviter un conflit avec la règle énoncée à l'article 5, paragraphe 2, du règlement FRR, selon laquelle « la Facilité ne finance que des mesures qui respectent le

⁶⁹ Commission européenne, Orientations techniques..., préc., point 3, note 10.

⁷⁰ S. DE LA ROSA, « Les plans pour la reprise et la résilience : instrument d'approfondissement de la coordination des politiques économiques nationales », *R.A.E.*, 2021, n° 4, p. 761 et not. p. 763.

⁷¹ *Ibid.*, p. 764.

⁷² L. GUILLOU-COLLIAT, « Le règlement établissant la facilité pour la reprise et la résilience comme instrument de la politique environnementale de l'Union européenne : Mythe ou réalité ? », art. préc., pp. 88-89.

principe consistant à ‘ne pas causer de préjudice important’ », le nouveau règlement a modifié cette disposition en y insérant une clause d’exception : des mesures ne respectant ce principe ne peuvent être financées « sauf disposition contraire dans le présent règlement »⁷³. Le législateur de l’Union a néanmoins tenté d’encadrer strictement cette dérogation : la mesure doit être proportionnée aux objectifs poursuivis, l’État membre doit démontrer les efforts mis en œuvre pour en limiter les effets préjudiciables, et la mesure ne doit pas compromettre la réalisation des objectifs climatiques de l’Union à l’horizon 2030 ni celui de la neutralité carbone à l’horizon 2050, sur la base d’une appréciation qualitative⁷⁴. Ainsi, sur le plan climatique, un exercice d’équilibre s’impose : la mesure financée par des fonds européens est, par nature, susceptible de contribuer aux émissions de gaz à effet de serre, et donc de causer un préjudice important au sens du principe DNSH. Toutefois, elle ne doit pas compromettre les objectifs climatiques de long terme de l’Union, notamment ceux fixés pour 2030 et 2050. L’équilibre délicat — voire paradoxal — à atteindre est manifeste.

En outre, le caractère contraignant de cette double conditionnalité climatique peut être mis en question. D’une part, l’objectif consistant à consacrer 37 % de l’enveloppe totale des dépenses à la transition climatique ne constitue qu’un critère d’évaluation parmi d’autres dans l’examen des plans nationaux. Autrement dit, aucune obligation juridique stricte ne pèse sur les États membres. Il s’agit davantage d’un « élément de motivation et d’évaluation des plans nationaux »⁷⁵ que d’un impératif normatif. D’autre part, le principe de « ne pas causer de préjudice important » souffre d’un manque de précision normative. À titre indicatif, une activité économique cause un préjudice important à l’atténuation du changement climatique, lorsqu’elle génère des émissions importantes de gaz à effet de serre⁷⁶. Cette « approche qualitative »⁷⁷ laisse, dans un premier temps, une large marge de manœuvre aux autorités nationales lors de l’élaboration des plans, mais surtout à la Commission européenne, qui en assure l’évaluation. C’est en effet à cette dernière qu’il revient d’apprécier si une activité « génère des émissions importantes de gaz à effet de serre ». Ce pouvoir discrétionnaire de la Commission éclaire la conclusion formulée par la Cour des comptes européenne, selon laquelle « la méthode appliquée pour déterminer le montant à payer pour une tranche bien précise manque de transparence, étant donné que ce montant est le résultat de négociations avec l’État membre concerné »⁷⁸. L’ambiguïté des standards juridiques ouvre la voie à des logiques de négociation, au détriment de la transparence. Ainsi, l’octroi des fonds européens ne découle plus mécaniquement du respect d’un ensemble clair de conditions, mais résulte d’un processus complexe, fondé sur des jalons et cibles parfois peu définis.

⁷³ Règlement 2021/241, art. 5, paragraphe 2.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 21 quater, paragraphe 6, sous c).

⁷⁵ N. VANDER PUTTEN, « Objectifs de verdissement de la relance : les timides garanties d’une conditionnalité environnementale », art. préc., p. 106.

⁷⁶ Règlement 2020/852, art. 17, paragraphe 1, sous a). De la même manière, une activité économique cause un préjudice important à l’adaptation au changement climatique, lorsqu’elle entraîne une augmentation des incidences négatives du climat actuel et de son évolution attendue sur elle-même ou sur la population, la nature ou les biens (*Ibid.*, art. 17, paragraphe 1, sous b)).

⁷⁷ N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l’amorce d’une conditionnalité environnementale », art. préc., p. 790.

⁷⁸ Cour de Comptes Européenne, « Évaluation des plans nationaux pour la reprise et la résilience par la Commission », 2022, rapport spécial 21, p. 55.

Finalement, la conditionnalité climatique instaurée par la FRR révèle une inefficacité manifeste dans sa mise en œuvre pratique. La comparaison des dépenses affectées aux objectifs climatiques d'un État membre à l'autre engendre parfois un « effet de distorsion »⁷⁹. Les États membres disposant de marges budgétaires plus importantes ont pu autofinancer en grande partie leur relance post-Covid, ce qui leur a permis de canaliser plus aisément les fonds européens de la FRR vers des objectifs climatiques, conformément aux exigences du règlement. À l'inverse, dans les États membres dont la reprise économique reposait principalement sur les fonds de la FRR, la contrainte exercée par la conditionnalité climatique a pu renforcer son efficacité réelle, en orientant les investissements vers les objectifs du règlement. Ainsi, les objectifs ne semblent pas « vraiment avoir d'importance pour les pays ayant des plans de relance plus importants, et la part des dépenses climatiques dans leur PNRR surestime la part réelle dans leurs plans de relance globaux »⁸⁰.

* * *

Conditionner la libération des fonds européens au respect des objectifs climatiques constitue sans doute un mécanisme juridique intelligent, en ce qu'il repose sur une logique incitative : des mesures poursuivant un objectif principal peuvent être financées par l'Union européenne lorsque des objectifs climatiques secondaires sont également satisfaits par les États membres. Cependant, l'efficacité de ce mécanisme dépend étroitement de sa capacité d'adaptation aux spécificités nationales. Nous ne souscrivons pas à l'idée selon laquelle « la transition écologique n'est plus prioritairement affaire des normes »⁸¹. Le droit ne peut se défaire de ses responsabilités : s'il dessine l'horizon, il lui revient également de tracer la voie pour y parvenir, en fixant les sanctions et incitations réellement opérantes dans la pratique.

L'existence de mécanismes peu effectifs ne dispense pas le législateur ni les décideurs publics de concevoir des normes plus contraignantes ou plus incitatives, propres à garantir l'atteinte des objectifs annoncés. Les deux exemples de conditionnalité climatique analysés dans cette contribution illustrent le potentiel de ce mécanisme budgétaire. Ils montrent que la conditionnalité climatique peut parfois fonctionner comme une simple rhétorique de conformité : des mesures qui auraient de toute manière été adoptées sont requalifiées pour justifier l'octroi de financements européens. La véritable question repose donc sur le degré d'efficacité de ce mécanisme en tant que déclencheur de transformation structurelle : peut-il vraiment impulser un nouveau modèle de gouvernance budgétaire, un nouveau paradigme climatique européen ?

⁷⁹ L. GUILLOUD-COLLIAT, « Le règlement établissant la facilité pour la reprise et la résilience comme instrument de la politique environnementale de l'Union européenne : Mythe ou réalité ? », art. préc., p. 100.

⁸⁰ P. BISCIARI, W. GELADE et W. MELYN, « Plans nationaux de relance et de résilience de la France et de ses principaux pays voisins », *Revue française d'économie*, 2021, n° 3, vol. XXXVI, p. 19 et not. p. 31.

⁸¹ X. DE LESQUEN, « Le droit et la transition », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2017, n° 69, p. 3 et not. p. 6.

Intégrer l'environnement hors de l'environnement : la diffusion de normes environnementales dans les politiques de l'UE par le prisme de l'éco-conditionnalité

Par Salomé COHEN,
Doctorante en droit public,
Université Paris-Panthéon-Assas.

La conditionnalité est un instrument au service d'une finalité. Elle ne constitue pas une fin en soi, mais bien un moyen par lequel d'autres objectifs sont poursuivis¹. C'est précisément dans cette logique que s'inscrit la conditionnalité environnementale, également désignée sous le terme d'éco-conditionnalité.

La conditionnalité environnementale a fait l'objet de plusieurs définitions, formulées selon des contextes différents². À titre d'exemple, Alain VANDERVORST la décrit comme « l'ensemble des mesures liées à la protection de l'environnement (finalité) qu'un prestataire considère comme nécessaire ou souhaitable (souplesse) au déclenchement (carotte) ou au maintien (bâton) d'une ou plusieurs de ses prestations »³. En droit européen, la conditionnalité désigne un mécanisme par lequel l'octroi d'un droit ou l'imposition de sanctions à un État est subordonné au respect de certaines exigences fixées par l'Union. Ce mécanisme s'exprime à travers divers supports, matérialisés par les différentes politiques sectorielles européennes. Dans ce cadre, la conditionnalité environnementale s'entend comme l'obligation de satisfaire à des critères environnementaux pour pouvoir prétendre à certains bénéfices ou, à l'inverse, éviter des mesures correctives. Cette conditionnalité est généralement qualifiée de conditionnalité de troisième génération⁴, aux côtés des conditionnalités de première et de deuxième générations, incarnées respectivement par la conditionnalité économique, initialement mise en œuvre par les organisations financières internationales, et la conditionnalité politique⁵.

Les préoccupations environnementales, d'abord périphériques, ont progressivement gagné en importance jusqu'à devenir de véritables critères d'attribution

¹ O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2019, p. 6. Également cité par cet auteur: O. STOKKE (ed.), *Aid and Political Conditionality*, Londres, Routledge, 1995, 417 p.

² v. spéc. M. SALL, « La conditionnalité écologique : enjeux, forces et limites d'une nouvelle coopération normative », *Afrique 2000 : Revue africaine de politique internationale*, 1996, n°24, 26 p. ; M. HABRAN, *Politique agricole commune. Analyse transversale de la conditionnalité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 125 p. ; F. FINES, « Quelle conditionnalité environnementale dans les relations économiques internationales de l'Union européenne », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 149.

³ A. VANDERVORST, *La conditionnalité écologique dans les organisations financières internationales*, Thèses, Rouen, 1999, p. 6.

⁴ *ibid.*, p. 1.

⁵ v. O. STOKKE, « Aid and Political Conditionality: Core Issues and State of the Art », in O. STOKKE (ed.), *Aid and Political Conditionality*, Londres, Routledge, 1995, pp. 1-87 ; G. CRAWFORD, « Foreign aid and political conditionality: Issues of effectiveness and consistency », *Democratization*, 1997, vol. 4, n°3, pp. 69-108 ; J. K. BOYCE, « Aid Conditionality as a Tool for Peacebuilding: Opportunities and Constraints », *Development and Change*, 2002, vol. 33, n°5, pp. 1036-1037 ; S. DELLEPIANE, J. FAUST, N. MOLENAERS, « Political Conditionality and Foreign Aid », *World Development*, 2015, vol. 75, pp. 2-12 ; S. KOCH, « A Typology of Political Conditionality beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union », *World Development*, 2015, vol. 75, p. 98.

de l'aide financière⁶. Ce glissement a contribué à imprégner l'ensemble du droit international⁷. Dans cette dynamique, alors que le développement durable s'impose comme une priorité, la conditionnalité environnementale a vu son rôle s'affirmer au sein des politiques de l'Union européenne, d'abord dans le cadre de l'aide au développement⁸, avant d'être intégrée dans les accords de libre-échange⁹. Cette prise en considération des objectifs environnementaux a ensuite été inscrite dans le droit primaire de l'Union. En effet, si l'Acte unique européen a posé les premières bases du principe d'intégration, sa formulation actuelle résulte du Traité d'Amsterdam.

Ainsi, l'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ». Le mécanisme de l'éco-conditionnalité doit donc être envisagé à la lumière de ce principe d'intégration qui oblige la prise en compte des exigences environnementales dans le cadre des politiques de l'Union¹⁰. Là où le principe d'intégration fixe un objectif de fond, l'éco-conditionnalité en constitue l'un des instruments opérationnels, permettant d'assurer sa mise en œuvre effective. À ce titre, elle a pu être analysée comme « garantissant l'effet utile du principe d'intégration »¹¹.

L'Union européenne intègre les considérations environnementales dans l'ensemble de ses politiques, notamment par le biais du mécanisme de conditionnalité. Ce processus dépasse largement le seul champ du droit de l'environnement, s'infiltrant dans des politiques sectorielles qui, à première vue, ne présentent aucun lien direct avec les enjeux environnementaux. C'est précisément cette dynamique qui constitue le cœur de la présente étude : analyser comment la conditionnalité environnementale s'impose dans des domaines étrangers à la politique environnementale. Dès lors, seront exclues de l'analyse les formes de conditionnalité portant exclusivement sur des mesures environnementales. Il s'agira plutôt d'observer comment la conditionnalité environnementale sert de vecteur à l'intégration de préoccupations écologiques dans d'autres politiques de l'Union, en les érigeant en conditions préalables à l'octroi d'avantages.

Il sera donc étudié comment et jusqu'où l'Union européenne intègre le respect de normes environnementales dans des politiques qui ne sont pas directement liées à l'environnement par le prisme de l'éco-conditionnalité. À ce titre, cette dernière

⁶ J. W. HEAD, « Environmental Conditionality in the Operations of International Development Finance Institutions », *The Kansas Journal of Law and Public Policy*, 1991, vol. 1, n°1, p. 15.

⁷ Sur l'évolution des considérations environnementales en droit international général v. L. BARTELS, « Social Issues: Labour, Environment and Human Rights », in S. LESTER, B. MERCURIO (ed.), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary, Analysis and Case Studies*, Cambridge: CUP, 2008, pp. 342-366 ; v. BARRAL, « Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », *European Journal of International Law*, 2012, vol. 23, n°2, pp. 377-400.

⁸ E. BERR, M. ZERBIB, « La place de la conditionnalité environnementale dans l'aide publique au développement européenne », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 163.

⁹ L. BARTELS, « Human Rights and Sustainable Development Obligation in EU Free Trade Agreements », *University of Cambridge Faculty of Law*, Research Paper n°24/2012, pp. 10-11.

¹⁰ N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », *Rev. aff. eur.*, 2021, n°4, p. 784.

¹¹ C. ALVES, « La conditionnalité environnementale et le principe d'intégration. Entre clair-obscur et trompe l'œil », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 24. Également cité par cet auteur : C. FLAESCH-MOUGIN, « Vers une conditionnalité environnementale ? », in J.-C. MASCIET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La documentation française, 1997, pp. 185-208.

constitue un outil de transversalité environnementale, permettant de diffuser les objectifs écologiques à travers différentes politiques sectorielles (I). Par ailleurs, elle peut également être qualifiée de véritable levier d'intégration environnementale, dans la mesure où les normes qu'elle induit revêtent une certaine portée juridique (II).

I. L'éco-conditionnalité comme vecteur de transversalité environnementale dans les politiques européennes sectorielles

Les critères environnementaux constitutifs de la conditionnalité s'introduisent dans différentes politiques de l'Union : vis-à-vis des États membres (A) et vis-à-vis des États tiers (B).

A. L'intégration de critères environnementaux dans les politiques de l'Union vis-à-vis des États membres

Dans les relations entre l'Union européenne et ses États membres, l'éco-conditionnalité constitue un moyen d'introduire des exigences environnementales au sein de diverses politiques.

L'éco-conditionnalité est tout d'abord présente dans la politique de cohésion, notamment à travers les fonds structurels de l'Union. Les États membres doivent consacrer une part significative des financements à des actions contribuant aux objectifs climatiques et environnementaux¹². En outre, ils doivent respecter un ensemble d'exigences préalables, appelées conditions favorisantes horizontales dont plusieurs sont directement liées à des objectifs environnementaux¹³. Le respect de ces exigences est nécessaire pour pouvoir bénéficier effectivement des financements européens. Ainsi, l'Union subordonne les dépenses au titre de la politique de cohésion au respect des normes environnementales afin de garantir des investissements plus durables¹⁴. Elle introduit de la sorte des critères environnementaux dans une politique dont l'objectif premier demeure la réduction des disparités économiques et sociales entre les régions.

De manière comparable, le mécanisme de l'éco-conditionnalité s'intègre sous diverses formes au sein de la politique agricole commune¹⁵. Il impose, en premier lieu, que les plans stratégiques nationaux respectent un ensemble d'exigences, notamment environnementales et climatiques¹⁶. Une conditionnalité environnementale est

¹² Règlement (UE) 2021/1060 du Parlement européen et du Conseil du 24 juin 2021 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen plus, au Fonds de cohésion, au Fonds pour une transition juste et au Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture, et établissant les règles financières applicables à ces Fonds et au Fonds «Asile, migration et intégration», au Fonds pour la sécurité intérieure et à l'instrument de soutien financier à la gestion des frontières et à la politique des visas, JOUE L 231/159 du 30 juin 2021, art. 6.

¹³ *ibid.*, art. 15.

¹⁴ Pour plus de détails, v. D. CHARLES-LE-BIHAN, « La conditionnalité environnementale dans la politique de cohésion de l'Union européenne », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 61.

¹⁵ Règlement (UE) n°2021/2115 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 établissant des règles régissant l'aide aux plans stratégiques devant être établis par les États membres dans le cadre de la politique agricole commune (plans stratégiques relevant de la PAC) et financés par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), et abrogeant les règlements (UE) n°1305/2013 et (UE) n°1307/2013, JOUE L 435/1 du 6 décembre 2021.

¹⁶ *ibid.*, arts. 104 et 118.

également instaurée de façon explicite : les bénéficiaires des paiements directs sont soumis à des sanctions administratives lorsqu'ils ne respectent pas les exigences réglementaires en matière de gestion ou les normes relatives aux bonnes conditions agricoles et environnementales¹⁷. Enfin, la conditionnalité se manifeste également par le versement d'aides au revenu dans le cadre de programmes volontaires dédiés au climat, à l'environnement et au bien-être animal, appelés « éco-régimes »¹⁸. Elle se traduit aussi par d'autres types d'engagements à travers lesquels les États membres soutiennent les agriculteurs qui choisissent d'adopter des pratiques agricoles favorables au climat, à la protection de l'environnement, au bien-être animal et à la lutte contre la résistance aux antimicrobiens¹⁹. En subordonnant ainsi les paiements directs au respect de normes environnementales, l'éco-conditionnalité apparaît comme un critère central de l'attribution des aides dans la politique agricole commune²⁰. L'Union introduit de la sorte des exigences environnementales dans une politique dont l'objectif initial demeure l'assurance d'une agriculture viable, compétitive et économiquement durable au sein de l'Union européenne.

Enfin, et de manière encore plus transversale, le versement du budget européen est désormais subordonné au respect d'objectifs généraux de protection de l'environnement. Ainsi, pour être approuvés et permettre l'accès aux financements européens, les plans nationaux pour la reprise et la résilience doivent inclure des mesures concrètes en faveur de l'environnement²¹. Par ailleurs, le mécanisme ne finance que des mesures qui respectent le principe consistant à ne pas causer de préjudice important²². Autrement dit, l'Union décide d'intégrer, dans le processus décisionnel de l'ensemble des politiques publiques nationales susceptibles de bénéficier d'un financement au titre de la facilité pour la reprise et la résilience, la prise en compte des besoins de protection de l'environnement²³.

Cette approche traduit une intégration transversale des objectifs environnementaux vis-à-vis des États membres. Elle s'applique ainsi à des domaines relevant de compétences partagées, comme la politique de cohésion ou la politique agricole commune, et influence également la distribution générale du budget européen.

B. *L'intégration de critères environnementaux dans les politiques de l'Union vis-à-vis des États tiers*

L'éco-conditionnalité se manifeste également dans les relations extérieures de l'Union à l'égard des États tiers.

¹⁷ *ibid.*, art. 12.

¹⁸ *ibid.*, art. 31.

¹⁹ *ibid.*, art. 70.

²⁰ Pour plus de détails, v. C. BLUMANN, « L'écologisation de la politique agricole commune », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 44.

²¹ Règlement (UE) n°2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience, JOUE L 57/17 du 18 février 2021, arts. 17, 18 et 19.

²² *ibid.*, art. 5, §2.

²³ Pour plus de détails, v. L. FROMONT, « La conditionnalité des financements octroyés par la Facilité pour la reprise et la résilience », *Rev. aff. eur.*, 2021, n°4, p. 777 ; S. DE LA ROSA, « Les plans pour la reprise et la résilience : instrument d'approfondissement de la coordination des politiques économiques nationales », *Rev. aff. eur.*, 2021, n°4, p. 765 ; N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », *Rev. aff. eur.*, 2021, n°4, p. 784.

Premièrement, l'Union intègre des considérations environnementales dans tous les accords qu'elle conclut, qu'il s'agisse d'accords de coopération incluant une assistance financière ou d'accords de libre-échange garantissant un accès au marché européen²⁴.

Deuxièmement, dans le cadre de la politique de coopération avec les pays tiers, le mécanisme de l'éco-conditionnalité apparaît également au sein de l'instrument relatif au voisinage, à la coopération au développement et à la coopération internationale²⁵. D'une part, l'aide de base repose sur les engagements pris par les partenaires et sur les résultats obtenus, évalués selon des critères incluant en particulier la durabilité environnementale²⁶. Le soutien apporté dans le cadre des programmes géographiques pour le voisinage peut varier en fonction du degré d'engagement des pays partenaires vis-à-vis des objectifs en matière de réformes notamment environnementales²⁷. D'autre part, le financement de l'Union dans ce cadre ne soutient pas les actions incompatibles avec la contribution déterminée au niveau national du pays bénéficiaire au titre de l'Accord de Paris. Il exclut également les investissements dans les combustibles fossiles ainsi que les projets ayant des impacts environnementaux ou climatiques négatifs²⁸.

Troisièmement, dans le cadre de la politique commerciale commune, l'éco-conditionnalité s'applique aux schémas de préférences tarifaires généralisées et en particulier au régime spécial d'encouragement en faveur du développement durable et de la bonne gouvernance. Pour bénéficier de droits de douane préférentiels, les États doivent ratifier un certain nombre de conventions internationales relatives à l'environnement²⁹. Pareillement, le non-respect de ces critères environnementaux entraîne la perte de l'accès au régime spécial³⁰. Ces mesures d'incitation visent à améliorer le niveau de protection environnementale et ouvrent, en retour, un accès privilégié au marché européen³¹. L'Union ayant déjà ratifié ces conventions, il est ainsi possible d'envisager ces mesures comme une projection des obligations présentes dans son ordre juridique vis-à-vis des États tiers³².

²⁴ Pour plus de détails, v. F. DE ANDRADE CORREA, « The integration of sustainable development in trade agreements of the European Union », in D. KLEIMANN (ed.), *EU Preferential Trade Agreements : Commerce, Foreign Policy, and Development Aspects*, Florence, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2013, pp. 141-152.

²⁵ Règlement (UE) n°2021/947 du Parlement européen et du Conseil du 9 juin 2021 établissant l'instrument de voisinage, de coopération au développement et de coopération internationale, Europe dans le monde, modifiant et abrogeant la décision n°466/2014/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n°2017/1601 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE, Euratom) n°480/2009 du Conseil, JOUE L 209/1 du 14 juin 2021.

²⁶ *ibid.*, art. 13, §2 c).

²⁷ *ibid.*, art. 19, §2 b).

²⁸ *ibid.*, art. 29 b).

²⁹ Règlement (UE) n°978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées et abrogeant le règlement (CE) n°732/2008 du Conseil, JOUE L 303/1 du 31 octobre 2012, art. 9, §1.

