HAL
open science

Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 2e partie

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 2e partie. La Revue des droits de l'Homme, 2017. hal-01356962v2

HAL Id: hal-01356962

https://hal.science/hal-01356962v2

Submitted on 28 Nov 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 droit des personnes intersexuées
Chantiers à venir – 2e partie[1]

The rights of intersex persons
Next steps – 2nd part

Benjamin Moron-Puech[2]
Chercheur au CNRS à l'IDEMEC de l'Université Aix-Marseille
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas

[1] Cet article est le deuxième volet d'un texte dont la première partie est en cours de publication par la revue *Socio* dans son numéro 8 consacré au *Troisième sexe social*. Dans ces conditions, l'introduction du présent article est succincte ; le lecteur souhaitant avoir un aperçu général de la problématique des personnes intersexuées est invité à se référer à l'introduction commune aux deux volets de ce texte et figurant dans la première partie consultable sur https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01325272/.

[2] L'auteur tient à remercier Olivier Bonnefoy, Marie-Xavière Catto, Clément Cousin, Vincent Guillot, Jonas Knetsch, Mathieu le Mentec, Mila Petkova, Ada Teller et les deux relecteurs de la présente *Revue* 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.

Résumé

Quelles règles doivent être mises en place pour que soit respecté en France le droit des personnes intersexuées, en particulier le droit à l'intégrité protégé notamment par l'article 3 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ? C'est à cette question que le présent article essaye de répondre, après avoir montré l'illicéité de nombre d'actes médicaux aujourd'hui réalisés sur les personnes intersexuées. Parmi les mesures proposées pour assurer un meilleur respect de ce droit figurent la modification des textes encourageant les professionnels de santé à réaliser les actes illicites, ainsi que la modification de la politique de santé publique actuellement suivie. En outre, s'agissant de la réparation des atteintes à l'intégrité malheureusement intervenues, il est proposé de recourir à un système d'indemnisation ad hoc, *tant les mécanismes traditionnels du droit de la responsabilité s'avèrent ici inadaptés.*

Abstract

Which rules should be established in France in order that the rights of intersex persons be respected, especially right to physical integrity expressed in article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ? That is the question this article is trying to answer to, after having shown the unlawfulness of many medical acts that are today performed on intersex persons. In order to ensure the respect of such a right this article propose to modify the norms which encourage the medical practitioners to perform unlawful act and to modify the national healthcare policy on this question. Moreover, this article argues that a compensation scheme should be created in order to compensate the loss suffered by intersex persons who received unlawful "treatment". In deed the traditional mechanism of tort law appears to be insufficient in order to compensate such losses.

Mots-clefs

personne intersexuée – intégrité physique – assignation sexuée – droit de la responsabilité civile – fonds d'indemnisation

Keywords

intersex person – physical integrity – sexual assignment – tort law – compensation scheme

1. Lors de l'année 2016, la France a été pointée du doigt à trois reprises par différents comités de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en raison des traitements non nécessaires subis par les enfants intersexués dans leur plus jeune âge[3]. En effet, à l'heure actuelle, en France, au moins quelques centaines d'enfants intersexués en très bas âge subissent chaque année des actes médicaux extrêmement lourds d'assignation sexuée. Par ces actes médicaux, il est porté atteinte à l'intégrité de ces jeunes enfants, dont le corps ne correspond pas aux idéaux-types masculins et féminins. Pour l'ONU, il y aurait là des traitements « non nécessaires et irréversibles »[4] et, pour y mettre fin, la France se trouve invitée par l'une des instances de l'ONU — le Comité contre la torture — « à prendre des mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour garantir le respect de l'intégrité physique des personnes intersexuées afin que nul ne soit soumis durant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux visant à déterminer le sexe d'un enfant qui ne présentent aucun caractère d'urgence médicale »[5]. De même, ledit Comité recommande à la France « d'adopter des mesures afin d'accorder réparation à toutes les victimes, y compris une indemnisation adéquate »[6].

2. Assurément, ces recommandations ne sont pas contraignantes en droit français, en ce sens qu'elles ne sont pas reçues dans l'ordre juridique français, de sorte qu'on ne saurait les invoquer devant un juge de cet ordre juridique. Pour autant, ces textes véhiculent des normes qui, comme toutes les normes, sont susceptibles d'intéresser le juriste de droit interne. Cet intérêt est d'autant plus justifié que, depuis 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé d'utiliser les normes internationales pour déterminer s'il existait ou non un consensus sur la question dont elle avait à juger, de sorte qu'elle pourrait très bien y faire référence si demain elle venait à être saisie d'une affaire où serait posée la question de la conformité de ces pratiques médicales à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentale (interdiction des traitements inhumains et dégradants)[7]. Or, compte tenu de l'influence de cette Cour sur notre droit national, il est de bon aloi, pour qui

