HAL
open science

Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ?

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ?. 2016. hal-01250476v2

HAL Id: hal-01250476

https://hal.science/hal-01250476v2

Preprint submitted on 14 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Le respect des droits des personnes intersexuées Chantiers à venir ?[1]

Respecting rights of intersex persons Next steps ?

Benjamin Moron-Puech
Doctorant en droit à l'Université Panthéon-Assas

Résumé

Quelles règles doivent être mises en place pour que soient respectés en France les droits humains des personnes intersexuées ? C'est à cette question que le présent article apporte quelques réponses, en se concentrant sur les violations actuelles les plus graves des droits humains des personnes intersexuées, à savoir le droit à la vie privée et le droit à l'intégrité physique.

S'agissant en premier lieu du droit à la vie privée, cet article a pour ambition de montrer que le respect de ce droit des personnes intersexuées implique tout d'abord la reconnaissance du caractère non binaire de l'identité sexuée. Compte tenu des contraintes politiques et juridiques actuelles, il est probable que cette reconnaissance soit le fait d'une coutume jurisprudentielle, par laquelle les juges français entendraient se conformer à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'hommes et des libertés fondamentales (droit à la vie privée), tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite, le respect du droit à la vie privée des personnes intersexuées, combiné avec l'interdiction des discriminations, implique de rendre facultative pour toutes les personnes la mention de l'identité sexuée sur les documents d'identité où elle n'est pas nécessaire.

En second lieu, s'agissant du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, le présent article s'efforce de montrer que l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose aux autorités françaises de changer l'état du droit français sur plusieurs points. D'abord, il incombe à ces autorités de renforcer les mécanismes de protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées. Pour cela, ces autorités doivent cesser d'encourager les actes médicaux de conformation sexuée et encadrer davantage l'activité médicale portant sur les êtres intersexués. Ensuite, ces autorités paraissent tenues de faciliter l'indemnisation des personnes intersexuées, compte tenu des importants obstacles que celles-ci rencontrent actuellement si elles se contentent des mécanismes traditionnels du droit de la

[1] L'auteur tient à remercier Marie-Xavière Catto, Clément Cousin, Guillaume Drouot, Vincent Guillot, Jonas Knetsch, Mathieu le Mentec et Mila Petkova pour les avis qu'ils ont pu lui donner sur les questions ici traitées ou leur relecture. Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

responsabilité. Pour ce faire, il paraît nécessaire de permettre aux personnes intersexuées d'être indemnisées par un fonds d'indemnisation sur le fondement de la solidarité nationale et à des conditions plus souples que celles nécessaires à la mise en œuvre d'une action en responsabilité.

Abstract

Which rules should be established in order that the human rights of intersex persons be respected in France. This is the question this article is trying to answer to, by focusing on the current majors violations of intersex persons' human rights, i.e. the right to privacy and the right to physical integrity

Regarding the right to privacy, this article aims to show that the respect of this right for intersex persons implies first to adopt a non binary conception of sex. Considering current political and legal constraints it is likely that this adoption will be the work of a jurispruential custom, by which French judges will conform to the article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as it is interpreted by the European court of human rights. Second, the right to privacy of intersex persons, combined with the prohibition of discriminations implies that sex becomes an optionnal marker on identity documents for which this marker is not necessary.

Regarding intersex persons' right to physical integrity, this article intends to show, that article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms establishes an obligation for French public authorities to change French law on several points. First, these authorities shall improve the protection mecanisms for intersex persons' right to physical integrity. To achieve this, these authorities shall stop to encourage medical acts of sexual conformation and shall better supervize medical acts on intersex persons. Second, these authorities should facilitate compensation to intersex persons because of the constraints they are facing right now when they use the traditional mecanism of liability. To do this, it seems necessary to allow intersex persons to get compensation from a compensation fund, on the basis of national solidarity and under more favorable conditions than the ones needed to get compensation through liability.

Mots-clefs *: personne intersexuée – document d'identité – acte médical – responsabilité – fonds d'indemnisation*

Keywords *: intersex person – identity document – medical act – liability – compensation fund*

1. Le 20 août 2015, le Tribunal de grande instance de Tours a ordonné la rectification de l'état civil d'une personne intersexuée, afin que soit substituée à la mention « sexe masculin », figurant à son état civil, la mention « sexe neutre »[2]. Bien que frappée d'appel et donc non encore exécutoire, cette décision constitue une avancée certaine pour les droits des personnes intersexuées.

[2] Sur cette décision, cf. not. VIALLA, 2015 ; LIBCHABER, 2016.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

En effet, cette décision vient reconnaître le droit d'une personne intersexuée à exister dans la société française, sans avoir à se rattacher aux sexes masculin et féminin. Jusqu'alors, si les normes juridiques françaises admettaient bien l'existence des personnes intersexuées, ces normes ne leurs permettaient pas d'être reconnues pour ce qu'elles étaient. En effet, si le § 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 acceptait, à certaines conditions[3], qu'un enfant intersexué ne soit pas rattaché aux sexes masculin et féminin, cette possibilité n'était que provisoire et, à terme, ce texte incitait[4] les parents à inscrire leur enfant comme étant de sexe masculin ou féminin[5].

2. Le rejet de la binarité juridique des sexes n'est nullement inédit en droit comparé. Plusieurs États se sont plus ou moins fermement déjà engagés dans cette voie soit par l'action de leurs juridictions, comme au Népal[6], au Pakistan[7], en Australie (pour l'état civil)[8], en Inde[9] ou au Kenya[10] ; soit par l'action de leur législateur, comme en Allemagne[11] ou à Malte[12] ; soit, enfin, par l'action de leur Administration, comme c'est le cas au Bangladesh[13] ou en Australie (pour les passeports)[14].

Ce rejet est également présent en droit international. Ainsi, plusieurs textes produits par l'Organisation des Nations-Unies, le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne ont pu encourager les États membres de ces organisations à sortir d'une conception binaire de l'identité sexuée ou à tout le moins à permettre aux individus de voir inscrit sur leur documents légaux d'identité un sexe correspondant à leur identité sexuée[15]. Soulignons enfin

---

[3] « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance ».

[4] Nous écrivons « incités » et non « obligés » car l'interdiction pour les personnes intersexuées d'être reconnues comme telles dans l'ordre juridique français n'est contenue dans aucune norme juridique. Certes, de nombreuses sources témoignent d'une conception binaire du sexe, mais aucune n'envisage la situation des personnes intersexuées pour refuser à ces personnes le droit d'être reconnues comme étant d'un sexe autre que les sexes masculin et féminin. Dès lors, il est discutable de s'appuyer sur ces énoncés pour en déduire, au moyen d'une interprétation *a contrario* dont les juristes connaissent les limites logiques, que les personnes intersexuées n'auraient pas le droit d'être inscrites à l'état civil comme étant d'un sexe autre que les sexes masculin et féminin. Il paraît plus rigoureux de considérer que l'état du droit est pour l'instant non fixé sur cette question.

[5] *Adde* la réponse ministérielle du 2 septembre 2014, répondant à la question n° 48696 du député du Gwendal Rouillard.

[6] *Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, Sunil Babu Pant and Others v Nepal Government and Others*.

[7] Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009.

[8] Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie*. Sur cette décision, cf. MORON-PUECH, 2014.

[9] Cour Suprême Indienne, 15 avr. 2014, *National Legal Services Authority v Union of India and others*.

[10] Haute Cour du Kenya, 5 déc. 2014, *Baby 'A' (Suing through the Mother E A) & another v Attorney General & 6 others*, n° 266.

[11] Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG), 7 mai 2013.

[12] *Gender identity, gender expression and sex characteristics act*, 14 avr. 2015.

[13] Décision du Premier ministre, 11 novembre 2011.

[14] https://www.passports.gov.au/Web/Newppt/B14.pdf.

[15] Pour l'ONU, cf. le rapport de 2015 du Conseil des droits de l'homme, intitulé *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, § 79, (i) ; pour le Conseil de l'Europe, cf. les résolutions n°s 1728 (2010), § 16.11.2 et 2048 (2015), § 6.2.4. ; pour l'Union Européenne, cf. le « focus » produit en 2015 par l'Agence des droits fondamentaux et intitulé *The fundamental rights situation of intersex people*, p. 8.

que plusieurs organisations internationales, plus spécialement en charge des documents d'identité, retiennent une conception non binaire du sexe[16].

3. Considéré d'un point de vue historique, le rejet de la binarité des sexes en droit est, dans nos sociétés occidentales, une relative nouveauté. Sans qu'il ne faille nullement y voir un quelconque sens de l'histoire, l'on peut constater que, depuis l'Antiquité, nos sociétés occidentales sont passées par trois phases successives s'agissant de la perception des personnes et, plus largement, des êtres humains intersexuées[17]. Dans une première phase, que l'on rencontre dans l'Antiquité pré-stoïcienne (BRISSON, 1997), mais qui a parfois refait surface au cours des siècles[18], les êtres intersexués sont perçus comme des « monstres » dont il convient de se débarrasser car ils seraient la trace d'une malédiction. Dans une deuxième phase, qui est sans doute la plus fréquente, les êtres intersexués sont perçus comme des « erreurs de la nature »[19]. Ils ne sont alors tolérés qu'à la condition que cette « erreur » soit rectifiée par le rattachement de ces êtres à l'un des deux sexes seuls admis. À défaut d'un tel rattachement, ces êtres sont mis au ban de la société. Enfin, dans une troisième phase, qui paraît s'amorcer en ce début de XXIe siècle dans les pays occidentaux, les êtres intersexués sont perçus comme une manifestation de la diversité de la nature qui devraient, compte tenu de la rareté de leur condition, être protégés contre les tentations de la majorité de les rattacher aux sexes masculin et féminin.

4. La décision précitée du 20 août 2015 tend à faire sortir la France de la deuxième phase pour lui faire prendre le chemin de la troisième phase. Dans le présent article, nous voudrions réfléchir aux conditions devant être remplies pour que l'on puisse considérer que l'ordre juridique français est pleinement rentré dans cette troisième phase. Si notre ordre juridique décidait de protéger les êtres intersexués, des efforts devraient être déployés dans deux directions, correspondant largement aux revendications des personnes intersexuées[20]. D'une part, l'identité de ces personnes devrait être protégée contre toute tentative de les assimiler aux sexes masculin et féminin (1.). D'autre part, le corps des êtres intersexués devrait être également protégé contre les efforts d'autrui d'en faire un corps masculin ou féminin (2.).

1. La protection de l'identité intersexuée

5. La volonté de protéger l'identité des personnes intersexuées implique à la fois l'adoption d'une construction non binaire du sexe en droit et l'absence d'inscription obligatoire du sexe sur les documents d'identité où cette information n'est pas nécessaire. En effet, reconnaître l'identité de ces personnes suppose d'abord d'abandonner la binarité des sexes (1.1.). Ensuite, afin d'éviter toute discrimination et atteinte à leur vie privée, la protection de leur identité

[16] Ainsi, les conventions n°s 25 (annexe 2, § 3.4.3) et 34 (annexe 3, § 12, c) de la Commission internationale de l'état civil reconnaissent l'existence d'un sexe indéterminé, à côté des sexes masculin et féminin (comp. antérieurement les conventions n°s 1 [art. 3], 15 [art. 7] et 16 [art. 5]). De même, la 4e partie du document 9303 rédigé par l'organisation internationale de l'aviation civile permet de ne pas spécifier le sexe sur les passeports (p. 19).

[17] Compte tenu du refus de l'ordre juridique français de qualifier de personne l'être humain non encore venu au monde, l'expression « être intersexué » sera ici désigné pour englober tant les êtres humains intersexués nés que ceux qui ne le sont pas encore.

[18] Cf. les condamnations au bûcher ou au bannissement perpétuel encore prononcées contre des hermaphrodites aux XVIIe et XVIIIe s. Sur celles-ci cf. MORON-PUECH, 2010 : n° 4, note 4.

[19] La distinction entre les « monstres » et les « erreurs de la nature » se trouve tant chez les philosophes antiques (BRISSON, 1997), que chez les juristes du début du XXe siècle (BEUDANT, 1936 : n° 521).

[20] Cf. *Conclusion du 3e Forum International Intersexe de l'ILGA*, 1er déc 2013.

implique de supprimer l'obligation d'inscrire la mention du sexe sur les documents d'identité où elle n'est pas nécessaire (1.2.).

1.1. Le rejet d'une construction binaire du sexe en droit

6. Plan – La décision du Tribunal de grande instance de Tours étant frappée d'appel, il n'est pas permis pour l'instant d'affirmer que la France admettrait une construction non binaire du sexe. En outre, quand bien même cette décision viendrait à être confirmée, ce qui lui permettrait d'entrer en vigueur, elle n'en créerait pas pour autant à proprement parler une construction non binaire du sexe en droit. En effet, une décision de justice ne peut produire qu'une norme individuelle, valant pour un seul individu. Elle ne crée pas de norme générale dont pourrait se prévaloir d'autres personnes placées dans une situation identique.

Pour qu'une construction non binaire du sexe soit reconnue en France, il faudrait qu'elle soit prévue par une règle générale. La question qui se pose alors est de savoir qui pourrait, en droit interne[21], créer cette règle. S'il n'est pas envisageable à court terme que cette reconnaissance soit le fait des pouvoirs législatifs et exécutifs, il est en revanche probable qu'elle résulte du pouvoir juridictionnel. Après avoir envisagé cette question de l'auteur de la reconnaissance, il conviendra de s'intéresser aux conséquences de cette reconnaissance.

1.1.1. Identification de l'auteur de la reconnaissance d'une construction non binaire

7. Une reconnaissance législative politiquement difficile – Le rejet de la binarité des sexes par une loi ne paraît de nos jours guère envisageable avant plusieurs années. L'adoption, le 17 mai 2013, de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a suscité d'importantes résistances au sein d'une partie de la population française et il ne semble pas que le législateur ait envie d'accroître ces résistances par une nouvelle loi sur un tel sujet de société (BYK, 2015 : p. 185). L'hésitation du législateur pourrait être d'autant plus grande compte tenu du faible nombre de personnes concernées par ce problème : il pourrait être en effet politiquement difficile de justifier de la priorité d'une loi sur les personnes intersexuées, par rapport à des lois portant sur des thèmes perçus comme plus importants par les parlementaires.

8. Une reconnaissance gouvernementale techniquement difficile – Une action du Gouvernement n'est pas non plus envisageable, tant pour les raisons politiques déjà évoquées à propos du Législateur[22], que pour une raison tenant à la technique juridique. En effet, s'agissant de cette dernière, il ne semble pas que le Gouvernement ait techniquement la

[21] Pour l'instant, il n'existe aucune norme internationale d'effet direct impliquant le rejet de la binarité des sexes. Il convient néanmoins de remarquer que plusieurs textes internationaux (cf. *supra* notes 14 et 15) impliquent plus ou moins directement cette règle. Si, sans doute, ces normes n'ont pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne — pour le dire autrement elles ne sont pas reconnues comme *juridiques* par cet ordre —, ces normes sont néanmoins reconnues comme telles dans l'ordre juridique international et sont toutes, depuis 2008 (CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, § 76), prises en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque celle-ci recherche le droit applicable ou encore la présence d'un consensus entre les États membres sur une question donnée. Sur cette prise en compte généralisée des normes internationales par la Cour, cf. COHEN-JONATHAN et FLAUSS, 2009 ; pour une illustration d'une telle utilisation de ces normes internationales dans le contentieux des personnes transsexuées, cf. CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08, § 29-34 pour le droit applicable et § 110 pour la recherche d'un consensus.