³⁰ *ibid.*, art. 15, §1.

³¹ Pour plus de détails, v. L. BARTELS, « The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GPS Program », *Journal of International Economic Law*, 2003, vol. 6, n°2, p. 509.

³² B. GIRARDO, *La conditionnalité politique dans le système de préférences généralisées (SPG) de l'Union européenne : contribution à une identité de l'Union pour le développement*, Thèses, Grenoble Alpes, 2016, p. 196.

C'est ainsi que les considérations environnementales intègrent le domaine de la coopération au développement ayant pour but d'encourager le développement économique, social et environnemental des pays concernés, ainsi que la politique commerciale commune dans laquelle l'Union promeut le libre-échange et le commerce mondial tout en protégeant son marché intérieur. Ces politiques relèvent respectivement du domaine de compétence partagée et exclusive, ce qui renforce le caractère transversal de ces critères environnementaux.

Si l'éco-conditionnalité présente indéniablement un caractère transversal, en ce qu'elle permet la diffusion des objectifs environnementaux dans diverses politiques sectorielles de l'Union, une question essentielle demeure : quel est le niveau réel de contrainte que cette conditionnalité impose ? Il convient alors de démontrer que les critères environnementaux sont si ancrés dans les politiques qu'ils permettent d'agir comme levier d'intégration environnementale et révèlent ainsi un véritable degré de conditionnalité.

II. L'éco-conditionnalité comme levier d'intégration environnementale dans les politiques européennes sectorielles

Par le biais de l'éco-conditionnalité, les normes environnementales sont solidement intégrées dans les différentes politiques de l'Union, au point qu'elles ne nécessitent pas de fondement juridique spécifique (A). De plus, le mécanisme de l'éco-conditionnalité assurant le caractère juridiquement contraignant de ces obligations environnementales, permet une application effective de ces critères. (B).

A. Une intégration transparente des critères environnementaux dans les politiques de l'Union par la dispense d'une base juridique spécifiquement dédiée

La qualification d'intégration transparente repose sur le principe selon lequel l'introduction de conditions environnementales dans les politiques européennes non directement liées au domaine de l'environnement ne nécessite pas de base juridique spécifique. Autrement dit, la base juridique de la politique concernée suffit à encadrer l'éco-conditionnalité, en y intégrant les exigences environnementales dans son champ d'application.

Pour comprendre pleinement cet enjeu, il convient de se référer à une question analogue posée à la Cour de justice concernant la nécessité d'une base juridique spécifique pour les clauses relatives aux droits de l'Homme insérées dans les accords internationaux³³. La Cour avait été saisie d'un recours en annulation intenté par le gouvernement portugais, qui contestait l'absence de base juridique appropriée pour inclure une disposition sur les droits de l'Homme dans l'accord de coopération signé avec la République de l'Inde. Le Conseil avait alors soutenu que l'exigence de respect des droits de l'Homme constituait un corollaire de la politique de développement de sorte qu'une base juridique spécifiquement dédiée n'était pas nécessaire³⁴. La Cour a suivi cette approche en considérant que l'accord pouvait valablement se fonder sur la

³³ CJCE, *République portugaise c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-268/94, arrêt du 3 décembre 1996, ECLI:EU:C:1996:461.

³⁴ *ibid.*, pts. 17-18.

base juridique relative à la politique de coopération au développement, même si une clause relative aux droits de l'Homme y était incluse. En effet, l'objectif de respect des droits de l'Homme est étroitement lié à la politique de développement, si bien que l'ajout d'une telle clause n'excède pas le domaine de la coopération au développement. Exiger une base juridique distincte aurait pour effet de vider cette compétence de sa substance³⁵.

Cette solution a été confirmée s'agissant plus spécifiquement des clauses environnementales³⁶. À l'occasion d'un recours en annulation, la Commission contestait l'ajout de bases juridiques, notamment relatives à l'environnement, qui étaient étrangères à l'objet de l'accord de coopération au développement avec la République des Philippines. Elle considérait que les différentes matières envisagées étaient accessoires et couvertes par la base juridique de l'accord. La question se posait ainsi de savoir si les dispositions relatives à l'environnement relevaient de la politique de coopération au développement ou excédaient le cadre de celle-ci de sorte qu'elles imposaient de fonder l'accord sur des bases juridiques complémentaires. La Cour s'appuie sur la solution de l'arrêt précédent³⁷ en considérant que la politique de coopération au développement ne se limite pas aux mesures visant directement l'éradication de la pauvreté mais poursuit également les objectifs de l'action extérieure de l'Union tel que le développement durable³⁸. La décision de conclusion de l'accord ayant prévu plusieurs bases juridiques est ainsi annulée. La Cour de justice a ensuite rendu un avis similaire s'agissant de la politique commerciale commune³⁹. Il s'agissait alors de déterminer si l'Union pouvait justifier d'une compétence exclusive pour conclure l'accord de libre-échange avec la République de Singapour, ou s'il aurait dû être conclu selon une procédure différente impliquant la compétence des États membres. La Cour confirme que l'objectif de développement durable fait partie intégrante de la politique commerciale commune⁴⁰ de sorte que l'objet de l'accord relève de la compétence exclusive de l'Union⁴¹.

Ces arrêts confirment donc que les clauses environnementales comprises dans les accords de coopération au développement ou de libre-échange font partie intégrante de ces politiques de sorte qu'une base juridique spécifiquement dédiée n'est pas nécessaire, voire invalide comme en témoigne l'annulation de la décision du Conseil ayant prévu différentes bases juridiques.

³⁵ *ibid.*, pts. 22-29 ; V. en ce sens, les conclusions de l'Avocat général G. LA PERGOLA présentées le 23 mai 1996, dans l'affaire C-268/94 *République portugaise c. Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:1996:207, point 27.

³⁶ CJUE, *Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-377/12, arrêt du 11 juin 2014, ECLI:EU:C:2014:1903.

³⁷ *ibid.*, pts. 38-42.

³⁸ CJUE, *Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-377/12, arrêt du 11 juin 2014, ECLI:EU:C:2014:1903, point 37 ; V. en ce sens, les conclusions de l'Avocat général MENGOLZI présentées le 23 janvier 2014, dans l'affaire C-377/12 *Commission européenne c/ Conseil de l'Union européenne*, ECLI:EU:C:2014:29, points 24-30 et point 54.

³⁹ CJUE, *Accord de libre-échange avec Singapour*, avis 2/15 du 15 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376.

⁴⁰ *ibid.*, pts. 139-147 et point 163.

⁴¹ *ibid.*, pts. 166-167 ; V. en sens contraires, les conclusions de l'Avocat général E. SHARPSTON, présentées le 21 décembre 2016, dans l'avis 2/15 *Accord de libre-échange avec Singapour*, ECLI:EU:C:2016:992, point 478.

Une solution semblable a également été rendue s'agissant notamment de la politique agricole commune. La Cour a en effet considéré que l'objectif environnemental de conservation des ressources halieutiques fait partie intégrante de la politique agricole commune⁴². Dans un arrêt ultérieur, elle a repris le principe selon lequel les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté⁴³. Ainsi, le simple fait qu'une mesure contienne des dispositions en matière environnementale ne suffit pas pour qu'elle soit fondée sur une base juridique environnementale⁴⁴.

B. Une intégration effective des critères environnementaux dans les politiques de l'Union par le caractère juridiquement contraignant des obligations instituées

La question s'est posée de savoir si la conditionnalité environnementale constituait un réel vecteur d'intégration, en consacrant des obligations juridiquement contraignantes, ou si cet effet n'était en réalité qu'apparent et superficiel.

Il est vrai que la rigueur des conditions environnementales varie selon les politiques mises en œuvre : là où la conditionnalité environnementale est très présente dans la politique agricole commune, elle fait figure de second plan dans la coopération au développement⁴⁵. Pareillement, le niveau d'exigence des clauses environnementales dans les accords avec les États tiers n'est pas comparable au niveau des clauses relatives aux droits de l'Homme⁴⁶ : elles se situent au niveau des modalités de mise en œuvre, là où le respect des droits de l'Homme et des principes démocratiques constituent un préalable à la relation entre l'Union et les États tiers⁴⁷.

Néanmoins, cela n'empêche pas l'existence d'obligations juridiquement contraignantes pour les États. L'accès aux financements dans le cadre du budget européen, qu'il s'agisse du plan de relance ou des fonds structurels, est conditionné à la capacité des États à démontrer qu'ils respectent le niveau d'exigence requis en matière environnementale. Le financement peut être suspendu si les objectifs n'ont pas été atteints. De la même façon, les aides dans le cadre de la politique agricole commune ne seront pas versées si les composantes environnementales ne sont pas respectées. Dans les relations extérieures de l'Union, les standards environnementaux impliquent des obligations de transposition pour les États contractants⁴⁸. La conditionnalité dans le système de préférences généralisées prévoit le retrait temporaire des préférences

⁴² CJCE, *Établissements Armand Mondiet SA c/ Armement Islais SARL*, aff. C-405/92, arrêt du 24 novembre 1993, ECLI:EU:C:1993:906, point 24.

⁴³ CJCE, *Commission des Communautés européennes c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. C-300/89, arrêt du 11 juin 1991, ECLI:EU:C:1991:244, point 22.

⁴⁴ Pour plus de détails, v. M. HABRAN, *Politique agricole commune. Analyse transversale de la conditionnalité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 48.

⁴⁵ C. ALVES, « La conditionnalité environnementale et le principe d'intégration. Entre clair-obscur et trompe l'œil », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 29.

⁴⁶ F. FINES, « Quelle conditionnalité environnementale dans les relations économiques internationales de l'Union européenne », in F. FINES, H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 151.

⁴⁷ C. FLAESCH-MOUGIN, « Vers une conditionnalité environnementale ? » in J.-C. MASCIET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La documentation française, 1997, p. 186.

⁴⁸ Pour des exemples en ce sens, v. L. BARTELS, « Human Rights and Sustainable Development Obligation in EU Free Trade Agreements », *University of Cambridge Faculty of Law*, Research Paper n°24/2012, p. 11-12.

douanières si l'État tiers ne respecte pas les conventions contraignantes. S'agissant des accords internationaux, la question s'est également posée de savoir si les stipulations en matière de protection de l'environnement font partie de *l'élément essentiel* de sorte que leur violation puisse justifier une suspension de l'accord. Malgré une opinion défavorable de l'Avocat général⁴⁹, la Cour de justice a finalement considéré qu'une violation des dispositions en matière de protection de l'environnement autorise, conformément à la règle coutumière de droit international codifiée dans la Convention de Vienne, l'autre partie à mettre fin à la libéralisation des échanges⁵⁰. Cette solution qui considère que les normes environnementales peuvent être incluses dans l'élément essentiel a également été soutenue pour d'autres accords⁵¹.

L'éco-conditionnalité ne se limite donc pas à un simple principe incitatif ; elle parvient à se concrétiser de manière tangible à travers les obligations pesant sur les États destinataires. En conditionnant l'octroi de certains financements ou avantages au respect de critères environnementaux, elle confère une portée contraignante à ces exigences.

Conclusion

Intégrer l'environnement en dehors du champ strict de l'environnement : tel est le rôle de l'éco-conditionnalité. À l'instar du principe d'intégration consacré à l'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, elle permet d'introduire des considérations environnementales dans l'ensemble des domaines de compétence de l'Union, y compris ceux qui ne présentent pas de lien direct avec l'environnement. Par le prisme de l'éco-conditionnalité, ces considérations sont progressivement transformées en normes environnementales intégrées au sein de politiques qui, bien qu'elles puissent parfois poursuivre un objectif environnemental accessoire, ne relèvent pas directement de cette compétence de l'Union.

L'éco-conditionnalité apparaît ainsi comme un outil juridique d'intégration transversale des enjeux environnementaux. En imposant des conditions tant aux États membres qu'aux États tiers, elle contribue à l'émergence d'obligations environnementales juridiquement contraignantes. Elle permet en outre d'insérer des exigences issues du droit de l'environnement et d'en assurer l'effectivité là où les mécanismes du droit international peuvent se révéler insuffisants⁵². À ce titre, la conditionnalité a pu être analysée comme un nouveau vecteur de mise en œuvre du droit international de l'environnement et, *in fine*, comme un moyen de renforcer son effectivité⁵³.

⁴⁹ Conclusions de l'Avocat général E. SHARPSTON, présentées le 21 décembre 2016, dans l'avis 2/15 *Accord de libre-échange avec Singapour*, ECLI:EU:C:2016:992, point 491.

⁵⁰ CJUE, *Accord de libre-échange avec Singapour*, avis 2/15 du 15 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376, point 161.

⁵¹ v. S. KOCH, « A Typology of Political Conditionality beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union », *World Development*, 2015, vol. 75, p. 102.

⁵² A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2000, n°2, p. 145.

⁵³ S. JOLIVET, « Conditionnalité environnementale : la contribution de l'Union européenne à la protection de la biodiversité en-dehors de ses frontières », in F. FINES, F. RASSU (dir.), *La conditionnalité dans les relations extérieures de l'Union européenne*, coll. Actes & Colloques, Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2022, p. 120.

La stratégie de financement de l'Organisation mondiale de la santé dans la lutte contre le changement climatique

Par Camille BERTAUX,
Doctorante en droit de l'environnement,
UCLouvain Saint-Louis, Bruxelles.

Alors que la conditionnalité s'impose comme un instrument déterminant dans l'orientation des financements internationaux, la question de son application aux enjeux environnementaux et climatiques met en lumière la place singulière de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) dont la stratégie de financement ne repose pas sur l'imposition de conditions mais s'appuie davantage sur une coopération renforcée avec les États.

La conditionnalité fait usage d'incitations en vue de modifier les politiques ou le comportement d'un État¹. Elle peut prendre différentes formes et s'applique à de multiples domaines². Sur la scène internationale, la conditionnalité s'inscrit au sein d'une large variété d'aides attribuées aux États dans la mise en œuvre de programmes généraux ou spécifiques couvrant différents domaines que ce soit économique, social, politique ou encore environnemental³. Des organisations internationales ou des États subordonnent l'aide et les accords de coopération à l'observation, par les États bénéficiaires, de diverses exigences, telles que le respect des droits humains, la démocratie, la paix et la sécurité, ou encore l'environnement et le climat⁴.

Lorsqu'elle est liée à l'environnement ou au climat, la conditionnalité environnementale ou « éco-conditionnalité » vise à conditionner l'allocation de ressources financières au respect des principes et du droit de l'environnement⁵. La conditionnalité environnementale peut, par exemple, se matérialiser par la mise en œuvre de principes généraux du droit de l'environnement, par la conduite d'études d'impact environnementales ou par la promesse de l'adoption de lois protectrices nationales en matière d'environnement⁶. Elle est fréquemment mobilisée dans le cadre d'accords

¹ C. RAPOPORT, « Apports et limites d'une conditionnalité enrichie pour le voisinage de l'Union européenne élargie », *Revue juridique de l'Ouest*, 2008, p. 42.

² Pour un aperçu des conditionnalités et de la finance verte dans l'Union européenne, v. N. VANDER PUTTEN, « Defining the green to make environmental concerns heard in the EU? The legal consequences of the (unexpected) uses of the taxonomy », in D. Duez et C. Rizcallah (ed.), *Standing Up for the Voiceless?*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2025 ; N. VANDER PUTTEN, « Funding the green. Environmental Governance Through Spending and Its Effectiveness-Related Risks », *Common Market Law Review*, à paraître en 2026.

³ S. DE MOERLOOSE, *World Bank environmental and social conditionality as a vector of sustainable development*, Geneva, Schulthess éditions romandes, 2020, p. 8.

⁴ C. PINELLI, « Conditionality », in *Max Planck Encyclopedias of International Law [Online]*, Oxford University Press, 2013.

⁵ A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue européenne du droit de l'environnement*, 2000, n° 2, p. 130.

⁶ S. DE MOERLOOSE, *World Bank environmental and social conditionality as a vector of sustainable development*, *op. cit.*, p. 66 ; A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *op. cit.*, pp. 137-138.

établis sous l'égide de grandes organisations internationales financières⁷. Elle ne se prête néanmoins pas toujours aux mécanismes de financement prévus par d'autres organisations internationales.

Dans le cadre de cette contribution, une organisation internationale en particulier, l'OMS, ainsi que la potentielle subordination de conditionnalités environnementales et climatiques aux financements accordés aux États membres devaient faire l'objet de notre étude. Toutefois, il convient d'ores et déjà d'avancer que cette pratique se prête mal aux mécanismes de financement de l'OMS qui a davantage un rôle de facilitatrice dans la dissémination de certains principes transcendant son activité que dans l'imposition de conditions.

« Amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible » est l'objectif dont est chargée l'OMS dans sa Constitution (article 1^{er} de la Constitution de l'OMS). L'Organisation se dit dès lors mue par des principes essentiels qui infusent son activité telle que la non-discrimination, l'équité, l'égalité de genre et, de façon plus générale, les droits fondamentaux⁸. Ces principes sont transversaux parce qu'ils doivent être considérés dans toutes ses activités, en ce compris pour le développement de ses lignes directrices et la conduite des études systématiques y attenantes⁹ et l'élaboration de ses budgets¹⁰. L'Organisation tient également un rôle de disséminatrice de ceux-ci au travers de l'ensemble de ses instruments et de ses actions¹¹. Au-delà de ces principes, les impacts considérables du dérèglement climatique sur la santé l'ont amenée à intégrer la problématique dans ses programmes de travail et de financement.

Dans cette contribution, il convient donc de comprendre les mécanismes de financement de l'OMS, difficilement conciliables avec la conditionnalité. Il s'agira d'examiner les stratégies de financement de l'OMS envers les États et, inversement, celles des États envers l'Organisation, celle-ci n'étant pas tout à fait libre de disposer des ressources qui lui sont allouées (I). Ensuite, il importera de revenir sur l'intérêt, toujours plus grandissant, de cette organisation pour le climat qu'elle estime désormais être un préalable à l'accomplissement de son objectif constitutionnel (II). En guise de conclusion, nous reviendrons sur le concept d'éco-conditionnalité qui ne semble pas figurer dans l'activité de l'OMS en raison de son inadéquation avec la structure de l'Organisation.

⁷ S. DE MOERLOOSE, *World Bank environmental and social conditionality as a vector of sustainable development*, *op. cit.*, p. 66.

⁸ Principes qui sont « à la base du bonheur des peuples, de leurs relations harmonieuses et de leur sécurité », v. le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé.

⁹ WHO *Handbook for Guideline Development*, Geneva, World Health Organization, 2nd ed, 2014, pp. 47-54.

¹⁰ Et ce, même pendant la pandémie du COVID-19, période durant laquelle, le Secrétariat de l'OMS souligne que les violences faites aux femmes et aux filles ont connu une augmentation « dramatique », notre trad., v. WHO, *Proposed Programme Budget 2022–2023: Revision*, 75/8, Geneva, WHO, 2022, §§ 12-13 ; *Proposed Programme Budget 2024–2025*, A/76/64, Geneva, 2023, §§ 71-75 ; *Proposed Programme Budget 2020–2021*, A72/4, Geneva, WHO, 2019, § 56 ; *Projet de budget programme 2026-2027*, A78/6, Genève, OMS, 2025, § 9.

¹¹ WHO, *A Foundation to Address Equity, Gender and Human Rights in the 2030 Agenda: Progress in 2014-2015*, WHO/FWC/GER/16.1, Geneva, 2015, p. 4 ; J. BUENO DE MESQUITA et L. FORMAN, « Global Health Norms », in L.O. GOSTIN et B.M. MEIER (ed.), *Global Health Law and Policy: Ensuring Justice for a Healthier World*, New-York, Oxford University Press, 2023, pp. 103-104 ; R. THOMAS et V. MAGAR, « Mainstreaming Human Rights across WHO », in M. ROBINSON, B. M. MEIER, L.O. GOSTIN (ed.), *Human Rights in Global Health: Rights-Based Governance for a Globalizing World*, Oxford University Press, 2018, p. 135.

I. Les mécanismes de financement de l'OMS

La mise en œuvre d'une conditionnalité environnementale par l'OMS se heurte à deux obstacles d'ordre structurel. D'une part, elle est, elle-même, pour partie, tenue, par les conditions des États et autres partenaires finançant ses activités, dans la gestion des fonds octroyés aux programmes de l'Organisation auprès des États nécessitant de l'aide (A.). D'autre part, la structure d'allocation des ressources de l'OMS ne s'accorde pas tout à fait avec la délivrance de fonds qui seraient directement attribués aux États (B.).

A. Premier heurt : l'OMS est elle-même soumise aux conditionnalités de ses contributeurs

Deux types de financements provenant des États membres et partenaires privés permettent à l'Organisation de fonctionner, il s'agit des contributions fixées et des contributions volontaires. Les contributions *fixées (ou obligatoires)*, imposées aux États uniquement, sont utilisées de façon discrétionnaire par l'OMS¹². Les États ne sont pas en mesure de conditionner les contributions obligatoires à l'accomplissement d'un type d'activité défini. Ces cotisations étatiques sont calculées sur la base d'une clé de répartition, établie par les Nations Unies, en fonction du produit intérieur brut des États et de leur population¹³. Leur obligatorité tient à la sanction qui est imposée aux membres. En cas de manquement aux contributions fixées, le droit de vote à l'Assemblée mondiale de la santé de l'État en irrégularité pourrait se voir suspendu (article 7 de la Constitution de l'OMS)¹⁴.

Les contributions *volontaires*, provenant des États membres et également d'autres donateurs¹⁵, sont attribuées à l'OMS sur une base volontaire et, le plus souvent, avec un objectif précis. Il existe trois types de contributions volontaires : (i) les contributions volontaires de base laissant à l'OMS le choix quant à leur allocation (4,1% des contributions volontaires, en 2025), (ii) les fonds thématiques et de collaboration stratégique visant « à répondre aux exigences des contributeurs en matière de rapports et de redevabilité, tout en fournissant une certaine souplesse quant à leur allocation » (7,9% des contributions volontaires, en 2025) et (iii) les contributions volontaires à objet désigné attribuées à l'OMS dans des conditions strictes (pour financer un programme spécifique, dans une région spécifique et dans un certain délai) (88% des contributions volontaires, en 2025)¹⁶.

¹² art. 56 de la Constitution de l'OMS et art.V et VI du règlement financier de l'Organisation mondiale de la santé ; E.R. GRAHAM, « Follow the Money: How Trends in Financing Are Changing Governance at International Organizations », *Global Policy*, vol. 8, n° S5, août 2017, pp. 15-25, p. 18.

¹³ v. les articles 17 de la Charte des Nations unies et 160 des Règles de procédure de l'Assemblée générale des Nations unies ; UNGA, *Scale of Assessments for the Apportionment of the Expenses of the United Nations*, A/RES/73/271, United Nations, 2019 ; pour le barème des contributions pour l'exercice (biennal) en cours, v. *Barème des contributions pour 2026-2027*, A78/22, Genève, OMS, 2025.

¹⁴ D. DORMOY, « Chapitre 3 - Droit institutionnel de l'organisation internationale », in *Introduction au droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 153.

¹⁵ Dont la composition varie largement, il peut s'agir d'organisations internationales ou régionales telles que le Programme des Nations unies pour l'environnement ou la Commission européenne mais également de fondations privées (Gates Foundation, par exemple) ou encore d'entreprises privées (tel que *Sanofi-Aventis*), WHO, « WHO | Programme Budget Web Portal », 2021, <https://open.who.int/2020-21/contributors/contributor> [consulté le 15 janvier 2024].