---

[3] La dénonciation de ces pratiques en France, dans la sphère publique, est cependant bien plus ancienne et est apparue dans les années 2000. À notre connaissance, le ministère de la santé a été personnellement mis au courant de cette difficulté à l'été 2014, puisqu'une réunion sur ce thème a eu lieu en ses locaux le 9 septembre 2014. La question s'est depuis déplacée au Parlement. Le ministère de la santé a en effet été interrogée par la sénatrice Maryvonne Blondin sur ces actes médicaux (Question n° 1276S, JO Sénat, 8 oct. 2015, p. 2345), laquelle a répondu à cette question en mai 2016. En outre, la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du Sénat s'est emparée de la question. Plusieurs auditions ont été menées en mai 2016 et un rapport de cette délégation est attendu avant la fin 2016 (DUPONT, 2016). Relevons enfin que le Comité consultatif national d'éthique s'est auto-saisi de la question (VANTIGHEM, 2016), anticipant semble-t-il sur une saisie gouvernementale annoncée (cf. la réponse à la Question n° 1276S précitée) mais à notre connaissance jamais intervenue.

[4] « Le Comité […] est préoccupé que des interventions chirurgicales et autres traitements non nécessaires et irréversibles soient pratiquées sur des enfants intersexués » : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 22 juillet 2016, § 17, (f). Voir déjà, quelques mois plus tôt, Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 févr. 2016, § 47. Comp. Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016, § 34, où le comité se montre seulement préoccupé par des « informations faisant état d'interventions chirurgicales non nécessaires et parfois irréversibles pratiquées sur des enfants intersexués sans le consentement éclairé de ces personnes ou de leurs proches et sans que toutes les options possibles leur aient toujours été exposées ».

[5] CAT/C/FRA/CO/7, préc., § 35, (a).

[6] CAT/C/FRA/CO/7, préc., § 35, (d).

[7] CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, § 76. Sur cette nouveauté, cf. COHEN-JONATHAN et FLAUSS, 2009. Pour une application récente, à propos du point de savoir s'il existait un consensus sur les conditions du changement de sexe à l'état civil, cf. CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08, § 29-34 et § 110.

étudie la mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ordre interne, de s'intéresser sérieusement à de telles normes internationales, plutôt que de les rejeter aussitôt dans les limbes du droit souple.

3. Plan – À la lecture de ces recommandations onusiennes, deux interrogations se posent relativement au respect par la France du droit à l'intégrité des personnes intersexuées — droit dont est au demeurant bénéficiaire toute personne. D'abord, le fait que ces recommandations incitent la France à prendre des mesures pour garantir le respect de l'intégrité physique ne signifie-t-il pas que le droit français actuel protègerait insuffisamment l'intégrité des personnes et même, plus largement — pour y englober les embryons[8] —, des *êtres* humains intersexués ? Ensuite, le fait que ces recommandations incitent la France à prendre des mesures pour que toute victime bénéficie d'une réparation pour les atteintes commises invite à se demander si les mesures existantes sont suffisantes ? Comme nous le verrons, une réponse négative peut être donnée à ces deux questions. D'abord, les dispositifs actuels de protection des êtres humains intersexués sont insuffisants et doivent dès lors être renforcés, en particulier en mettant en place davantage d'instruments de prévention des atteintes aux corps intersexués (1.). Ensuite, s'agissant des corps par le passé affectés par des actes médicaux illicites, la législation existante ne paraît pas suffire pour que les dommages subis par les personnes intersexuées soient correctement réparés. Le droit français devrait donc être modifié, afin que les personnes intersexuées bénéficient d'un dispositif d'indemnisation simplifié reposant, nous le verrons, sur un fonds d'indemnisation (2.). C'est l'étude de ces deux chantiers pour le droit français qu'il convient d'envisager.

1. Le renforcement des mécanismes de protection existants

4. Les situations problématiques – Le droit à l'intégrité des êtres intersexués paraît en pratique atteint dans deux situations. D'une part, des efforts importants sont mis en œuvre par notre société pour faire disparaître biologiquement la différence dont témoignent les corps des personnes intersexuées. Cela a concerné initialement, à partir des années 1960, les très jeunes qui sont soumis à des actes chirurgicaux et hormonaux afin de les « conformer » aux sexes masculin et féminin (NIHOUL-FEKETE, 2010 ; CATTO, 2014 ; COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 ; CALLU et CHATELAIN 2015 ; MOURIQUAND *et al.*, 2016). Récemment, cela a été également étendu aux fœtus diagnostiqués comme intersexués, puisque certains d'entre eux reçoivent des traitements destinés à prévenir la masculinisation du fœtus (TARDY-GUIDOLLET *et al.*, 2015). D'autre part, bien que cela soit moins documenté, les êtres intersexués sont victimes d'interruptions de grossesses illicites, puisque, lorsque l'intersexuation est décelée *in utero*, il est proposé aux personnes enceintes d'interrompre leur grossesse, au-delà de douze semaines, dans le cadre du dispositif d'interruption médicale de grossesse, alors pourtant que les conditions d'accès à cette procédure ne sont pas réunies[9].