[22] Le 10 septembre 2014, lors d'une rencontre au Ministère de la santé en présence de Vincent Guillot, porte-parole de l'Organisation internationale intersexe (OII), de plusieurs personnes du ministère et de nous-même, les membres de ce ministère ont indiqué que la situation politique était pour l'instant bloquée et qu'il n'était donc pas envisageable pour leur Ministre d'améliorer la situation des personnes intersexuées.

compétence pour mettre en place un système non binaire du sexe. Ceci résulte de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, lequel confère au Parlement et non au Gouvernement la compétence principale pour créer des normes relativement à l'état des personnes et donc au sexe. Certes, le Gouvernement dispose d'une compétence accessoire, puisqu'il a le pouvoir de mettre en application la loi[23]. Il ne s'agit cependant que d'une application ; il ne lui est donc pas permis d'apporter des précisions qui, « par l'importance de leurs incidences, ont un caractère déterminant à l'égard de la règle ou du principe intéressé » (LAUBADERE, 1965 : p. 102). Or, en l'espèce, apporter des précisions sur le sexe susceptible d'être inscrit à l'état civil paraît bien avoir des conséquences importantes, notamment si l'on pense aux difficultés juridiques — néanmoins largement surmontables[24] — que va poser la reconnaissance du caractère non binaire du sexe, à l'égard des règles reposant sur la binarité des sexes. Dans ces conditions, il ne semble pas que le Gouvernement soit compétent pour prendre une telle mesure[25].

9. **Une reconnaissance probable par le pouvoir juridictionnel** – La création par les juges d'une norme générale reconnaissant le caractère non binaire du sexe peut a priori paraître impossible. En effet, l'article 5 du code civil interdit « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cependant, ce qu'aucun juge ne peut faire, la collectivité des juges peut le faire grâce à la coutume. En effet, la coutume, qui traduit l'existence d'une norme générale, peut résulter d'une accumulation de pratiques individuelles lorsque les auteurs de ces pratiques ont la conviction qu'ils n'avaient pas la possibilité d'agir autrement qu'ils ne l'ont fait. Or, justement, ces deux éléments — la répétition de la pratique et la croyance dans le caractère obligatoire de cette pratique — pourraient à l'avenir être caractérisés s'agissant du rejet de la binarité des sexes.

Assurément, en l'espèce, la première condition fait défaut puisque le raisonnement — i.e. la pratique — suivi par le TGI de Tours pour reconnaître un sexe neutre ne connaît aucun équivalent en France[26]. Néanmoins, si d'aventure cette décision venait à être confirmée en cause d'appel et ensuite par la Cour de cassation, cette première condition pourrait rapidement être remplie. Quant à la seconde condition caractérisant la coutume, il faudrait, pour qu'elle soit vérifiée, que les juges considèrent que, lorsqu'une personne intersexuée leur demande à être considérée comme étant d'un sexe autre que féminin et masculin, ils sont obligés de répondre positivement à cette demande. Cela pourrait-il être le cas ? Une réponse positive paraît s'imposer à la lecture des raisons avancées par le TGI de Tours pour reconnaître le caractère non binaire du sexe. Pour le magistrat ayant rendu la décision, l'appartenance du demandeur au sexe masculin « apparaît comme une pure fiction, qui lui aura été imposée pendant toute son existence sans que jamais il ait pu exprimer son sentiment profond, ce qui

[23] « [I]l appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles » (CC., 3 mai 1961, n° 61-13 L).
[24] Sur les conséquences de l'adoption d'un modèle non binaire, cf. *infra* n°s 12 s.
[25] On pourrait néanmoins songer, par analogie, à transposer ici la jurisprudence développée par le Conseil d'État à propos du droit de grève des fonctionnaires publics. Le Conseil d'État a en effet pu considérer sur ce point que, en présence d'une lacune du législateur, il était loisible au pouvoir réglementaire de prendre des actes réglementaires destinés à mettre en œuvre le droit de grève dans la fonction publique, droit prévu par la Constitution mais que le législateur n'avait pas mis en œuvre (CE, Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene* : Rec. CE 1950, p. 426 et CE, 30 nov. 1998, *Rosenblatt*). Ne pourrait-on pas dire ici que le droit à la vie privée, ayant valeur constitutionnelle et internationale, permettrait au pouvoir réglementaire, en présence d'une carence du législateur à préciser les mentions pouvant être inscrites à l'état civil, d'apporter lui-même cette précision et ainsi de rejeter la binarité juridique des sexes ?
[26] Rappr. les propos tenus dans cette affaire par le ministère public au journal *20 minutes*, le 14 octobre 2015 : « Je me suis aventuré à essayer de voir quelles pouvaient être les décisions antérieures qui auraient été prononcées sur la question, j'en ai très peu trouvé, pour ne pas dire pas du tout ».

contrevient aux dispositions de l'article 8 alinéa 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme [sic], qui prime sur toute autre disposition du droit interne, et qui prévoit que "toute personne a droit au respect de sa vie privée" ». Ces propos révèlent que le magistrat auteur de cette décision, tenu de respecter le droit à la vie privée tel que compris par la Cour européenne des droits de l'homme, n'a pas cru possible de faire autrement que d'accorder au requérant un sexe correspondant à la réalité de son état. Si un tel raisonnement n'est assurément que le fait d'un unique juge, siégeant dans un tribunal de première instance, il n'en demeure pas moins que ce raisonnement est suffisamment convaincant pour qu'il soit permis de penser que d'autres magistrats se sentiront également obligés, dans une affaire similaire, de retenir la même solution. Expliquons-nous brièvement[27].

10. Si ce raisonnement juridique est obligatoire — et donc susceptible de satisfaire la deuxième condition d'existence d'une coutume —, c'est parce qu'il repose sur le droit européen que le juge français doit respecter. Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit à la vie privée, tiré de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHLF), implique le droit pour chacun d'établir les détails de son identité[28], ce que la Cour de cassation a implicitement admis en reconnaissant la possibilité pour une personne transsexuée[29] de changer de sexe à l'état civil[30]. Or, une classification binaire des individus selon leur sexe porte atteinte au droit à la vie privée des personnes intersexuées, puisqu'elle vient contredire la réalité de leur être. Surtout, cette atteinte paraît illicite car les trois conditions auxquelles l'article 8 § 2 de la CSDHLF subordonne la licéité une telle atteinte à la vie privée — **1°** une atteinte prévue par la loi, **2°** poursuivant un but légitime et **3°** nécessaire dans une société démocratique — ne sont pas remplies.

11. La méconnaissance de ces conditions est particulièrement nette pour l'exigence de proportionnalité de l'atteinte[31]. En effet, en raisonnant par analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux personnes transsexuées[32], il apparaît que constituerait assurément une atteinte disproportionnée à la vie privée, le fait d'exiger d'une personne intersexuée qu'elle se rattache à des identités sexuées masculine ou féminine qui ne lui correspondent pas et ce alors que la reconnaissance de cette identité non masculin ou féminine ne nuit nullement aux droits des autres personnes. La décision précitée du TGI de Tours relève discrètement cette disproportion en indiquant que le sexe masculin jusqu'à

---

[27] Une démonstration plus complète peut être trouvée dans MORON-PUECH, 2010 : nos 117-120.

[28] CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. no 28957/95, § 90.

[29] L'adjectif « transsexué » est utilisé en lieu et place du terme « transsexuel », afin de souligner qu'il n'est pas question ici de sexualité (comme par exemple dans l'expression « orientation sexuelle »), mais d'identité sexuée.

[30] Cass., AP, 11 déc. 1992, no 91-11.900.

[31] Des difficultés se posent également pour les deux autres conditions : une atteinte prévue par la loi et une atteinte poursuivant un but légitime. S'agissant de la présence d'une atteinte posée par la loi, le rejet d'une classification non binaire n'est posée formellement par aucun texte. Quant à la jurisprudence — laquelle peut, à certaines conditions, être qualifiée de loi au sens de l'article 8 al. 2 de la CSDHLF — celle-ci est assez « maigre », ancienne et émanant qui plus est de juges du fond, ce qui ne permet pas d'y voir une loi, au sens de l'article 8 de la CSDHLF (cf. les arrêts cités *in* MORON-PUECH, 2010 : p. 13, note 2). Quant à la condition d'un but légitime, il paraît également difficile d'imaginer quel but, parmi ceux énumérés à l'article 8 § 2 de la CSDHLF, pourrait être invoqué pour rejeter la binarité des sexes ; étant précisé que l'on ne saurait seulement se prévaloir de souci de « protection de l'intérêt général » (CEDH, 10 mars 2015, précité, § 76 et le commentaire MORON-PUECH, 2015 : nos 23-30, spé. no 28.

[32] CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France, no 13343/87*, et CEDH, 11 juill. 2002 précité. Cf. en dernier lieu : CEDH, 10 mars 2015 précité où les juges semblent restreindre encore d'avantage qu'en 2002 la marge d'appréciation nationale des États (MORON-PUECH, 2015 : no 84).

présent inscrit sur l'état civil du demandeur est une « pure fiction » imposée à cette personne sans son consentement et contredisant son « sentiment profond » (p. 3).

Par conséquent, serait inconventionnelle toute interprétation d'un texte français — notamment l'article 57 du code civil — considérant que ce texte implique une construction binaire du sexe. Voilà pourquoi, si d'autres magistrats se voient poser la question de savoir si le sexe est binaire, ils seront obligés, selon nous[33], de répondre par la négative. L'admission d'un sexe autre que le masculin et le féminin pour une personne intersexuée est donc pour les juges une obligation. Voilà pourquoi, il est permis de penser que demain, lorsque se seront multipliées les décisions reconnaissant des sexes autres que masculin et féminin, il sera possible de dire qu'existe en droit français une norme générale reconnaissant la non binarité du sexe. Reste alors à savoir quelles conséquences tirer du rejet de cette binarité, dont le vice-Procureur de Tours, dans l'affaire précité, a pu indiquer qu'elle heurtait « le corpus législatif et réglementaire tel qu'on en dispose actuellement et tel qu'on l'applique »[34].

1.1.2. Les conséquences de la reconnaissance d'une construction non binaire

12. Les conséquences du rejet de la binarité du sexe dépendent de la fonction occupée par l'identité sexuée dans la règle de droit, à savoir soit le rôle d'une condition d'application de cette règle, une présupposition dirait H. Motulsky (1948 : n° 16), soit un effet de cette règle.

13. S'agissant d'abord des règles où l'identité sexuée a la fonction d'une présupposition —, règles dont le nombre ne cesse de décliner[35] mais qui, du fait de la discrimination positive, ne devraient cependant pas disparaître de sitôt[36] — deux solutions sont possibles. Tantôt il convient, par le biais de l'analogie, de conférer à la personne intersexuée les droits spécialement attribués au sexe masculin[37] ou féminin[38]. Tantôt, lorsque l'analogie ne fonctionne pas, il y a lieu de créer une ou plusieurs autres nouvelles catégories[39], voire de modifier les contours des catégories existantes[40]. En l'absence de volonté du législateur de se saisir globalement du problème de l'intersexuation, il appartiendra à chacun — et, en cas de

---

[33] Indiquons, par transparence, que cette opinion est peut-être biaisée, puisque nous avons directement contribué à la rédaction de la requête du demandeur comprenant cet argumentaire.

[34] Un semblable argument avait été invoqué devant la Haute Cour d'Australie pour s'opposer à la demande d'un requérant demandant à ce que soit inscrit à son état civil la mention « sexe non spécifique ». Elle a été rejetée avec vigueur par cette Cour qui a considéré que cet argument n'était pas pertinent dès lors que, « la plupart du temps, le sexe des individus n'a aucune importance dans les relations juridiques » (Haute Cour d'Australie, arrêt précité, § 42).

[35] Cf., en dernier lieu, l'adoption le 17 mai 2013 de la *loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*.

[36] Sur ces règles, cf. MORON-PUECH, 2010 : n°s 98 s.

[37] Tel serait le cas pour la présomption de paternité (art. 312 c. civ.), dans l'hypothèse où la personne intersexuée serait le conjoint de la mère. Il semble ici qu'il faille traiter la personne intersexuée comme une personne de sexe masculin et appliquer aux personnes intersexuées, par analogie, l'article 6-1 c. civ.

[38] Tel serait le cas pour les règles instaurant une discrimination positive en faveur des femmes. En effet, compte tenu de la finalité de ces règles, celles-ci devraient être également applicables aux personnes intersexuées qui sont autant, si ce n'est plus, discriminées que les personnes de sexe féminin. Rappr. Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, Sentencia SU-337/99 et 2 août 1999, *Sentencia* T-551/99 reconnaissant que les personnes intersexuées encourent de sérieux risques de discriminations.

[39] Tel serait le cas pour la séparation des individus selon leur sexe en prison (art. D. 248 c. proc. pén.).

[40] C'est par exemple ce qu'a fait l'IAAF en 2011, en changeant les règles des tests de féminité et en recourant désormais à un test mesurant le taux de testostérone (cf., déjà, MORON-PUECH, 2010 : n° 106). Ce recours à la testostérone comme critère de distinction a néanmoins été récemment suspendu par le Tribunal arbitral du sport : TAS, 17 juill. 2015, *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association of Athletics Federations (IAAF)*, n° 2014/A/3759.

désaccord, au juge — d'appliquer aux personnes intersexuées les règles de droit sexuées au moyen de la méthode qui vient d'être énoncée.

14. S'agissant ensuite des règles où l'identité sexuée a la fonction d'effet de cette règle, à savoir principalement des règles d'identification, l'adoption d'un modèle non binaire du sexe a pour conséquence d'accroître les mentions du sexe susceptibles d'être inscrites sur les documents d'identité, autrement dit d'accroître le nombre de catégories sexuées. Par conséquent, les autorités tant publiques que privées, qui détiennent des registres d'identification doivent modifier les entrées possibles pour le champ sexe. Pour les autorités publiques, un modèle non binaire implique une modification du § 55 de la circulaire, afin d'admettre plus facilement l'inscription à l'état civil d'un sexe ni masculin ni féminin. Ceci implique également, pour le numéro d'inscription répertoire national d'identification des personnes physiques géré par l'INSEE — le NIR —, de modifier la documentation interne le régissant, pour y admettre l'inscription de sexe non masculin ou féminin[41].

L'adoption d'un modèle non binaire devrait logiquement aussi, en l'état actuel de la réglementation, avoir des conséquences pour les titres d'identité[42], autrement dit les documents d'identité détenus non plus par des tiers, mais par les individus eux-mêmes afin de prouver leur identité. En effet, dès lors que ces titres sont conçus comme un reflet des registres conservés par les tiers, ces titres doivent aussi mentionner le sexe des personnes intersexuées. Il peut cependant être montrée que cette solution, parce qu'elle repose sur l'obligation d'indiquer sur les titres d'identité une information sensible pour les personnes intersexuées, est attentatoire au droit à la vie privée de ces personnes et doit en conséquence être rejetée.

1.2. Le rejet de l'identification obligatoire des individus par leur sexe

15. Plan – Si notre société décidait de protéger les droits des personnes intersexuées, il ne suffirait pas qu'elle reconnaisse qu'il existe des sexes autres que le masculin et le féminin. Il conviendrait encore que l'inscription du sexe sur les documents d'identité ne méconnaisse pas le droit à la vie privée des personnes intersexuées. Or, il peut être montré que tel n'est pas le cas du système actuel, ce qui devrait à terme conduire à sa modification.

1.2.1. Une atteinte illicite au droit à la vie privée des personnes intersexuées

16. Plan – La mention du sexe sur les documents d'identité constitue, pour les personnes intersexuées, une atteinte à leur vie privée. En outre, il est possible de montrer que cette atteinte est illicite en de très nombreuses occasions.

17. Une mention attentatoire au droit à la vie privée – La mention du sexe sur les documents d'identité est susceptible de constituer une atteinte à la vie privée des personnes intersexuées,

---

[41] Les différents textes régissant ce répertoire, en particulier l'article 4 du décret n° 82-103 du 22 janv. 1982, exigent seulement la mention d'un sexe, sans préciser les sexes susceptibles d'être inscrits. La consultation d'un document interne à l'INSEE, consultable sur http://xml.insee.fr/schema/nir.html#NIR-description révèle que seules deux valeurs sont possibles pour le sexe : « 1 pour les hommes, 2 pour les femmes ». Comp., pour les passeports, où il existe trois possibilités : « *F = female ; M = male; < = unspecified* » (OACI, Document 9303, 4e partie, 7e éd. 2015 p. 19).