¹⁶ OMS, « Le financement de l'OMS », <https://www.who.int/fr/about/funding> [consulté le 15 avril 2025]. Dans le cadre de son budget, l'Organisation applique une classification différente et distingue les contributions volontaires à objet désigné des « fonds flexibles » qui rassemblent les contributions fixées, volontaires de base et les dépenses d'appui aux programmes, v., entre autres, *Présence de l'OMS dans les pays, territoires et zones - Rapport 2021*, Genève, WHO, 2021, p. 89 ; *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Rapport du Directeur)*, EB156/26 Rev.1, Genève, OMS (Conseil exécutif), 2025, p. 7.

La plupart des contributions volontaires sont donc réservées par les donateurs à « des secteurs de programme ou à des zones géographiques spécifiques et doivent être utilisées dans un délai déterminé »¹⁷. L'OMS ne peut décider de l'allocation de ces ressources sur la base des situations qui, par exemple, demanderaient une attention prioritaire pour la santé publique internationale ; elle est tenue de les allouer aux programmes choisis par les donateurs¹⁸.

S'intéresser au financement de l'OMS n'est pas sans importance puisqu'en 2021, les contributions fixées valaient pour approximativement 20% de l'ensemble du budget de l'Organisation en 2021 alors que le reste du budget dépendait des contributions volontaires¹⁹. Pour ce qui est des 20% du budget dont l'Organisation a la pleine discrétion, il sert pour une grande partie à financer les coûts structurels liés aux activités de fonctionnement et pour, une plus petite partie, à être investi dans des projets que les donateurs considèrent souvent de moindre importance au regard de leurs intérêts²⁰. 80% du budget restant résulte des contributions volontaires des États.

En d'autres termes, avant même de pouvoir conditionner l'allocation de ses ressources disponibles vers les États, l'OMS est d'abord elle-même tenue par les conditions d'attribution des contributions volontaires des États et autres donateurs à certains programmes, dans des régions spécifiques et endéans un délai déterminé²¹. Il s'agit donc d'une première contrainte dans l'attribution de financements aux États puisque la redistribution est, pour la majeure partie, subordonnée aux conditions des donateurs. À ce premier obstacle, s'en ajoute un second : le mécanisme de redistribution des ressources de l'OMS ne semble pas bien se prêter au jeu de la conditionnalité.

B. Second heurt : le mécanisme général d'allocation des ressources

L'OMS est structurellement divisée entre son siège situé, à Genève, où les politiques internationales de santé publique sont décidées ainsi que toutes les mesures relatives à son organisation générale²², ses bureaux régionaux (localisés en Afrique, en Europe, en

¹⁷ OMS, *Le financement de l'OMS*, *op. cit.* ; E.R. GRAHAM, « Follow the Money », *op. cit.*, p. 18.

¹⁸ E.R. GRAHAM, « Follow the Money », *op. cit.*, p. 15.

¹⁹ Ce déséquilibre résulte de la volonté des États membres qui ont d'abord gelé la réévaluation des contributions en dollars réels, ne permettant une réévaluation que sur la base du taux d'inflation et d'échange. Ils ont, ensuite, gelé toute réévaluation possible, en 1987, C. CLIFT, *The Role of the World Health Organization in the International System*, London, Chatham House Centre on Global Health Security, 2013, p. 30 ; C. CLINTON et D. SRIDHAR, *Governing Global Health*, New-York, Oxford University Press, 2017, pp. 90-91. Veuillez noter que ceci est amené à changer grâce à l'adoption d'une décision par l'Assemblée mondiale de la santé sur le financement durable de l'OMS qui vise à augmenter la part des contributions obligatoires à 50% du budget de base de l'Organisation, d'ici à 2030. Si le financement durable permettra à l'OMS de disposer d'une plus grande assiette de financement libre, le retrait des États-Unis, effectif en janvier 2026, impacte sévèrement ses ressources disponibles, *Projet de budget programme 2026-2027*, *op. cit.*, pp. 20-21 ; K. BUSE, L. GOSTIN, A. KAMARULZAMAN, M. MCKEE, « The US Withdrawal from the WHO: A Global Health Crisis in the Making », *BMJ*, 20 janvier 2025, p. r116 ; WHO, *Matters Emanating from the Working Group on Sustainable Financing - Sustainable Financing: Feasibility of a Replenishment Mechanism, Including Options for Consideration*, 2023 ; WHO (DIRECTOR-GENERAL), *Sustainable Financing: Report of the Working Group*, A75/9, 2022.

²⁰ L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, London, Harvard University Press, 2014, pp. 124-125 ; OMS, *Le financement de l'OMS*, *op. cit.*, § 108.

²¹ C. CLINTON et D. SRIDHAR, *Governing Global Health*, *op. cit.*, p. 97 ;

Y. BEIGBEDER, « Chapitre VIII. Questions budgétaires et financières », in *L'Organisation mondiale de la santé*, International, Genève, Graduate Institute Publications, 1995, pp. 145-165 ; D. DORMOY, « Chapitre 3 - Droit institutionnel de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 148.

²² A Genève siègent les organes de fonctionnement de l'Organisation. Il s'agit de l'Assemblée mondiale de la santé, du Conseil exécutif, du Secrétariat (article 9 de la Constitution de l'OMS) ; Y. BEIGBEDER,

Amérique, en Asie du Sud-Est, en Méditerranée orientale et au Pacifique occidental) traitant notamment des politiques de santé à caractère régional et chargés d'exécuter les mesures adoptées par le siège au niveau régional²³ et les bureaux « de pays » visant à assurer une collaboration avec les États membres dans l'organisation, la mise en œuvre et le suivi dans programmes de santé au niveau national²⁴. Les ressources allouées à l'OMS sont ensuite réparties entre les différents niveaux conformément au Programme budgétaire bisannuel (article II du règlement financier de l'Organisation mondiale de la santé). Le Programme budgétaire 2026-2027 est divisé en quatre « segments » (autrement dit, les champs d'action de l'Organisation) intitulés « programmes de base »²⁵, « éradication de la poliomyélite », « opérations d'urgence et appels » et « programmes spéciaux »²⁶ dont le financement est réparti entre le siège et les bureaux régionaux, tous deux, allouent, ensuite, les ressources aux bureaux de pays²⁷. La répartition des ressources de la part du siège ou des bureaux varie en fonction des segments²⁸.

Si insister sur la spécificité du mécanisme de répartition du budget entre les différents niveaux d'activité de l'Organisation est nécessaire, c'est parce que c'est le dernier « maillon » de la chaîne qui constitue la « principale interface entre le [... siège] et les gouvernements nationaux »²⁹. Les bureaux de pays ont un rôle de partenaires de confiance avec les autorités nationales³⁰. Ils sont ainsi les mieux placés pour interagir avec les États nécessitant de l'aide. Ils favorisent le dialogue avec les États au sujet des politiques en matière de santé, proposent des stratégies nationales à adopter, fournissent un appui durable et des compétences techniques ainsi que des ressources pour les interventions d'urgence et la prestation de services médicaux afin d'améliorer et d'accroître la résilience des systèmes de santé nationaux³¹. Permettant à « l'OMS d'adapter ses stratégies aux défis sanitaires propres à chaque pays, de réagir rapidement en cas de crise et de favoriser les partenariats qui renforcent les systèmes de santé

« Chapitre III. L'évolution structurelle de l'OMS », in *L'Organisation mondiale de la santé*, International, Genève, Graduate Institute Publications, 1995, pp. 29-67, § 2.

²³ Articles 50 et 51 de la Constitution de l'OMS ; Y. BEIGBEDER, « Chapitre III. L'évolution structurelle de l'OMS », *op. cit.*, § 169 ; L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, *op. cit.*, pp. 92-93.

²⁴ K. LEE, *World Health Organization*, Oxon and New York, Routledge, 2009, p. 34 ; *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Présence de l'OMS dans les pays, territoires et zones)*, EB156/INF./1, Genève, OMS (Conseil exécutif), 2025, § 2.

²⁵ Donnant priorité au développement d'une couverture sanitaire universelle, aux urgences sanitaires, à l'état de santé et au bien-être des populations ainsi qu'à une OMS plus efficace et efficiente apportant un meilleur soutien aux pays, *Projet de budget programme 2026-2027*, *op. cit.*, p. 20.

²⁶ Ceux-ci comprennent les programmes spéciaux de recherche et de formation concernant les maladies tropicales et de développement et de formation à la recherche en reproduction humaine ; et le cadre de préparation en cas de grippe pandémique, *ibid.*, p. 21.

²⁷ Par exemple, le Bureau régional européen alloue une partie de ses ressources aux bureaux de pays pour le premier segment relatif aux programmes de base, *WHO Programme budget 2024-2025 in the context of the European Programme of Work, 2020-2025*, EUR/RC73/17, WHO (Regional office for Europe), 2023, p. 5 ; *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Rapport du Directeur)*, *op. cit.*, pp. 30-32 ; L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, *op. cit.*, pp. 122-123.

²⁸ Y. BEIGBEDER, « Chapitre III. L'évolution structurelle de l'OMS », *op. cit.*, §§ 178-179 ; Y.-L. CHI et J.B. BUMP, « Resource allocation processes at multilateral organizations working in global health », *Health Policy and Planning*, vol. 33, n° Suppl 1, février 2018, pp. i4-i13, p. i10.

²⁹ *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Présence de l'OMS dans les pays, territoires et zones)*, *op. cit.*, p. 1.

³⁰ *Un monde mobilisé pour la santé, la santé pour tout le monde Argumentaire d'investissement 2025-2028*, Genève, OMS, 2024, p. 39.

³¹ *Un monde mobilisé pour la santé, la santé pour tout le monde Argumentaire d'investissement 2025-2028*, Genève, OMS, 2024, p. 39.

nationaux conformément aux priorités des pays et aux objectifs sanitaires mondiaux »³², ils font le lien entre les réalités locales et les nécessités requises à l'échelle globale³³.

Enfin, l'assistance fournie aux États par ces bureaux se concrétise principalement au travers de la rémunération d'un personnel technique, d'un soutien technique et stratégique ainsi que de la mise en place d'un dialogue avec les politiques visant à répondre au mieux aux priorités sanitaires de chaque pays. En d'autres termes, les fonds alloués aux bureaux de pays viennent principalement financer l'activité de l'OMS sur le territoire des États en vue de permettre une coopération technique entre les États et les bureaux. Pour illustration, dans son rapport sur sa présence auprès des États de 2023, l'OMS souligne que tous les bureaux de pays ont participé activement au développement des plans nationaux en matière de santé soit en soutenant les capacités nationales dans l'adoption et la mise en œuvre des politiques publiques soit en jouant un rôle d'autorité dirigeante, par exemple en coprésidant ou en codirigeant l'adoption des Plans nationaux pour le secteur de la santé³⁴. Le Budget programme pour 2024-2025 établit également que l'« OMS assure une présence mondiale vitale avec un réseau de 153 bureaux dans les pays, territoires et zones, afin d'aider les États membres à répondre à leurs priorités en matière de santé et à faire progresser les objectifs de développement durable liés à la santé »³⁵. Les États reçoivent donc majoritairement un soutien technique et ne bénéficient, que dans une moindre mesure, de financements directs de la part de l'Organisation.

Par exemple, les données du site de l'OMS concernant ses activités effectuées en République démocratique du Congo indiquent que les dépenses ont majoritairement servi à financer les coûts du personnel sur place, les services contractuels, les équipements, les véhicules et le mobilier nécessaires, les dépenses générales nécessaires au bon déroulement des opérations, le matériel médical et les voyages³⁶. Certains financements sont directement accordés à des *interlocuteurs* (« counterparts ») mais ils sont moins importants³⁷. Bien que l'Organisation mette en ligne le détail des financements accordés aux États avec précision (tant en ce qui concerne les contributeurs que la direction des financements accordés), cela ne nous permet pas de déterminer quels sont ces interlocuteurs, s'agit-il de représentants de gouvernement ? ou d'organisations non gouvernementales locales ? En l'absence de connaissances de ces données, il ne nous semble pas possible de déterminer si des conditions sont jointes à l'octroi de ces financements.

L'éco-conditionnalité se prête mal au mécanisme de financement de l'OMS puisque celle-ci table davantage sur un investissement matériel et humain au travers de ses bureaux que sur un transfert financier immédiat aux États. Dans la lutte contre le changement climatique, c'est également un soutien technique qui est accordé aux États.

³² *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Présence de l'OMS dans les pays, territoires et zones)*, *op. cit.*, p. 1.

³³ L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, *op. cit.*, p. 93 ; *Projet de budget programme 2026-2027*, *op. cit.*, pp. 161-162.

³⁴ *WHO Presence in Countries, Territories and Areas: 2023 Report*, Geneva, World Health Organization, 2023, p. 26.

³⁵ WHO, *Proposed programme budget 2024-2025*, *op. cit.*, pp. 18-19 ; *Financement et exécution du budget programme 2024-2025 (Présence de l'OMS dans les pays, territoires et zones)*, *op. cit.*, p. 1.

³⁶ « Republic Democratic of Congo: Strategic objective key figures », *WHO.int*, 2025-2024, <https://open.who.int/2024-25/country/COD> [consulté le 17 avril 2025].

³⁷ La plupart de ceux-ci sont dédiés au programme d'éradication de la polio, *ibid.*

II. La stratégie de financement de l'OMS en matière de changement climatique

Le changement climatique est depuis peu intégré dans les priorités stratégiques du budget finançant les activités de l'Organisation (A.). Le financement de ces priorités se fait principalement au travers d'un appui technique auprès des États membres. Un mécanisme permet ensuite d'évaluer les progrès des États au regard des priorités stratégiques de l'OMS (B.).

A. Le changement climatique : une menace croissante pour la santé au XXI^e siècle

Au fil des ans, l'Organisation mondiale de la santé a présenté un intérêt grandissant pour le changement climatique³⁸. En 2020, le Directeur général de l'OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, déclarait ainsi que « [a]ny efforts to make our world safer are doomed to fail unless they address [...] the existential threat of climate change that is making our earth less habitable »³⁹. Cette affirmation se tient dans la lignée d'une stratégie adoptée par l'Organisation visant à adresser les facteurs arrivant en amont de la santé et déterminants pour le bien-être des individus : l'environnement et le climat⁴⁰. Depuis, l'OMS a proactivement tenu à lier la santé au combat mené dans le cadre du changement climatique⁴¹. L'intervention de l'OMS et de son Directeur général lors des audiences pour l'avis consultatif de la Cour internationale de justice sur les obligations des États en matière de changement climatique indique, en ce sens, que la crise climatique, « du point de vue de l'OMS, est fondamentalement une crise sanitaire »⁴².

Si les différentes stratégies mises en place par l'Organisation sont encourageantes, elles ne créent pas d'obligations dans le chef des États, s'agissant d'instruments dépourvus de force contraignante⁴³, et ne permettent donc pas d'imposer des conditions environnementales dans la mise en œuvre des politiques sanitaires nationales. Qu'en

³⁸ WHO, *The protection of human health from threats related to climate change and stratospheric ozone depletion*, WHA51.29, 1998 ; WHO (REPORT BY THE SECRETARIAT), *Climate Change and Health*, A61/14, 2008 ; WHO, *Climate Change and Health - Workplan*, EB124/2009/REC/1, Annex 1, 2009 ; *Workplan on Climate Change and Health - Aims and Objectives 2014-2019*, EB136/16, 2014 ; *Health, Environment and Climate Change*, EB/144/15, 2018 ; « Health, Environment and Climate Change », n° A72/15, 2019 ; F. KASTLER, « OMS et changement climatique : vers une urgence de santé publique de portée internationale ? », *Les Tribunes de la santé*, vol. 61, n° 3, 8 novembre 2019, pp. 53-64, pp. 58-59.

³⁹ WHO, Address by Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director-General, 18 May 2020, A73, p. 2.

⁴⁰ WHO, *Global Strategy on Health, Environment and Climate Change*, 2020 ; *Santé, environnement et changement climatique*, EB142(5), Genève, OMS (Conseil exécutif), 2018.

⁴¹ Ainsi, on retrouve notamment sa présence à la Conférence des parties 28 de la Convention-cadre relative à la lutte contre le changement climatique en 2023 pour laquelle elle a coorganisé une conférence ministérielle mettant les liens entre la santé et l'environnement en lumière, UNFCCC (COP28), Letter to Parties, Volume I, 2023. Elle prend également des mesures visant à intégrer la santé dans l'adoption des plans nationaux des États sur le climat, WHO, *2018 WHO Health and Climate Change Survey Report*, WHO/CED/PHE/EPE/19.11, 2019, p. iii. Pour d'autres actions entreprises par l'Organisation v., entre autres, UNFCCC (COP16), *The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention*, FCCC/CP/2010/7/Add.1, 2010 ; WHO, *WHO Guidance to Protect Health from Climate Change through Health Adaptation Planning*, Geneva, World Health Organization, 2014 ; *Operational Framework for Building Climate Resilient Health Systems*, 2015 ; *COP 24 Special Report – Health and Climate Change*, 2018 ; *2021 WHO health and climate change global survey report. Geneva: World Health Organization*, 2021

⁴² CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, arrêt du 13 décembre 2024, Compte rendu 2024/54, p. 9, notre trad. ; M. HESSELMAN ET AL., « Ensuring Health at the Heart of Climate Change Advisory Opinion », *The Lancet*, vol. 405, n° 10474, 18 janvier 2025, pp. 178-181, p. 178.

⁴³ Ceci est également le cas pour la majeure partie de son activité normative, L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, op. cit. ; F. KASTLER, *Le rôle normatif de l'Organisation mondiale de la santé*, Paris, L'Harmattan, 2019.

est-il dès lors de la résonance de ces stratégies dans les budgets programmes de l'OMS et de leur intégration au niveau des pays ?

Le Programme général de travail de l'OMS pour les années 2025 à 2028 met l'accent sur le climat et l'intègre en tant que « priorité stratégique », au même niveau que les principes transversaux de l'Organisation, identifiant celui-ci comme l'un des plus grands défis sanitaires de notre époque⁴⁴. Le défi est, en effet, de taille pour la santé humaine puisque le dérèglement du climat impacte, entre autres, les déterminants environnementaux de la santé nécessaires à la survie (dont notamment l'accès à l'eau potable et à la nourriture), les systèmes de soins de santé (augmentant les risques d'interruption des soins de santé et d'endommagement des structures sanitaires) ou encore la stabilité sanitaire mondiale (en augmentant la charge des maladies à transmission vectorielle et des autres maladies climato-sensibles)⁴⁵. Le changement climatique est, en conséquence, inclus au premier rang du Budget programme des années 2026-2027⁴⁶.

Il est appréhendé sous deux angles⁴⁷. D'une part, l'OMS s'intéresse aux conséquences du changement climatique sur la santé. Le budget établi dans ce cadre s'adresse au changement climatique en tant que menace pour la santé⁴⁸. D'autre part, l'Organisation se focalise sur les systèmes de santé et les émissions de gaz à effet de serre produites par le secteur de la santé lui-même⁴⁹. L'objectif fonctionne donc de façon complémentaire puisqu'il vise à protéger la santé des effets néfastes du changement climatique tout en s'assurant que la protection de cette dernière réduise ses impacts sur le climat.

Sous le premier volet, l'OMS souhaite mettre la santé au cœur des politiques climatiques des États, le changement climatique pesant sur les systèmes de santé et alimentaires⁵⁰. Elle soutient les pays dans l'adaptation des systèmes de santé nationaux face aux chocs et pressions liés au changement climatique afin qu'ils disposent de moyens pérennes pour procurer les services de santé essentiels à la population⁵¹. L'OMS s'est ainsi engagée à publier des orientations, des outils et un soutien technique pour promouvoir, au niveau national, la mise en place d'un système d'évaluation des risques et des vulnérabilités sanitaires ainsi que l'adoption de plans d'adaptation au changement climatique ciblant les particularités de l'État en la matière⁵². L'Organisation apportera un soutien technique, renforcera les capacités des professionnels de la santé et s'attellera

⁴⁴ WHO *Fourteenth General Programme of Work, 2025-2028: advancing equity and resilience in a turbulent world*, Geneva, WHO, 2025, p. vii.

⁴⁵ *ibid.*, p. 21. Pour un aperçu détaillé des effets du changement climatique sur la santé au niveau mondial et européen, voyez, M. ROMANELLO ET AL., « The 2021 Report of the Lancet Countdown on Health and Climate Change: Code Red for a Healthy Future », *The Lancet*, vol. 398, n° 10311, 30 octobre 2021, pp. 1619-1662 ; K.R. VAN DAALEN ET AL., « The 2024 Europe Report of the Lancet Countdown on Health and Climate Change: Unprecedented Warming Demands Unprecedented Action », *The Lancet Public Health*, vol. 9, n° 7, 1 juillet 2024, pp. e495-e522.

⁴⁶ Veuillez noter toutefois que comparée aux autres priorités stratégiques de l'OMS, l'enveloppe totale attribuée au climat reste la plus petite, *Projet de budget programme 2026-2027, op. cit.*, pp. 33-35.

⁴⁷ *ibid.*, p. 6.

⁴⁸ *ibid.*, pp. 50-52.

⁴⁹ *ibid.*, pp. 52-55.

⁵⁰ WHO *Fourteenth General Programme of Work, 2025-2028: advancing equity and resilience in a turbulent world, op. cit.*, p. 22.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *Projet de budget programme 2026-2027, op. cit.*, pp. 51-52.

à faire « progresser les programmes de recherche prioritaires pour veiller à ce que les données scientifiques aient une place centrale en matière d'adaptation sanitaire aux changements climatiques »⁵³. Enfin, elle prévoit d'aider les États à faible revenu ou à revenu intermédiaire à accéder aux financements nécessaires pour l'action climatique et sanitaire, en mettant l'accent sur les populations vulnérables⁵⁴.

Sous le second volet, l'OMS souhaite apporter un appui aux États dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre et d'autres polluants provenant notamment des systèmes de santé nationaux et des chaînes d'approvisionnement des produits pour contribuer au bien-être des populations⁵⁵. Elle compte définir des normes, critères et orientations générales et souhaite accroître la capacité des États à réduire leurs émissions en ciblant le secteur de la santé et d'autres secteurs ayant des impacts sur le climat et la santé tels que l'alimentaire, les transports, l'énergie et l'éducation⁵⁶. Elle devrait notamment apporter un soutien technique et proposer des orientations générales dans l'élaboration de plans nationaux en matière de santé et de climat.

B. Mise en œuvre et évaluation des résultats

L'Organisation vient majoritairement assurer un appui technique pour les États en matière climatique et de santé. Cet appui technique se concrétise sous la forme de conseils et de guidances techniques et scientifiques, d'élaboration de politiques en la matière et d'aides à la coopération et non pas immédiatement par l'allocation de ressources financières aux États. Pas de conditionnalité donc, mais l'ensemble de ces éléments nous indique qu'une partie du budget de l'Organisation est allouée au changement climatique au travers de ses activités et de son aide fournies en partie par les bureaux de pays.

L'introduction du climat dans la stratégie budgétaire de l'OMS est récente. Il n'apparaissait en effet que timidement dans le budget précédent. Le climat était avant tout vu comme une menace pour l'atteinte des objectifs à accomplir dont il fallait tenir compte⁵⁷. L'OMS s'engageait néanmoins déjà à prendre des mesures ciblant le changement climatique et la santé notamment en développant et finançant un système de santé bas carbone et durable⁵⁸.