[8] Compte tenu du refus de l'ordre juridique français de qualifier de « personne » l'être humain non encore venu au monde, seule l'expression « être humain intersexué » permet de s'intéresser à la manière dont les embryons humains intersexués sont protégés par le droit positif.

[9] 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 également 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 (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 : p. 20).

5. **Plan –** L'existence de ces deux atteintes à l'intégrité des êtres intersexués — actes d'assignation sexuée et interruptions de grossesse — suggèrent que la protection de leur intégrité n'est guère suffisante. Encore faut-il s'en assurer, ce qui sera fait dans un premier temps (1.1.). Dans un second temps, il conviendra de rechercher de quel manière le respect du droit à l'intégrité de ces personnes pourrait être mieux assuré (1.2.).

1.1. L'insuffisance des mécanismes de protection existants

6. **Plan** – S'il existe bien en droit français des mécanismes de protection de l'intégrité (1.1.1.), ces mécanismes sont insuffisants (1.1.2.).

1.1.1. Les mécanismes de protection existants

7. **Plan** – Actuellement, en droit français, l'intégrité des personnes intersexuées est principalement protégée grâce au droit des responsabilités civile, administrative et pénale qui contiennent des règles permettant de sanctionner les personnes réalisant des actes médicaux illicites. Or, il peut être montré que les actes médicaux réalisés sur les êtres intersexués — tant les enfants que les fœtus — peuvent être qualifiés d'illicites et rentrer ainsi dans le mécanisme protecteur du droit des responsabilités civile, administrative et pénale. Expliquons-nous. Cette illicéité est double. D'une part, ces actes médicaux, qu'il s'agisse d'assignations sexuées ou d'interruptions de grossesse, n'ont pas de finalité thérapeutique. D'autre part, s'agissant des seuls actes médicaux d'assignation sexuée, ces actes ne sont pas nécessaires au regard du but qu'ils poursuivent.

8. **Des actes sans finalité thérapeutique –** Pour justifier la licéité des actes médicaux réalisés sur les êtres intersexués, leur finalité thérapeutique est souvent avancée[10]. Aux yeux des promoteurs d'une telle idée, l'intersexuation est une état pathologique qu'il convient de faire disparaître soit en la soignant, soit en procédant à une interruption médicale de grossesse du fœtus intersexué. Cette qualification est discutable car elle ne paraît pas correspondre à la conception que la philosophie médicale et le droit retienne du pathologique, en particulier lorsque se pose la question de savoir si l'intervention sur le corps est légitime[11]. Pour l'établir, exposons d'abord ce que semble être le pathologique, avant de montrer en quoi l'intersexuation ne paraît pas pouvoir intégrer cette qualification..

9. ***Le pathologique en philosophie médicale –*** La philosophie médicale, qui a fait des progrès considérables en France grâce aux travaux de Georges Canguilhem, semble aujourd'hui tenir pour acquis que la définition du pathologique ne peut se faire à partir du seul point de vue de la communauté médicale (CANGUILHEM, 1979 : p. 130, 153) et que même à admettre l'existence d'une conception « objective » du pathologique, ce qu'aurait refusé G. Canguilhem, il faut nécessairement tenir compte du jugement de valeur que le malade porte sur sa maladie (BUNGE, 2013 : p. 58-59). Si l'on en revient aux travaux de G. Canguilhem, semble-t-il non désavoués par la philosophie contemporaine[12], il faut adopter une approche du

[10] Certains actes médicaux pourraient toutefois être analysés comme poursuivant une fin esthétique (cf. MORON-PUECH, 2010 : n°s 58 s.).

[11] Une réponse différente pourrait être donnée si la question était posée afin de connaître le droit au remboursement des actes médicaux. Rappr. GIROUX, 2010 : p. 144, suggérant qu'il pourrait y avoir plusieurs concepts fondamentaux de santé.