[42] Les titres d'identité délivrés par les personnes publiques ont une vocation soit générale, soit spéciale. Parmi les titres généraux existent les copie intégrale et extrait de l'acte de naissance, la carte nationale d'identité, le passeport ainsi que, dans une moindre mesure, le livret de famille. Parmi les titres spéciaux peuvent être cités la carte d'assurance maladie et le permis de conduire. Sur les textes régissant ces documents, cf. *infra*, note 54.

quelle que soit la mention du sexe inscrite pour eux sur ces documents : sexe masculin ou féminin, un autre sexe, ou encore aucune mention. Si nous avons déjà indiqué plus haut[43] en quoi la mention d'un sexe masculin ou féminin pouvait porter atteinte à la vie privée des personnes intersexuées, il reste à le démontrer pour les deux autres hypothèses.

S'agissant tout d'abord de l'indication d'un sexe autre que les sexes masculin et féminin, celle-ci n'en serait pas moins problématique pour les personnes intersexuées. En effet, une telle mention viendrait donner aux tiers des indications sur l'identité sexuée des personnes intersexuées et en particulier sur les organes génitaux de ces personnes. Or, le fait que ces organes soient en société dissimulés révèle notamment que les informations sur leur aspect appartiennent à la sphère de la vie privée. Dès lors, la mention d'un tel sexe viendrait donner aux tiers une information privée que les personnes intersexuées pourraient préférer ne pas avoir à révéler. Là réside l'atteinte à la vie privée.

Ensuite, cette atteinte serait également présente si, à l'image de l'Allemagne, il était décidé de ne pas inscrire de sexe sur les documents d'identité des seules personnes intersexuées. En effet, même si, au premier coup d'œil jeté sur le titre d'identité, la personne qui la regarderait ne verrait pas forcément l'état d'intersexuation, une analyse plus détaillée lui révèlerait que la case sexe est vide, ce qui lui donnerait des informations sur l'identité sexuée de son interlocuteur. Or, à nouveau, toutes les fois que la personne intersexuée aurait préféré ne pas révéler cette information, sa diffusion constituera une atteinte à sa vie privée.

18. Une atteinte illicite à la vie privée – Cette atteinte à la vie privée est-elle pour autant illicite ? Pour le décider il convient de rechercher si elle vérifie les trois conditions prévues par l'article 8 de la CSDHLF, à savoir une atteinte prévue par la loi, poursuivant un but légitime et nécessaire dans une société démocratique. En se concentrant sur la troisième condition, il est permis de montrer que cette mention du sexe n'est pas adaptée au but qu'elle poursuit et qu'en outre, les désagréments qu'elle entraîne pour les personnes intersexuées sont tels, que cette mention ne peut pas être considérée comme nécessaire dans une société démocratique.

19. Une mention inadaptée au but poursuivi – Pour établir le caractère disproportionné de l'atteinte à la vie privée des personnes intersexuées découlant de la mention du sexe sur les documents d'identité, il convient en premier lieu d'indiquer les buts qui sont poursuivis par cette mention et de rechercher, en règle générale, les cas dans lesquels la mention du sexe sur ces documents peut être un moyen adapté pour réaliser ces buts. Ceci fait, il sera possible, en second lieu, d'examiner si les conditions ainsi dégagées sont présentes en droit français.

20. En premier lieu, la mention d'un élément sur des documents d'identité peut poursuivre deux buts distincts, en lien avec les deux fonctions que peut remplir cet élément dans la règle de droit : une présupposition ou un effet. Lorsque l'élément d'identification est présent dans l'effet de la règle droit, il permet d'identifier les personnes en les distinguant les unes des autres. Lorsque l'élément d'identification intervient au stade de la présupposition de la règle de droit, il permet une application correcte de cette règle.

21. S'agissant du but d'identification de l'individu, la mention du sexe n'est pas très pertinente. Le sexe ne permet ni de localiser la personne, ni réellement de la distinguer d'autrui. En effet, le nombre de mentions du sexe possibles est très faible, en comparaison d'autres éléments

[43] *Supra* n° 11.

d'identification qui comprennent des centaine, des milliers, voire des millions de possibilités (la nationalité, le prénom, la date de naissance, le lieu de naissance, etc.). Utiliser le sexe pour identifier les individus n'est donc pas adapté.

Cela l'est d'ailleurs d'autant moins que, pour les personnes intersexuées, la mention du sexe sur les documents d'identité fait parfois douter de la réalité des autres mentions. En effet, toutes les fois que la personne intersexuée n'a pas accompli les démarches pour que son état civil corresponde à la réalité de son être, il pourra y avoir une discordance entre le sexe indiqué sur les documents d'identité et le sexe explicité par son apparence physique. De ce fait, une telle personne intersexuée risque d'être considérée comme ayant usurpé l'identité d'autrui. D'où, ensuite, des difficultés à accéder aux services publics ou privés car, à chaque fois que son identité sera vérifiée par le prestataire de ces services, un doute pourra naître dans l'esprit de son interlocuteur sur son identité, ce qui pourra conduire ce dernier à refuser toute prestation de service. Où l'on voit à nouveau le caractère inadapté, donc disproportionné, de la mention du sexe lorsque celle-ci a pour but d'identifier les individus.

22. La mention du sexe est en revanche plus pertinente lorsqu'elle permet non plus d'identifier les individus, mais de leur appliquer une règle de droit sexuée. Il est en effet adapté d'exiger de l'individu qu'il communique son identité sexuée lorsqu'il cherche à se prévaloir d'une règle de droit dont l'application dépend de cet élément. Cependant, ce caractère proportionné doit être bien circonscrit. D'abord, la mention du sexe ne peut être inscrite dans des registres détenus par des tiers qu'autant que le titulaire de ces registres peut en avoir besoin pour mettre en œuvre une règle de droit sexuée. Par exemple, il n'est à première vue pas justifié pour un établissement bancaire de demander à connaître le sexe de son client et de l'inscrire sur la fiche personnelle de celui-ci, dès lors que cette banque n'aura pas a priori à mettre en œuvre une règle de droit dépendant du sexe de l'individu. Ensuite, lorsque la mention du sexe est portée non plus sur des registres conservés par des tiers, mais sur un titre d'identité conservé par l'individu lui-même, cette mention n'est adaptée qu'autant que ce titre est utilisé pour prouver l'identité sexuée de l'individu. Par exemple, il n'apparaît pas adapté de mentionner le sexe sur la carte nationale d'identité ou la carte d'assurance maladie (« carte Vitale »), dès lors que ces documents ne seront que très rarement utilisés pour prouver seulement l'identité sexuée de leur titulaire.

23. Finalement, la mention du sexe sur les documents d'identité n'apparaît proportionnée, donc licite au regard de l'article 8 de la CSDHLF, que lorsque cette mention permet de mettre en œuvre des règles de droit dépendant de l'identité sexuée de l'individu. Cependant cette inscription n'est alors justifiée que dans deux cas. D'abord, lorsque la mention du sexe figure sur des registres tenus par des tiers et ayant à appliquer des règles de droit dépendant de l'identité sexuée. Ensuite, lorsque la mention du sexe figure sur un titre d'identité permettant à son titulaire de prouver principalement cette identité sexuée.

24. En second lieu, un rapide examen de la situation française révèle que le sexe est fréquemment inscrit sur des documents d'identité, en dehors des deux cas précités où l'exigence de cette mention est proportionnée. S'agissant tout d'abord des registres tenus par des tiers, s'il arrive que la mention du sexe soit justifiée, en particulier pour les registres d'état civil, elle ne l'est pas pour les nombreux documents, conservés ensuite par des tiers dans des registres, que les français remplissent régulièrement afin de pouvoir accéder à certains droits ou services tant publics que privés. S'agissant ensuite des titres d'identité, en particulier les titres délivrés par les autorités publiques (passeport ou carte nationale d'identité par exemple), ceux-ci mentionnent fréquemment tous le sexe de l'individu, alors que ces titres ne sont que très

rarement utilisés pour apporter la preuve de l'identité sexuée. Dans toutes ces hypothèses où la mention du sexe est exigée sans aucun but légitime, l'atteinte à leur vie privée que subissent en conséquence les personnes intersexuées apparaît disproportionnée. Cette disproportion apparaît également au regard des désagréments qu'elle engendre pour les personnes intersexuées.

25. Une mention accroissant le risque de discrimination – La mention du sexe sur les documents d'identité, outre qu'elle constitue une atteinte à la vie privée des personnes intersexuées ne souhaitant pas révéler leur état, est également problématique au regard du risque de discriminations auquel elle expose ces personnes. En effet, la présence de cette mention sur les documents d'identité des personnes intersexuées peut conduire les tiers, qui en auraient connaissance, à se conduire différemment avec la personne intersexuée. Il a par exemple été souligné par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe que ces personnes étaient exposé à des discriminations dans l'accès aux soins ou au sport (2015 : p. 45-46).

Ce risque existe quelle que soit la mention du sexe inscrite sur les documents d'identité des personnes intersexuées. D'abord, dans l'hypothèse où serait inscrit un sexe ne correspondant pas à l'identité de la personne intersexuée, celle-ci risque d'être discriminée par les tiers qui, constatant que le sexe de la personne ne correspond pas à celui indiqué sur le document d'identité, pourrait refuser d'interagir socialement avec cette personne. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe évoque par exemple que les personnes intersexuées placées dans cette situation les discriminations dans l'accès aux soins ou au sport (2015 : p. 45-46). Ensuite, le risque de discrimination est également présent dans l'hypothèse où le document d'identité mentionne un sexe autre que masculin et féminin. En effet, l'explicitation de l'appartenance de cette personne à une catégorie ultra-minoritaire pourrait conduire les tiers en ayant-connaissance à se comporter à son égard différemment de ce qu'ils auraient fait autrement. C'est d'ailleurs en raison de ce risque que plusieurs personnes intersexuées nous ont confié qu'elles ne souhaiteraient faire figurer sur leurs documents d'identité une mention autre que les sexes masculin et féminin. Jean Carbonnier lui-même avait naguère relevé, à propos des personnes transsexuées, que créer une troisième catégorie ne serait pas une solution idéale car cela conduirait à créer une catégorie de « parias », lesquels seraient alors plus facilement discriminés (CARBONNIER, 2004 : n° 270)[44]. L'idée paraît partagée ailleurs qu'en France ; on la retrouve par exemple dans un des avis du comité d'éthique suisse (CNE, 2012 : p. 16).

26. Compte tenu de ce risque de discrimination pour les personnes intersexuées, ainsi que de l'absence de nécessité de la mention du sexe pour atteindre les buts légitimes poursuivis par les tiers lorsqu'ils exigent une telle mention, il apparaît que l'atteinte à la vie privée subie par les personnes intersexuées n'est pas nécessaire dans une société démocratique. Cette atteinte est donc illicite au regard de l'article 8 de la CSDHLF. La question qui se pose alors est de déterminer comment remédier à cette inconventionnalité.

1.2.2. Les mesures de correction de l'inconventionnalité

27. Plan – Pour tenter de mettre un terme à l'inconventionnalité du droit français, deux types de mesures doivent être prises. D'abord, en vertu des obligations négatives que l'article 8 de la CSDHLF impose aux États, il appartient aux autorités françaises de modifier les normes

[44] *Adde* MORON-PUECH, 2010 : n° 123 et les références citées ou BYK, 2015 : p. 188, reprenant ces mêmes références.

exigeant que le sexe de l'individu soit mentionné sur des titres d'identité ne servant que très occasionnellement aux individus à prouver leur identité sexuée. Ensuite, en vertu des obligations positives que l'article 8 de la CSDHLF impose aux États, il incombe aux autorités françaises d'assurer une protection effective de ce droit, en interdisant à des personnes privées de demander aux individus leur identité sexuée lorsque cela n'est pas nécessaire[45].

28. La modification des normes existantes – Après avoir indiqué les documents d'identité concernés par cette modification, il conviendra de préciser la teneur de cette modification.

29. Les documents d'identité concernés – Pour tenter de mettre le droit français en conformité avec les exigences européennes du droit à la vie privée, seules doivent être modifiées les normes étatiques exigeant de mentionner le sexe sur des documents d'identité là où cela n'est pas nécessaire dans une société démocratique.

Cette directive implique semble-t-il que n'aient pas à être modifiés les textes exigeant la mention du sexe sur les actes d'état civil proprement dits ou leur « reflet » qu'est le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR). En effet, d'une part, il est légitime que l'État, en charge de l'application de règles de droit sexuées qu'il édicte, dispose de registres où sera conservée l'identité sexuée des individus et que les organismes publics pourront consulter pour appliquer ces mêmes règles. D'autre part, cette mention du sexe apparaît justifiée compte tenu du caractère structurant de cette mention pour une partie importante des Français. Aussi, la suppression de cette mention aurait pour ces Français un coût psychologique élevé — pour reprendre un concept emprunté à la psychologie sociale[46] — lequel ne serait semble-t-il pas contrebalancé par les avantages de la modification des règles régissant l'état civil à savoir, pour les personnes intersexuées (mais aussi transsexuées), la suppression des démarches coûteuses nécessaires à la modification de la mention du sexe à l'état civil et, pour la société toute entière, la suppression du coût pour la Justice des procédures judiciaires de modification du sexe sur l'acte de naissance (rappr. GUEZ, 2015 : n° 16). Dès lors, la mise en balance des différents intérêts en présence, ainsi que le caractère adapté de cette mention au regard du but poursuivi, permettent de penser que l'exigence de la mention du sexe sur les actes d'état civil ou sur le NIR peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique. Sa suppression ne s'impose donc pas au regard de l'article 8 de la CSDHLF[47]. Certes, la solution serait possible en opportunité. Cependant, à court terme, comme le reconnaissent d'ailleurs les associations intersexes elles-mêmes[48], cette suppression du sexe de l'état civil n'est pas une solution politiquement envisageable[49]. En revanche, pour les autres documents légaux d'identification, il est nécessaire de modifier les textes exigeant la mention du sexe. Reste à présent, à préciser la teneur de cette modification.

---

[45] Comp. BORRILLO, 2010 : p. 282 et le conte philosophique *Sexus nullus, ou l'égalité* (HOQUET, 2015), lesquels proposent plus radicalement de supprimer le sexe des actes d'état civil.

[46] Cf. not. NDOBO, 2008 : n° 17, où l'on peut lire : « L'adhésion aux politiques antidiscriminatoires varie en fonction des individus et du coût psychologique qu'elles représentent [pour eux] ».

[47] Rappr. BYK, 2015 p. 191, reprenant MORON-PUECH, 2010 : n° 133 où l'utilisation du sexe dans les règles de droit n'est admise qu'à la condition qu'elle remplisse une « nécessaire utilité sociale », ce qui exige la réunion de deux conditions : « **1°** l'existence d'une fonction sociale essentielle et **2°** l'impossibilité de substituer au sexe une autre technique juridique pour mettre en œuvre cette fonction sociale ».

[48] Cf. la déclaration publique faite à l'issue du 3e Forum International Intersexe de l'ILGA et appelant à la suppression du sexe des « certificats de naissance ou des pièces d'identité de chacun, de la même manière qu'avec la race ou la religion ».

[49] Comp. GUEZ, 2015 : nos 10 à 16 qui réfute l'idée d'une suppression moins par des raisons d'opportunité, que par des raisons juridiques.

30. Pour protéger les personnes intersexuées contre des atteintes illicites à leur vie privée, deux solutions sont a priori envisageables : supprimer le sexe des titres légaux d'identité (GUEZ, 2015 : n° 20) ou rendre simplement sa déclaration facultative. S'agissant tout d'abord de la suppression, indiquons immédiatement qu'une suppression partielle du sexe, c'est-à-dire une suppression ne concernant que les personnes intersexuées ne permettrait pas de résoudre le problème d'inconventionnalité soulevé plus haut. En effet, une telle solution s'apparenterait à la solution précédemment examinée consistant, dans l'hypothèse où la mention du sexe sur les titres d'identité serait conservée, à ne rien inscrire dans cette rubrique pour les personnes intersexuées. Or, nous avons vu plus haut que cette dernière solution était également attentatoire à la vie privée car, dans cette situation, le titre d'identité, bien que silencieux sur le sexe de l'individu, n'en suggèrerait pas moins l'état intersexué et, ce faisant, porterait atteinte à la vie privée du titulaire de la pièce d'identité, en le forçant à révéler un élément de son intimité. Dès lors, si l'on s'orientait vers la voie de la suppression, seule une suppression générale éviterait une atteinte à la vie privée des personnes intersexuées.