Consciente de la richesse d'un tel réseau au niveau local pour la santé mondiale et pour l'accomplissement de son objectif constitutionnel, l'OMS s'est engagée à amplifier l'action de ses bureaux⁵⁹. Le budget programme 2026-2027 vise à renforcer les capacités des bureaux de pays afin d'accroître ses résultats au niveau des pays⁶⁰. L'Organisation entend améliorer « l'agilité et l'efficacité de son appui grâce à une délégation de pouvoirs accrue aux bureaux de pays et à une collaboration harmonieuse entre les trois niveaux »⁶¹. Cette harmonisation passe notamment par la mise en place, au niveau de

⁵³ *ibid.*, p. 51.

⁵⁴ *ibid.*, p. 52.

⁵⁵ *ibid.*

⁵⁶ *ibid.*, p. 53.

⁵⁷ WHO, *Proposed programme budget 2024–2025*, *op. cit.*, §§ 29-30 et 41.

⁵⁸ WHO, *Proposed programme budget 2024–2025*, *op. cit.*, pp. 21 et § 57.

⁵⁹ *Un monde mobilisé pour la santé, la santé pour tout le monde Argumentaire d'investissement 2025-2028*, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ *Projet de budget programme 2026-2027*, *op. cit.*, p. 162.

⁶¹ *ibid.*, p. 161.

chaque État dans lequel elle est présente, d'une stratégie de coopération à moyen terme visant à orienter son action dans le pays et avec celui-ci⁶². Elle définit un ensemble de priorités stratégiques convenues conjointement entre l'OMS et le pays, en tenant compte des priorités mondiales et nationales en vue de renforcer son impact sur la santé publique⁶³. Le changement climatique est donc intégré dans les activités des bureaux de pays sur la base des besoins spécifiques déterminés conjointement par l'État et l'OMS. Elle évalue ensuite l'état d'avancement des pays au travers d'un mécanisme d'évaluation de l'activité des bureaux de pays qui, à l'avenir, permettra d'avoir un aperçu des progrès en matière de changement climatique et de santé.

Les stratégies de coopération couplées aux programmes généraux de travail de l'Organisation permettent à l'OMS d'établir des rapports d'évaluation à mi-parcours sur l'exécution des priorités définies dans les budgets programmes biennaux de l'OMS⁶⁴. Les rapports d'évaluation identifient les domaines dans lesquels la mise en œuvre progresse et ceux qui nécessitent des efforts supplémentaires, ainsi que la manière dont ses renseignements peuvent orienter la conduite des activités au cours de la deuxième année de l'exercice budgétaire⁶⁵. Ces rapports d'évaluation mettent en lumière les défaillances opérationnelles et stratégiques et informent sur les mesures prises en réponse à celles-ci, conformément aux cadres de gestion des risques et de performance de l'Organisation⁶⁶.

De plus, chaque bureau de pays est tenu de publier un rapport d'évaluation, intitulé « évaluations programmes par pays », qui indique la manière dont l'appui fourni par l'OMS s'aligne sur les priorités sanitaires nationales, sur le Programme général de travail de l'OMS, sur les stratégies de coopération avec les pays ainsi que sur les objectifs de développement plus larges⁶⁷. Ces évaluations portent sur l'efficacité, la pertinence et la cohérence de l'action de l'OMS dans le pays et fournissent des orientations stratégiques visant à renforcer l'impact, la redevabilité et la collaboration avec les gouvernements et les partenaires⁶⁸. Dans son rapport d'évaluation 2020-2024, le bureau de pays du Bhoutan, par exemple, avait notamment pour objectif de soutenir l'État dans la création et le développement d'un système de santé résilient face aux maladies transmissibles ainsi qu'aux effets des urgences sanitaires et du changement climatique⁶⁹. Concrètement, le rapport indique que le bureau de pays de l'OMS a, entre autres, soutenu le ministère de la santé bhoutanais en aidant à la préparation et à la formation des professionnels de santé sur les maladies influencées par le changement climatique⁷⁰.

⁶² *Country cooperation strategy guide 2023*, Geneva, WHO, 2023.

⁶³ *ibid.*, p. 4.

⁶⁴ *Rapport sur les résultats 2024 ; rapport financier et états financiers vérifiés pour l'année qui s'est achevée le 31 décembre 2024*, A78/17, Genève, OMS, 2025.

⁶⁵ *ibid.*, p. 1.

⁶⁶ *Politique OMS de prévention, de détection et de réponse à la fraude et la corruption*, Genève, OMS, 2022 ; *Rapport sur les résultats 2024 ; rapport financier et états financiers vérifiés pour l'année qui s'est achevée le 31 décembre 2024*, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁷ « WHO Evaluation Office: Country Evaluations », *WHO.int*, <https://www.who.int/about/evaluation/country-evaluations>, consulté le 20 janvier 2026.

⁶⁸ *WHO Evaluation Policy (2025)*, EB157(2) (2025), Geneva, WHO (Evaluation office), 2025, p. 8.

⁶⁹ *WHO contribution in Bhutan (2020-2024) Evaluation report*, WHO/DGO/EVL/2025.128, Geneva, WHO, 2025, pp. 51, 71-72.

⁷⁰ *WHO contribution in Bhutan (2020-2024) Evaluation report*, WHO/DGO/EVL/2025.128, Geneva, WHO, 2025, p. 38.

Ces rapports sont coordonnés et commissionnés par le Bureau d'évaluation de l'OMS qui dirige la fonction d'évaluation de l'Organisation aux trois niveaux (du siège et des bureaux régionaux et nationaux)⁷¹. Le Bureau de l'évaluation publie un rapport annuel offrant une vue d'ensemble des résultats et de la performance de l'OMS, appréciés au regard des priorités stratégiques définies dans les Programmes généraux de travail et mises en œuvre grâce aux programmes budgétaires. Il s'assure également de la publicité des rapports d'évaluation afin de garantir plus de transparence sur l'état de l'avancement des activités de l'Organisation⁷².

L'ensemble de ces mécanismes d'évaluation permet d'avoir un suivi sur l'allocation des ressources dans le cadre des activités que l'OMS mène sur le terrain, en soutien aux États. L'intégration effective des enjeux climatiques dans les priorités budgétaires de l'OMS et en conséquence, des bureaux de pays, étant récente, il demeure trop tôt pour en évaluer pleinement les effets au niveau national.

Conclusion

Le concept de conditionnalité environnementale se prête mal aux mécanismes de financement de l'Organisation parce que celle-ci est d'abord tenue, pour la majorité de ses financements, par les conditions imposées par ses partenaires quant à la redistribution de ceux-ci et que cette dernière s'effectue principalement au moyen d'un appui technique. Ceci n'empêche pas l'Organisation de véhiculer ses principes directeurs au travers de son activité, certains budgets sont même alloués à la réalisation d'objectifs climatiques liés à la santé. Le climat a pris une place de plus en plus importante au sein des activités de l'OMS. Elle l'élève ainsi au rang de ses priorités stratégiques dans la répartition de son budget pour les années 2026-2027.

L'allocation de son budget envers les États se fait majoritairement au moyen de stratégies de coopération établies conjointement par les bureaux de pays et l'État qui correspondent aux priorités stratégiques établies par les programmes généraux de travail de l'OMS (et ses budgets programmes). Auprès des États, l'OMS offre principalement un appui technique sur des points de santé publique nécessitant une intervention prioritaire. L'exemple du Bhoutan est parlant, les bureaux de pays de l'OMS aident notamment à former des professionnels médicaux sur les maladies liées au changement climatique et participent ainsi à rendre les systèmes de santé bhoutanais plus résilients. L'ensemble des activités de ces bureaux doit faire l'objet d'un *reporting* et être intégré à des rapports d'évaluation (évaluation programme par pays) coordonnés par le Bureau de l'évaluation de l'OMS. Ces rapports doivent ensuite être publiés. De cette façon, l'Organisation s'assure de la bonne allocation de ses ressources vers ses priorités stratégiques et permet une transparence quant aux progrès réalisés pour ses donateurs.

Malgré l'absence de financement directement attribué aux États membres, l'appui national assuré par l'OMS au travers de ses bureaux de pays est loin d'être négligeable sur le terrain. Il permet d'agir au plus près des États et d'assurer une dissémination effective et une mise en œuvre concrète de ses principes directeurs évoqués en

⁷¹ Il est en lien direct avec le Directeur général et assure une fonction de *reporting* annuelle auprès du Conseil exécutif de l'OMS sur les progrès accomplis, *WHO Evaluation Policy (2025)*, *op. cit.*, p. 14.

⁷² *ibid.*, p. 16.

introduction, ainsi que de ses priorités stratégiques, au premier rang desquelles figure le climat.

Ce mécanisme pourrait à l'avenir permettre des avancées significatives pour la santé et le climat au sein des États.

L'éco-conditionnalité en droit public français

Par Grégory CATHALAN,
Doctorant en droit public,
Université Paris-Panthéon-Assas.

Les mécanismes de conditionnalité furent, aux yeux du droit français, un objet essentiellement exogène. Exogènes par leur but dans un premier temps, ces mécanismes répondant à un problème qui relève des sciences économiques. Exogènes par leur origine dans un second temps, l'origine de ces mécanismes étant davantage imputés au droit international.

Exogènes par leur but. Les politiques de conditionnalité répondent en effet à un problème d'origine économique¹. Selon les théories classiques des sciences économiques, l'*homo oeconomicus*² est supposé maximiser son utilité propre sans prendre en compte les effets de cette même activité sur autrui et les autres systèmes qui l'entourent. Ces effets, que l'on nomme *externalités*, peuvent être négatifs (ils causent à autrui un dommage) ou positifs (ils procurent à autrui un avantage), seuls les premiers étant véritablement litigieux. À défaut d'incitation à prendre en compte ces externalités négatives, un acteur rationnel devrait les ignorer afin de continuer à poursuivre son seul intérêt, égoïste. Face à ce tragique présupposé, la solution apportée par l'État néolibéral devient alors d'« internaliser les externalités »³, c'est-à-dire de pousser les acteurs à prendre en compte, dans leurs calculs économiques, les coûts et avantages causés par leur activité sur autrui et les autres systèmes sociaux. En introduisant une incitation économique à prévenir ces dommages, on rajoute alors un poids du bon côté de la balance, afin de la faire pencher du côté de la protection des tiers. En matière d'éco-conditionnalité, c'est donc la question de la protection de l'environnement que l'on intègre dans les calculs des acteurs économiques, afin de leur rendre profitable : protéger l'environnement revient alors à poursuivre ses intérêts égoïstes. Comme toutes les conditionnalités, l'objectif de l'éco-conditionnalité est donc d'insérer l'intérêt général, ici la protection de l'environnement, au sein du marché.⁴ Par sa nature, la conditionnalité environnementale a donc pour objet d'intégrer l'environnement dans d'autres politiques que celles que couvre le droit de l'environnement traditionnel.⁵

Exogènes par leur origine ensuite. Les politiques de conditionnalités furent, aux yeux du droit français, un objet international avant tout. L'étymologie trahit cette ascendance : issu d'un anglicisme criant, dérivé de l'anglais *conditionality*, le terme même de «

¹ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue européenne de Droit de l'Environnement*, 2000, n°4-2, pp. 129-151.

² Le concept d'*homo oeconomicus* est un des présupposés de la pensée économique qui voudrait que les décisions des acteurs économiques soient toutes rationnelles en vue de maximiser leur propre utilité, leur bien-être égoïste. v. par exemple V. PARETO, *Manuel d'économie politique*, Genève, Librairie Droz, coll. Travaux de Sciences Sociales, 1981 (originellement publié en 1906), p.16.

³ G. SAINTENY, « L'écofiscalité comme outil de politique publique », *Revue française d'administration publique*, 2010, n°134, pp. 351-372.

⁴ C. -M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration - Entre clair-obscur et trompe l'œil », in H. DEZLANGLES, F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 21-38.

⁵ C. HUGLO, « Préface », in H. DEZLANGLES, F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 6.

conditionnalité » était un objet étranger à la langue française⁶. Ce sont en effet des organisations internationales travaillant en langue anglaise qui, les premières, mirent en place de telles politiques⁷. Ce constat d'exogénéité s'étend *a fortiori* au versant environnemental de la conditionnalité, qu'on le dénomme « éco-conditionnalité » ou « conditionnalité environnementale ». Le droit français de l'environnement connaissait jusqu'alors ses moyens d'action habituels : police environnementale et autres mesures rigides de prohibition de comportement. Il ne connaissait pas la conditionnalité et son versant incitatif.

L'intégration en droit français se fit alors sans douleur remarquable, notre droit ne connaissant aucun mécanisme proche ou assimilable à l'éco-conditionnalité. Aucune notion n'avait besoin d'être adaptée ou bousculée pour laisser place à celle proposée par les organisations internationales et l'organisation néolibérale de l'économie favorisait l'intégration de tels mécanismes. La transposition de la notion fut donc très fidèle : on reprit, en droit français, la même définition de l'éco-conditionnalité qu'en droit international. Elle se définit alors comme « l'ensemble des mesures liées à la protection de l'environnement (finalité) qu'un prestataire considère comme nécessaire ou souhaitable (souplesse) au déclenchement (carotte) ou au maintien (bâton) d'une ou plusieurs de ses prestations »⁸. Sont distingués au sein de cette définition les deux versants de la conditionnalité : la conditionnalité positive et la conditionnalité négative⁹. La conditionnalité positive correspond ici à la « carotte ». Elle intervient pour inciter le bénéficiaire à respecter les conditions environnementales en lui instaurant un avantage additionnel. Au contraire, la conditionnalité négative correspond au bâton : elle subordonne la conservation d'un avantage existant au respect de conditions environnementales. En réalité, ces deux versants dépendent surtout du moment d'intégration des éco-conditions dans les conditions de versement de la prestation : si elles sont introduites *ab initio*, alors les respecter revient à bénéficier d'un nouvel avantage et la conditionnalité devient positive. Au contraire, si elles sont intégrées à une prestation existante, alors il devient impératif de les respecter pour que la prestation soit maintenue.

Bien qu'étrangers, les mécanismes d'éco-conditionnalité connurent donc en France un succès conséquent. Le premier rapport du droit français à l'éco-conditionnalité fut toutefois un rapport d'intégration : comme le droit de l'Union européenne l'exigeait, il fallait intégrer cette technique juridique au sein de notre droit interne, ce que l'on fit non sans un certain zèle. Dans un second temps, les mécanismes d'éco-conditionnalité furent employés de manière autonome et largement mobilisés dans l'ensemble du droit français.

⁶ A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue européenne de Droit de l'Environnement*, 2000, n°4-2, pp. 129-151.

⁷ Les Programmes d'Ajustement Structurel de la Banque Mondiale et du Fonds Monétaire International (FMI) mobilisèrent des mécanismes de conditionnalité dès le début des années 80, conditionnant l'aide des institutions à la mise en place de certaines réformes.

⁸ A. VANDERVORST, *La conditionnalité écologique dans les organisations financières internationales*, thèse de doctorat, France : Université de Rouen, 1999, p. 6.

⁹ C. -M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration - Entre clair-obscur et trompe l'œil », in H. DEZLANGLES, F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, pp. 21-38.

I. Le temps de l'intégration : la mobilisation provoquée de l'éco-conditionnalité en droit public français

L'éco-conditionnalité a pénétré le droit français par un truchement bien connu : celui de la Politique agricole commune (PAC). Cette dernière fut considérée comme la « terre d'élection » de la conditionnalité environnementale¹⁰. D'autres politiques européennes mettaient alors déjà en œuvre cette technique, mais c'est bien la PAC qui, la première, demanda aux États membres de prendre des mesures internes mettant en œuvre la conditionnalité environnementale.

L'éco-conditionnalité était alors une technique perçue comme inédite en droit français. Toutefois, la transposition se fit avec un enthousiasme certain quitte, parfois, à surtransposer¹¹. Les mécanismes d'éco-conditionnalité de la PAC furent, dans un premier temps, facultatifs. Le Règlement (CE) n° 1259/1999 n'introduisait en effet que la *possibilité* pour les États membres de conditionner des aides au respect d'exigences environnementales¹². Ce n'est qu'en 2003 que le Règlement (CE) n° 1782/2003 rendra obligatoire le respect des « bonnes conditions agricoles et environnementales » par l'agriculteur soucieux d'obtenir les subventions. Ainsi, durant cet intervalle, l'éco-conditionnalité était purement facultative lors de la mise en œuvre de la Politique Agricole Commune. L'État français fit alors partie des premiers volontaires et mit immédiatement en place un premier embryon de politique d'éco-conditionnalité : les Contrats Territoriaux d'exploitation. Ces contrats, introduits par la Loi d'Orientation Agricole du 9 juillet 1999, étaient conclus entre tout exploitant agricole volontaire et l'autorité administrative. Ils conditionnaient le versement d'aides par l'État au respect, par les agriculteurs, « d'engagements d'effectuer des actions favorisant une agriculture durable »¹³. Ainsi, bien qu'elle ne fût alors que facultative, la France décida d'expérimenter rapidement avec l'éco-conditionnalité. Les ambitions du projet étaient toutefois assez modestes : plutôt que généralisée, l'éco-conditionnalité n'était ici que contractuelle et aucun autre dispositif ne vit le jour avant 2003. La volonté politique d'aller plus loin s'arrêta rapidement face à la difficulté des débats autour de ces mécanismes. En effet, les débats relatifs aux contrats territoriaux d'exploitation s'étaient cristallisés autour de la distorsion de concurrence injustifiée qu'induraient ces contrats. Il était invoqué que les agriculteurs français devant respecter ces conditions additionnelles seraient lésés en comparaison avec leurs homologues européens ne se voyant pas imposer de telles conditions. Face à de tels arguments, la généralisation et la décision de rendre impérative la conditionnalité environnementale, imputée au règlement de 2003, étaient deux réponses efficaces.

Depuis cette timide, mais résiliente, intégration historique, la technique de l'éco-conditionnalité en droit français applicable à la PAC est incontournable. Le Plan stratégique national de la PAC pour la période 2023-2027 témoigne efficacement de ce

¹⁰ N. DE SADELEER, « Conclusions générales » in H. DEZLANGLES, F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p.177.

¹¹ Il est fréquent que la conditionnalité soit « surtransposée » et que des conditions soient ajoutées, v. par exemple F. BARBIER, « La conditionnalité environnementale », *Revue de droit rural*, 2007, n°349, étude n°6.

¹² L'article 3 du règlement (CE) n° 1259/1999 dispose en effet que : « Ces mesures peuvent consister : – à subordonner les aides à des engagements agro-environnementaux ». Souligné ajouté.

¹³ V. LAMY, « Éclaircissements sur le régime juridique des contrats d'agriculture durable », *AJDA*, 2016, n°13, pp. 727-732.

phénomène : la conditionnalité environnementale est le premier levier mobilisé et, surtout, il est perçu comme étant le plus critique. Lorsqu'il s'agit par exemple de lutter contre la réduction de la biodiversité, ce sont « les différents éléments de la *conditionnalité* des aides [qui] sont tout d'abord mobilisés »¹⁴. De même, le Plan fait état d'une conditionnalité « renforcée », bien que cette dernière ne semble rien être d'autre qu'une conditionnalité juridiquement classique à laquelle un poids politique particulier est apposé.

Les contrôles et sanctions ont aussi fidèlement été mis en place. En effet, si l'Union européenne peut imposer des critères et motifs de sanction, elle est obligée d'en déléguer la mise en œuvre concrète aux agents étatiques de chacun des États membres. Ainsi, en droit français, la distinction entre les non-conformités de négligence et intentionnelles a par exemple été fidèlement transposée¹⁵ et il revient aux agents étatiques de maintien de l'ordre d'assurer le respect concret des éco-conditions par les bénéficiaires de l'aide. Dans le cadre de la Politique agricole commune, les contrôles étaient jusqu'à 2010 répartis entre trois branches, correspondantes chacune à une spécialisation agricole. Les agents de la direction départementale des services vétérinaires (DDSV) avaient donc la charge de contrôler les élevages, les agents de l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC) contrôlaient les producteurs de céréales et les agents de la direction départementale de l'agriculture et de la forêt (DDAF) contrôlaient les autres exploitations¹⁶. Cette spécialisation permettait un suivi rapproché du respect des éco-conditions par les bénéficiaires des subventions. Elle demeure encore aujourd'hui, bien que les noms des contrôleurs aient changé : la DDSV a été remplacée par la Direction départementale de la Protection des Populations¹⁷ et la DDAF a été remplacée par la Direction départementale des territoires (DDT)¹⁸ qui réalisent désormais les contrôles. La spécialisation céréalière est cependant grande perdante de la réforme de 2009, ayant disparu pour être confiée à la DDT. En cas de constat d'un manquement aux éco-conditions, c'est ensuite devant les tribunaux nationaux que les agriculteurs pourront contester les sanctions administratives de réduction des aides. Le juge administratif français se fait alors plus que jamais juge du droit commun de l'Union européenne afin d'appliquer les sanctions de ce dernier.

La pénétration du droit de l'Union européenne en droit interne ne se fait pas, en contrepartie, sans une pénétration inverse. En effet, ces dernières années, on a observé le gouvernement français appuyer la transposition, en droit de l'Union européenne, d'un mécanisme d'origine française qui s'est alors étendu à l'entière de la PAC. La loi ESSOC de 2018 a introduit en droit interne la notion de droit à l'erreur, permettant à une personne de régulariser sa situation en cas d'erreur matérielle afin d'éviter d'être privée d'une prestation. Aujourd'hui codifié à l'article L123-1 du Code des relations entre le public et l'administration, ce dispositif exclut de manière notable les sanctions requises pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Ainsi, les agriculteurs ne pouvaient bénéficier du droit à l'erreur nouvellement introduit face aux sanctions de

¹⁴ Plan Stratégique National de la PAC 2023-2027, approuvé le 21/10/2024 par la Commission Européenne. Souligné ajouté.

¹⁵ L'article D. 615-59 du Code Rural et de la pêche maritime transpose en l'occurrence l'article 99 du règlement (UE) n° 1306/2013 du 17 décembre 2013.

¹⁶ F. BARBIER, « La conditionnalité environnementale », *Revue de droit rural*, 2007, n°349, étude n°6.

¹⁷ art. 5 du Décret 2009-1484 du 3 décembre 2009 relatif aux directions départementales interministérielles.

¹⁸ *ibid.*, art. 3.

la PAC. Cela a conduit la France à porter, avec succès, la reconnaissance d'un droit à l'erreur au sein même de la PAC¹⁹. Bien que ces exemples d'interpénétration des droits français et européens soient encore rares, ils achèvent de démontrer le souci des autorités françaises à appliquer le droit de la PAC tout en l'intégrant le plus possible à leur droit interne.

Bien que la question spécifique de la PAC cristallise et illustre l'essentiel des enjeux de transposition des mécanismes d'éco-conditionnalité, celle-ci n'est pas le seul véhicule normatif imposant à la France une telle transposition. Bien que les aides publiques constituent un levier majeur de conditionnalité environnementale en droit interne²⁰, elles sont contraintes par le cadre général du droit de l'Union européenne. À ce sujet, les lignes directrices de 2022²¹ permettent alors aux États de bénéficier d'un régime plus laxiste au sujet des aides d'États permettant de favoriser la transition écologique. Au-delà de la question spécifique de la PAC, on peut voir que la France s'applique à transposer fidèlement les différents mécanismes d'éco-conditionnalité européens. Elle adopte à cette occasion les voies et techniques prescrites, sans pour autant que ces techniques soient véritablement incorporées dans le droit français. Le droit public français fait pourtant souvent usage de l'éco-conditionnalité, mais le fait alors en suivant ses techniques juridiques habituelles.