[12] Si des auteurs ont pu critiquer l'approche par trop subjective que Canguilhem retient de la maladie (not. GIROUX, 2010 : p. 146), laquelle le conduit à donner une trop grande importance à l'influence du « milieu » sur l'existence du pathologique et à suggérer que le pathologique ne serait qu'une déviation sociale (sur cette critique cf. BUNGE, 2013 : p. 58-59), la philosophie contemporaine n'en a pas moins conservé l'idée que le

pathologique que celui-ci aurait sans doute qualifié d'axiologico-empirique[13]. Axiologique, d'abord, en ce sens que cette approche du pathologique se fonde sur le jugement de valeur que ce malade porte sur son état actuel par rapport à son « expérience passée » (CANGUILHEM, 1979 : p. 72) ou le jugement similaire qu'un précédent malade a pu porter sur son état (*idem* : p. 53). Empirique, ensuite, car cette conception s'appuie sur l'expérience médicale, laquelle permet d'identifier quelles sont les souffrances normales, telles celle liée à la percée d'une dent ou celle liée à l'accouchement, de celles qui mettent en jeu les fonctions vitales de l'organisme.

10. ***Le pathologique en droit*** – Le droit, dont les philosophes ont au demeurant perçu qu'il était sans doute le discours ayant le plus besoin d'une définition de la maladie (GIROUX, 2010 : p. 6 ; BOORSE, 2011 : p. 13-14), ne semble pas connaître de définition propre du pathologique, même si un auteur, s'appuyant sur les travaux de G. Canguilhem, a récemment suggéré le pathologique comme « la situation dans laquelle une lésion cause à une personne une souffrance » (COUSIN, 2016 : n° 601). Sans chercher ici à approfondir davantage cette définition doctrinale du pathologique, il convient seulement de montrer que l'ordre juridique français s'oppose à une conception purement objective du pathologique, conception où celui-ci serait déterminé par les seuls savants, sans aucune référence à la souffrance réelle du malade.

Ce raisonnement nous paraît pouvoir s'appuyer sur l'article 16-3 du code civil selon lequel les atteintes au corps ne sont licites que si elles répondent à une « nécessité médicale *pour la personne* ». Ce texte, en indiquant d'une manière générale que les actes médicaux ne sont en principe licites que s'ils sont tournés vers l'intérêt de la personne, interdit une « évaluation […] purement théorique et désincarnée » de la finalité poursuivie (COUSIN, 2016 : n° 488). En effet, procéder à une évaluation théorique et désincarnée risque de conduire à la réalisation d'opérations dans un intérêt autre que celui du patient. Dès lors, un acte ne saurait être thérapeutique au seul motif qu'il est considéré comme tel par la communauté scientifique dont, *a priori*, rien ne permet d'être sûr que, pour l'acte médical en question, elle défend les intérêts du patient et non d'autres intérêts[14].

D'aucuns pourraient néanmoins objecter que la précision suivant laquelle il s'agit d'une nécessité médicale *pour la personne* vise moins à souligner le rôle du patient dans la qualification de sa pathologie qu'à distinguer les deux types d'actes traitées par l'article 16-3 (ceux dans l'intérêt du patient et ceux dans l'intérêt d'autrui). Autrement dit, aux yeux de ces contradicteurs, la précision « pour la personne » n'emporterait aucune conséquence sur la personne qui, concrètement, devra déterminer si l'acte est ou non dans l'intérêt du patient, de sorte qu'il conviendrait d'appliquer la solution classique suivant laquelle ce pouvoir appartiendrait au seul médecin.

---

pathologique se construit à partir d'un malade. Les travaux récents ont, semble-t-il, moins invalidé l'idée générale développée par G. Canguilhem sur le pathologique qu'approfondit cette idée, notamment en montrant que l'influence du « milieu » social sur le pathologique étaient circonscrites aux « pathologies locales », celles n'affectant qu'une partie de l'organisme (NORDENFELT, 1995 : 107 cité par GIROUX, 2010 : p. 134).

[13] G. Canguilhem n'utilise pas ce néologisme, mais il dit bien en revanche dans la conclusion de son ouvrage précité que (nous soulignons) « Tout concept empirique de maladie conserve un rapport au concept axiologique de la maladie. […] C'est toujours la relation à l'individu malade, par l'intermédiaire de la clinique, qui justifie la qualification de pathologique » et un peu plus loin il insiste sur le fait que l'axiologie est première.

[14] Cf. aujourd'hui le cas de la transidentité encore assez largement considérée par la communauté médicale comme une pathologie (dysphorie de genre) et à ce titre inscrite dans le DSM 5 (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2015 : p. 535-545).