Cette suppression générale est-elle la solution optimale ? Si cette solution pourrait convenir aux personnes intersexuées souhaitant garder leur identité secrète, ainsi qu'aux personnes de sexe masculin et féminin qui souhaiteraient ne pas être identifiées au moyen de ce critère, elle ne satisferait en revanche sans doute pas les personnes pour qui la mention du sexe sur le titre d'identité a son importance. Si, sans doute, de telles personnes seront le plus souvent de sexe masculin et féminin, il n'est pas impossible que des personnes intersexuées souhaitent également que cette mention figure sur leur titre d'identité. Or, il serait pour le moins critiquable qu'une loi destinée à protéger la minorité intersexuée en vienne elle-même à créer une solution peu respectueuse des souhaits d'une partie des personnes intersexuées. Dans ces conditions, le système de la suppression générale ne paraît pas souhaitable.

31. Reste enfin une dernière solution, laquelle consisterait à rendre facultative l'inscription du sexe sur les titres d'identité. D'une manière générale, une telle solution pourrait convenir à tout individu, puisque l'inscription de cette mention dépendrait de la volonté de l'individu de révéler ou non aux tiers une part de son intimité. En particulier, cette solution conviendrait aux personnes intersexuées qui sont généralement assez hostiles à l'idée d'une réglementation qui leur serait propre. Or, tel ne serait justement pas le cas d'une suppression, pour l'ensemble des individus, du caractère obligatoire de la mention du sexe sur les titres d'identité.

32. Relevons pour finir que, sur un terrain théorique, cette solution ne présenterait aucune difficulté. D'une part, en effet, il existe d'ores et déjà des mentions facultatives sur les titres d'identité — tel le nom d'usage prévu par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985. Par conséquent, rendre la mention du sexe facultative sur ces documents ne viendrait nullement perturber le fonctionnement général des titres d'identité.

D'autre part, le fait que le titre légal d'identité ne reprenne pas la mention du sexe figurant pourtant à l'état civil ne serait pas non plus problématique. En effet, en l'état du droit positif, les documents d'identité ne reproduisent pas toujours les mentions figurant sur les actes d'état civil et inversement. Par exemple, la taille et la couleur des yeux ne figurent pas sur l'état civil, alors qu'ils figurent sur certains titres d'identité. À l'inverse, le nom des parents ne figure pas sur la carte nationale d'identité ou le passeport alors qu'il figure sur l'acte de naissance, qui est l'un des actes d'état civil. Où l'on voit qu'il n'y aurait aucun problème théorique à ce que, demain, le sexe mentionné sur l'acte de naissance ne soit pas repris sur les titres d'identité.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

33. Ceci soulèverait d'autant moins de difficultés théoriques que, comme le rappelait Philippe Guez, elle existait naguère également pour la carte nationale d'identité (GUEZ, 2015 : n° 20)[50]. En outre, elle existe également encore aujourd'hui pour les permis de conduire. En effet, la demande de permis de conduire ne contient aucune référence au sexe[51], de sorte que le titre de conduite, délivré sur le fondement de cette demande, ne mentionne pas non plus cette exigence[52]. Enfin, on relèvera que, sur le livret de famille — qui, peut parfois servir de titre d'identité tant pour les parents que pour les enfants[53] — le sexe des parents n'est désormais plus mentionné[54]. Tout ceci permet donc de conclure que le sexe n'est pas un élément indispensable de l'état civil[55] et qui devrait à ce titre être reproduit sur tous les titres permettant à la personne de prouver cette état civil. Il n'existe donc obstacle théorique ne s'oppose à ce que le sexe devienne une mention facultative. Telle serait semble-t-il la meilleure solution pour mettre un terme à l'inconventionnalité du droit français. Reste à indiquer concrètement comment mettre en œuvre cette réforme.

34. Pour que le sexe ne soit plus un élément obligatoirement inscrit sur les titres d'identité, il faudrait que soient modifiés les textes régissant ces documents officiels d'identité. Ces textes étant tous de nature réglementaire[56], le Gouvernement devrait a priori avoir le pouvoir de les modifier seul — et il pourrait d'ailleurs le faire en profitant d'une question ministérielle[57] qui lui a été récemment posée sur la portée de l'article 57 du code civil, à la suite de la décision précitée du TGI de Tours. Pour procéder à ces modifications, le Gouvernement devrait donc indiquer dans ces différents textes réglementaires que la mention du sexe sur les documents que ces textes régissent est facultative.

En outre, il serait bon d'indiquer dans le texte procédant à ces modifications que le choix fait à propos d'un document d'identité n'empêche pas son auteur de faire un choix différent pour un autre document d'identité. Par exemple, une personne intersexuée, qui n'aurait pas souhaité que son identité sexuée soit indiquée sur sa carte nationale d'identité ou son passeport, pourrait néanmoins demander que lui soit adressée une copie intégrale de son acte de naissance mentionnant cette identité, notamment pour lui permettre, en une occasion donnée, de pouvoir prouver son identité sexuée.

---

[50] Les mentions devant figurer sur la carte nationale d'identité n'étaient pas précisés dans l'art. 1er du décret n° 55-1397 du 22 oct. 1955 créant cette carte. La liste de ces mentions a été précisée par une instruction générale du 1er déc. 1955. Or, cette liste ne comprend nulle trace du sexe. Cette mention ne sera introduite que par l'article 3 du décret n° 80-609 du 31 juill. 1980 portant création d'un système de fabrication des cartes nationales d'identité au ministère de l'intérieur.

[51] Arrêté du 20 avr. 2012 fixant les conditions d'établissement, de délivrance et de validité du permis de conduire, art. 1, II, al. 4.

[52] Celle-ci figure en revanche dans le système national des permis de conduire qui est un fichier de traitement informatisé de données personnelles relatives au permis de conduire (arrêté du 29 juin 1992 portant création du Système national des permis de conduire, art. 3, I, 1°).

[53] L'instruction générale 1er déc. 1955 précitée indique que le livret de famille « constitue une collection de pièces d'état civil et comporte la même valeur probante que les extraits qui y sont reproduits ».

[54] Décret n° 74-449 du 15 mai 1974, art. 12.

[55] Rappr. l'art. 3 du décret du 31 juill. 1980 précité qui, explicitement, n'incluait pas le sexe dans la catégorie « état civil ».

[56] Principalement, pour les copies et extraits d'acte de naissance le décret n° 62-921 du 3 août 1962, pour la carte nationale d'identité le décret no 55-1397 du 22 oct. 1955, pour le passeport le décret no 2005-1726 du 30 déc. 2005 et pour le livret de famille le décret n° 74-449 du 15 mai 1974. *Adde*, pour la carte d'assurance l'art. R. 161-31, al. 2, 1° CSS qui prévoit que celle-ci mentionne, en « données visibles », le NIR, dont le premier chiffre correspond au sexe de l'individu (décret n°82-103 du 22 janvier 1982, art. 4).

[57] R. MAZUIR, Question n° 18533, JO Sénat, 29 oct. 2015.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

Pour finir, relevons que la modification de ce corpus réglementaire posera une difficulté pour le passeport, dans la mesure où le décret le régissant met en œuvre des dispositions d'une convention internationale. En effet, la mention du sexe sur le passeport résulte de la documentation 9303 de l'Organisation internationale de l'aviation civile (OACI), laquelle est reprise in extenso en droit de l'Union européenne[58]. Dès lors, pour que le sexe soit enlevé des passeports, il faudrait que cette documentation soit d'abord modifiée. Certes, en droit, un passeport français devrait pouvoir être délivré sans aucune mention du sexe, car le droit à la vie privée a également une valeur constitutionnelle. Cependant, pour éviter l'ineffectivité d'un tel passeport[59] et protéger ainsi la liberté de circulation des personnes qui viendrait à n'inscrire aucun sexe sur leur passeport, il serait souhaitable que la France, pays sur le territoire duquel l'OACI a son siège, fasse en sorte que cette documentation soit modifiée. La documentation 9303 étant techniquement une annexe à la Convention relative à l'aviation civile internationale, celle-ci pourrait être modifiée par une décision prise par les deux tiers des membres du Conseil de l'OACI (article 90 de la convention précitée). Dans la mesure où, parmi les trente-et-un membres de ce Conseil, neufs sont également membres du Conseil de l'Europe et donc soumis à la même obligation de protection des personnes intersexuées que la France, l'adoption d'une telle décision ne paraît pas impossible[60].

35. **La création de nouvelles normes** – Les modifications proposées ci-avant ne suffiront toutefois sans doute pas à mettre le droit français en conformité avec l'article 8 de la CSDHLF car ces mesures ne permettront pas de lutter contre les atteintes à leur vie privée que les personnes intersexuées peuvent subir dans leurs rapports avec des personnes privées. Or l'article 8 précité, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, « ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale […]. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »[61].

Pour éviter de telles atteintes dans les relations des individus entre eux, il paraît nécessaire que les autorités françaises interdisent aux personnes privées d'exiger d'autrui la connaissance de son identité sexué, lorsque cela n'est pas justifié par un but légitime. Cette interdiction, qui devrait être utilement assortie d'une sanction pénale, pourrait être érigée par le gouvernement ou le législateur selon la gravité de la sanction choisie[62].

---

[58] Cf. l'annexe au règlement du Conseil n° 2252-2004 du 13 déc. 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres.

[59] Le titulaire de ce passeport risque d'éprouver des difficultés à voyager car l'autorité étrangère, susceptible de vérifier son passeport à la frontière, pourrait décider de ne pas laisser entrer cette personne sur son territoire, au motif que son passeport n'est pas un titre valide, en ce qu'il ne correspond pas aux normes en vigueur de l'OACI.

[60] Elle l'est d'autant moins, si l'on tient compte de ce que la plupart des autres États membres du Conseil sont également parties à des conventions régionales de protection des droits de l'homme, dotés d'une Cour régulatrice et protégeant le droit à la vie privée des individus (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 11 et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 relatif au droit à la dignité et à la reconnaissance de la personnalité).

[61] CEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, § 23.

[62] D'après l'article 34 de la Constitution de 1958, la détermination des crimes et délits relève du pouvoir législatif. *A contrario* et par application de l'article 37 de ladite Constitution, la détermination des contraventions relève du pouvoir exécutif.

36. Si l'ensemble des mesures ici envisagées venaient à être prises — et l'État français pourrait d'ailleurs profiter d'une question ministérielle[63] qui lui a été posée sur la portée de l'article 57 du code civil, à la suite la décision du TGI de Tours, pour procéder à ces modifications —, alors l'identité des personnes intersexuées serait correctement protégée et le droit français pourrait assurément échapper sur ce point à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Tout risque de condamnation à propos des êtres intersexués n'en serait pas dissipé pour autant. Demeurerait en effet le problème de la protection des corps intersexués.

2. La protection des corps intersexuées

37. Pour que les corps intersexués soient protégés dans l'avenir, il faudrait que cessent les actes médicaux réalisés illicitement sur ces corps. Pour ceci, il importe en premier lieu de renforcer les mécanismes de protection existants, tant ceux-ci s'avèrent insuffisants. Ceci passerait notamment par l'instauration de mécanisme de prévention (2.1.). En outre, s'agissant des corps par le passé affectés par ces actes médicaux illicites, la législation existante ne paraît pas suffire pour que les dommages subis par les personnes intersexuées soient correctement réparés. Celle-ci devrait donc être modifiée, afin que les personnes intersexuées bénéficient d'un dispositif simplifié reposant sur des fonds d'indemnisation (2.2.).

2.1. Le renforcement des mécanismes de protection existants

38. Plan – Les personnes intersexuées et même plus largement les êtres intersexués[64] rencontrent à l'heure actuelle deux problèmes majeurs. D'abord, des efforts importants sont mis en œuvre par notre société pour les conformer aux sexes masculin et féminin, sans le consentement de l'intéressé. En effet, nombre de jeunes enfants intersexués, voire de fœtus intersexués sont soumis à des actes médicaux de conformation sexuée, c'est-à-dire à des actes destinés à conformer leur corps au sexe masculin ou féminin (NIHOUL-FEKETE, 2010 ; CATTO, 2014 ; COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 ; CALLU et CHATELAIN 2015). Ensuite, à en croire les témoignages que nous avons reçus, il n'est semble-t-il pas toujours permis aux corps intersexués de naître vivant, compte tenu des interruptions de grossesse qui sont pratiquées lorsque l'intersexuation est décelée *in utero*[65].

Dans un premier temps, il sera montré que ces deux sortes d'atteinte à l'intégrité physique des êtres intersexués ne sont pas liées en tant que telles à l'absence de protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées. En effet, des dispositifs de protection existent d'ores et déjà, puisque les textes actuels impliquent l'illicéité des actes médicaux précités et donc la responsabilité de leurs auteurs. Cependant, parce que ces textes ne sont pas appliqués, ils constituent une protection insuffisante du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées. Par conséquent, dans un second temps, il y aura lieu d'envisager de quelle manière ce droit des personnes intersexuées pourrait être mieux protégé.

---

[63] R. MAZUIR, Question n° 18533, JO Sénat, 29 oct. 2015.
[64] Sur la distinction être et personne, cf. *supra* note n° 16.
[65] La pratique des interruptions de grossesse pour motif médical est attestée dans plusieurs pays (HOLMES, 2008) et notamment en France où elle est évoquée dans des sources médicales (TARDY-GUIDOLLET *et al.*, 2015 : p. 153 ; CALLU et CHATELAIN, 2015 : note 18). Les associations de personnes intersexuées en demandent régulièrement l'abandon, ce qui suggère bien que de telles pratiques existent. Cf. notamment la déclaration publique faite à l'issue du 3e Forum International Intersexe de l'ILGA où il est demandé qu'il soit mis fin aux « avortements sélectifs de fœtus intersexués ». Un rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a également récemment dénoncé de telles pratiques en demandant qu'elles cessent (2015 : p. 20).

2.1.1. L'insuffisance des mécanismes de protection existants

39. Plan – Si, comme cela sera vu dans un premier temps, il existe bien en droit français des mécanismes de protection du droit à l'intégrité corporelle des personnes intersexuées, il sera montré, dans un second temps que ces mécanismes sont insuffisants.

40. Les mécanismes de protection existant – Actuellement, en droit français, l'intégrité corporelle des personnes intersexuées est principalement protégée par le biais des mécanismes du droit de la responsabilité civile, administrative et pénale qui viennent sanctionner les personnes réalisant des actes médicaux illicites. Or, il peut être montré que les actes médicaux réalisés sur les enfants ou fœtus intersexués sont très souvent illicites pour au moins deux raisons. D'abord, il peut être montré que ces actes médicaux, qu'il s'agisse des interruptions volontaires de grossesse ou des actes médicaux de conformation sexuée, n'ont pas de finalité thérapeutique. Ensuite, s'agissant des seuls actes médicaux de conformation sexuée, il peut être montré que ces actes ne sont pas nécessaires au regard du but qu'ils poursuivent.

41. Des actes sans finalité thérapeutique – Pour justifier les actes médicaux réalisés sur êtres intersexués, le caractère thérapeutique de ces actes est souvent avancé[66]. Aux yeux des promoteurs d'une telle idée, l'intersexuation est une pathologie qu'il convient de faire disparaître soit en la soignant, soit en procédant à une interruption médicale de grossesse du fœtus intersexué. Cette qualification pathologique est discutable car elle repose sur une conception de la pathologie qui ne correspond pas à l'acception qu'en retient l'ordre juridique français. Il convient en effet de montrer que cette conception ne tient compte ni de la perception par l'individu de sa maladie, en particulier de son éventuelle souffrance, ni de l'origine de la souffrance éventuellement ressentie.