II. Le temps de la mobilisation spontanée : la pénétration de l'éco-conditionnalité dans la « culture » du droit public français

Avec le droit européen comme guide, le droit français s'est progressivement emparé de la notion d'éco-conditionnalité. Mais plutôt que de se borner à copier les mécanismes européens, l'État et ses démembrés sont parvenus à les intégrer dans les mécanismes habituels du droit interne. D'une notion étrangère, la conditionnalité environnementale est devenue une notion incorporée au droit public interne : la greffe a pris. On la retrouve désormais principalement au sein de notre fiscalité ou de notre commande publique, ainsi que dans les subventions directes, terrain naturel de l'éco-conditionnalité.

A. L'emploi consolidé historique de l'éco-conditionnalité en matière fiscale

Si la Politique Agricole Commune constitue la « terre d'élection » de la conditionnalité environnementale en droit de l'Union européenne, c'est la matière fiscale qui eut le même rôle en droit français interne.

Les dépenses fiscales, communément appelées niches fiscales, constituent des exemples de conditionnalité dite « contrepartie » : le respect des conditions a pour contrepartie un avantage pécuniaire, bien qu'indirect. En la matière, le législateur fait état d'un zèle tout particulier. Ces dépenses fiscales représentent, au sein du budget de l'État, un poste de dépense de 94,2 milliards d'euros en 2022, soit près d'un quart des

¹⁹ Réponse ministérielle à la question écrite n°04136 du 10 avril 2025, J.O. débat parlementaire du Sénat du 18 septembre 2025, p. 5142.

²⁰ v. *infra*.

²¹ Lignes directrices de 2022 concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie.

recettes de la même année²². La France se singularise au sein des différents États de l'Union européenne sur ce point, les crédits d'impôt ayant un poids trois fois plus élevé que la moyenne de l'Union européenne²³. En droit interne, les dépenses fiscales sont véritablement perçues comme des leviers de transition majeurs qui peuvent alors être mobilisés pour des objectifs environnementaux. Depuis 2021, figure parmi les Jaunes budgétaires annexés au budget un rapport de suivi des politiques environnementales, intitulé « Rapport sur l'impact environnemental du budget de l'État ». Ce rapport a pour objet, notamment, d'évaluer l'impact environnemental des dépenses fiscales de l'État : il assure le suivi des niches fiscales pertinentes et donc du rôle de l'éco-conditionnalité dans les politiques fiscales françaises. On peut toutefois déplorer que les dépenses fiscales éco-conditionnées ne soient pour l'instant que trop peu mobilisées. En 2021, elles représentaient moins de 4% des dépenses fiscales, correspondant tout de même à une dépense publique non négligeable de 3,4 milliards d'euros²⁴. La tendance est toutefois à la hausse : la loi de finances pour l'année 2024 prévoyait quant à elle 78 niches fiscales ayant un lien avec l'écologie et pouvant être comprises comme une application de l'éco-conditionnalité, pour un total de 6,415 Mds d'euros, cette fois-ci près de 10% des dépenses fiscales²⁵.

Le terme d'éco-conditionnalité apparaît pour la première fois en droit interne par le prisme de la loi de finances pour 2014, votée le 29 décembre 2013. Celle-ci prévoyait notamment un « éco-prêt à taux zéro » pour financer des travaux de rénovation énergétique. Afin de pouvoir bénéficier du prêt avantageux, il était nécessaire que ces travaux de rénovation soient réalisés par une entreprise reconnue garante de l'environnement²⁶. Pour la première fois, le terme d'éco-conditionnalité était utilisé expressément dans les débats et la présentation du mécanisme. Cette première apparition n'est toutefois pas si remarquable que cela : bien qu'on lui reconnaisse le premier emploi formel du terme « éco-conditionnalité », elle n'est pas la première à avoir mis en place un mécanisme matériel d'éco-conditionnalité. En réalité, la première mobilisation spontanée de l'éco-conditionnalité en droit interne s'est faite bien avant 2014, mais toujours par le truchement de la matière fiscale. La Loi relative au développement des territoires ruraux du 23 février 2005, dans son article 146, réservait un régime fiscal plus favorable aux terrains situés en zone Natura 2000. Pour bénéficier d'un tel régime, il fallait donc que le propriétaire du terrain souscrive un contrat Natura 2000 ou adhère à une charte Natura 2000²⁷, lesquels lui imposent alors de respecter des éco-conditions n'en portant alors pas le nom. Il faudra ensuite attendre la loi Scellier pour voir d'autres mécanismes du genre être mis en place : la loi de finances pour 2009 proposait une réduction d'impôt aux propriétaires dont les logements mis en location respectent des conditions de performances énergétiques²⁸.

²² Cour des comptes, *Le budget de l'État en 2022 – Résultats et gestion*, Rapport, avril 2023, p.93.

²³ Cour des comptes, *Piloter et évaluer les dépenses fiscales*, Note thématique, juillet 2023, p. 11.

²⁴ Sur près de 86 milliards d'euros de dépense fiscale, seuls 3,4 milliards sont estimés avoir un impact positif sur l'environnement (contre 7 milliards estimés avoir un impact négatif) : v. le *Rapport sur l'impact environnemental du budget de l'État*, annexe au projet de loi de finance pour 2021, p. 17.

²⁵ Annexe au projet de loi de finance pour 2024, Tome II - les dépenses fiscales. A défaut de jaune budgétaire pertinent en 2024, les calculs sont personnels et donc imparfaitement comparables avec ceux de 2021.

²⁶ Article 74 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

²⁷ Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article 1395 E du CGI.

²⁸ Article 199 septuagies de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.

En outre, sans être une application stricto sensu d'éco-conditionnalité, la matière fiscale présente de nombreux objets proches de cette dernière. Les taxes sur la pollution, par exemple, poursuivent le même objet que l'éco-conditionnalité : internaliser les externalités et pousser les acteurs à faire le choix socialement vertueux en poursuivant leur utilité personnelle. Ainsi, la taxe sur les émissions de CO₂ des véhicules de tourisme²⁹ (malus écologique), se voulant être le miroir du bonus écologique éco-conditionné, est remarquable. Cette disposition instaure une taxe supplémentaire lors de l'immatriculation d'un véhicule, de laquelle sont redevables les propriétaires d'un véhicule polluant. On trouve ce genre de mécanisme depuis la Taxe générale sur les activités polluantes de 1999, laquelle modulait l'impôt en fonction de critères environnementaux³⁰. Il n'est donc pas ici question d'un avantage éco-conditionné mais plutôt d'un préjudice éco-conditionné. Ces dispositifs n'entrent donc pas dans une définition stricte de l'éco-conditionnalité, mais permettent tout de même d'illustrer sa solide implantation dans notre droit interne. Plus que de reprendre simplement le dispositif au sens strict, c'est son but même qui est repris et appliqué à d'autres dispositifs.

La matière fiscale est donc un domaine de prédilection de la conditionnalité environnementale. Plutôt que d'y être un objet étranger et inadapté aux spécificités du droit français, l'éco-conditionnalité y est ici un objet parmi d'autres. Ce sont bien les mécanismes habituels du droit fiscal qui sont mobilisés : les particuliers doivent prouver remplir les conditions d'application de la dépense fiscale et l'on s'appuie par exemple sur des entreprises certifiées³¹ pour aider le contrôle de l'administration. Aucun rejet ni rebut, la greffe a pris.

B. *Le développement ambitieux de l'éco-conditionnalité en matière de commande publique*

Alors que la matière fiscale sert d'illustration à la conditionnalité « contrepartie », la commande publique est un exemple topique de ce qui fut appelé la conditionnalité « substitution »³². Cette dernière se démarque de la première en ce qu'elle délaisse le mécanisme de la contrepartie financière directe au profit de l'application d'un régime plus favorable à la personne respectant les conditions. Ainsi, un régime plus favorable est *substitué* au régime normal, permettant alors au bénéficiaire d'y trouver son utilité. En commande publique, ce régime plus favorable désigne donc l'accès même à la procédure d'achat publique. Une logique similaire aux dépenses fiscales est ici mobilisée : l'État mobilise une dépense majeure et l'assortit d'éco-conditions. Véritable « géant endormi », la commande publique représente en France entre 8 et 10% du PIB³³, pouvant dès lors être mobilisés au service de la transition écologique de l'État. Les rapports commandés préconisaient l'incorporation d'éco-conditions dans les marchés publics depuis 2003, au moins³⁴. Toutefois, l'absence d'outils de suivi antérieurs à 2008 empêche de voir si ces appels de pieds ont été suivis.

²⁹ Article L. 421-59 du code des impositions sur les biens et les services.

³⁰ Article 45 de la Loi du 30 décembre 1998 de finances pour 1999.

³¹ Article 244 quater U du Code général des impôts.

³² C.-M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration - Entre clair-obscur et trompe l'œil », in H. DEZLANGLES, F. FINES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p.25.

³³ N. HULOT, *discours prononcé au lancement de la Feuille de route pour l'économie circulaire*, 24 octobre 2017.

³⁴ *Forêts tropicales : comment la France peut-elle contribuer à leur gestion durable*, Rapport, La Documentation française, 2003, 164 p.

La prise en compte de conditions environnementales se fera alors lors de la procédure de passation du contrat. Trois moments clés de cette procédure sont alors susceptibles de mettre en œuvre des éco-conditions³⁵. Les caractéristiques ou exigences du contrat peuvent, dans un premier temps, mobiliser de tels critères. Ici, tous les opérateurs peuvent conclure le contrat et aucune exigence ne leur est imposée avant la conclusion de ce dernier. C'est en revanche au stade de l'exécution du contrat que ces exigences et caractéristiques devront être respectées, sous peine d'imposer des sanctions au cocontractant de l'administration. Le respect des éco-conditions permet donc ici d'exécuter le contrat sans pénalités. A ce sujet, la présence de nombreuses clauses « environnementales » ou « développement durable » dans les cahiers des clauses administratives générales des marchés publics témoigne de l'importance de ces éco-conditions au stade de l'exécution du contrat³⁶.

Il est possible, dans un second temps, d'imposer des critères environnementaux dans les conditions d'attributions du marché. Dans ce second cas, la mise en concurrence est réservée aux opérateurs respectant la condition d'attribution. Ainsi, seuls les opérateurs respectant les éco-conditions verront leurs candidatures déclarées recevables par l'acheteur public. Le respect des conditions environnementales permet ici de se voir appliquer le régime d'accès à la commande publique. Enfin, dans un dernier temps, la protection de l'environnement peut être intégrée dans les critères d'attributions du contrat (et non dans les conditions d'attribution traitées en second temps). Cette fois-ci, l'engagement de l'opérateur en faveur de la protection de l'environnement est pris en compte pour trouver l'offre la plus économiquement favorable. Parmi ces trois leviers d'actions, seuls les deux premiers relèvent véritablement de l'éco-conditionnalité. Le dernier levier érige en effet la protection de l'environnement comme un critère parmi d'autres, plutôt que comme une condition rigide. Ce n'est pas le respect des conditions qui permet l'application du régime plus favorable : la protection de l'environnement est ici perçue comme un critère optionnel et non comme une condition. A l'instar de la matière fiscale, c'est ici l'extraordinaire banalité de ces dispositifs qui marque : aucun de ceux-ci n'est nouveau ni spécifique à l'éco-conditionnalité. Cette dernière a été intégrée discrètement et sans heurts au sein des dispositifs préexistants.

Une place particulière est toutefois réservée à la protection de l'environnement au sein de la commande publique. Le Plan national pour les achats durables de 2022³⁷ comporte comme premier objectif que « *d'ici 2025, 100% des contrats de la commande publique notifiés au cours de l'année comprennent au moins une considération environnementale* », échéance repoussée en août 2026 par la Loi climat et résilience³⁸. Il semble toutefois que se cache derrière la dénomination *considérations environnementales* chacun des trois leviers identifiés plus tôt, indistinctement. Ainsi, aucun suivi de la mise en œuvre de cet objectif ne fera de différence entre ce qui relève de la conditionnalité environnementale et ce qui relève simplement de la prise en compte de l'environnement par la commande publique. Ainsi, lorsque l'observatoire économique de la commande publique évalue le

³⁵ *Forêts tropicales : comment la France peut-elle contribuer à leur gestion durable*, Rapport, La Documentation française, 2003, 164 p.

³⁶ v. par exemple le CCAG, *marchés publics de fournitures courantes et de services*, approuvé par arrêté le 30 mars 2021 et notamment ses articles 7 et 16.

³⁷ *Plan national pour des achats durables 2022-2025*, 15 mars 2022.

³⁸ Article 35 de la Loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

suivi de cet objectif, il évalue la mise en place de l'éco-conditionnalité et de la mise en place d'éco-critères indistinctement. Aucun outil de suivi ne permet toutefois de suivre l'application spécifique de l'éco-conditionnalité dans la commande publique. Par extrapolation des chiffres généraux, il est tout de même possible de suivre sa croissance et d'observer les tendances. En l'occurrence, l'objectif-cible de 100% par le premier objectif de Plan est encore très loin d'être atteint³⁹. L'année 2025, servant d'échéance au premier objectif, est désormais achevée. Toutefois, les derniers chiffres du recensement datent encore de 2023, date à laquelle la trajectoire était encore mal engagée : la présence de considération environnementale n'était que de 29,1% en 2023. Une hausse du phénomène, bien qu'insuffisante, est toutefois remarquée : en 2014, ces considérations environnementales ne se trouvaient que dans 13,6% des contrats notifiés, soit moins de la moitié.

Bien que les ambitions que le Plan national d'achat durable réserve à l'éco-conditionnalité ne soient pas en situation d'être atteintes, la commande publique a constitué un terrain très fertile pour le développement de celle-ci. A l'instar de la fiscalité, l'intégration de l'éco-conditionnalité s'est faite de façon indolore. Se reposant sur les mécanismes préexistants de la commande publique, les acheteurs publics ont pu conditionner l'accès à la commande publique par les opérateurs au respect de conditions environnementales⁴⁰.

C. L'éco-conditionnalité dans les subventions directes

Enfin, l'éco-conditionnalité s'applique aussi sous sa forme traditionnelle : la conditionnalité contrepartie de subventions directes. L'inventaire exhaustif est ici impossible : l'intégration de l'éco-conditionnalité par le droit français est totale et ses exemples sont pléthoriques. Toute personne morale ayant pour mission de distribuer des subventions à l'aide d'argent public peut librement mettre en place des critères d'éco-conditionnalité limitant l'accès à ces subventions. Cette faculté peut alors être mise en œuvre par l'État lui-même, mais aussi pour tous ses démembrements, y compris les établissements publics. Le Centre national du cinéma et de l'image animée impose par exemple aux bénéficiaires de ses subventions de réaliser deux bilans carbone du projet subventionné, un *a priori* et un *a posteriori*. Bien que n'imposant aucune obligation de réduire les émissions, ces bilans ont un impact sur la décision accordant ou refusant d'accorder la subvention⁴¹. Les collectivités territoriales ne sont évidemment pas en reste : un département⁴² ou une région⁴³ peut spontanément décider de conditionner ses aides, à condition d'en avoir la marge de manœuvre. Cette multiplication, bien que condamnant toute œuvre de recensement des différents mécanismes d'éco-conditionnalité, achève de témoigner de sa pleine intégration en droit public français.

³⁹ OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE, *Recensement économique de la commande publique 2023*, Rapport du 13 décembre 2024.

⁴⁰ OBSERVATOIRE ECONOMIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, Rapport du 22 novembre 2023.

⁴¹ Art. 122-18 du Code du cinéma et de l'image animée.

⁴² Le Calvados conditionne ses aides départementales aux territoires au respect de conditions écologiques dans le cadre de son *Agenda 21 départemental* : v. sur le site internet du département du Calvados *Éco-conditionnalité des aides départementales aux territoires*, <https://www.calvados.fr/eco-conditionnalite-aides>, [consulté le 20/03/2025].

⁴³ La Région Nouvelle-Aquitaine conditionne ses aides régionales au respect de conditions sociales et écologiques : v. *Procès-verbal de la séance plénière du Conseil régional de Nouvelle-Aquitaine du 27 mars 2023 et son prolongement le 28 mars 2023*, pp. 35-62.

Il convient tout de même de s'appuyer sur quelques exemples saillants afin d'illustrer le succès de l'éco-conditionnalité en droit public interne. Les programmes d'investissement d'avenir (PIA) furent un vecteur majeur de développement de la pratique de l'éco-conditionnalité en France. Ces programmes d'investissements, initiés en 2009, se démarquent par leur importance : plus de 10 milliards d'euros sont investis annuellement dans ces programmes. Ils se succèdent depuis 2009 afin de financer des projets futurs, « non encore achevés ni même commencés »⁴⁴. Ces financements seront alors concrétisés par des conventions ayant pour objet de mettre en œuvre les PIA. Toutes les aides des PIA ne sont pas éco-conditionnées, certes. Toutefois, depuis 2014, ils affichent l'ambition d'investir au moins la moitié de leur enveloppe en faveur de la transition écologique⁴⁵. Pour concrétiser cette ambition, ces programmes ont massivement mobilisé la technique de l'éco-conditionnalité. À ce sujet spécifiquement, la Cour des comptes estime que l'introduction de l'éco-conditionnalité dans les critères de sélection d'une proportion importante de projets a fait progresser ce thème dans la « culture » de l'administration⁴⁶. C'est bien cette intégration dans la culture de l'administration qui assure alors la pérennité et la progression de l'éco-conditionnalité. Bien que ces plans peinent parfois à atteindre les objectifs qu'ils se fixent, leur mise en œuvre est aujourd'hui bien engagée et leurs acquis se multiplient⁴⁷.

En outre, le rôle central de certaines agences de l'État conforte toujours davantage la place de l'éco-conditionnalité au sein du droit public français. Ainsi, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (l'Ademe) dispose d'une enveloppe conséquente afin de financer des projets. Par nature, en raison des objectifs poursuivis par cet établissement public, les financements qu'il est susceptible d'octroyer doivent nécessairement reposer sur le respect de conditions environnementales par les bénéficiaires. L'éco-conditionnalité est un critère de sélection primaire des projets retenus par l'agence⁴⁸ et, en cas de non-respect des exigences de conditionnalité, les bénéficiaires des subventions sont susceptibles de perdre une partie de leurs financements⁴⁹.

Enfin, le droit des aides publiques aux entreprises s'illustre particulièrement dans la mise en œuvre de mécanismes d'éco-conditionnalité, de nombreuses aides d'État aux entreprises étant soumises au respect de conditions environnementales⁵⁰. Ici encore, une dépense publique préexistante massive⁵¹ fut réorientée afin de servir (même

⁴⁴ F. BLANC, « Finances et comptabilité publiques - Réflexions sur les avances », *Droit Administratif*, 2018, n°5, Alerte 61.

⁴⁵ LE MONDE AVEC AFP, « Le Gouvernement présente son plan d'investissement », *Le Monde*, 9 juillet 2013, https://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/09/le-gouvernement-presente-son-plan-d-investissement-pour-les-dix-prochaines-annees_3444740_3234.html [consulté le 20/03/2025].

⁴⁶ COUR DES COMPTES, *Le programme d'investissement d'avenir*, Rapports publics thématiques, Décembre 2015.

⁴⁷ v. en ce sens : ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°3867, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle sur les programmes d'investissements d'avenir (PIA) finançant la transition écologique*, 22 juin 2016.

⁴⁸ Convention du 15 décembre 2014 entre l'Etat et l'ADEME relative au programme d'investissements d'avenir (action : « Démonstrateurs de la transition écologique et énergétique »), stipulation 2.3.2.

⁴⁹ v. par exemple : Convention du 27 novembre 2014 entre l'Etat et BPI-Groupe relative au programme d'investissements d'avenir Action : « Projets industriels d'avenir (PIAVE) », stipulation 6.2.

⁵⁰ O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2019.

⁵¹ Le montant exact de l'aide aux entreprises ne fait l'objet d'aucun consensus aujourd'hui, en raison du manque de suivi de ces dernières. Si l'on exclut les exonérations fiscales et se concentrent sur les aides budgétaires directes, le Haut-Commissariat au Plan, dans sa note du 15 juillet 2025, estimait ce

modestement) la protection de l'environnement. L'éco-conditionnalité y est ici véritablement perçue comme « un outil pouvant servir de levier à des transformations »⁵². Lorsqu'il soutient une entreprise, l'État français va en effet fréquemment négocier des conditions environnementales additionnelles. On peut ici prendre pour exemple le plan de soutien de l'État à la société Air France en avril 2020⁵³ : l'État français avait négocié la mise à l'arrêt des vols courts et Air France s'était engagée à réduire ses émissions de CO₂ de 50% en 2030. La pénétration de ce mécanisme juridique dans la culture administrative se fait ainsi une fois de plus ressentir. Plus récemment, le rapport sénatorial fait au nom de la commission d'enquête sur l'utilisation des aides publiques aux grandes entreprises et à leurs sous-traitants, en date du 1er juillet 2025, a remis brièvement le montant des aides publiques aux entreprises au centre du débat. Ce faisant, il a aussi incidemment posé la question de la performance de ces dernières, notamment dans la poursuite d'objectif de protection de l'environnement⁵⁴.

III. Le temps du bilan : efficacité et dangerosité des politiques d'éco-conditionnalité en droit public interne

L'effectivité des mécanismes d'éco-conditionnalité est relativement saluée. Si l'on reprend l'exemple précis de la Politique Agricole Commune, les mécanismes d'éco-conditionnalité semblent atteindre leurs objectifs en matière de préservation des sols⁵⁵ et permettent donc, à dépense publique égale, des résultats supérieurs. Les sanctions imposées aux agriculteurs semblent en effet suffisantes pour que ces derniers respectent les éco-conditions imposées.

Profitant du succès juridique et politique de l'éco-conditionnalité, des mécanismes tangents commencent à se développer. Il est ainsi fait mention de « socio-éco-conditionnalité »⁵⁶, ou encore « d'éga-conditionnalité »⁵⁷. L'idée sous-jacente est la même : conditionner la dépense publique au respect de conditions perçues comme vertueuses, afin de remplir un double objectif : s'assurer d'une utilisation éthique des deniers publics⁵⁸, tout en permettant aux opérateurs économiques vertueux de recevoir une compensation utilitaire à leurs comportements. L'éco-conditionnalité en tête de proue, les politiques de conditionnalité semblent alors pénétrer le droit public interne,

montant à 39,4 milliards d'euros : v. *Les aides aux entreprises en France : de quoi parle-t-on ?*, Note d'analyse, 17 février 2025.

⁵² ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la conditionnalité des aides publiques aux entreprises*, n°4040, 31 mars 2021.

⁵³ On en trouve la trace dans les conclusions de C. MALVERTI à propos de la décision CE, *Union des aéroports français et francophone associés*, décision du 2 février 2024, n°476191.

⁵⁴ Le rapport insiste sur le potentiel des mécanismes d'éco-conditionnalité en évoquant les réussites étrangères, à l'instar de l'*Inflation Reduction Act* des États Unis, ayant stimulé la réduction des émissions de gaz à effet de serre sur le territoire américain : SENAT, *Transparence et évaluation des aides publiques aux entreprises : une attente démocratique, un gage d'efficacité économique*, Rapport n°808, 1^{er} juillet 2025, Tome 1, p.32 (p. 70 du rapport).

⁵⁵ Peu de recherches en économie se sont intéressées au sujet, mais les résultats des recherches trouvées sont si bons que les chercheurs remettaient en cause leur justesse : M. A. GHALLI, *Un modèle bioéconomique d'exploitation pour l'analyse de l'écoconditionnalité et des mesures agrienvironnementales de lutte contre l'érosion : cas du Lauragais*, Mémoire, 2007, Montpellier, p.5.