Un tel argument n'emporte pas l'adhésion car, poussé jusqu'à ses dernières conséquences il conduit à des résultats contredits par le droit positif. En effet, s'il devait être jugé que la qualification du pathologique ne dépend en aucun cas du malade (voire de personnes situées autrefois dans une situation équivalente à la sienne), alors cela signifierait qu'en présence d'un malade hors d'état d'exprimer sa volonté et affecté de ce que le médecin estimerait être pathologique, ce professionnel de santé pourrait en toute légalité réaliser des actes médicaux, sans avoir à rechercher si ce patient se juge ou non malade. Or, la lecture de l'article L. 1111-4 alinéa 5 du code de la santé publique montre que, loin de se désintéresser du point de vue du malade, le droit oblige au contraire le médecin à se renseigner sur sa perception[15]. N'est-ce pas le signe de ce que le droit exige que la reconnaissance de l'état pathologique soit faite *in concreto*, en partant du malade lui-même ? Ajoutons pour finir qu'à nos yeux le principe constitutionnel de liberté personnelle, qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 16-24 août 1789, serait violé s'il était permis aux médecins d'agir sur le patient sans tenir compte des préférences de celui-ci[16]. Modifier le corps d'une personne sans se soucier de ses préférences c'est assurément attenter à sa liberté, à son autonomie personnelle pour reprendre les termes utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme.

11. ***L'intersexuation, un état pathologique ?*** – L'application des méthodes de qualification du pathologique aux actes d'assignation sexuée prétendant guérir l'intersexuation[17] doit conduire à tenir compte du point de vue des personnes intersexuées. Or, plusieurs auteurs, croisant les savoirs des sciences médicales et sociales, ont établi que l'intersexuation n'était pas toujours par elle-même une source de souffrances pathologiques pour les personnes concernées, lesquelles pouvaient pleinement vivre avec leur différence (HESTER, 2010 : p. 50 s. ; DIAMOND et BEH, 2010 : p. 108 ; REINER, 2010 : p. 159). Dans ces conditions, il ne paraît pas possible d'affirmer que l'intersexuation est en soi pathologique qu'il faudrait la guérir par une assignation sexuée[18]. Le caractère pathologique peut à la rigueur être envisagé, mais seulement lorsque l'individu intersexué manifeste une souffrance en grandissant dans son environnement social. En l'absence d'une telle souffrance, les actes médicaux qui viseraient à assigner une personne intersexuée dans un sexe masculin ou féminin ne peuvent en aucun cas être qualifiés de thérapeutiques[19]. De même, les interruptions de grossesse qui seraient

[15] Dans l'exposé des motifs de la loi du 4 mars 2002, la ministre de l'emploi et de la solidarité indiquait ainsi que cette consultation des tiers avaient pour but « d'éclairer l'équipe médicale sur la volonté du malade ».

[16] Rappr. CC, 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, *Mme Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, cons. 32, où le Conseil se fonde sur l'article 2 pour poser le droit au refus de soin (auquel il est en l'espèce dérogé compte tenu de la mise en balance de ce droit avec d'autres normes constitutionnelles).

[17] Précisons bien que le raisonnement ici mené concerne seulement l'intersexuation en tant que telle, c'est-à-dire le fait d'avoir des caractéristiques biologiques sexués ne correspondant pas aux situations les plus fréquentes (sexes masculin et féminin). Il ne s'agit évidemment pas de soutenir que d'autres états, parfois associés à l'intersexuation, ne seraient pas pathologiques. Par exemple, il ne s'agit pas de soutenir que les personnes ayant une hyperplasie congénitale des surrénales, laquelle peut conduire à des pertes de sel mettant en jeu la vie de la personne, ne sont pas malades. De même, il ne s'agit pas de soutenir que les enfants qui à la naissance présentent un état intersexué associé à une absence de sortie du canal de l'urètre ne sont pas dans un état pathologique. Dans tous ces cas de figure, il y a bien une pathologie à traiter, mais le traitement à mettre en œuvre n'implique pas la suppression de l'intersexuation. Il est seulement nécessaire de traiter l'état pathologique : dans le premier exemple en recourant à un traitement médicamenteux pour éviter la perte de sel, dans le second, en procédant à une ouverture du canal de l'urètre.

[18] Rappr. GUEZ, 2015 : n° 18.

[19] Si l'on tenait vraiment néanmoins à mettre en œuvre une thérapie, seule une « thérapie institutionnelle » serait envisageable, pour reprendre une expression parfois utilisée par les psychiatres. Autrement dit, à l'image de ce que pratiquait au siècle dernier Frantz Fanon, dans les hôpitaux psychiatriques en Algérie française (KHALFA, 2015), il s'agirait de soigner l'institution elle-même, la société française ici, laquelle paraît être l'une des causes