42. Lorsque les autorités médicales affirment que les états intersexués sont par principe des pathologies, elles adoptent une conception de la pathologie que l'on pourrait qualifier, en s'inspirant de la distinction du normal et du pathologique développée par G. Canguilhem, de normative, en ce sens que c'est la société (médicale) qui décide si l'être est malade. Or, tel n'est pas la conception du droit français qui repose avant tout[67] sur une conception ontologique de la maladie, où c'est l'être (ontos) lui-même qui décide s'il est malade et non la communauté médicale. Cette conception ontologique peut être fondée sur trois sources. D'abord, il peut trouver appui sur la jurisprudence puisque, depuis fort longtemps, les juges ont refusé de présumer qu'un acte médical réalisé par un médecin poursuivait nécessairement un but thérapeutique et ont au contraire contrôlé cette finalité[68]. Si les juges ne s'estiment pas liés par la définition pathologique retenue par les médecins, n'est-ce pas la preuve qu'ils rejettent une conception normative de la maladie ? Ensuite, de manière plus probante, cette conception ontologique paraît reposer sur l'article 16-3 du code civil qui, en parlant de « nécessité médicale pour la personne », paraît bien suggérer que c'est à la personne elle-même de décider si elle est malade. Enfin, cette conception ontologique peut être fondée sur le principe constitutionnel de liberté[69]. En effet, ce principe serait fort mal respecté si les professionnels de santé, adoptant une conception normative de la maladie, pouvaient décider

[66] Certains actes médicaux pourraient toutefois être analysés comme poursuivant une fin esthétique (cf. MORON-PUECH, 2010 : n°s 58 s.).
[67] Si la conception normative n'est pas admise lorsqu'il s'agit de décider de la licéité des actes médicaux, elle a néanmoins un rôle pour le remboursement des actes médicaux par les organismes de sécurité sociale.
[68] Cf. Paris, 22 janv. 1913 : *DP*, 1919, 2, 73 ; Lyon, 27 juin 1913 : *GP*, 1913, 2, 506 ; Crim. 9 nov. 1961 ; Cass. 1re civ. 11 oct. 1988, n° 8612.832 : *Bull.* n° I, p. 188 ; Cass., avis, 6 juill. 1998, n° 98-00.006 : Bull. avis, n° 10 p. 11. Rappr. CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil c/ Portugal*, § 69.
[69] Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 16-24 août 1789.

qu'une personne est malade sans se référer à la manière dont cette personne se percevrait (en bonne santé ou malade). Il semble donc que ce principe constitutionnel implique de se référer avant tout à la volonté de l'individu pour décider ou non de l'existence d'une maladie.

L'application de cette conception ontologique de la pathologie aux états intersexués, conduit à s'écarter de l'opinion médicale et à affirmer que ces états ne peuvent pas être qualifiés, d'une manière générale, de pathologique. En effet, plusieurs auteurs ont montré que l'intersexuation n'était pas systématiquement source de souffrances pour les individus (HESTER, 2010 : p. 50 s. ; DIAMOND et BEH, 2010 : p. 108 ; REINER, 2010 : p. 159). Par conséquent, tant que l'individu intersexué n'a pas exprimé sa souffrance, il n'est pas possible d'y voir une pathologie[70]. En conséquence, les actes médicaux qui viseraient à traiter cette pathologie en conformant l'individu aux sexes masculin et féminin seraient illicites, tant que l'individu les subissant n'aurait pas exprimé sa souffrance[71].

43. En outre, quand bien même il serait établi que l'intersexuation est toujours une source de souffrance, encore faut-il établir que cette souffrance provient de l'individu lui-même et non de son environnement. En effet, une conception rigoureuse de la pathologie implique que la souffrance ressentie par l'individu trouve son origine directe dans le corps de l'individu et non dans la perception de ce corps par l'environnement où évolue cet individu. Une conception inverse de la pathologie conduirait à qualifier ainsi toutes les souffrances des individus. Or, ce serait assurément une acception beaucoup trop extensive du concept de pathologie. Si l'adjectif pathologique peut demeurer pertinent lorsque la souffrance ne résulte pas directement du corps de l'individu, c'est non pas pour désigner l'individu lui-même, mais l'environnement dans lequel celui-ci s'insère. C'est par exemple en ce sens que, au milieu du siècle dernier, certains psychiatres français, tels Frantz Fanon (KHALFA, 2015), avaient promu une « thérapie institutionnelle » des hôpitaux psychiatriques.

Or, si l'on considère les arguments généralement avancés par le corps médical pour justifier, d'une manière générale, le caractère pathologique de l'intersexuation, ceux-ci tiennent aux souffrances infligées aux personnes intersexuées par les personnes avec lesquelles elles interagissent. Par conséquent, là encore, la qualification pathologique n'est pas justifiée. Ceci amène donc à la conclusion que les actes médicaux, justifiés par le caractère pathologique, en général, des états intersexués, sont illicites au regard de l'article 16-3 du code civil (actes médicaux de conformation sexuée) ou de l'article L. 2213-1 du code de la santé publique (acte médical d'interruption de grossesse).

44. Bien que cet argument du caractère non pathologique de l'intersexuation suffit à caractériser l'illicéité de nombre d'actes médicaux pratiqués sur les personnes intersexuées, certains pourraient hésiter à y recourir, de peur que cela n'entraîne la suppression de la prise en charge de ces actes, lorsqu'ils sont réalisés à la demande des personnes intersexuées.

Une telle crainte ne serait cependant nullement fondée. En effet, d'après l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale, ne sont remboursés que les actes inscrits sur la classification commune des actes médicaux (CCAM). Or, à la lecture de cet article, il n'apparaît nullement

[70] Rappr. GUEZ, 2015 : n° 18.
[71] Rappr. HAS, 2009 où l'on peut lire : « L'approche thérapeutique de ces cas d'intersexualité a été modifiée : on attend désormais que l'identité sexuelle (*sic*) de l'enfant se développe avant de recourir à une chirurgie arbitraire irréversible ».

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

que l'inscription d'actes sur la CCAM soit subordonnée à la présence d'une pathologie[72]. L'on en veut pour preuve que la CCAM contient des actes non thérapeutiques, en particulier des actes à visée procréative[73] ou esthétique[74].

De surcroît, la CCAM indique parfois expressément que le remboursement n'a lieu que pour les actes thérapeutiques, ce qui permet de penser, *a contrario*, qu'en l'absence d'indications contraires, le remboursement est possible, même pour des actes non thérapeutiques. Or, justement, le chapitre 8 de la CCAM consacré à l'appareil urinaire et génital contient plusieurs rubriques dont les six premières mentionnent, dans leur intitulé, la finalité diagnostique ou thérapeutique de l'acte médical à réaliser, alors que la septième rubrique, qui comprend la plupart des actes médicaux de conformation sexuée, est simplement intitulée « modification de la morphologie sexuelle », sans aucune précision dans son intitulé du but poursuivi par ces actes. Dès lors, il semble bien que cette septième rubrique ne soit soumise à aucun but thérapeutique. Cette interprétation se trouve confirmée par le fait que cette septième rubrique comprend, outre la sous-rubrique consacrée aux actes médicaux de conformation sexuée, une sous-rubrique intitulée « opérations pour transsexualisme ». Or, depuis un décret de 2010[75], il ne semble plus possible de considérer que ces « opérations » répondent à une finalité thérapeutique. Pourtant, elles continuent à être remboursées, puisqu'elles figurent toujours sur la CCAM. Où l'on voit bien que la septième rubrique consacrée à la « modification de la morphologie sexuelle » n'est nullement subordonnée, en général, à un motif thérapeutique. Dès lors, pour qu'un tel motif soit, en particulier, exigé pour les actes de conformation sexuée compris dans cette rubrique, il faudrait que ce motif soit expressément mentionné pour chacun de ces actes, ce qui n'est nullement le cas.

Par conséquent, n'apparaît nullement fondée la crainte que la dépathologisation de l'intersexuation fasse obstacle, dans l'avenir, au remboursement des actes médicaux demandés par les personnes intersexuées. En outre, quand bien même l'utilisation de l'argument tiré de la dépathologisation conduirait les pouvoirs publics à ne plus prendre en charge les frais de ces actes — ce qui serait au demeurant souhaitable pour les actes médicaux réalisés sans le consentement du principal intéressé — il ne semble pas que cette mesure puisse, au regard de l'article 8 de la CSDHLF[76], s'appliquer également aux actes médicaux que pourraient réclamer certaines personnes intersexuées afin de limiter les souffrances

[72] Comp. CATTO, 2014a : n° 447 où l'auteur, adoptant le point de vue des organismes d'assurance maladie, considère qu'à partir du moment où un acte est remboursé, c'est qu'il est considéré comme thérapeutique par les caisses. Ceci ne préjuge cependant en rien de ce qui est réellement considéré comme tel par l'ordre juridique et, en particulier, par le juge de cet ordre juridique.

[73] Cf. les rubriques 9.2. et 9.3.1. de la CCAM respectivement relatifs à l'assistance médicale à la procréation et aux actes médicaux interruptifs de grossesse.

[74] Cf. la plastie des oreilles décollées qui est remboursée en cas de « gêne sociale importante » (CCAM, 3.2.6.).

[75] Décret n° 2010-125 du 8 févr. 2010. L'article 1er de ce décret a fait sortir les troubles de l'identité de genre de la liste des affections psychiatriques longue durée. Dès lors, le « transsexualisme » ne paraît plus pouvoir être considéré, en droit, comme une maladie mentale. Cependant cette dépathologisation n'a été qu'imparfaitement réalisée car, pour permettre aux personnes transexuées de continuer à être exonérées du ticket modérateur, comme elles l'étaient lorsque leur état était qualifié d'affection longue durée (ALD), les organismes d'assurance maladie ont été incités par le ministère à accepter toutes les demandes d'« ALD hors listes » que pourraient leur présenter des personnes transsexuées (art. 2 du décret précité). Or, pour bénéficier de ce dispositif, doit notamment être rapportée la preuve d'une « affection grave caractérisée » (art. L. 322-3, 4° CSS). Cette relative contradiction résulte semble-t-il du souci de la ministre de la santé d'améliorer la situation des personnes transsexuées, sans avoir à modifier la loi qui, seule, aurait pu accorder une exonération du ticket modérateur en l'absence du caractère pathologique.

[76] La question du remboursement a été évoquée dans plusieurs affaires, mais jamais sous l'angle d'un droit au remboursement (cf. not. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, § 78). Une affaire portant exactement sur ce point est néanmoins actuellement pendante (*D. C. c/ Turquie*, n° 10684/13).

endurées. La licéité des actes médicaux de conformation sexuée, ainsi que celle des interruptions médicales de grossesse, peut donc être contestée sans crainte par la démonstration du caractère non pathologique de ces actes. Elle peut également l'être en montrant en quoi ces actes ne sont nullement nécessaires pour atteindre le but thérapeutique prétendument poursuivi.

45. Des actes non nécessaires – Pour être licite, un acte médical doit non seulement poursuivre l'un des buts autorisés par la loi, mais encore être proportionné ou nécessaire au regard de ce but[77]. Or, les actes médicaux de conformation sexuée ne paraissent nullement nécessaires lorsqu'on met en balance leurs inconvénients et leurs avantages. Ceci peut être montré tant pour les « traitements » réalisés après la naissance que pour ceux effectués *in utero*.

46. S'agissant tout d'abord des actes médicaux réalisés après la naissance sur de jeunes enfants intersexués et sans leur consentement, les témoignages recueillis auprès de personnes intersexuées (DREGER, 1999 ; KRAUSS et alii, 2008 : pp. 16-36 ; PICQUART, 2009) font apparaître que le résultat de ces actes médicaux, à s'en tenir aux actes chirurgicaux, n'est pas toujours efficace. Ceci tient tout d'abord à la difficulté qu'il y a, pour certains états d'intersexuation, à déterminer avant toute manifestation du genre de l'enfant, le sexe qui lui correspondrait le mieux[78]. Ceci tient ensuite à ce que le résultat de cette chirurgie n'est pas non plus techniquement satisfaisant et il n'est pas certain, malgré les progrès de la médecine, que l'on parvienne un jour à résoudre ces problèmes techniques[79]. En outre, quand bien même ces actes parviendraient à être techniquement « réussis », il n'en demeure pas moins qu'ils continueraient à présenter des risques (aléas thérapeutiques, infections post opératoires, etc.) et, surtout, à créer de réels traumatismes psychiques (dépression, suicide) liés au fait qu'il demeurera toujours insupportable pour un individu de se voir imposer, dans sa chair, une identité qu'il ne s'est pas lui-même construite (STARCK, 2010 : p. 288-290). On le voit, les inconvénients de ces actes chirurgicaux sont donc nombreux. Sont-ils pour autant compensés par d'importants avantages ?

Pour justifier ces actes médicaux, il est généralement avancé que ceux-ci permettraient d'améliorer le bien-être psychique de la personne intersexuée en ce qu'ils favoriseraient son insertion dans la société. Néanmoins, ce bénéfice ne repose sur aucune étude scientifique (BISHOP, 2007 : p. 541 ; HESTER, 2010 : p. 49 s. ; REINER, 2010 : p. 158 ; CALLU et CHATELAIN, 2015), ce qui peut surprendre lorsqu'on sait que ces actes de conformation sexués existent depuis plus de cinquante ans. Enfin, il doit être relevé que le même avantage peut être obtenu par des méthodes alternatives « douces » qui, tels le suivi psychothérapique[80] ou les groupes de parole (HESTER, 2010 : p. 66), semblent avoir des effets au moins aussi efficaces pour le bien-être des personnes intersexuées que les actes médicaux de conformation

[77] Art. 16-3 c. civ. et 1111-5 CSP.

[78] Le sexe est en effet multiple : il est génétique, gonadique, hormonal, phénotypique et psychosocial. Or, si les médecins, au moment de décider du sexe qu'il conviendra d'assigner à l'enfant, peuvent avoir accès aux quatre premières composantes du sexe, l'accès au sexe psychosocial leur sera pratiquement impossible. Seule la personne intersexuée elle-même paraît en mesure de connaître ce sexe (OZAR, 2010 : p. 17). D'où l'importance d'attendre qu'elle puisse s'exprimer. Certains auteurs l'écrivaient déjà à l'époque où commençaient à se généraliser les actes médicaux de conformation sexuée : MARTIN, 1961 : p. 737.

[79] Le mécontentement peut avoir pour cause le caractère peu esthétique des actes réalisés, leur caractère non fonctionnel, les pertes de sensibilité des zones érogènes, l'incontinence, les douleurs chroniques. Ces inconvénients étaient tels que les résultats insuffisants de ces opérations étaient dissimulés aux patients (KREISLER, 1970 : p. 96 s. ; RAJON, 2008 : p. 78 ou DREGER, 2010 : p. 76). Ces inconvénients sont bien documentés médicalement, cf. not. KUHNLE, 1995 ou CREIGHTON, 2001 : p. 124-125.

[80] Voyez l'allusion qui y est faite dans la décision Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, n° SU-337/9.

sexuée. D'où d'ailleurs le fait que la littérature médicale, antérieure à la généralisation des actes médicaux de conformation sexuée témoigne du relatif bien-être de personnes non opérées (GREENBERG, 1999 : p. 325-326)

Pour l'ensemble de ces raisons, la balance bénéfice-risque paraît, pour ces actes de chirurgie, très nettement pencher du côté des risques, de sorte qu'il n'est pas possible de considérer que ces actes sont nécessaires[81]. Ils sont donc illicites.

47. Il en va de même pour les actes médicaux de conformation sexuée réalisés *in utero* et qui reposent principalement aujourd'hui sur l'utilisation de la dexaméthasone pour tenter de prévenir la masculinisation de fœtus intersexués. De récentes études (DREGER, 2012) ont en effet souligné que de tels traitements augmentaient sensiblement le risque de développer après la naissance une maladie cardio-vasculaire. Fait rarissime, cette conclusion a conduit une équipe suédoise, ayant mis en place une étude pour évaluer les effets de la dexaméthasone, à arrêter cette étude en cours de route, compte tenu des dangers qu'elle faisait peser sur les participants au protocole de recherche recevant de la dexaméthasone (HIRVIKOSKI et al., 2012). Quoi qu'il en soit, ce risque est tel qu'il ne saurait être compensé par les prétendus avantages qu'emporterait la disparition de l'intersexuation, compte tenu du caractère non systématique des souffrances liées à cet état. Par conséquent, ces actes médicaux n'apparaissent pas non plus nécessaires et sont donc également illicites.