⁵⁶ V. le *procès-verbal de la séance plénière du Conseil régional de Nouvelle-Aquitaine du 27 mars 2023 et son prolongement le 28 mars 2023*, pp. 35-62.

⁵⁷ C. GUIRAUD, « Egalité femmes-hommes et collectivités - Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes : les recommandations en matière de financements publics », *Actualité juridique des collectivités territoriales*, 2015, n°1, pp. 29-35.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 32.

s'inscrivant et catalysant une dynamique plus large de contractualisation du développement durable⁵⁹.

Toutefois, il convient de relever un effet nocif de l'utilisation de la conditionnalité. À l'instar de nombreux instruments juridiques, la conditionnalité s'est construite par « défiance face aux mécanismes classiques d'application du droit »⁶⁰. Son objectif est avant tout d'être incitative, de permettre aux acteurs une liberté de choix sans faire peser une contrainte supérieure sur ces derniers. Formellement, une politique de conditionnalité environnementale sera donc toujours facultative et jamais impérative. Cette absence d'impérativité semble d'ailleurs profiter aux mécanismes d'éco-conditionnalité lorsqu'ils sont contestés au contentieux. Le Conseil Constitutionnel, par exemple, n'opère qu'un contrôle assez limité de ces derniers : il estime à ce sujet que « le principe d'égalité devant les charges publiques ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général *en appliquant des critères objectifs et rationnels* en fonction des buts recherchés »⁶¹. Ainsi, ne sera censuré qu'un dispositif d'éco-conditionnalité ne reposant pas sur des critères objectifs et rationnels : en l'espèce, c'est plutôt un contrôle de l'adaptation de la mesure aux buts poursuivis qu'a réalisé le Conseil constitutionnel, estimant que les exonérations fiscales étaient pertinentes pour que les ménages moins aisés puissent réaliser des travaux de rénovation énergétiques. Ce contrôle est ainsi assez superficiel et, surtout, ne s'opère qu'au regard du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, les politiques de conditionnalité n'étant qu'optionnelles, elles ne sont pas susceptibles, *a priori*, d'entrer en conflit avec une liberté ou un droit fondamental reconnu par la Constitution aux individus. Devant le Conseil d'État, le seul recours dirigé contre une mesure d'éco-conditionnalité ne connut guère un sort meilleur, puisqu'elle fut rejetée, même si le contrôle alors opéré était un peu plus détaillé que celui du Conseil constitutionnel⁶².

On observe toutefois dans la pratique que certaines subventions éco-conditionnées sont indispensables à leurs bénéficiaires. C'est par exemple le cas de la PAC, dont les subventions représentent en moyenne 74% du revenu des agriculteurs français, certains agriculteurs en ayant un besoin vital tant ils seraient en perte sèche sans celle-ci⁶³. Dans de telles conditions, l'obtention de l'aide publique conditionnée n'est plus optionnelle : elle est nécessaire. À l'inverse, les aides publiques conditionnées dans le secteur de l'immobilier peuvent véritablement être conçues comme optionnelles, les différents acteurs pouvant s'en affranchir sans mettre en jeu la survie de leur activité⁶⁴.

Profitant alors de la vulnérabilité économique du bénéficiaire de la subvention, le distributeur peut imposer à ce dernier des conditions qu'il n'accepterait pas en temps

⁵⁹ B. NGWANGA BILAM, *Les considérations environnementales dans les marchés publics municipaux français et québécois*, Thèse de doctorat, Université de Lille et Université de Montréal (cotutelle), 17 juin 2025, p. 300.

⁶⁰ A. VANDERVORST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue européenne de Droit de l'Environnement*, 2000, n°4-2, pp. 129-151.

⁶¹ CC, *Loi de finance pour 2020*, décision du 27 décembre 2019, 2019-796 DC, paragraphe 10.

⁶² CE, *Association Approche-Ecobabitat*, décision du 17 décembre 2014, n°386107

⁶³ L. PIET ET AL., *Hétérogénéité, déterminants et trajectoires du revenu des agriculteurs français*, Rapport du projet Agr'Inome, 99 p.

⁶⁴ H. TADJEROUNI, *Les mécanismes de l'éco-conditionnalité dans les politiques publiques durables pour les opérations immobilières en France*, Nîmes, Edilivre, coll. Les mémoires de l'ESPI, 2015.

normal. C'est par exemple le cas du plan de soutien à Air France de 2020⁶⁵, dans lequel l'État a imposé à la société Air France des conditions très strictes qu'ils ne pouvaient pas contester sous peine de ne pas se voir octroyer une subvention dont sa survie dépendait. La mesure imposée par cette convention n'était pas des moindres, puisqu'elle imposait à la société de mettre fin à ses vols intérieurs, mesure qui fut généralisée en 2021 par la loi Climat Résilience⁶⁶. Alors qu'Air France n'avait jamais pu contester le plan de soutien au contentieux, l'Union des aéroports français et francophones associés contesta le décret d'application mettant en œuvre la même mesure⁶⁷. Cette Union est un membre associé de la Fédération nationale de l'aviation et de ses métiers... dont Air France est le principal membre. Bien que l'on salue la pertinence de la mesure, c'est ici sa mise en œuvre qui peut poser problème : la même mesure fut mise en œuvre en passant par deux truchements différents. Le premier était celui de l'éco-conditionnalité. Bénéficiant alors de la vulnérabilité de l'opérateur économique à la subvention l'État put lui imposer cette importante contrepartie sans risquer de recours. Le deuxième, plus classique, étant celui de l'interdiction législative et réglementaire, permettant alors aux acteurs concernés de contester la mesure, jouant pleinement le jeu de l'État de droit.

Ainsi, bien que les succès de l'éco-conditionnalité soient nombreux, celle-ci présente un danger larvé en son sein. Le contrôle juridictionnel assoupli sur ces mesures, ainsi que l'incapacité matérielle des bénéficiaires des subventions éco-conditionnées, semble permettre aux mesures d'éco-conditionnalité d'échapper majoritairement au contrôle du juge. Dans ce second cas, surtout, on risque de voir l'éco-conditionnalité devenir une obligation qui ne dirait pas son nom.

⁶⁵ V. les conclusions de C. MALVERTI à propos de la décision CE, *Union des aéroports français et francophone associés*, 2 février 2024, n°476191.

⁶⁶ Article 145 de la Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, aujourd'hui codifié à l'article L.6412-3 du code du transport.

⁶⁷ CE, *Union des aéroports français et francophones associés*, décision du 2 février 2024, n°476191.

L'éco-conditionnalité. Conclusion générale

Par Ackiel BOUDINAR-ZABALETA,
Docteur en droit public,
Université Paris-Panthéon-Assas.

Le séminaire doctoral du 5 mai 2025, organisé à l'Université Paris Panthéon-Assas avec le soutien de la Chaire OSE AJIR, s'est donné pour objectif d'interroger la notion d'éco-conditionnalité. Dans son article de référence, publié dans les années 2000 dans la *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* et consacré au « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale », Alain Vandervost s'étonnait du faible intérêt doctrinal pour ce concept, pourtant mobilisé de manière croissante par les organisations internationales comme « nouvel instrument au service du droit de l'environnement »¹. Depuis lors, la doctrine juridique s'est emparée de cette notion². Sur ce thème, il convient de mentionner l'important ouvrage collectif dirigé par les Professeurs Francette Fines et Hubert Delzangles consacré à *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*³. La conditionnalité y est analysée comme une technique juridique intégrative visant à diffuser le respect des exigences environnementales dans l'ensemble des politiques publiques de l'Union. Sans minimiser l'apport des réflexions doctrinales, la littérature juridique existante n'épuise toutefois pas le sujet. C'est la raison pour laquelle, avec Rafail Zorzos, nous avons souhaité mener une réflexion collective sur l'éco-conditionnalité dans le cadre d'un séminaire doctoral, et ce pour deux raisons principales.

Dans un premier temps, l'éco-conditionnalité ou conditionnalité environnementale est une notion encore difficile à saisir. Sur ce point, à l'instar des contributeurs, il convient d'emblée de souligner l'absence de consécration juridique de la conditionnalité. Étranger tant aux dictionnaires spécialisés qu'au corpus normatif, ce terme constitue un « néologisme juridique »⁴ dérivant du terme anglais *conditionality*. Une analyse sémantique permet néanmoins de cerner davantage les contours de cette notion. La conditionnalité s'entend comme un procédé consistant à assujettir la production d'un effet à la satisfaction d'une exigence déterminée, instaurant par là même une corrélation entre deux situations. Elle entretient un lien étroit avec la notion de condition juridique. D'une manière plus spécifique, la conditionnalité se déploie selon trois dimensions distinctes. Sur le plan temporel, cette dernière peut intervenir soit *ex ante*, par la fixation de conditions préalables à l'octroi d'un avantage, soit *ex post*, par l'imposition d'exigences postérieures à la survenance d'une difficulté. Du point de vue de sa portée, la conditionnalité peut présenter un caractère incitatif lorsqu'elle privilégie la stimulation

¹ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2000, n° 2, p. 130 et s ; v. aussi A. VANDERVOST, *La conditionnalité écologique dans les organisations financières internationales*, Thèse de doctorat. Economie et gestion, Rouen, 1999.

² V. notamment M. SALL, « La conditionnalité écologique : enjeux, forces et limites d'une nouvelle coopération normative » in *Afrique 2000 : Revue africaine de politique internationale*, 1996, n°24 26 p. ; M. HABRAN, *Politique agricole commune. Analyse transversale de la conditionnalité environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 311 p.

³ F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2019, 188 p.

⁴ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », op. cit., pp. 129-130.

des conduites, ou coercitif lorsqu'elle mobilise l'arsenal répressif. Enfin, sous l'angle de ses fonctions, la conditionnalité peut à la fois poursuivre une finalité curative lorsqu'elle vise à remédier à une situation préexistante, ou préventive lorsqu'elle tend à écarter la matérialisation d'un risque par la promotion de pratiques vertueuses chez les acteurs⁵.

La conditionnalité se déploie dans plusieurs domaines distincts. Tout d'abord, la conditionnalité économique s'impose historiquement comme la forme originelle de conditionnalité. Développée par le FMI dès les années 1950 avec le prêt *stand-by*⁶, puis adoptée par la Banque mondiale et les clubs de créanciers, elle vise à réguler les politiques des États endettés et à gérer les crises financières⁷. À cet égard, la conditionnalité économique poursuit un triple objectif. Par ce procédé, les États tendent à inciter les acteurs à adopter des comportements économiques vertueux, mais aussi à impulser des réformes structurelles favorables à l'économie de marché, et à garantir le remboursement des prêts octroyés. Il n'est donc guère surprenant que le domaine des aides publiques soit le terrain d'élection privilégié de la conditionnalité⁸. Par-delà la sphère économique, la conditionnalité se déploie dans le domaine politique. La conditionnalité politique consiste à orienter les États bénéficiaires vers des standards de gouvernance et de démocratie⁹.

Aux côtés des sphères économique et politique, l'environnement constitue le champ d'application le plus récent de la conditionnalité. La conditionnalité environnementale procède d'une prise de conscience internationale de l'urgence écologique induite par la dégradation généralisée de l'environnement et l'entrée de l'humanité dans l'ère de l'« anthropocène »¹⁰. Son apparition n'est en outre pas étrangère à la consécration du concept de développement durable, qui promeut une croissance économique respectueuse de l'environnement en imposant à l'ensemble des acteurs d'adapter leurs pratiques afin d'intégrer les exigences environnementales dans leurs activités¹¹.

D'un point de vue technique, la conditionnalité environnementale subordonne l'octroi d'avantages au respect de normes ou d'objectifs jugés « nécessaires » ou « souhaitables »¹² par les autorités publiques pour assurer une protection effective de l'environnement. Cette notion demeure toutefois difficile à définir précisément en

⁵ Pour ces éléments de définitions, v. la thèse de O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Paris : Dalloz (coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses. »), vol. 188, 2019, spéc. pp. 5-7.

⁶ V. C. TAN, « Regulation and Resource Dependency: The Legal and Political Aspects of Structural Adjustment Programmes », in D. BRADLAW et D. HUNTER (eds.), *International Financial Institutions and International Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, spéc. p. 170.

⁷ V. notamment l'article de J.-M. MOREL, « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I et leurs conséquences », *European Journal of International Law*, Vol. 7, 1996, n°1, spéc. p. 46.

⁸ O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, *op. cit.* ; v. également E. BERR et M. ZERBIB, « La place de la conditionnalité environnementale dans l'aide publique au développement européenne », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 163 et s.

⁹ V. M. FAU-NOUGARET, *La conditionnalité démocratique : étude de l'action organisations internationales*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2004.

¹⁰ N. DE SADELEER, « Conclusions générales », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2019, spéc. p. 175.

¹¹ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 131 ; v. aussi M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. p. 383.

¹² A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 132.

raison de la diversité des mécanismes inclus, qui s'exprime à un double niveau. D'une part, l'extrême polysémie de la notion d'éco-conditionnalité se manifeste par la diversité des avantages accordés aux acteurs respectant les exigences environnementales, qui peuvent revêtir une nature financière¹³, procédurale¹⁴, matérielle¹⁵, ou encore technique¹⁶. D'autre part, la pluralité de la notion de conditionnalité environnementale réside dans la variété des conditions environnementales imposées aux bénéficiaires d'avantages publics, qui diffèrent tant par leur nature que leur portée. S'agissant de leur nature, elles peuvent revêtir une dimension procédurale¹⁷, mais aussi technique¹⁸ ou encore plus substantielle¹⁹. Concernant leur portée, il convient de distinguer la conditionnalité environnementale de moyens qui exige des bénéficiaires la mise en œuvre d'actions concrètes en faveur de l'environnement, de la conditionnalité environnementale de résultats, qui subordonne l'octroi d'avantages à l'atteinte d'objectifs environnementaux mesurables. Au-delà de cette polysémie, un élément commun caractérise l'ensemble des dispositifs de conditionnalité environnementale. En effet, ils présupposent l'existence d'une « contrepartie environnementale ». L'avantage octroyé trouve systématiquement sa justification dans l'engagement pris par le bénéficiaire de réaliser une action spécifique favorable à la protection de l'environnement.

Dans un second temps, comme l'a très bien exprimé Salomé Cohen dans sa contribution, l'éco-conditionnalité constitue un instrument au service d'un but : intégrer les exigences inhérentes à la protection de l'environnement dans l'ensemble des politiques publiques. Or, selon une approche pragmatique du droit que nous privilégions ici, la validité juridique d'un instrument s'évalue à l'aune de son aptitude à satisfaire les objectifs que lui assignent ses concepteurs²⁰. De ce point de vue, l'éco-conditionnalité s'impose aujourd'hui comme un instrument privilégié dans la mise en œuvre des politiques environnementales. Elle constitue un levier au service de la concrétisation des objectifs de protection de l'environnement dans le champ de l'action publique.

L'analyse des contributions des intervenants à ce séminaire a toutefois permis de faire ressortir une tension qui traverse l'éco-conditionnalité. Si l'on assiste indéniablement à une reconnaissance, de plus en plus affirmée, de l'utilité juridique des mécanismes d'éco-conditionnalité dans le champ de l'action publique (I), leur mobilisation soulève néanmoins des interrogations substantielles quant à leur efficacité réelle. L'effectivité juridique de la conditionnalité environnementale demeure, aujourd'hui encore, sujette à caution (II). C'est précisément cette tension, mise en lumière par les contributeurs à travers leurs analyses, que justifie l'intérêt de consacrer un séminaire doctoral sur l'éco-conditionnalité.

¹³ À travers, par exemple, l'attribution d'aides publiques, de subventions ou d'avantages fiscaux ou commerciaux.

¹⁴ En facilitant, par exemple, l'accès aux marchés publics ou l'obtention d'autorisations environnementales.

¹⁵ En consentant des avantages, tels que l'octroi de droits d'usage ou d'exploitation de ressources naturelles.

¹⁶ En octroyant un soutien logistique ou une expertise technique.

¹⁷ Tel est le cas lorsqu'elles subordonnent la réalisation d'un projet au respect par les bénéficiaires de procédures environnementales déterminées.

¹⁸ Tel est le cas lorsque l'octroi de l'avantage dépend du respect des bénéficiaires de prescriptions normatives ou techniques.

¹⁹ Tel le cas lorsque l'octroi de l'avantage est conditionné au respect par les bénéficiaires de valeurs démocratiques (droits de l'homme, gouvernance publique, etc.).

²⁰ V. B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017, spéc. pp. 187-192.

I. L'utilité juridique consolidée des mécanismes d'éco-conditionnalité

L'analyse des contributions du séminaire atteste de l'utilité juridique consolidée des mécanismes d'éco-conditionnalité. Cette utilité se décline selon deux dimensions complémentaires. D'une part, la conditionnalité environnementale contribue, de manière renouvelée, à la concrétisation des principes fondamentaux du droit de l'environnement, en transformant ces derniers en conditions juridiques préalables à l'action publique et privée (A). D'autre part, la conditionnalité constitue un vecteur privilégié de diffusion transversale des exigences environnementales, permettant leur intégration dans l'ensemble des politiques publiques (B).

A. Une participation renouvelée à la mise en œuvre des principes environnementaux

Les fondements sectoriels du recours aux mécanismes d'éco-conditionnalité. Il convient avant toute chose de préciser que le droit positif ne consacre aucun fondement juridique général de l'éco-conditionnalité. Cette absence s'explique par le caractère essentiellement sectoriel de la conditionnalité environnementale, laquelle se déploie au sein de politiques publiques distinctes. Plus spécifiquement, le recours aux mécanismes d'éco-conditionnalité s'appuie sur un enchevêtrement de fondements juridiques hétérogènes. Les analyses des contributions du séminaire mettent précisément en lumière cette dimension proprement sectorielle de l'éco-conditionnalité. Ces derniers ont en effet montré que la conditionnalité environnementale constitue un vecteur privilégié d'intégration des exigences environnementales au sein de politiques publiques variées²¹. Le secteur agricole fournit, à cet égard, une illustration particulièrement probante. Marqué par un processus ancien et approfondi d'« écologisation »²², le législateur recourt de longue date dans ce domaine à la conditionnalité environnementale afin de subordonner l'octroi des aides agricoles au respect, par les exploitants agricoles, d'exigences environnementales. Cette pratique s'accompagne d'une formalisation juridique particulièrement développée. Les mécanismes de conditionnalité écologique y sont institués et encadrés par un ensemble de textes spécifiques, au premier rang desquels se situent les règlements européens relatifs à la politique agricole commune²³. De même, en droit interne, les procédés d'éco-conditionnalité en matière agricole sont prévus aux articles D. 615-45 et suivants du Code rural et de la pêche maritime.

Cet aspect sectoriel de la conditionnalité environnementale trouve une confirmation sur le terrain jurisprudentiel. Comme l'a souligné Salomé Cohen²⁴, la Cour de justice de l'Union européenne a admis que l'insertion de clauses environnementales dans des actes relevant de politiques non environnementales ne requiert pas l'existence

²¹ V. notamment les contributions de S. COHEN, R. ZORZOS et G. CATHALAN dans ce dossier.

²² C. BLUMANN, « PAC - L'écologisation de la politique agricole commune », *Droit rural*, Août-Septembre 2014, n° 425, dossier 18 ; v. aussi M. HABRAN, *Politique agricole commune. Analyse transversale de la conditionnalité environnementale*, *op. cit.*

²³ Règlement (UE) 2021/2115 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 ; Règlement (UE) 2021/2116 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021 ; Règlement (UE) 2021/2117 du Parlement européen et du Conseil du 2 décembre 2021.

²⁴ V. la contribution de S. COHEN dans ce dossier.

d'une base légale environnementale autonome, dès lors que ces clauses s'inscrivent dans l'objet de la politique concernée²⁵.

Les fondements généraux du recours aux mécanismes d'éco-conditionnalité. Cette dimension principalement sectorielle ne remet toutefois pas en cause l'utilité juridique de la conditionnalité environnementale. En effet, au-delà de sa déclinaison sectorielle, la conditionnalité environnementale renvoie à un fondement juridique plus général : elle contribue à la mise en œuvre effective des principes fondamentaux du droit de l'environnement, dans la mesure où la protection de l'environnement devient une condition juridique préalable à la prise de décision publique comme à l'activité privée.

Le principe de précaution, fondement de l'éco-conditionnalité. En premier lieu, le principe de précaution²⁶ peut servir de fondement juridique à l'usage par les autorités publiques des procédés d'éco-conditionnalité. Comme l'explique Michel Prieur, ce principe constitue un mécanisme « clé » de la conditionnalité environnementale, tant pour l'action publique que l'activité privée dans la prise en compte d'un risque environnemental incertain. Plus concrètement, le principe de précaution introduit une forme de conditionnalité « réactive » : il subordonne les décisions et projets des acteurs publics et privés à une évaluation préalable des risques environnementaux, ainsi qu'à l'adoption de mesures visant à les prévenir²⁷. Ainsi, la conditionnalité environnementale concourt à la mise en œuvre du principe de précaution en faisant de la prise en compte des risques environnementaux une condition préalable à la réalisation des projets. L'étude d'impact environnemental conditionne ainsi l'autorisation de projets à l'évaluation de leurs effets sur l'environnement²⁸. Le règlement REACH consacre par exemple un dispositif de « pas de données, pas de marché » (« no data, no market ») conditionnant la mise sur le marché de substances chimiques à la transmission d'une évaluation environnementale préalable²⁹. Le Fonds vert pour l'accélération de la transition écologique s'inscrit dans la même logique en conditionnant l'accès au financement public à l'intégration, dès la conception, de critères de performance environnementale pour inciter les acteurs à anticiper et à réduire les risques environnementaux avant leur matérialisation³⁰.

Le principe pollueur-payeur, fondement de l'éco-conditionnalité. En second lieu, le principe pollueur-payeur³¹, au même titre que le principe de précaution, peut justifier juridiquement le recours aux mécanismes d'éco-conditionnalité. Consacré

²⁵ CJUE, gr. ch., 11 juin 2014, *Commission c/ Conseil de l'UE*, aff. C-377/12, ECLI:EU:C:2014:1903 ; *RTD eur*, 2014, 754, obs. C. FLAESCH-MOUGIN ; *RTD eur*, 2015, p461, obs. P. THIEFFRY.

²⁶ V. notamment M. PRIEUR, « Le principe de précaution », in *Droit et économie : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, pp. 283 et s.

²⁷ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, op. cit., spéc. pp. 385-386.

²⁸ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », op. cit., p. 133.

²⁹ Art. 5, Règlement (CE) N° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH).

³⁰ V. Circulaire du 14 décembre 2022 relative au déploiement du fonds d'accélération de la transition écologique dans les territoires (fonds vert), NOR : TREL2235937C ; Circulaire du 14 mars 2024 relative au déploiement du Fonds d'accélération de la transition écologique dans les territoires – P113 (Paysage, eau, biodiversité) (« Fonds vert »), NOR : TREL2404617J.