motivées par l'intersexuation du fœtus, ne peuvent en aucun cas répondre aux conditions de l'interruption médicale de grossesse. En effet, l'article L. 2213-1 du code de la santé publique ne permet de telles interruptions de grossesse — outre l'hypothèse ici non pertinente du péril grave pour la femme — qu'en cas d'affection du fœtus qui serait « d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Or, tel n'est pas le cas de l'intersexuation. Dès lors, les actes médicaux précités et réalisés sur des personnes intersexuées n'exprimant aucune souffrance sont illicites. G. Canguilhem n'aurait assurément pas désavoué une telle conclusion, lui qui considérait que l' « anomalie [au sens de variation rare] ou la mutation ne sont pas en elles-mêmes pathologiques. Elles expriment d'autres normes de vie possibles. » (CANGUILHEM, 1979 : p. 91). Elles ne deviennent pathologiques que si, aurait dit Lennart Nordenfelt, dans un contexte donné elle ne permettent pas d'accomplir les buts jugés vitaux de l'individu (NORDENFELT 1995, cité par Giroux, 2010 : p. 134). Or, en France aujourd'hui, l'on peine à voir quels seraient ces buts vitaux que l'état intersexué empêcherait de poursuivre[20]. Quoi qu'il en soit, cette illicéité des actes médicaux d'assignation sexuée ne résulte pas seulement de l'absence de caractère pathologique de l'intersexuation, elle procède également de l'absence de nécessité des actes censés la réparer.

12. **Des actes non nécessaires –** Pour être licite, un acte médical doit être nécessaire au regard du but poursuivi, généralement un but thérapeutique[21]. Cette nécessité implique que l'acte en cause ait une possibilité de parvenir au résultat, que la balance bénéfices-risques n'apparaissent pas manifestement disproportionnée et qu'enfin il n'existe pas d'autres actes produisant des résultats équivalents ou meilleurs et à moindre risques (COUSIN, 2016 : n°s 489-499). En l'espèce si, les actes médicaux d'assignation sexuée semblent avoir une chance de parvenir au résultat attendu, ils ne paraissent en revanche nullement nécessaires lorsqu'on met en balance leurs inconvénients et leurs avantages ou que l'on compare ces avantages avec ceux d'autres techniques présentant moins de risques. Ceci peut être montré tant pour les actes médicaux réalisés après la naissance que pour ceux qui sont effectués avant celle-ci sur un fœtus.

13. ***Pour les actes réalisés après la naissance* –** 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 font apparaître que le résultat de ces actes médicaux, à s'en tenir aux actes chirurgicaux, n'est pas toujours efficace (DREGER, 1999 ; KRAUSS *et al.*, 2008 : p. 16-36 ; PICQUART, 2009 ; DUBOIS et ILTIS, 2016). Ceci tient tout d'abord à la difficulté qu'il y a, pour certains états d'intersexuation, à déterminer avant toute manifestation de l'identité sexuée de l'enfant, le sexe qui lui correspondrait le mieux[22]. À cet égard, opérer un enfant apparaît comme un pari sur l'avenir qui ne devrait pas être pris. 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

---

principales des souffrances psychiques endurées par les personnes intersexuées, en raison de la non reconnaissance par cette société des personnes intersexuées.

[20] Rappr. *infra* note n° 30.

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

[22] 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 ; rappr. TGI Nanterre, TGI Nanterre, 1 juin 1999 (infirmé) cité dans CA Versailles, 22 mai 2000, RG n° 7799-99, Juris-Data 2000-13495). 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 d'assignation sexuée : MARTIN, 1961 : p. 737.

jour à résoudre les problèmes techniques existants[23]. Enfin, 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 à la construction de laquelle il n'a pas pu participer (STARCK, 2010 : p. 288-290)[24]. On le voit, les inconvénients de ces actes chirurgicaux sont nombreux. Sont-ils pour autant compensés par d'importants avantages ?

14. 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[25]. Néanmoins, ce bénéfice ne repose sur aucune étude scientifique rigoureuse (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 d'assignation sexuée existent depuis plus de cinquante ans. Certes, depuis les années 2000, « des études sur la qualité de vie et surtout sur la santé, la sexualité et la reproduction des intersexué·e·s commencent à devenir une exigence professionnelle au sein des centres spécialisés » (RAZ, 2016 : p. 150). Cependant, ces études sont entachées d'un nombre important de biais méthodologiques qui en font des éléments de preuve extrêmement fragiles des bénéfices allégués (RAZ, 2016).

Surtout, il doit être relevé que le même avantage peut être obtenu par des méthodes alternatives « douces » qui, tels le suivi psychothérapique 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 d'assignation sexuée[26]. Ceci explique au demeurant pourquoi la littérature médicale, antérieure à la généralisation de la pratique de l'assignation sexuée, témoignait du relatif bien-être de personnes non opérées (GREENBERG, 1999 : p. 325-326).