48. Compte tenu de cette illicéité, les actes médicaux de conformation sexuée, ainsi que les interruptions de grossesse motivées par un but thérapeutique et réalisés au-delà du délai prévu pour l'interruption volontaire de grossesse, engagent la responsabilité civile (ou administrative) de ceux qui les réalisent. Cependant, il peut être montré que cette protection est insuffisante.

49. **Une protection insuffisante** – La protection octroyée par le droit de la responsabilité est insuffisante. D'une part, car le droit de la responsabilité est inefficace. D'autre part, car la protection qu'offre l'existence d'une action en responsabilité est contrebalancée par d'autres mécanismes juridiques produisant l'effet inverse.

50. Concernant tout d'abord l'inefficacité de ces mécanismes, celle-ci résulte de ce que jusqu'à présent, en France ou en Europe, n'a été rendue publique aucune action en responsabilité fondée sur l'illicéité même des actes médicaux réalisés sur les personnes intersexuées[82]. Surtout, ces actes médicaux sont régulièrement réalisés dans les établissements de santé français, ce qui a conduit tout récemment une organisation de défense des droits des personnes intersexuées en France, à adresser au Comité des droits de l'enfant un rapport alternatif à celui déposé par le Gouvernement français et rappelant ces violations (OII FRANCOPHONIE, 2015), cela en application de l'article 45 de la convention internationale sur les droits de l'enfant[83].

51. Par ailleurs, la protection résultant des mécanismes du droit de la responsabilité se trouve contrebalancée par au moins deux dispositions de l'ordre juridique qui tendent à inciter les professionnels de santé à effectuer des actes médicaux illicites. D'abord, l'existence des actes médicaux de conformation sexuée est encouragée par le § 55 de la circulaire qui évoque la réalisation de « traitements appropriés » destinés à permettre l'inscription à l'état civil du sexe

[81] *Contra* CALLU et CHATELAIN, 2015.
[82] Cf. *infra* n° 62.
[83] Assemblée générale des Nations-Unies, *Convention internationale des droits de l'enfant*, 20 nov. 1989.

masculin ou féminin d'un enfant intersexué (circulaire précitée, § 55)[84]. Ensuite, ces traitements sont indirectement encouragés par la CCAM, document établi par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, laquelle est « un établissement public national à caractère administratif […] soumise au contrôle des autorités compétentes de l'État »[85]. En effet, nous avons vu[86] que la CCAM ne subordonnait la prise en charge des actes médicaux de conformation sexuée à aucune exigence thérapeutique, ce qui contribue à faciliter les actes médicaux de conformation sexuée illicites.

Compte tenu de ces doubles limites à la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, il apparaît à présent opportun de réfléchir à d'autres dispositifs normatifs susceptibles d'accroître cette protection.

2.1.2. Le renforcement des mécanismes de protection

52. Plan – Après avoir indiqué de quelle manière les mécanismes de protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées pourraient être renforcés, il conviendra de s'interroger sur le caractère obligatoire ou facultatif de ces actions pour l'État français.

53. Les modalités du renforcement de la protection – Le renforcement de la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées nécessite d'une part de modifier les textes encourageant les atteintes à ce droit et, d'autre part, de mettre en place de nouveaux mécanismes.

54. La modification des textes existants – En premier lieu, l'amélioration de la protection des droits des personnes intersexuées implique la modification des textes favorisant les actes médicaux illicites, à savoir le § 55 de la circulaire de 2011 précité, ainsi que la rubrique 8.7.2. de la CCAM qui comprend les principaux actes médicaux de conformation sexuée. Le premier de ces textes doit être amendé, de manière à ce que soit supprimée toute référence aux « traitements appropriés ». Quant au second, il convient d'ajouter une indication générale à tous les actes médicaux de cette rubrique et indiquant qu'ils ne sont pris en charge, pour les personnes inaptes à s'exprimer, que lorsqu'ils ont un but thérapeutique, ce qui exclut les actes ne pouvant être justifiés que par le souci de conformer l'enfant au sexe masculin ou féminin.

55. La création de nouveaux mécanismes de protection – En second lieu, pour renforcer la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, il apparaît opportun de renforcer la prévention des atteintes à ce droit. En effet, les dispositifs actuels de protection de ce droit sont avant tout des mécanismes curatifs destinés à réparer les atteintes réalisées ; ces mécanismes ne comportent guère de volet préventif. Si, sans doute, les actions en responsabilité peuvent avoir une fonction préventive lorsque de telles actions sont médiatisées, cela suppose au moins que celles-ci soient mises en œuvre. Or, tel n'est pour l'instant pas le cas. Dès lors, il semble bien qu'une meilleure protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées implique de renforcer les mécanismes de prévention des actes médicaux illicites.

56. Pour cela, plusieurs solutions peuvent être envisagées. D'abord, il peut être opportun de mener une campagne d'information par laquelle les « pouvoirs publics », accompagnés

[84] *Adde* la réponse ministérielle du 2 septembre 2014, répondant à la question n° 48696 du député du Gwendal Rouillard, où ces actes médicaux de conformation sexuée sont à nouveau encouragés.
[85] Art. L. 182-2-1 du code de la sécurité sociale.
[86] Cf. *supra* n° 44.

éventuellement des assureurs médicaux[87], soulignerait l'illicéité des actes médicaux de conformation sexuée[88]. Si cette campagne d'information produirait sans doute quelqu'effets, il n'est pas sûr cependant qu'elle suffise à dissuader tous les médecins pratiquant actuellement ces actes médicaux illicites de cesser de les pratiquer.

57. Ensuite, afin d'améliorer la prévention des actes médicaux illicites, il pourrait être opportun de renforcer les contraintes juridiques pesant sur les médecins pratiquant des actes médicaux sur les êtres intersexués. C'est dans cette voie que s'est récemment orientée le législateur maltais. En effet, l'article 14 du Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (2015), ne permet d'effectuer des actes médicaux de conformation sexuée que si la personne mineure traitée est apte à exprimer un consentement éclairé. Si quelques traitements exceptionnels sont envisagés par le texte pour les mineurs inaptes à consentir, c'est néanmoins sous la condition que ces traitements soient autorisés tant par les représentants légaux du mineur, que par une équipe interdisciplinaire directement nommée par le Ministre en charge de l'égalité (et non de la santé). Quant aux mineurs aptes à consentir, le texte suggère que la décision est prise conjointement par le mineur et ses représentants légaux et il est en outre rappelé aux professionnels médicaux qu'ils ont la responsabilité de s'assurer que la décision de traitement est avant tout guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour l'instant, en France, si les actes médicaux de conformation sexuée sont en principe réalisés dans un « centre de référence des maladies rares du développement sexuel »[89], aucun texte, contrairement à la loi maltaise, n'encadre l'activité de ces centres ou des professionnels y travaillant. L'on relèvera d'ailleurs que le coordinateur national des centres français de référence a encore récemment, dans un article co-signé avec une Maître de conférence en droit, évoqué la réalisation d'actes médicaux de conformation sexuée dans ces centres de référence, sans nullement s'interroger un instant sur leur licéité au regard des règles précédemment évoquées (CALLU et CHATELAIN, 2015). Où l'on perçoit que le dispositif actuel ne permet pas de prévenir efficacement les risques de violation du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées.

58. Des améliorations obligatoires – La seconde question qui se pose est ici de savoir si l'amélioration de la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées constitue ou non une obligation pour la France. À considérer l'article 3 de la CSDHLF, duquel découle le droit à l'intégrité physique, une réponse positive s'impose, qu'il s'agisse de la modification des textes existants ou de la création de nouveaux mécanismes de prévention.

59. S'agissant en premier lieu des modifications proposées aux textes existants — le § 55 de la circulaire de 2011 d'une part et la rubrique 8.7.2. de la CCAM d'autre part —, leur caractère obligatoire peut être défendu sur le fondement de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants énoncé par l'art. 3 de la CSDHLF. En effet, il peut être montré que les actes médicaux de conformation sexuée[90] constituent des traitements inhumains et dégradants, par ailleurs imputables aux autorités françaises.

---

[87] Parce que les actes médicaux de conformation sexuée constituent des infractions pénales, les dommages découlant de ces actes ne peuvent pas être assurés (MORON-PUECH, 2010 : n° 72).

[88] Cf. *mutatis mutandis* le communiqué du 27 octobre 2015 par lequel Marisol Touraine, la ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, a « réaffirm[é] l'extrême fermeté de l'État » sur les touchers rectaux et vaginaux sans consentement.

[89] Arrêté du 29 mai 2008 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2006 portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares.

[90] La question est en revanche plus délicate pour les interruptions de grossesse des fœtus intersexués. En effet, l'applicabilité de l'article 3 aux enfants à naître n'est pas évidente (voir toutefois MIRKOVIC, 2003 : n°s 123 et

S'agissant tout d'abord de la qualification de traitement inhumain et dégradant, l'atteinte à l'intégrité physique que subissent les personnes mineures, intersexuées et inaptes à exprimer leur consentement est d'une gravité suffisante pour pouvoir mériter cette qualification. En effet, ces atteintes à l'intégrité physique ont des conséquences importantes et irréversibles pour ces personnes, leur but thérapeutique est plus que discutable et enfin les actes médicaux réalisant ces atteintes sont effectués sur des personnes particulièrement vulnérables ; soit autant d'éléments habituellement pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme pour retenir la qualification de traitement inhumain et dégradant[91].

Ensuite, quant à l'imputation à l'État de ces actes médicaux, celle-ci se trouve doublement établie. D'une part, elle résulte de la participation d'agents de l'État à ces violations. En effet, nombre des actes médicaux de conformation sexuée sont réalisés par des professionnels de santé agissant pour le compte d'établissements publics de santé. D'autre part, l'imputation à l'État provient du financement de l'ensemble de ces actes par des fonds publics.

60. Concernant en second lieu la création de nouveaux mécanismes de prévention du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, il peut être montré également que celle-ci est une obligation découlant de l'article 3 de la CSDHLF. En effet, ce texte, comme nombre des dispositions de cette convention, ne se contente pas d'interdire certains comportements aux État parties à la Convention ; il leur impose également, combiné avec l'article 1er de cette convention, des obligations positives. Or, parmi ces obligations positives, la Cour a eu l'occasion d'affirmer, sur le fondement de l'article 3, que les États ont l'obligation de prévenir la violation du droit à l'intégrité physique des personnes vulnérables, en particulier les jeunes enfants[92].

En l'espèce, compte tenu de l'absence de mécanismes efficaces de prévention des atteintes à l'intégrité physique auxquelles sont exposées les personnes mineures intersexuées, il est permis de penser que cette obligation positive de prévention n'est pas respectée par la France. Pour qu'il en soit autrement, il conviendrait que l'État français mette en œuvre l'un des mécanismes ci-avant proposé ou tout autre mécanisme équivalent. Une fois ces mesures prises, demeurera le problème de la réparation des dommages causés par le passé ou des dommages qui seraient encore susceptibles de l'être demain, dans l'attente d'un renforcement de cette protection du droit à l'intégrité physique.

2.2. La réparation des atteintes à l'intégrité des corps intersexués

61. Plan – L'illicéité des actes médicaux de conformation sexuée entraîne toute une série de conséquences, les plus graves étant la responsabilité civile (ou administrative) et pénale des

---

138). En outre, même à le supposer applicable, il n'est pas certain que l'atteinte à ce droit puisse être considérée comme disproportionnée, compte tenu du conflit entre d'un côté le droit au respect de la vie privée et familiale de la personne enceinte et de l'autre du droit à l'intégrité physique du fœtus.

[91] CEDH, 1er avr. 2004, *Rivas c/ France*, § 42, jugeant qu'un coup porté dans les parties génitales d'un mineur constitue un traitement inhumain et dégradant ; CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil c/ Portugal*, § 77 à 81, retenant l'absence de violation de l'article 3 en présence d'un acte médical réalisé sans le consentement de l'intéressé, dès lors que cet acte poursuivait un but thérapeutique, était simple et avait été sans conséquence pour la santé de l'individu ; CEDH, 12 oct. 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, § 69 donnant un rôle déterminant à l'âge de la victime pour retenir une violation de l'article 3.

[92] CEDH, 23 sept. 1998, *A. c/ Royaume-Uni*, § 22. Sur les obligations positives, en général, cf. SUDRE, 1995 et, en particulier, sur l'obligation de prévention du dommage, cf. TOUZE, 2015 : spé. p. 32-33 et DE SENA, 2015, p. 41-43

personnes physiques ou morales ayant consenti à ces actes médicaux, y ayant concouru — notamment en les finançant, tels les organismes d'assurance maladie — ou ne les ayant pas dénoncés alors qu'elles en avaient connaissance, tels les membres du parquet civil intervenu en application du § 55 de la circulaire de 2011 précitée. Cependant, de telles actions judiciaires n'apparaissent pas en pratique comme une réparation adéquate aux atteintes dont ont pu être victime les personnes intersexuées, de sorte qu'il paraît nécessaire de réfléchir à la mise en place de mécanisme d'indemnisation *ad hoc*.

2.2.1. Les limites du droit de la responsabilité

62. Plan – Pour l'instant, en Europe, les contentieux en responsabilité médicale sont inexistants (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 : p. 54), puisque les seules actions en responsabilité introduites par des personnes intersexuées l'ont été sur le fondement d'une information médicale défaillante, sans que ne soit invoquée, en elle-même, l'illicéité des actes médicaux[93]. En outre, certaines de ces décisions ont expressément relevé l'absence de faute médicale dans le traitement mis en œuvre[94]. Un contentieux est néanmoins en cours en Caroline du Nord et la décision est imminente[95]. S'il est probable que la décision du TGI de Tours contribue à sensibiliser davantage de personnes à l'illicéité des mutilations et conduisent certaines d'entre elles à prendre la décision de mener des actions judiciaires, nous croyons néanmoins que peu de personnes se tourneront vers les tribunaux pour obtenir la réparation de leur dommage. Ceci tient principalement à trois raisons[96].

63. Des actions coûteuses – En premier lieu, la rareté des contentieux s'explique par l'importance des différents coûts (lato sensu) que de telles actions en justice impliquent, le coût le plus important étant sans doute de nature psychologique[97]. En effet, une action tendant à la réparation du dommage subi contraint les personnes intersexuées à rapporter la preuve des actes illicites, ce qui conduira souvent ces personnes à se replonger dans un passé douloureux, qu'elles auraient sans doute préféré oublier. En outre, bien souvent, une telle action impliquera de nouvelles expertises médicales qui seront très mal vécues par ces personnes. En effet, l'examen de leur appareil génital par des experts risque de leur rappeler les nombreuses opérations qu'elles ont subies durant leur enfance et sans qu'elles n'aient pu y consentir. Enfin, durant toute la durée de la procédure, la personne intersexuée devra vivre avec l'angoisse que lui soit fermée la porte d'une réparation, en cas d'échec de la procédure. Dès lors, seules les personnes intersexuées les mieux armées psychologiquement — celles dotées d'un important capital psychologique pourrait-on dire — seront de facto en mesure de mettre en œuvre de telles actions judiciaires.

---

[93] OLG Cologne, 3 sept. 2008, n° 5 U 51/18 ; LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n° 4 O 7000/11.
[94] LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n° 4 O 7000/11.
[95] http://www.postandcourier.com/article/20150525/PC16/150529773/1514/lawyers-prepare-for-medical-malpractice-trial-in-rare-x2018-intersex-x2019-lawsuit.
[96] Comp. le rapport précité du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe qui opte, certes prudemment, pour une explication unique, à savoir que de telles actions nécessiteraient « de poursuivre les parents (ou les représentants légaux) qui ont donné leur consentement à l'intervention chirurgicale et non les institutions ou les personnes qui l'ont pratiquée » (2015 : p. 53).
[97] S'y ajoute en outre un coût économique lié aux frais de ces procédures où la présence d'un avocat est en droit obligatoire (action en responsabilité civile) ou à tout le moins l'est *de facto* (action en responsabilité pénale). Cependant, l'importance de cet obstacle économique est moindre, compte tenu notamment du dispositif d'aide juridictionnelle. Pourtant, en doctrine, c'est uniquement vers ce type de coût qu'en général les regards se tournent. Le coût psychologique demeure un impensé. Pour un exemple de cet impensé, cf. DONIER et LAPEROU-SCHENEIDER, 2013 qui, s'intéressant aux obstacles à l'accès au juge, évoquent le seul coût économique.