³¹ V. notamment le rapport de l'OCDE, *Le principe pollueur-payeur, définition, analyse, mise en oeuvre*, Paris, OCDE, 1975.

par la Déclaration de Rio de 1992³² avant son intégration en droit français par la loi Barnier de 1995³³, ce principe impose aux pollueurs de supporter les coûts liés à la prévention et à la réparation des dommages environnementaux qu'ils causent. Comme l'explique Yves Jegouzo, le principe pollueur-payeur a fortement contribué au renouvellement des instruments du droit de l'environnement, notamment par le développement de taxes et redevances affectées à la prévention des pollutions³⁴. Aux côtés de ces dispositifs classiques, la conditionnalité environnementale concourt également à la mise en œuvre du principe pollueur-payeur. Grégory Cathalan souligne ainsi que l'éco-conditionnalité, qui trouve son origine dans la théorie économique, s'inscrit dans une logique d'« internalisation des externalités »³⁵. Elle contribue de manière renouvelée à la mise en œuvre du principe pollueur-payeur en incitant les opérateurs à intégrer *ex ante* les coûts environnementaux de leurs activités, cette exigence constituant pour les acteurs une condition d'accès à une autorisation environnementale ou à un financement public. La politique agricole commune (PAC) en offre l'illustration la plus emblématique. En subordonnant le versement des aides agricoles au respect de bonnes conditions agricoles et environnementales (BCAE) et aux obligations liées à la protection des sols, de l'eau, du climat et de la biodiversité, le droit impose aux exploitants d'intégrer *ex ante* les coûts environnementaux de leurs pratiques³⁶. Ce dispositif illustre le passage d'une logique essentiellement réparatrice, fondée sur des taxes ou redevances, à une logique préventive d'orientation des comportements.

Le principe de responsabilité environnementale, fondement de l'éco-conditionnalité. En troisième et dernier lieu, le principe de responsabilité environnementale peut également fonder juridiquement les mécanismes d'éco-conditionnalité. La responsabilité environnementale ne se limite plus à une obligation de réparation *a posteriori* des dommages causés à l'environnement, mais s'inscrit dans une approche résolument préventive visant à éviter leur réalisation par l'anticipation des risques³⁷. Dans cette perspective, l'éco-conditionnalité apparaît comme un instrument privilégié de mise en œuvre de ce principe en subordonnant l'octroi d'un avantage économique ou financier au respect d'exigences environnementales destinées à prévenir les atteintes à l'environnement. Le Plan européen pour la reprise et la résilience, analysé par Rafail Zorzos dans sa contribution, fournit une illustration particulièrement éclairante. En application du règlement instituant la facilité pour la reprise et la résilience, les financements européens sont strictement conditionnés au respect du principe de « ne pas causer de préjudice important » (« *do no significant harm* »), excluant tout soutien aux projets susceptibles de compromettre les objectifs environnementaux de l'Union³⁸. Ce mécanisme illustre la dimension préventive et responsabilisante de

³² Principe n°16, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principes de gestion des forêts.

³³ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, NOR : ENVX9400049L.

³⁴ Y. JEGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008, n°127, spéc. pp. 30-32.

³⁵ V. la contribution de G. CATHALAN dans ce dossier.

³⁶ Art. D. 615-46, Code rural et de la pêche maritime.

³⁷ Sur la logique préventive de la responsabilité environnementale, v. notamment S. BRIMO, « Pour la valorisation de la fonction préventive du juge de la responsabilité administrative. L'exemple des contentieux sanitaires et environnementaux », in A. JACQUEMET-GAUCHE (dir.), *Dépasser la fonction indemnitaire du droit de la responsabilité administrative*, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2023, pp. 67 et s.

³⁸ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

l'éco-conditionnalité en transformant la responsabilité environnementale en une condition juridique d'accès aux financements publics. Le Système de préférences généralisées (SPG) de l'Union européenne constitue une autre illustration de cette logique de responsabilisation par la conditionnalité environnementale. Ce dispositif octroie des préférences tarifaires aux produits originaires des pays en développement en subordonnant l'accès à ces avantages commerciaux au respect de critères environnementaux. Depuis sa réforme de 2012, le régime SPG+ accentue cette conditionnalité en subordonnant l'octroi des préférences à la ratification et à la mise en œuvre effective de conventions internationales fondamentales en matière de protection de l'environnement³⁹. Ce dispositif s'inscrit ainsi dans la logique du principe de responsabilité environnementale commune, tel que proclamé par la Déclaration de Rio⁴⁰. Le SPG+ contribue à responsabiliser les pays en développement en les incitant à internaliser les risques et coûts environnementaux dès la conception de leurs politiques publiques nationales⁴¹.

Ces considérations rejoignent finalement l'intuition de Michel Prieur selon laquelle la conditionnalité environnementale, au-delà de son aspect sectoriel, concourt à l'institution d'une sorte de « conditionnalité législative » ou « constitutionnelle » contribuant à la mise en œuvre effective des méta-principes du droit de l'environnement – précaution, pollueur-payeur et responsabilité écologique⁴².

Des instruments complémentaires. Plus fondamentalement, la conditionnalité environnementale reconfigure en profondeur les instruments du droit de l'environnement. Les mécanismes d'éco-conditionnalité se distinguent des procédés classiques de réglementation employés par les autorités de police environnementale à deux égards. D'une part, alors que les procédés de réglementation se caractérisent par leur unilatéralisme, les dispositifs de conditionnalité environnementale présentent une coloration contractuelle. Ils reposent sur l'acceptation volontaire par les bénéficiaires du respect d'exigences environnementales, ceux-ci conservant la liberté d'apprécier l'opportunité de consentir aux avantages octroyés. La sanction principale en cas de manquement demeure la perte de l'avantage, ce qui rapproche ces dispositifs d'une logique quasi-contractuelle.

D'autre part, tandis que les mesures de réglementation environnementale sont pourvues d'une force obligatoire, les mécanismes d'éco-conditionnalité présentent une force normative variable. L'intensité de la portée des dispositifs varie considérablement. Ils peuvent revêtir une force incitative atténuée lorsque l'octroi de l'avantage s'accompagne d'une simple information ou recommandation environnementale, ou une portée plus contraignante lorsqu'il s'accompagne d'obligations de moyens ou de résultats clairement définies. Dans toutes ces configurations, la conditionnalité environnementale demeure intrinsèquement marquée par une logique incitative visant

³⁹ Art. 9, Règlement (UE) n° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées.

⁴⁰ Principe n°7 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, principes de gestion des forêts.

⁴¹ Pour une analyse de la conditionnalité environnementale mise en place dans le cadre du SPG, v. C.-M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration : entre clair-obscur et trompe-l'œil », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2019, spéc. pp. 34-36.

⁴² M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable*, op. cit., p. 388.

à susciter l'adoption volontaire de comportements environnementaux vertueux ou à dissuader les pratiques néfastes, en rendant attractif le respect d'exigences par l'octroi d'avantages⁴³. Les mécanismes de conditionnalité environnementale apparaissent dès lors moins coercitifs que les procédés de réglementation environnementale.

S'ils participent au renouvellement des instruments du droit de l'environnement, les mécanismes d'éco-conditionnalité ne se substituent, pour autant, pas aux procédés classiques de police environnementale. Ils viennent utilement compléter la logique réparatrice ou punitive des instruments de précaution, de pollueur-payeur et de responsabilité environnementale, en y ajoutant une dimension à la fois préventive et incitative. Cette articulation illustre le phénomène d'hybridation identifié par la doctrine : le droit de l'environnement en recomposition ne renonce ni à la contrainte juridique ni à l'intervention publique, mais articule des instruments unilatéraux et contractuels⁴⁴. Cette hybridation des outils, typique de la gouvernance publique⁴⁵, apparaît comme une réponse nécessaire aux enjeux globaux des politiques publiques environnementales, visant à concilier l'impératif de protection de l'environnement avec la préservation de la stabilité économique des opérateurs et l'acceptabilité sociale des obligations environnementales.

Au total, la conditionnalité environnementale se révèle être un procédé juridiquement utile : elle concourt à la mise en œuvre effective des principes fondamentaux de précaution, de pollueur-payeur et de responsabilité environnementale, et renouvelle l'outillage du droit de l'environnement par l'introduction d'une logique incitative et préventive complémentaire aux dispositifs réglementaires traditionnels. L'utilité juridique des dispositifs d'éco-conditionnalité réside également dans la diffusion des exigences environnementales qu'ils favorisent, au-delà des seuls secteurs dans lesquels ils sont mobilisés.

B. Une participation à la diffusion transversale des exigences environnementales

La vocation intégratrice du droit de l'environnement. Le droit de l'environnement poursuit une ambition transversale : irriguer l'ensemble des politiques publiques par les exigences de protection environnementale. Ce principe d'intégration⁴⁶ a été consacré en principe juridique par les textes fondateurs. Le principe 4 de la Déclaration de Rio proclame ainsi que la protection de l'environnement « doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément ». L'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énonce dans le même esprit que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable », tandis que l'article 37 de la Charte européenne des droits fondamentaux réaffirme qu'« un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans

⁴³ O. PEJOUT, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, op. cit., pp. 7-8.

⁴⁴ Y. JEGOZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », op. cit., p. 33.

⁴⁵ V. notamment D. MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers du droit*, 2006, Volume 47, numéro 1, pp. 89-175 ; J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 189-207.

⁴⁶ V. notamment S. CAUDAL-SIZARET, *La protection intégrée de l'environnement en droit public français*, Thèse droit Lyon III, 1993 ; A. COMOLET et A. DEKONINCK, « Le principe d'intégration, historique et interprétation », *Rev. eur. dr. envir.* 2001, pp. 152 et s.

les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

La vocation intégratrice des instruments d'éco-conditionnalité. C'est précisément dans cette perspective que s'inscrit la conditionnalité environnementale. Comme l'ont mis en évidence les contributeurs à la suite de certains auteurs, l'éco-conditionnalité constitue un instrument au service de l'intégration des exigences environnementales dans les politiques publiques sectorielles⁴⁷. Salomé Cohen la qualifie ainsi de « vecteur de transversalité environnementale », soulignant qu'elle offre un levier permettant d'infuser les exigences environnementales dans l'ensemble des politiques européennes⁴⁸. Rafail Zorzos relève quant à lui que la subordination de l'octroi aux États de ressources financières considérables au respect d'objectifs climatiques témoigne de la volonté de l'Union de promouvoir une « intégration transversale » de la lutte contre le changement climatique à travers ses politiques⁴⁹. La conditionnalité s'impose dès lors comme un vecteur privilégié de cette politique d'intégration environnementale. Cette vocation intégratrice de l'éco-conditionnalité appelle toutefois plusieurs précisions.

Tout d'abord, si la conditionnalité s'impose comme un vecteur privilégié de cette politique d'intégration environnementale, les dispositifs d'éco-conditionnalité n'en contribuent pas moins à la réalisation d'objectifs d'intérêt général autres que la seule protection de l'environnement. À titre d'illustration, les dispositifs prévus dans le cadre de la PAC intègrent, aux côtés des conditions environnementales, le respect par les agriculteurs d'exigences complémentaires, notamment en matière de santé publique ou de protection et bien-être animal⁵⁰. Dans la même veine, le SPG+ subordonne l'octroi des préférences commerciales au respect par les pays en développement, outre les conditions environnementales, d'exigences politiques, notamment en matière de droits de l'homme et de gouvernance publique⁵¹. Cette diversité des objectifs implique une hiérarchisation entre les différents impératifs poursuivis par les mécanismes de conditionnalité environnementale. Elle comporte, en creux, le risque d'une dilution de la priorité accordée aux exigences environnementales⁵². Il n'en demeure pas moins que l'objectif premier des mécanismes de conditionnalité environnementale demeure la protection de l'environnement dans toutes ses composantes. Qu'il s'agisse de réduire les émissions polluantes, de préserver la biodiversité, d'encourager une gestion raisonnée des ressources naturelles, de lutter contre le changement climatique ou de soutenir la transition écologique, ces mécanismes sont intrinsèquement finalisés par des buts environnementaux déterminés. Ils se présentent ainsi comme des outils de transformation structurante des pratiques en faveur d'une protection environnementale effective, en orientant les comportements des bénéficiaires vers des modèles de

⁴⁷ V. également C.-M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration : entre clair-obscur et trompe-l'œil », *op. cit.*, p. 21 et s.

⁴⁸ V. la contribution de S. COHEN dans ce dossier.

⁴⁹ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier ; v. également l'analyse de N. DE SADELEER, « La facilité européenne pour la reprise et la résilience : l'amorce d'une conditionnalité environnementale », *RAE* 2021, n°4, spéc. pp. 784-785.

⁵⁰ Art. D615-57, Code rural et de la pêche maritime.

⁵¹ Considérant 11, Règlement (UE) n° 978/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées.

⁵² N. DE SADELEER, « Conclusions générales », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2019, p. 180.

développement durable en subordonnant l'accès à certains avantages au respect d'engagements écologiques clairs.

Par ailleurs, cette dimension environnementale prééminente permet, au demeurant, de distinguer les mécanismes d'éco-conditionnalité d'autres formes de conditionnalité, en particulier économique ou sociale. En effet, il ne suffit pas qu'une mesure produise des effets favorables sur l'environnement pour être qualifiée d'éco-conditionnalité : encore faut-il que la protection de l'environnement constitue la condition juridique *sine qua non* de l'octroi des avantages. L'exemple du malus écologique, analysé par Grégory Cathalan⁵³, permet précisément d'éclairer cette distinction. Bien que cette taxe, appliquée aux véhicules de tourisme en fonction de leurs émissions de CO₂, poursuive un objectif affiché de protection de l'environnement, elle ne saurait être qualifiée de mécanisme de conditionnalité environnementale. En effet, le malus ne subordonne pas l'octroi d'un avantage au respect d'exigences environnementales ; il se contente de renchérir le coût de certains comportements polluants. Pour autant, le malus partage avec l'éco-conditionnalité une finalité environnementale comparable. En rendant certains choix plus coûteux – ici, l'achat de véhicules polluants – et d'autres plus attractifs – comme les véhicules à faibles émissions de CO₂ – il tend à inciter les acteurs à adopter des comportements environnementaux plus vertueux. Il reste que le malus écologique constitue un instrument fiscal incitatif qui, s'il partage avec l'éco-conditionnalité une finalité environnementale, ne présente pas la structure juridique de ce type de dispositif d'orientation.

Un vecteur d'extension des obligations environnementales. L'ensemble de ces constats témoigne du potentiel transformateur de l'éco-conditionnalité : elle constitue un vecteur d'extension de l'empire du droit de l'environnement. En effet, ces procédés permettent la diffusion, par une sorte d'« effet de contagion »⁵⁴, des exigences environnementales dans l'ensemble des politiques publiques, en incitant les acteurs à intégrer les impératifs de protection de l'environnement dans leurs activités. Deux exemples illustrent cette idée.

Premièrement, le domaine du droit de l'urbanisme en offre une illustration significative. En vertu de l'article 345 du TFUE qui protège le régime de propriété nationale, les États membres conservent leur compétence en matière de détermination des règles urbanistiques. Il n'existe dès lors pas de « droit européen de l'urbanisme » à proprement parler. Pour autant, l'Union européenne exerce une influence indirecte notable sur le droit de l'urbanisme des États membres par le biais du droit de l'environnement, compétence partagée entre l'Union et les États. Comme l'a démontré Julien Betaille, l'Union parvient ainsi à façonner les règles urbanistiques nationales en prescrivant des exigences environnementales dont le respect devient une condition *sine qua non* à toute opération d'aménagement⁵⁵. La directive *Seveso* impose ainsi un contrôle

⁵³ V. la contribution de G. CATHALAN dans ce dossier.

⁵⁴ Pour une définition de ce concept, v. notre étude A. BOUDINAR-ZABAleta, « Conclusion – Penser l'effet de contagion du droit. Tentative de conceptualisation », in L. FEILHES (dir.), *La diffusion du droit de l'Union européenne : entre effet de droit, effet de contagion et effet d'influence*, Bruxelles, Bruylant, 2025, pp. 259 et s.

⁵⁵ V. J. BETAÏLLE « La conditionnalité environnementale dans les règles européennes applicables à l'urbanisme », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, spéc. pp. 78-80.

des implantations et aménagements autour des établissements dangereux, notamment par le maintien de distances de sécurité avec les zones d'habitation. Le respect de ces exigences conditionne les opérations urbanistiques, leur inobservation pouvant justifier le refus d'un permis de construire⁵⁶. Dans le même sens, la directive-cadre sur l'eau et la directive relative aux inondations instaurent des servitudes et des plans de gestion des risques conditionnant la délivrance des permis de construire, leur inobservation pouvant entraîner un refus ou une annulation⁵⁷. Ainsi, même sans compétence de principe, le droit de l'Union parvient, via la conditionnalité environnementale, à infléchir la réglementation urbanistique des États membres.

Deuxièmement, le domaine des contrats publics, étudié notamment par Grégory Cathalan⁵⁸, peut également être évoqué. Le droit de la commande publique connaît une généralisation progressive de la conditionnalité environnementale, impulsée par l'Union européenne. Dans un premier temps, comme l'explique Hubert Delzangles, le droit européen des marchés publics n'intégrait pas explicitement le respect de conditions environnementales dans la passation des marchés publics : les textes ne mentionnaient pas l'insertion de clauses environnementales dans les contrats de commande publique⁵⁹. La Commission européenne, dans son Livre vert de 1996⁶⁰ puis dans sa communication de 2001⁶¹, a suggéré d'intégrer le respect de conditions environnementales aux différentes phases de passation des marchés publics, de la définition des besoins à leur attribution. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur la décision *Concordia Bus Finland*, dans laquelle la CJUE a admis l'introduction de critères environnementaux pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse⁶². Ces principes ont été repris par les directives sur les marchés publics de 2004⁶³. La généralisation de la conditionnalité environnementale s'est accélérée avec la réforme européenne de 2014⁶⁴. La directive européenne sur les concessions a en effet aligné le droit des concessions de service public sur le droit des marchés publics, en intégrant le respect de considérations environnementales à toutes les phases du contrat : sélection des candidats, spécifications techniques, conditions d'exécution et critères d'attribution. Ainsi, la conditionnalité contribue à un meilleur respect des impératifs environnementaux dans les politiques d'achat public. S'agissant du droit interne, le Plan national pour les achats

⁵⁶ Art. 12, Directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

⁵⁷ Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau ; Directive 2007/60/CE relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondations.

⁵⁸ V. la contribution de G. CATHALAN dans ce dossier.

⁵⁹ H. DELZANGLES, « Conditionnalité environnementale et commande publique », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, spéc. pp. 114-118.

⁶⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert, Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir*, Communication adoptée par la Commission le 27 novembre 1996, sur proposition de Monsieur MONTI

⁶¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés du 4 juillet 2001*, Publié au Journal officiel des Communautés européennes, 28 novembre 2001, C 333/12.

⁶² CJCE, 17 sept. 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. p. I-7251 ; *JCP A*, 2002, p. 1043 ; *Contrats et Marchés publics*, 2002, comm.225, note F. LLORENS.

⁶³ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁶⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

durables prévoit d'ailleurs que d'ici 2025, tous les contrats publics devront intégrer au moins un critère environnemental⁶⁵.

Si l'utilité juridique de l'éco-conditionnalité se trouve consolidée par sa contribution à la mise en œuvre des principes environnementaux et à la diffusion transversale des exigences écologiques, la question de son efficacité demeure largement ouverte. Entre reconnaissance juridique formelle et effectivité réelle, un écart subsiste qu'il convient désormais d'interroger.

II. L'efficacité juridique précaire des mécanismes d'éco-conditionnalité

Si l'utilité juridique de l'éco-conditionnalité apparaît consolidée, la question de son efficacité concrète reste encore largement ouverte. Sur cette problématique précisément, les contributions au séminaire mettent en évidence une double difficulté. Tout d'abord, la mise en œuvre de ces mécanismes se heurte à des limites structurelles et pratiques qui en compromettent l'effectivité (A). Ensuite, face à ces obstacles, la mise en place de garanties juridiques appropriées s'impose pour renforcer l'efficacité de ces dispositifs (B).

A. Une mise en œuvre fragilisée par des limites structurelles et pratiques

Dans une perspective pragmatique, nous l'avons dit, la validité juridique d'un instrument s'évalue à l'aune de son aptitude à remplir les objectifs que lui assignent ses concepteurs. Or, certains contributeurs de ce séminaire doctoral ont, à juste titre, interrogé l'efficacité concrète des mécanismes d'éco-conditionnalité. Ainsi, Salomé Cohen souligne non seulement l'intensité variable des exigences environnementales selon les politiques européennes, mais également le faible impact des clauses environnementales dans les accords conclus entre l'Union européenne et les pays tiers, en comparaison avec celles relatives aux droits humains⁶⁶. Ce constat vient, quelque peu, nuancer l'enthousiasme suscité par l'éco-conditionnalité : la simple insertion de conditions environnementales ne garantit pas nécessairement une intégration effective des impératifs environnementaux au sein des politiques publiques. À cet égard, deux types de limites, qui viennent fragiliser l'efficacité des procédés de conditionnalité environnementale, peuvent être identifiées.

Des limites structurelles. Une première série d'obstacles tient aux contraintes structurelles propres aux mécanismes concernés et aux acteurs qui les mobilisent. L'exemple de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), étudié par Camille Bertaux, en témoigne. L'introduction d'une conditionnalité environnementale dans la stratégie de financement de l'OMS se heurte à plusieurs résistances institutionnelles. D'une part, l'organisation est soumise à la contrainte des affectations spécifiques des contributions volontaires des États et des autres donateurs, ce qui limite sa marge de manœuvre pour réorienter les ressources selon des critères environnementaux. D'autre part, la nature même des actions financées par l'OMS – souvent centrées sur des investissements matériels ou humains – rend peu opérante une conditionnalité fondée sur la

⁶⁵ GOUVERNEMENT, COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Plan national pour des achats durables 2022-2025*, La Défense, Service de l'économie verte et solidaire (SEVS), Sous-direction des entreprises, p. 8 [consulté sur le site du ministère de l'Aménagement et du territoire Transition écologique le 03 avril 2026 : <https://achats-durables.gouv.fr/plan-national-achats-durables-2022-2025-422>].

⁶⁶ V. la contribution de S. COHEN dans ce dossier.

redistribution monétaire classique. Face à ces contraintes, l'organisation privilégie d'autres instruments normatifs ou incitatifs pour promouvoir le respect des principes environnementaux transversaux dans le domaine de la santé⁶⁷.

D'autres limites structurelles affectent plus largement la portée juridique des mécanismes d'éco-conditionnalité. Il en va notamment de leur insertion dans des dispositifs aux finalités multiples qui peuvent aboutir à des exigences environnementales peu ambitieuses, voire symboliques. Des conditions formulées de manière trop vague ou indicative ne sont ainsi pas de nature à induire un changement significatif dans les pratiques. Le plan stratégique français pour la politique agricole commune, évoqué par Rafail Zorzos, l'illustre : il consacre l'essentiel des financements PAC aux aides au revenu de base, qui se trouvent peu ou pas soumises au respect de conditions climatiques⁶⁸.

Dans le même esprit, la flexibilité, qui pourtant fait le succès de ces instruments, peut paradoxalement en affaiblir l'efficacité pratique. Les instruments d'éco-conditionnalité sont en effet soumis à une forte mutabilité. Ils relèvent de la catégorie des « techno-normes »⁶⁹. Les dispositifs de conditionnalité environnementale sont en effet à la fois scientifiques par leur contenu et juridiques par leur forme⁷⁰. Les conditions environnementales étant établies à partir des connaissances actuelles issues des progrès scientifiques ou technologiques, leur contenu doit évoluer au gré des données acquises de la science, au risque sinon de devenir obsolète. La PAC offre un exemple évocateur. Son dispositif d'éco-conditionnalité, qui se veut flexible et adaptable aux spécificités locales, détermine des exigences en matière de nature des zones agricoles et d'aspects concrets de leur gestion durable - création de bandes tampons le long des cours d'eau, protection des sols contre l'érosion, maintien de la matière organique et préservation des particularités topographiques. Leur contenu est appelé à être réformé en fonction de l'évolution des données acquises de la science⁷¹. Si la révision régulière des critères environnementaux se justifie par l'évolution des connaissances scientifiques, elle peut néanmoins engendrer une instabilité juridique pour les bénéficiaires. Cette insécurité est susceptible de décourager les acteurs de s'engager dans des démarches de conformité environnementale, nuisant ainsi à l'efficacité globale de ces dispositifs.