Pour l'ensemble de ces raisons, la balance bénéfice-risque penche, pour ces actes chirurgicaux d'assignation sexuée, très nettement du côté des risques. Dès lors, ces actes ne peuvent en principe pas être qualifiés de nécessaires, au sens de l'article 16-3 du code civil[27]. Ils sont donc en principe illicites, sauf à ce que la personne intersexuée elle-même module le rapport abstrait des inconvénients et des risques des différentes méthodes disponible, en fonction de ses propres préférences. Ce réajustement de la balance ne peut être fait que par la personne elle-même, dûment informée. Hormis cette hypothèse, l'illicéité des actes médicaux d'assignation sexuée doit être retenue. C'est d'ailleurs ce qu'avait semble-t-il jugé il y a

[23] 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, etc (cf. not. KUHNLE, 1995 ou CREIGHTON, 2001 : p. 124-125). Ces inconvénients sont tels que les résultats insuffisants de ces opérations étaient jadis dissimulés aux patients (KREISLER, 1970 : p. 96 s. ; RAJON, 2008 : p. 78 ou DREGER, 2010 : p. 76).

[24] Rappr. MEYNARD, 2008 : p. 19-21 et 2016 : p. 36-45. L'auteur y évoque des problématiques similaires à propos des implants cochléaires introduits dans l'oreille de très jeunes enfants sourds pour les conformer à la norme sociale des « Entendants ».

[25] Cf. en dernier lieu MOURIQUAND *et al.*, 2016. Dans cet article, coécrit par trente professionnels de santé du monde entier, neufs buts sont avancés pour justifier la chirurgie sur les enfants d'intersexués. Or, six de ces objectifs concernent principalement l'amélioration d'un prétendu bien-être psychique et social de l'enfant et non la guérison d'une réelle pathologie.

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

[27] *Contra* CALLU et CHATELAIN, 2015.

quelques années le Tribunal de grande instance de Nanterre qui, amené à statuer sur une demande en rectification d'état civil, avait incidemment affirmé que celle-ci constituait une « **opération castratrice** [qui] ne peut permettre à l'enfant de devenir une femme à part entière, que rien ne permet d'affirmer que l'enfant devenu majeur et libre de ses choix, présentera une apparence physique et un comportement social à dominante féminine en accord avec l'intervention chirurgicale qu'il a subie et l'éducation qu'il aura reçu »[28].

15. ***Pour les actes réalisés avant la naissance*** **–** La même analyse peut être retenue pour les actes médicaux d'assignation 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 *et al.*, 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, en raison des dangers qu'elle faisait peser sur les participants au protocole de recherche (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, eu égard au 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.

16. Compte tenu de leur absence de but thérapeutique et de leur caractère non nécessaire, les actes médicaux précédemment envisagés sont illicites. Ils sont dès lors susceptibles d'engager la responsabilité civile, administrative ou pénale de ceux qui les réalisent ou qui les financent[29]. En effet, cette illicéité constitue assurément une faute civile ou administrative, suivant que, schématiquement, l'acte a eu lieu dans un établissement public ou privé. Elle constitue en outre une faute pénale, dès lors qu'en raison de l'illicéité de ces actes médicaux, le médecin ne peut plus prétendre échapper aux infractions sanctionnant l'atteinte à l'intégrité physique : il ne répond plus aux conditions de l'article 16-3 et ne peut donc plus justifier sa conduite par l'autorisation que lui donne ce texte légal comme fait justificatif (article 122-4 c. pén.).

1.1.2. Une protection insuffisante

17. **Plan** – La protection octroyée par le droit des responsabilités civile, administrative et pénale n'est pas suffisante, à la fois car les textes organisant cette protection sont imprécis et aussi car d'autres textes semblent encourager les professionnels de santé à ignorer ces premiers textes. D'une part, car l'imprécision — volontaire (COUSIN, 2016 : n° 565) — de la notion de nécessité médicale rend bien plus délicate la contestation des actes médicaux réalisés aux marges de la médecine. D'autre part, car la protection de l'intégrité qu'offre *a posteriori* l'existence d'une action en responsabilité est contrebalancée par d'autres mécanismes juridiques, qui incitent au contraire les professionnels de santé à réaliser des actes médicaux d'assignation sexuée.

18. **Une protection imprécise** – La protection octroyée par le droit des responsabilités civile, administrative est pénale s'avère d'une part insuffisante car sa mise en œuvre au cas d'espèce dépend du jugement porté sur l'existence ou non d'une nécessité médicale. Or, cette notion, nous l'avons aperçu plus haut, est fort complexe et le législateur n'a volontairement guère

[28] TGI Nanterre, 1 juin 1999 (infirmé), cité dans CA Versailles, 22 mai 2000, RG n° 7799-99, Juris-Data 2000-13495.