Il est intéressant de relever d'ailleurs que la décision rendue par le TGI de Tours, certes dans un contentieux distinct de celui ici abordé, a été rendue à la demande d'une personne intersexuée, née avant la généralisation des actes médicaux de conformation sexuée et dont l'intégrité corporelle n'a, en conséquence, pas été atteinte[98]. Ce point est important, car il n'est pas certain que si cette personne avait subi des actes médicaux de conformation sexuée, elle aurait eu la force de mener à bien une action en rectification d'état civil. Doit également être souligné que cette personne, à soixante quatre ans, suivait une thérapie, sans doute depuis fort longtemps, puisque le jugement s'appuie notamment sur une attestation de son thérapeute. Il y a, là encore, un élément qui suggère que si cette action a été rendue possible, c'est en raison de l'important capital psychologique de son auteur, lequel lui a permis de supporter le coût psychologique de cette action.

64. La présence d'obstacles juridiques – En second lieu, si ces actions ne sont pas mises en œuvre c'est en partie à cause d'obstacles juridiques sérieux tenant d'une part au risque de prescription des actions en responsabilité — les opérations sont anciennes alors que la prise de conscience de l'illicéité de ces actes est relativement récente — et d'autre part à des questions de preuve : les personnes intersexuées éprouvent de réelles difficultés d'accès à leur dossier médical soit parce que celui-ci a été « égaré »[99], soit parce que celui-ci a été détruit, eu égard aux délais de conservation trop courts dans leur cas[100].

65. Des actions aux résultats insatisfaisants – En troisième lieu, la rareté de ces actions paraît résider dans leur résultat insatisfaisant. En effet, compte tenu du caractère individuel des mécanismes traditionnels de responsabilité, la réparation des dommages subis par les personnes intersexuées pèsera sur les épaules de quelques uns, les professionnels de santé principalement, alors que ces dommages sont la cause d'un dysfonctionnement plus global de notre société qui, retenant une conception binaire du sexe, a encouragé les médecins à conformer les corps intersexués aux modèles masculins et féminins. Les personnes intersexuées, d'après les témoignages que nous avons pu recueillir, perçoivent parfois qu'il y aurait quelqu'injustice à se placer sur le terrain du droit de la responsabilité et à rendre les professionnels de santé seuls responsables de leur dommage. D'où leur hésitation à agir sur le terrain de la responsabilité, surtout si cela ne leur permet pas de mettre en cause la responsabilité des personnes morales (établissement de santé et plus largement l'État) au sein desquels ces actes ont été commis[101].

66. Compte tenu de ces trois séries d'éléments, il est permis de penser que les mécanismes de droit commun de la responsabilité ne sont pas suffisants et qu'il conviendrait de mettre en place un mécanisme d'indemnisation *ad hoc*.

---

[98] C'est ce qui ressort de l'interview donnée par cette personne au journal 20 minutes, le 14 octobre dernier.

[99] Plusieurs personnes intersexuées nous ont ainsi confié que l'accès à leur dossier médical leur avait été refusé par de tels motifs. Le phénomène gagnerait à être documenté.

[100] L'article R. 1112-7 du CSP prévoit un délai de conservation de vingt ans. Or, s'agissant d'actes susceptibles d'être qualifiés de mutilations (art. 222-9 et -10 c. pén.), leur prescription est de vingt ans et ne commence à courir qu'à compter de la majorité (art. 7, al. 3 c. proc. pén.).

[101] Les actions en responsabilité civile et administrative seront souvent prescrites. S'agissant en particulier des secondes, il y a lieu de rappeler que la prescription des dettes publiques est de quatre ans (loi n° 68-1250 du 31 déc. 1968, art. 1er). S'agissant ensuite de la responsabilité pénale, il ne sera pas possible d'engager celle de l'État, en application de l'art. 121-2 c. pén. Quant aux autres personnes morales, leur responsabilité pénale ne pourra être retenue que pour les actes médicaux de conformation sexuée réalisés après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, à savoir le 1er mars 1994, puisque ce n'est que depuis cette date que les personnes morales peuvent être pénalement poursuivies.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

2.2.2. La création d'un fonds d'indemnisation rétrospectif

67. Plan – Le contournement des limites du droit de la responsabilité civile paraît impliquer la création d'un mécanisme *ad hoc*, à savoir un fonds d'indemnisation rétrospectif[102]. Ce fonds, financé par les principaux responsables du dommage, aurait vocation à indemniser les dommages subis par les personnes intersexuées, au moyen d'une procédure simplifiée, ne faisant pas obstacle à d'éventuelles actions en responsabilité individuelles. Cette procédure simplifiée devrait cependant permettre aux victimes d'être auditionnées, de manière à ce que leur douleur soit entendue par la société et ainsi consignées dans des archives publiques. À défaut, la catharsis des victimes ne pourrait pas s'opérer (KNETSCH, 2011 : n° 431).

Après avoir indiqué en quoi la création d'un tel fonds paraît opportune, il conviendra de s'interroger sur le caractère obligatoire de la mise en place de cet autre mécanisme d'indemnisation.

68. Le fonds d'indemnisation, un mécanisme opportun – Cette proposition de création d'un tel fonds, déjà préconisée par le Conseil d'éthique allemand dans son rapport sur « l'intersexualité » (*sic*) (CONSEIL D'ETIQUE ALLEMAND, 2012 : p. 169 s.), est pleinement justifiée lorsqu'on examine les conditions dans lesquelles ont pu être créés en France, ces dernières années, des fonds d'indemnisation en présence de scandales sanitaires d'envergure (sang contaminé, amiante, hormone de croissance, etc.).

69. Comme cela a été récemment montré, les fonds d'indemnisation rétrospectifs « sont en réalité des réponses des pouvoirs publics », plus précisément, peut-on ajouter, du législateur, seul compétent pour les créer, « à des catastrophes collectives qui ont atteint un nombre important de personnes et révélé des dysfonctionnements de l'administration publique » (KNETSCH, 2011 : n° 144). Par ces fonds, le législateur cherche à éviter un encombrement des rôles judiciaires (idem : n° 161), mais aussi à pacifier les relations entre les victimes et les auteurs présumés du dommage, tant dans l'intérêt de ces derniers que dans celui de la société toute entière (idem : n° 165). En effet, eu égard au nombre de personnes impliquées, l'existence d'un conflit durable entre nombre de ces membres pourrait sérieusement porter atteinte à la paix sociale de la société française.

Or, de telles raisons, à l'exception peut-être du risque d'encombrement des juridictions, sont bien présentes pour le contentieux des actes de conformation sexuée qui pourrait s'ouvrir demain. En premier lieu, les personnes publiques ont une part de responsabilité, qu'il s'agisse des établissements publics de santé où nombre de ces opérations sont réalisées, ou de l'État lui-même. Plus précisément, l'État est impliqué à un double niveau. D'abord, directement, en ce que le ministère de la justice, par le biais de la circulaire de 2011 relative à l'état civil et, avant elle, l'instruction générale de l'état civil[103] a encouragé de telles pratiques de conformation sexuée, lesquelles ont parfois été portées à la connaissance du ministère public, sans que celui-ci n'y trouve rien à redire. Ensuite, indirectement par le pouvoir de tutelle exercé par le ministère de la santé et des affaires sociales sur les établissements de santé où ces actes médicaux sont réalisées d'une part et sur les organismes d'assurance maladie qui financent ces actes d'autre part.

[102] Sur la distinction des fonds rétrospectifs et prospectifs, cf. KNETSCH, 2011 : n°s 140 s.

[103] Les dispositions incitant le corps médical à réaliser les « traitements appropriés » ont été introduites dans l'instruction générale relative de l'état civil (§ 224, *b*) à l'occasion de sa modification par une instruction du 19 février 1970.

En second lieu, au moins dix mille personnes semblent avoir été concernées en France par ces actes illicites[104], qu'il s'agisse des personnes intersexuées ayant subi ces actes illicites, de leurs proches en ayant subi les conséquences ou des personnes ayant réalisé ou financé ces actes illicites. Or, compte tenu de la violence de ces actes, il y a tout lieu de penser que la paix sociale sera particulièrement affectée si, lorsque l'opinion publique prendra conscience de ce problème, le législateur ne se saisit pas du sujet pour annoncer une réponse appropriée.

70. Les fonds d'indemnisation, un mécanisme obligatoire ? – La dernière question que l'on peut se poser est celle de savoir si la création d'un fonds d'indemnisation serait une obligation pour le législateur. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que cette obligation découle de normes supra-législatives, lesquelles pourraient découler soit de conventions internationales, en particulier la CSDHLF, soit de textes à valeur constitutionnelle.

71. Une obligation fondée sur la CSDHLF ? – S'agissant tout d'abord des textes internationaux, il pourrait se poser la question de savoir si, au regard de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'État français n'aurait pas une obligation positive de mettre en place un fonds d'indemnisation. Si, par application de l'article 41 de la convention précitée, la Cour européenne des droits de l'homme ne devrait avoir le pouvoir que de rendre des décisions individuelles — ce qui interdirait notamment l'injonction faite à l'État français de créer un fonds d'indemnisation — la Cour a récemment déduit des articles 1er, 41 et 46 de la convention précité que « les États parties à la convention avaient l'obligation de rendre leur droit interne compatible avec la Convention et, dès lors d'adopter des mesures de portée générale lorsque la violation constatée trouve son origine directement dans la règle de droit interne » (SUDRE et alii, 2015 : p. 881).

En l'espèce, il est permis de considérer, au regard du nombre important de corps à l'intégrité desquels il a été porté atteinte (plusieurs milliers) et de l'absence de tout contentieux, que les obstacles à l'action en justice précédemment énoncés[105] sont suffisamment prégnants pour que l'absence d'un mécanisme *ad hoc* d'indemnisation, en réponse à la violation du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, puisse être considéré comme un manquement de la France à son obligation positive d'assurer la réparation des dommages subis par ces personnes. Il est donc envisageable que cette Cour impose à la France de prendre des mesures concrètes pour favoriser l'indemnisation de ces personnes, ce qui se traduirait alors sans doute par la mise en place d'un fonds d'indemnisation rétrospectif.

Cette solution nous semble néanmoins relativement incertaine, car la Cour pourrait hésiter à imposer à la France une telle obligation positive. En effet, si jusqu'à présent la Cour a pu enjoindre aux États d'adopter des règles générales, il faut remarquer qu'elle ne l'a fait que dans des situations où les règles à créer n'avaient pas la complexité et l'impact financier qu'auront les règles par lesquelles seraient créé un mécanisme d'indemnisation *ad hoc*. Voilà pourquoi, nous hésitons à indiquer de manière assurée que la création d'un tel fonds d'indemnisation serait une obligation découlant de normes conventionnelles. Cette obligation pourrait-elle alors résulter de normes constitutionnelles ?

---

[104] Selon les estimations les plus basses (0,01% de personnes intersexuées), il existe au moins en France une dizaine de milliers de personnes intersexuées (MORON-PUECH, 2010 : n° 3). Eu égard au caractère quasi-systématique des opérations de conformation sexuée effectuées entre 1960 et le début des années 2000, lorsque l'intersexuation était détectée à la naissance, il paraît raisonnable de penser qu'au moins la moitié de cette dizaine de milliers de personnes a été opérée. En ajoutant les proches de ces personnes et les professionnels de santé les ayant réalisé, l'on arrive aisément au chiffre d'au moins dix mille personnes concernées.

[105] Cf. *supra* nos 41-43.

72. Une obligation fondée sur la Constitution ? – La possibilité d'une obligation constitutionnelle de créer un fonds d'indemnisation pourrait découler de l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946, dont le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle[106]. Rappelons que, d'après ce texte, « [l]a Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales ». L'application de ce texte aux personnes intersexuées pourrait néanmoins se heurter à deux obstacles qu'il convient de lever : les dommages médicaux subis par les personnes intersexuées constituent-ils une « calamité nationale » d'une part ? le droit à la solidarité nationale est-il directement invocable par les personnes intersexuées d'autre part ?

73. En premier lieu, la situation des personnes intersexuées peut-elle être considérée comme le résultat d'une calamité nationale ? À en croire un auteur, qui a étudié de près les travaux préparatoires à l'alinéa 12 du préambule, le terme de calamité nationale est particulièrement large. En effet, lors de l'examen du texte au Parlement, alors que certains parlementaires avaient tendance à restreindre les calamité nationales à la guerre, le Président de la Commission de la Constitution indique qu'il s'agit là d'une approche restrictive et que, par cet alinéa, nous soulignons, les membres de la Commission ont « admis le principe nécessaire de la solidarité de tous les Français devant l'ensemble de tous les risques, dont la guerre est le principal » (cité par CONAC, 2001 : p. 293). Comme le relève alors Gérad Conac (ibid.), « [c]ette interprétation est la seule satisfaisante, le constituant n'ayant pas voulu limiter l'intervention du législateur aux seuls dommages de guerre, alors que toute la pratique antérieure plaidait en faveur d'une conception extensive des calamités nationales ». Néanmoins, cette approche extrêmement large des calamités nationales semble avoir pour corollaire qu'il appartient en premier chef au législateur de décider ce qui relève ou non d'une calamité nationale, d'où une autre difficulté.

74. En second lieu, se pose la question de savoir si le droit à la solidarité nationale est directement invocable ou s'il nécessite des mesures d'application, compte tenu de l'imprécision de ce droit. La doctrine majoritaire considère aujourd'hui que l'alinéa 12 du préambule de 1946 ne permettrait pas aux juges de contraindre l'État à recourir à la solidarité nationale (PONTIER, 2001 ; KNETSCH, 2011 : n°s 122-124). Pour cette doctrine, en l'absence de précision de ce droit à la solidarité nationale par le législateur, notamment pour reconnaître ce qui relève ou non de la solidarité nationale, cet alinéa du préambule ne serait pas directement applicable. Il est permis cependant de ne pas partager cette opinion ou, quand bien même l'on y adhérerait, de montrer en quoi celle-ci ne ferait nullement obstacle à la présence, en l'espèce, d'une telle obligation dont pourrait se prévaloir les personnes intersexuées.

75. D'abord, il doit être relevé que ce raisonnement de la doctrine traditionnelle s'appuie sur des décisions du Conseil d'État[107] rendues à une époque où celui-ci était très réticent à l'idée d'imposer une quelconque obligation au Parlement, ce qui transparaissait notamment au travers de son refus d'examiner la conventionnalité d'un décret lorsque la loi faisait écran entre ce décret et la norme internationale. Or, depuis l'arrêt Nicolo[108], cette position a été abandonnée par le Conseil d'État. En outre, il y a lieu de relever que depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le pouvoir juridictionnel en général s'est renforcé par rapport aux pouvoir législatif et exécutif. Compte tenu de ce changement de

[106] CC, 6 mai 1991, n° 91-291, cons. 22.
[107] CE, 10 déc. 1962, *Société indochinoise de constructions électriques et mécaniques* : *Rec. Lebon*, p. 677 et CE, 29 nov. 1968, Tallagrand, n° 68938 cités dans CONAC, 2001, p. 286.
[108] CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.

circonstances, il serait tout à fait compréhensible que cette jurisprudence sur l'alinéa 12, non réitérée depuis lors, soit aujourd'hui abandonnée.

Ensuite, il est permis de penser que les décisions, dans lesquelles le Conseil d'État a rejeté l'idée d'un droit à indemnisation fondé sur l'alinéa 12 du Préambule de 1946, ne constituent pas une interprétation fidèle de l'intention des auteurs de ce texte. Certes, la lecture des travaux préparatoires de cet alinéa révèle l'importance du rôle du législateur dans le processus d'indemnisation. Cependant, cela n'implique pas nécessairement que le « droit » proclamé dans ce préambule ne puisse être mis en œuvre qu'après la reconnaissance législative d'une calamité nationale. Comme le relève G. Conac, en tentant cependant plus loin de nuancer cette affirmation[109], « les débats [lors de l'adoption de cet alinéa], si limités qu'ils furent, montrent a contrario que c'est bien un droit que les constituants avaient le sentiment d'instituer ». Où l'on voit que ces travaux préparatoires offrent aux juges qui souhaiteraient s'en saisir, la possibilité de reconnaître un véritable droit à l'indemnisation.