Enfin, les instruments d'éco-conditionnalité présentent une teneur appréciative caractéristique de leur nature incitative⁷². En effet, ils laissent aux bénéficiaires des avantages octroyés une latitude d'appréciation dans la mise en œuvre des conditions environnementales fixées. Or, si cette dimension appréciative participe à l'utilité juridique de ces instruments, elle peut paradoxalement nuire à leur efficacité pratique. Rafail Zorzos met ainsi en évidence la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales dans la définition des conditions, mais surtout dans leur application et leur contrôle, ce qui crée une fragmentation du régime de conditionnalité budgétaire

⁶⁷ V. la contribution de C. BERTHAUX dans ce dossier.

⁶⁸ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

⁶⁹ G. LOISEAU et S. BLOCH, « Les techno-normes », *Dr. soc.*, 2021, p. 484.

⁷⁰ A. VANDERVOST, « Contenu et portée du concept de conditionnalité environnementale. Vers un nouvel instrument au service du droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 135.

⁷¹ v. la dernière version de l'Arrêté du 12 mai 2025 relatif aux règles de bonnes conditions agricoles et environnementales (BCAE) à compter de la campagne 2025, *JORF* n°0111 du 13 mai 2025.

⁷² Sur ce point, v. notre thèse A. BOUDINAR-ZABALETA, *L'acte administratif de droit souple. Essai de conceptualisation*, Thèse de doctorat. Droit public. Université Paris-Panthéon-Assas, 2025, spéc. §273 et s.

climatique. En pratique, des disparités importantes ont été observées entre les États membres, tant en ce qui concerne le niveau d'exigence des obligations environnementales imposées aux agriculteurs que dans la rigueur des contrôles et l'effectivité des sanctions⁷³.

Des limites pratiques. Au-delà de ces limites structurelles, les mécanismes d'éco-conditionnalité peuvent faire l'objet d'un usage détourné, qui en altère profondément la finalité environnementale. L'instrumentalisation par les bénéficiaires constitue un premier risque. L'un des intérêts juridiques de l'éco-conditionnalité réside précisément dans sa capacité à lutter contre le greenwashing, pratique consistant à présenter un produit ou une activité comme respectueux de l'environnement afin d'obtenir un avantage concurrentiel indu, alors qu'en réalité les normes environnementales de base n'ont pas été respectées⁷⁴. La Taxonomie européenne illustre cette ambition : elle établit une classification des activités durables afin de clarifier le champ des investissements contribuant réellement à la transition écologique. Elle repose sur le respect de critères environnementaux stricts – contribution substantielle à un ou plusieurs objectifs environnementaux, absence de préjudice significatif à l'environnement (« *do no significant harm* ») – dont le respect par les bénéficiaires conditionne l'octroi d'un label « *environmentally sustainable* » et, par extension, des financements ou incitations qui y sont associés⁷⁵. Cet outil est directement pensé pour lutter contre le greenwashing, en rendant contraignante et transparente la justification environnementale des investissements soutenus par l'Union⁷⁶. Toutefois, certaines entreprises peuvent chercher à se prévaloir de leur conformité formelle à des critères environnementaux dans une logique de pure communication, sans que cette conformité ne traduise un réel engagement écologique. Ce phénomène de « *greenwashing conditionnel* » permet d'accéder à des avantages tout en valorisant une image responsable auprès du public et des investisseurs, sans modification substantielle des pratiques en faveur de la protection de l'environnement⁷⁷.

L'instrumentalisation peut également provenir des autorités publiques elles-mêmes. En particulier, l'introduction de conditions environnementales excessivement complexes ou exigeantes peut avoir pour effet – sinon pour finalité – d'écarter certains opérateurs économiques. Le cas des contrats publics, analysés par Grégory Cathalan⁷⁸, fournit un exemple probant. En effet, la conformité à des critères environnementaux conditionne désormais l'attribution des contrats publics, et les opérateurs ne respectant pas ces critères peuvent se voir refuser l'attribution de tels contrats. Or, certains auteurs ont dénoncé la complexité persistante de la mise en œuvre de la conditionnalité

⁷³ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier ; v. également l'analyse de N. VANDER PUTTEN, « Objectifs de verdissement de la relance : les timides garanties d'une conditionnalité environnementale », in S. ADALID (dir.), *Le plan de relance européen et l'impératif de transition écologique et numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2025, spéc. pp. 116 et 117.

⁷⁴ Pour cette définition, v. (11) Règlement (UE) 2020/852 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables.

⁷⁵ Art. 6, Règlement (UE) 2020/852 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables.

⁷⁶ E. PLARD, « L'incitation comme moteur de la transition écologique : l'exemple des politiques européennes en faveur du financement des activités durables », *Gazette de l'Institut de droit public des affaires*, 2022, n° 48, p. 5.

⁷⁷ V. N. DE SADELEER, « Conclusions générales », in F. FINES et H. DELZANGLES (dir.), *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 2019, p. 181.

⁷⁸ V. la contribution de G. CATHALAN dans ce dossier.

environnementale dans le champ de la commande publique, notamment en raison de la difficulté d'élaborer une méthodologie fiable pour le calcul des coûts du cycle de vie et des externalités⁷⁹. À ces difficultés s'ajoute le fait qu'en établissant des critères environnementaux difficilement réalisables, l'administration favorise les sociétés disposant des ressources humaines et financières nécessaires pour s'y conformer, au détriment des autres entreprises. Une telle instrumentalisation engendre des discriminations indirectes : elle transforme l'éco-conditionnalité en outil d'exclusion plutôt qu'en levier de protection environnementale.

Dans le même ordre d'idées, comme l'a souligné, là encore, Grégory Cathalan⁸⁰, l'éco-conditionnalité peut produire des effets délétères en raison des conséquences discriminatoires qu'elle engendre dans l'attribution de subventions publiques. Certes, la flexibilité inhérente aux instruments d'éco-conditionnalité est en théorie favorable à une égalité plus réelle. Ces mécanismes permettent d'adapter la mise en œuvre des conditions environnementales imposées en tenant compte des capacités des bénéficiaires. Le dispositif européen SPG+ illustre cette idée. Ce régime de préférences tarifaires pour les pays en développement respectant des conventions internationales environnementales déroge au principe d'égalité entre États : les avantages commerciaux concédés créent des discriminations économiques au profit d'un nombre limité d'États⁸¹. En réalité, le SPG + contribue à l'égalité réelle en palliant le déséquilibre commercial entre pays développés et ceux en voie de développement. Pour ce faire, le système s'inscrit dans une logique de responsabilité environnementale différenciée qui tient compte de la situation réelle des pays en développement bénéficiaires. L'accès aux préférences commerciales est ainsi subordonné à la mise en œuvre effective de conditions environnementales qui tiennent compte des capacités économiques et institutionnelles de ces derniers. Partant, les exigences environnementales sont modulées selon la capacité de mise en œuvre du pays bénéficiaire afin de ne pas imposer le même degré de protection de l'environnement qu'aux États industrialisés. Néanmoins, la conditionnalité environnementale se révèle souvent plus contraignante pour les bénéficiaires économiquement vulnérables, dont la capacité à satisfaire les conditions environnementales est limitée, tandis que les opérateurs économiquement puissants peuvent plus aisément s'y conformer. Le risque est alors que certains acteurs publics ou privés instrumentalisent ces dispositifs pour imposer des exigences environnementales strictes aux bénéficiaires, en tirant parti de leur vulnérabilité économique.

En définitive, le manque d'efficacité des mécanismes d'éco-conditionnalité fait courir le risque que les bénéficiaires ne respectent pas les conditions environnementales établies, tout en profitant indûment des avantages accordés. Le péril réside alors dans une externalisation des coûts environnementaux vers la collectivité, ce qui contredit l'objectif fondamental de la conditionnalité environnementale qui vise, rappelons-le, à ce que les acteurs internalisent les coûts environnementaux de leurs propres activités. Face à ces limites structurelles et pratiques, la question se pose de savoir si le droit positif offre des garanties juridiques suffisantes pour assurer le respect effectif des conditions environnementales et, partant, renforcer l'efficacité de ces mécanismes.

⁷⁹ H. DELZANGLES, « Conditionnalité environnementale et commande publique », op. cit., p. 117.

⁸⁰ V. la contribution de G. CATHALAN dans ce dossier.

⁸¹ V. C.-M. ALVES, « Conditionnalité environnementale et principe d'intégration : entre clair-obscur et trompe-l'œil », op. cit., p. 35.

B. Des garanties juridiques nécessaires pour renforcer l'efficacité des mécanismes d'éco-conditionnalité

L'encadrement juridique des dispositifs d'éco-conditionnalité ne saurait être pleinement efficace sans la mise en place de garanties appropriées. Ces garanties ne visent pas seulement à prévenir les risques d'instrumentalisation ou d'arbitraire. Elles trouvent également leur justification profonde dans la nature même de ces mécanismes, qui se distinguent des instruments classiques de police environnementale. En effet, alors que les réglementations de police reposent sur la contrainte et la sanction, les mécanismes d'éco-conditionnalité procèdent d'une logique incitative. L'accès à un avantage est subordonné au respect de critères environnementaux définis à l'avance. L'efficacité de cette démarche dépend dès lors de l'équilibre entre l'attractivité de l'avantage consenti et la pertinence des exigences imposées. Deux catégories de garanties méritent d'être envisagées pour assurer cet équilibre.

Des garanties formelles et procédurales. Dans un premier temps, des garanties formelles sont nécessaires afin d'assurer la sécurité juridique des bénéficiaires potentiels et de favoriser l'acceptabilité sociale des dispositifs d'éco-conditionnalité. La précision du contenu – sa clarté et son intelligibilité – conditionne l'effectivité juridique d'une norme ou d'un acte juridique⁸². À cet égard, la conditionnalité environnementale doit s'accompagner d'une définition précise et intelligible des conditions à remplir. Cela implique, d'une part, la clarté des critères d'attribution de l'avantage et, d'autre part, la détermination rigoureuse des résultats environnementaux attendus. D'un côté, il est essentiel que les conditions environnementales soient intelligibles pour les acteurs. Les conditions environnementales prévues dans le cadre de la PAC en offrent une illustration. Elles sont précisées par une série de documents – guides et fiches techniques – diffusés par le ministère de l'Agriculture, tels que les Fiches techniques conditionnalité 2025 publiées sur TéléPac qui explicitent les BCAE et ERMG⁸³.

De l'autre côté, il importe que les résultats environnementaux attendus soient précis. Pour ce faire, le recours à l'établissement d'indicateurs mesurables – seuils chiffrés, référentiels techniques, critères de performance – s'impose pour encadrer l'évaluation du respect des engagements. Le FRR, analysé par Rafail Zorzos, en témoigne : le règlement (UE) 2021/241 subordonne le versement des fonds européens à la réalisation de jalons et de cibles précisément définis, notamment en matière climatique. Les États membres doivent démontrer que leurs plans nationaux contribuent à hauteur d'au moins 37 % des dépenses aux objectifs climatiques, selon une méthodologie de calcul harmonisée. La libération des fonds est conditionnée au respect effectif de ces seuils, vérifié par la Commission⁸⁴. Dans le même ordre d'idées, le règlement (UE) 2020/852 établissant la taxonomie européenne conditionne l'accès à certains financements durables au respect de critères techniques de performance

⁸² V. notamment V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Paris, Lextenso, 2013, pp. 63-73 ; F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », Fondation pour l'innovation politique, Juin 2005, spéc. pp. 20-22.

⁸³ MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE, *Fiches techniques conditionnalité 2025* [consulté le 3 avril 2026 sur : <https://www.telepac.agriculture.gouv.fr/telepac/html/public/aide/conditionnalite.html>].

⁸⁴ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

environnementale précisément définis dans des actes délégués, qui fixent des seuils chiffrés, des référentiels scientifiques et des exigences de performance mesurables⁸⁵.

Par ailleurs, les garanties procédurales – publicité, consultation, association des destinataires à leur élaboration – concourent à la bonne réception et à l'application des normes juridiques par les acteurs⁸⁶. Deux dimensions de ces garanties procédurales doivent être soulignées. D'une part, des mécanismes d'évaluation transparents, fondés sur des critères publics et vérifiables, permettent de prévenir les risques de favoritisme et de discrimination dans l'octroi des avantages. Le dispositif de la Facilité pour la reprise et la résilience (FRR) en offre une illustration probante : il prévoit un cadre procédural détaillé assurant la transparence et le contrôle des flux de fonds au profit des États membres. En effet, le règlement (UE) 2021/241 exige que les plans nationaux pour la reprise et la résilience, qui contiennent les réformes et investissements proposés par chaque État membre, soient présentés officiellement à la Commission européenne selon des standards réglementaires précis. Ces plans doivent notamment exposer la manière dont les réformes et investissements contribuent à des objectifs socio-économiques et environnementaux définis dans le dispositif, avec des jalons et des cibles mesurables. Dans une optique de transparence, le règlement impose également que la Commission communique simultanément au Parlement européen et au Conseil les documents pertinents relatifs aux plans soumis⁸⁷. Ces garanties procédurales assurent que les institutions européennes disposent des mêmes informations et limitent les risques d'arbitraire dans l'allocation des fonds.

D'autre part, l'implication des parties prenantes dans la définition et la révision des conditions environnementales est de nature à renforcer leur acceptabilité. Elle favorise l'appropriation des objectifs environnementaux par les acteurs concernés et renforce l'effectivité des engagements pris. Les contrats de transition écologique (CTE) illustrent cette logique de conditionnalité environnementale négociée. Ces dispositifs conditionnent l'accès à des soutiens financiers et techniques de l'État à la définition de projets locaux intégrant explicitement des objectifs environnementaux. Les instructions du Gouvernement du 16 octobre 2019⁸⁸ et du 20 novembre 2020⁸⁹ précisent les modalités d'élaboration des CTE. Elles prévoient le rôle pilote du préfet dans l'élaboration de ces conventions, ainsi que la participation des acteurs locaux concernés – collectivités, entreprises, associations, société civile – dans la confection du projet local contractuel. Cette démarche participe d'une logique de conditionnalité négociée caractéristique de l'éco-conditionnalité.

Des garanties substantielles. Dans un second temps, des garanties substantielles sont indispensables pour conférer à l'éco-conditionnalité une portée normative réelle.

⁸⁵ Art. 13, Règlement (UE) 2020/852 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables.

⁸⁶ V. notamment F. ROUVILLOIS, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *op. cit.*, pp. 16-20.

⁸⁷ Art. 18 et 25 du Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

⁸⁸ Instruction du Gouvernement du 16 octobre 2019 relative aux contrats de transition écologique, NOR : TREK1917782J.

⁸⁹ Circulaire du Premier ministre n° 6231/SG du 20 novembre 2020 relative à l'élaboration des contrats territoriaux de relance et de transition écologique (CRTE), NOR : PRMX2032558C.

Tout d'abord, les sanctions conditionnent l'effectivité des normes juridiques⁹⁰. Il est crucial d'assortir le non-respect des conditions environnementales de sanctions effectives. Les sanctions les plus courantes consistent en la perte de l'avantage accordé. À ces sanctions principales peuvent s'ajouter des sanctions administratives complémentaires, telles que des amendes. Il convient toutefois de souligner que le caractère contraignant de la conditionnalité environnementale varie sensiblement d'un dispositif à un autre. Rafail Zorzos observe ainsi une différence d'intensité de la contrainte juridique au sein des mécanismes européens de conditionnalité budgétaire climatique⁹¹. Dans le cadre de la PAC, le non-respect des BCAE et ERMG par les agriculteurs entraîne l'application de sanctions financières graduées, prenant la forme d'une réduction proportionnelle des aides, voire de leur suppression totale en cas de manquement grave, intentionnel ou répété⁹². Ce mécanisme confère à la conditionnalité environnementale un caractère impératif, dans la mesure où le bénéfice de l'aide est juridiquement subordonné au respect effectif d'obligations environnementales sanctionnées. De manière similaire, s'agissant de la conditionnalité environnementale mise en place dans le domaine de la commande publique, dès lors que des exigences environnementales sont prévues par les documents contractuels, leur respect constitue une condition juridique du maintien du bénéfice du marché⁹³. En cas de manquement, le droit de la commande publique permet d'adopter des mesures contraignantes, parmi lesquelles figure notamment l'exclusion de l'opérateur économique de procédures de passation ultérieures⁹⁴. Dans cette hypothèse, la sanction prend la forme d'une sanction négative par privation de l'avantage juridique attendu, caractéristique de la conditionnalité juridique. Toutefois, les auteurs mettent en avant le caractère « peu contraignant » des sanctions prévues en cas de non-respect des clauses environnementales insérées dans les contrats publics, notamment en raison de pénalités peu dissuasives⁹⁵. À l'inverse, comme le souligne là encore Rafail Zorzos, le dispositif de la facilité pour la reprise et la résilience (FRR) impose des exigences climatiques comme critères d'évaluation des plans nationaux, sans pour autant subordonner directement le versement des fonds à leur respect strict, relevant alors d'une conditionnalité budgétaire à portée davantage évaluative⁹⁶.

Ensuite, l'existence formelle de sanctions ne suffit pas. Il est également nécessaire de prévoir des dispositifs de contrôle et de suivi de la mise en œuvre des conditions environnementales par les acteurs. Plusieurs exemples l'attestent. L'instauration de contrôles d'exécution des conditions environnementales accompagnant les aides octroyées dans le cadre de la PAC en constitue une première illustration. En particulier, les administrations publiques – telles que la Direction départementale de l'agriculture et

⁹⁰ V. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. LAROCHE, V. FAURE, LGDJ-Bruylant, 1997, spéc. p. 74 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, spéc. p. 61 ; P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, spéc. p. 199.

⁹¹ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

⁹² V. Art. D. 615-45, Code rural et de la pêche ; v. aussi Arts. D. 615-57 à D. 615-61, Code rural et de la pêche ; v. également les explications de P. THIEFFRY, *Traité de droit européen et de l'environnement et du climat*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit de l'Union européenne »), 4e éd., 2020, spéc. pp. 1496-1501.

⁹³ Art. L2112-2, Code de la commande publique.

⁹⁴ Art. L2141-7, Code de la commande publique.

⁹⁵ V. notamment v. également H. DELZANGUES, « Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables », *Contrats - Marchés publ.* 2023, étude 1 ; R. MICALEF, « L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », *JCP Adm.*, 2023, n°14, p. 2108.

⁹⁶ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

de la forêt (DDAF), la Direction départementale des services vétérinaires (DDSV), l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC), ainsi que l'Agence de services et de paiement (ASP) – assurent la mise en œuvre et le respect de ces exigences par les bénéficiaires. Pareillement, dans le cadre de la FRR, le règlement (UE) 2021/241 encadre strictement la procédure d'évaluation des plans par la Commission. L'article 18 du règlement prévoit que la Commission évalue les plans et présente une proposition de décision d'exécution au Conseil, en tenant compte des informations analysées et des éléments fournis par l'État membre. En outre, le règlement institue des exigences de suivi et de déclaration régulière de l'avancement des plans - jalons et objectifs environnementaux atteints -, sur la base d'un tableau de bord de la reprise et de la résilience que la Commission met en place – instrument d'information publique sur les progrès réalisés⁹⁷. Un autre exemple est fourni par les contrats de transition écologique pour l'exécution desquels des mécanismes de suivi de l'application des engagements environnementaux sont également prévus⁹⁸.

Enfin, une dernière garantie substantielle réside dans l'adéquation des conditions environnementales imposées. Celles-ci doivent être techniquement réalisables et économiquement soutenables pour les opérateurs, tout en demeurant proportionnées aux risques environnementaux qu'elles visent à prévenir, ainsi qu'aux avantages consentis. Autrement dit, une conditionnalité efficace ne se limite pas à une exigence abstraite : elle doit pouvoir être respectée par les acteurs concernés et proportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. Pour ce faire, les conditions environnementales doivent être adaptées à la situation des bénéficiaires des avantages. À titre d'exemple, comme l'explique Rafail Zorzos⁹⁹, la FRR fournit une illustration particulièrement éclairante. Le règlement (UE) 2021/241 intègre le principe « ne pas causer de préjudice important » (« Do No Significant Harm » dit « DNSH ») comme critère d'éligibilité essentiel des mesures financées par cet instrument. Conformément à ce principe, pour qu'un plan national de reprise et de résilience soit susceptible de recevoir des financements, il doit être conçu de manière à garantir qu'aucune mesure qu'il contient ne cause de préjudice significatif aux objectifs environnementaux, tels que définis à l'article 17 du règlement (UE) 2020/852 sur la taxonomie¹⁰⁰. Toutefois, la réglementation européenne autorise des dérogations strictement encadrées à ce principe. En effet, dans des situations exceptionnelles, certains projets peuvent être financés au titre de la FRR même s'ils ne respectent pas entièrement le DNSH, à condition que les États membres démontrent les efforts réalisés pour limiter les impacts environnementaux, ainsi que la proportionnalité des mesures adoptées¹⁰¹. Cet exemple montre que l'efficacité des mécanismes de conditionnalité environnementale dépend d'un équilibre subtil entre la rigueur des exigences environnementales et leur adéquation aux contraintes pratiques des acteurs.

⁹⁷ Art. 19, Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

⁹⁸ V. Instruction du Gouvernement du 16 octobre 2019 relative aux contrats de transition écologique, NOR : TREK1917782J; Circulaire du Premier ministre n° 6231/SG du 20 novembre 2020 relative à l'élaboration des contrats territoriaux de relance et de transition écologique (CRTE), NOR : PRMX2032558C.

⁹⁹ V. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

¹⁰⁰ Art. 5, paragraphe 2, Règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

¹⁰¹ Pour une explication, v. la contribution de R. ZORZOS dans ce dossier.

Toutefois, la nécessité d'un caractère contraignant et effectif ne doit pas entraîner une rigidité excessive des dispositifs. Des conditions trop strictes ou mal adaptées pourraient compromettre la nature incitative et la souplesse qui font précisément l'intérêt des outils d'éco-conditionnalité.

En conclusion, les différentes interventions ont permis d'analyser la mobilisation de la conditionnalité environnementale dans ses principaux champs d'application : en droit de l'Union européenne, en droit public interne, mais également dans le cadre de l'action d'organisations internationales. Il ressort de ces échanges que la conditionnalité environnementale tend aujourd'hui à s'imposer comme un instrument structurant de l'action publique, au service de la mise en œuvre des politiques environnementales, en favorisant l'intégration des exigences écologiques dans l'ensemble des secteurs. Par ailleurs, elle vient utilement compléter la logique répressive des polices environnementales classiques, en y ajoutant une dimension à la fois préventive et incitative. Si ces dispositifs bénéficient d'une reconnaissance juridique croissante, leur application concrète soulève, néanmoins, encore de nombreuses interrogations, notamment quant à leur efficacité réelle. Nous espérons que la richesse des contributions issues de ce séminaire doctoral aura permis de poser les jalons de nouvelles réflexions sur l'éco-conditionnalité et d'ouvrir des perspectives de recherche inédites sur cette thématique.



ED9

École doctorale de droit international,
droit européen, relations internationales
et droit comparé



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

—
12 place du Panthéon

75005 Paris www.u-paris2.fr