Enfin, il convient de souligner que ce rejet d'un droit à l'indemnisation est propre au Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel s'est jusqu'à présent bien gardé de prendre position sur cette question : alors que l'alinéa 12 du préambule de 1946 a été invoqué à plusieurs reprises devant lui, le Conseil constitutionnel n'a, à aucun moment, affirmé que la mise en œuvre de cet article était subordonnée à la reconnaissance préalable par le législateur d'une calamité nationale[110]. Au contraire, l'on trouve au moins une décision dans laquelle le Conseil constitutionnel a imposé au législateur de recourir à la solidarité nationale en application, non pas certes de l'alinéa 12 du préambule, mais de l'alinéa 11[111], lequel prévoit la solidarité de la Nation, non plus en raison de circonstances externes à l'individu (les calamités nationales), mais en raison de circonstances internes à celui-ci (vieillesse, grossesse, etc.). Compte tenu de la proximité des alinéa 11 et 12 du Préambule, mais aussi du lien souvent tracé entre ces deux textes en doctrine, il est permis de penser que le raisonnement expressément développé par le Conseil constitutionnel à propos de l'alinéa 11 pourrait l'être à l'avenir pour l'alinéa 12.

Pour ces trois séries de raisons, il est permis de penser que l'alinéa 12 du Préambule de 1946 pourrait être aujourd'hui considéré comme posant un droit à indemnisation, directement applicable. Néanmoins, afin de protéger quelque peu les finances publiques, il serait concevable que les juridictions décident que ce droit à la solidarité nationale n'est directement applicable qu'en présence de certaines circonstances, parmi lesquelles pourrait figurer l'implication plus ou moins directe de l'État dans la survenance de la calamité nationale. Si

[109] Cet auteur affirmera en effet par la suite que « L'existence d'un droit "en soi" serait contraire au sens du texte », car « ce droit à réparation est un droit *conditionné* par l'intervention du législateur » (p. 299). Cependant, pour tenir ce propos, cet auteur s'écarte des travaux parlementaires et ne s'appuie plus semble-t-il que sur les écrits d'auteurs postérieurs aux travaux préparatoires, écrits commentant l'alinéa 12 au travers du prisme déformant de décisions du juge administratif ayant refusé de reconnaître un droit à réparation.

[110] Comp. KNETSCH, 2011 : n° 123, qui s'appuie sur la décision CC, 30 déc. 1987, n° 87-237, cons. 22 où le Conseil constitutionnel indique « qu'il incombe au législateur, lorsqu'il met en œuvre le principe de solidarité nationale, de veiller à ce que la diversité des régimes d'indemnisation institués par lui n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité de tous devant les charges publiques ; que cependant, il lui est loisible de définir des modalités d'application appropriées à chaque cas sans être nécessairement astreint à appliquer des règles identiques ». J. Knetsch interprète cette décision comme signifiant qu'« il revient au seul législateur d'apprécier l'existence d'une "calamité nationale" et, par là même, l'opportunité d'un dispositif de prise en charge ». Cette interprétation nous paraît très audacieuse. Si le Conseil constitutionnel avait entendu dire que le législateur était libre de mettre en place un système d'indemnisation recourant à la solidarité nationale, il n'aurait pas manqué de le dire clairement, tout comme il a dit clairement, dans ce même considérant (nous soulignons), qu'il était « loisible [au législateur] de définir des modalités d'application appropriées ».

[111] CC, 14 août 2003, n° 2003-483 DC, cons. 7.

une telle analyse venait à être retenue, alors il semblerait que les personnes intersexuées pourraient se prévaloir d'un droit à la solidarité nationale, puisque nous avons indiqué plus haut[112] que les organes de l'État étaient pour partie responsable des actes médicaux de conformation sexuée.

À l'inverse, si cette analyse renouvelée de l'alinéa 12 du Préambule de 1946 venait à être rejetée, les personnes intersexuées ne s'en trouveraient pas pour autant démunies. En effet, même en retenant l'interprétation doctrinale traditionnelle de l'alinéa 12, il peut être montré que les personnes intersexuées devraient pouvoir bénéficier de la solidarité nationale.

76. Dans l'interprétation doctrinale traditionnelle de l'alinéa 12 du Préambule de 1946, il est considéré que ce texte ne peut être directement invoqué par les justiciables qu'à partir du moment où le législateur est intervenu pour préciser les contours du droit à la solidarité nationale[113]. Or, tel paraît bien être le cas pour les dommages sanitaires, dans la mesure où, ces dernières années, le législateur a progressivement mis en place, via Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), un fonds d'indemnisation susceptible de couvrir l'indemnisation de nouveaux types d'accidents médicaux. C'est ainsi que, à l'heure actuelle, l'ONIAM prend déjà en charge les dommages en rapport avec les « affaires » du sang contaminé, de l'amiante ou des hormones de croissance. Or, il serait particulièrement simple, pour le législateur, d'ajouter à la liste des dommages pris en charge par l'article L. 1142-22 du code de la santé publique, les dommages consécutifs aux actes médicaux illicites réalisés sur des personnes intersexuées. Voilà pourquoi, il est permis de penser que, même à s'en tenir à l'interprétation traditionnelle de l'alinéa 12, les catastrophes sanitaires d'envergure sont d'ores et déjà considérées par le législateur national comme des calamités nationales, de sorte que les personnes intersexuées devraient elles aussi pouvoir se prévaloir de l'alinéa 12.

Pour finir, ajoutons que si la possibilité de se tourner vers l'ONIAM pour obtenir la réparation de leur préjudice venait à être refusée aux personnes intersexuées, il y aurait sans doute là une méconnaissance du principe d'égalité des citoyens devant la loi, tel qu'il résulte des articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En effet, l'on ne comprendrait pas que pour des catastrophes sanitaires du même ordre, la solidarité nationale joue dans un cas et pas dans l'autre.

77. Sans doute, l'existence d'une obligation constitutionnelle imposant à l'État de mettre en place un fonds d'indemnisation rétrospectif demeure à ce jour entaché d'une relative incertitude, tout comme l'était l'existence d'une semblable obligation conventionnelle, découlant de la CSDHLF. Néanmoins, pour l'obligation constitutionnelle, à l'inverse de l'obligation conventionnelle, cette incertitude pourrait être rapidement dissipée. Il suffirait pour cela que des personnes intersexuées, confrontées à un refus d'indemnisation par l'ONIAM, forment une question prioritaire de constitutionnalité. Une telle question pourrait alors porter sur la conformité à l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 et aux articles 1 à 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des articles 1382 du code civil et L. 1142-22 du code de la santé publique, en ce que ces textes ne permettent pas aux personnes intersexuées d'obtenir la réparation adéquate des dommages qu'elles ont subis.

---

[112] *Supra* n° 69.

[113] M. Waline, note sous CE, 29 nov. 1968, préc. et CE, 31 janv. 1969, *Moraly*, *in RDP*, 1969, p. 686 s., cité dans CONAC, 2001 : p. 299.

*

* *

78. Au terme de ces développements, il apparaît nettement qu'il reste un long chemin à parcourir avant que la protection des personnes intersexuées ne soit pleinement assurée. La décision du Tribunal de grande instance de Tours du 20 août dernier n'est donc nullement un point d'arrivée. Elle n'est que l'éventuel point de départ d'une route qui, tracée par des normes supra-législatives, permettrait à la société française, si elle le souhaite, d'entrer dans la troisième phase décrite plus haut[114]. Dans cette phase, les personnes intersexuées seraient alors protégées car leur identité sexuée et leur corps seraient perçus non plus comme une erreur de la nature, mais comme une des nombreuses illustrations de la diversité de cette nature.

Paris, 14 janvier 2016

[114] *Supra* n° 3.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

Bibliographie

BEUDANT Ch., 1936. Cours de droit civil français, 2nde édition, Tome II

BISHOP E., 2007. « A child's expertise: establishing statutory protection for intersexe children who reject their gender of assignment », *New-York University Law Review*, p. 531-568 [http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-82-2-Bishop.pdf]

BORRILLO D., 2010. « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum*, vol. 5, déc. 2010, p. 289-321 [http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4056854.pdf]

BRISSON L., 1997. *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les Belles Lettres

BYK Ch., 2015. « Quelle place pour un "troisième sexe" en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LGDJ, p. 171-192

CARBONNIER J., 2004. *Les personnes*, PUF, Thémis, 1re éd. Quadrige

CATTO M.-X., 2014. « La mention du sexe à l'état civil », *in* HENNETTE VAUCHEZ (S.), PICHARD (M.) et ROMAN (D.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 29-47

CATTO M.-X., 2014. *Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite à l'usage économique du corps*, CHAMPEIL-DESPLATS V. (dir.), thèse Université Paris Ouest – Nanterre – La Défense

CALLU M.-F. et CHATELAIN P., 2015. « Aspects médico-juridiques des défauts du développement sexuel à la naissance », *in Mélanges en l'honneur de G. Mémeteau*, Tome 2, p. 471-480

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F., 2009. « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 55, p. 765-780 [http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4095]

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015. *Droits de l'homme et personnes intersexes*, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper(2015)1&Language=lanFrench&Ver=original]

CNE, 2012. *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'intersexualité* [http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/fr/NEK_Intersexualitaet_Fr.pdf]

CONSEIL D'ETIQUE ALLEMAND, 2012. *Intersexualité. Avis* [http://www.ethikrat.org/files/avis-intersexualite.pdf]

CREIGHTON S. *et alii*, 2001. « Objective cosmetic and anatomical outcomes at adolescence of feminising surgery for ambiguous genitalia done in childhood » *Lancet*, n° 358, 14 juill. 2001, p. 124-125 [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(01)05343-0]

DIAMOND M. et BEH H.G., 2010. « The right to be wrong », *in* S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 105 s.

DONIER V. et LAPEROU-SCHENEIDER B., 2013. *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant

DREGER A. D., 1999. *Intersex in the age of ethics*, University Publishing Group, Hagerstown

DREGER A. D., 2010. « Intersex and human rights: the long view », *in* S. E. SYTSMA, (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 76 s.

DREGER A. D., 2012. « Prenatal Dexamethasone for Congenital Adrenal Hyperplasia, An Ethics Canary in the Modern Medical Mine », *Journal of bioethical inquiry* [http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3416978/]

GREENBERG J., 1999. « Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biologiy », *Arizona Law Review*, p. 265-329 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896307]

GUEZ Ph, 2015. « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015 [http://revdh.revues.org/1660]

HAS, 2009. *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* [http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf]

HOQUET T., 2015, *Sexus nullus, ou l'égalité*, éd. iXe, 2015

HESTER J. D., 2010. « Intersex and the rhetorics of healing », *in* S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 47 s.

HIRVIKOSKI T. *et al.*, 2012. « Prenatal Dexamethasone Treatment of Children at Risk for Congenital Adrenal Hyperplasia: The Swedish Experience and Standpoint », *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, p. 1881-1883 [http://press.endocrine.org/doi/pdf/10.1210/jc.2012-1222]

HOLMES M., 2008. « Mind the Gaps: Intersex and (Re-productive) Spaces in Disability Studies and Bioethics », *Journal of Bioethical Inquiry*, vol. 5, no 2-3, p. 169-181 [http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-007-9073-2]

KHALFA J., 2010. « Fanon psychiatre révolutionnaire », *in* F. FANON, *Écrits sur l'aliénation et la liberté*, coord. J. KHALFA et R. YOUNG, La découverte, p. 137-167

KNETSCH J., 2011. *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, thèse Université Panthéon-Assas et Université de Cologne, Y. LEQUETTE et Ch. KATZENMEIER (dir.)

KUHNLE U. *et al.*, 1995. « The quality of life in adults female patients with congenital adrenal hyperplasia: a comprehensive study of the impact of genital malformations and chronic diesease on female patients life », *European journal of pediatrics*, n° 154, p. 708 s. [http://link.springer.com/article/10.1007%2FBF02276713]

KRAUSS C. *et al.*, 2008. « À qui appartiennent nos corps ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 27, n° 1/2008, p. 16-36 [http://www.cairn.info/revue-nouvelles-questions-feministes-2008-1-page-4.htm]

KREISLER L., 1970. « Les intersexuels avec ambiguïté génitale – Étude psychopédiatrique », *La psychiatrie de l'enfant*, XIII, vol. 1, p. 5

de LAUBADERE A., 1965. « Décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, févr., n° 17

LIBCHABER R., 2016, « Les incertitudes du sexe », *D.*, 2016, p. 20-21

MARTIN, 1961. « La chirurgie réparatrice dans les états intersexuels », *La revue du praticien*, Tome XI, n° 7, p. 725-737

MIRKOVIC A., 2003. *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM [http://books.openedition.org/puam/1108]

MORON-PUECH B., 2010. *Les intersexuels et le droit*, mémoire de Master 2, D. FENOUILLET (dir.), éd. Panthéon-Assas [http://www.u-paris2.fr/adminsite/objetspartages/liste_fichiergw.jsp?OBJET=DOCUMENT&CODE=1298364063721&LANGUE=0]

MORON-PUECH B., 2013. « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée. Étude du concept de nécessité médicale et de la place du mineur dans les décisions médicales le concernant », *Revue droit & santé*, Hors série – 50e numéro, p. 200-214

MORON-PUECH B., 2014. « Création d'un sexe "non spécifique" par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, avr. 2014 [http://revdh.revues.org/64]

MORON-PUECH B., 2015. « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La revue des droits de l'homme. Actualité Droits-Libertés*, mars 2015 [http://revdh.revues.org/1076]

MOTULSKY H., 1948. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, ROUBIER P (dir.), thèse Université de Lyon, Recueil Sirey, 1948

OII FRANCOPHONIE, 2015. *Intersex Genital Mutilations Human Rights Violations Of Children With Variations Of Sex Anatomy. NGO Report to the 5th Periodic Report of France on the Convention on the Rights of the Child* [http://intersex.shadowreport.org/public/2015-CRC-France-NGO-Zwischengeschlecht-Intersex-IGM.pdf]

PONTIER J.-M., 2001. « Alinéa 12 – Solidarité face aux calamités publiques », *in* CONAC G., PRETOT X., TEBOUL G. (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 283-312

NIHOUL-FEKETE C., 2010. « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », *in Les assises du corps transformé*, LEH, 2010, p. 61 s.

NDOBO A., 2008, « "Je ne suis pas d'accord et je le fais savoir", Le discours de la réactance à la pression pro-exogroupe en situation de sélection professionnelle», *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, n° 78, p. 5-20 [www.cairn.info/revue-les-cahiers-internationaux-de-psychologie-sociale-2008-2-page-5.htm]

OZAR D. T., 2010. « Towards a more inclusive conception of gender-diversity for intersex advocacy and ethics », *in* S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 17 s.

PICQUART J., 2009. *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009

RAJON (A.-M.), 2008. « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *in* NEIRINCK C. (dir.), *L'état civil dans tous ses états,* LGDJ, coll. Droit et société

REIGNE Ph., 2015, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Rec. Dalloz*, p. 1875-1878

REINER G., 2010. « Prenatal gender imprinting and medical decision-making », *in* SYTSMA S. E. (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 159 s.

STARCK H. E., 2010. « Authenticity and intersexuality », *in* SYTSMA S. E. (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, p. 271-291

SUDRE F., 1995. « Les "obligations positives" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, p. 364-384 [http://www.rtdh.eu/pdf/1995363.pdf]

SUDRE F., 2015. *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7e éd., PUF, Thémis

TARDY-GUIDOLLET *et al.*, 2015. « Place actuelle du diagnostic anténatal des anomalies de la différenciation sexuelle. Mise au point sur la prise en charge prénatale des hyperplasies congénitales des surrénales et les dilemmes soulevés par leur traitement prénatal », *Revue de médecine périnatale*, n° 7, 147-155 [http://link.springer.com/article/10.1007/s12611-015-0331-y]

TOUZE, S., 2015, « La notion de prévention en droit international des droits de l'homme », *in* E. DECAUX et S. TOUZE (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Pédone, p. 19-36

VIALLA F., 2015, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle de "sexe masculin" », *D.*, 2015, p. 2295 s.