[29] Sur les différentes responsabilités encourues par les professionnels de santé recourant à des actes d'assignation sexuée illicites, cf. MORON-PUECH, 2010 : p. 40-44.

fourni d'effort pour la clarifier (COUSIN, 2016 : n° 565). Cette imprécision emporte comme conséquence qu'aucune autorité officielle française n'a pour l'instant reconnue l'absence de nécessité médicale de ces actes d'assignation sexuée. Interrogée sur la légalité de ces pratiques *via* une question ministérielle, Laurence Rossignol a refusé de condamné ces pratiques médicales en soulignant la complexité de la question et a indiqué qu'elle saisirait prochainement le Comité consultatif national d'éthique[30]. Le défaut de reconnaissance officielle de l'absence de nécessité médicale des actes d'assignation sexuée conduit à rendre insuffisante cette protection qui, en pratique, n'existe alors guère. Pour l'instant, que ce soit en France ou en Europe, n'a été rendue publique aucune action en responsabilité fondée sur l'absence de nécessité médicale des actes d'assignation sexuée réalisés sur les personnes intersexuées[31], ce qui n'a pas manqué de préoccuper le Comité contre la torture lorsqu'il a été saisi de cette question[32]. Cette absence de toute action en justice est d'autant plus préoccupant que, comme le relèvent deux comités de l'ONU, ces actes médicaux sont régulièrement réalisés dans les établissements de santé français[33].

19. Une protection contrebalancée – D'autre part, si les mécanismes de protection précités sont insuffisants, c'est aussi parce que leur effet dissuasif se trouve contrarié par au moins deux dispositions qui tendent à inciter les professionnels de santé à effectuer des actes médicaux illicites. D'abord, l'existence des actes médicaux d'assignation sexuée est encouragée par le n° 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 intitulée *Règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation*[34]. Ce texte incite en effet les parents à réaliser des « traitements appropriés » destinés à permettre l'inscription à l'état civil du sexe masculin ou féminin d'un enfant intersexué[35]. Ensuite, ces traitements sont indirectement encouragés par la Classification commune des actes médicaux (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 »[36]. En effet, la CCAM ne subordonne actuellement à aucune exigence thérapeutique la prise en charge de nombre d'actes médicaux d'assignation sexuée, ce qui permet de financer des actes illicites car ne répondant à aucun motif autorisé par la loi[37].

---

[30] JO Sénat du 10/02/2016, page 2485.

[31] Cf. *infra* n° 31.

[32] « Le Comité […] est aussi préoccupé par le fait que ces interventions, qui entraîneraient des souffrances physiques et psychologiques, n'ont encore donné lieu à aucune enquête, sanction ou réparation » : Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016, § 34.

[33] Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 févr. 2016, § 47 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 22 juillet 2016, § 17, (f).

[34] Ces dispositions existent depuis une instruction du 19 février 1970 qui les a introduites dans l'instruction générale relative de l'état civil (§ 224, *b*).

[35] *Adde* la réponse ministérielle du 2 septembre 2014, répondant à la question n° 48696 du député du Gwendal Rouillard, où ces actes médicaux d'assignation sexuée sont à nouveau encouragés. Comp., légèrement plus mesuré, la réponse de la ministre Marisol Touraine à la question n° 1276S précitée de Maryvonne Blondin.

[36] Art. L. 182-2-1 du code de la sécurité sociale.

[37] D'une manière générale, l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale, lequel conditionne le remboursement des actes médicaux à leur inscription sur la CCAM, n'exige nullement le caractère pathologique de l'acte (comp. CATTO, 2014a : n° 447). L'on en veut pour preuve que la CCAM contient des actes non thérapeutiques, en particulier des actes à visée procréative (cf. par exemple § 9.2. ou 9.3.1. de la CCAM) ou esthétique (cf. notamment § 3.2.6. de la CCAM). 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

20. Compte tenu de ces deux séries d'éléments — à la fois l'inefficacité des dispositifs existant et le fait qu'ils sont contrebalancés par des textes ayant un effet inverse — le droit français n'offre pas une protection satisfaisante de l'intégrité des êtres intersexués. Dans ces conditions, il apparaît opportun de réfléchir à la mise en place d'autres dispositifs normatifs susceptibles d'accroître cette protection.

1.2. Le renforcement des mécanismes de protection

21. Plan – Après avoir indiqué de quelle manière les mécanismes de protection de l'intégrité des personnes intersexuées pourraient être renforcés, il conviendra de montrer le caractère obligatoire de ces mesures pour l'État français.

22. Les modalités du renforcement de la protection – Le renforcement de la protection de l'intégrité 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.

23. ***La modification des textes existants*** **–** En premier lieu, l'amélioration de la protection de l'intégrité des personnes intersexuées implique la modification des textes favorisant les actes médicaux illicites. Ainsi, le n° 55 de la circulaire de 2011 précitée doit être amendé, de manière à ce que soit supprimée toute référence aux « traitements appropriés ». La CCAM doit également être amendée. D'une part, doit être supprimée la rubrique 8.7.1. de la CCAM, intitulée « correction des ambiguïtés sexuelles », laquelle comprend nombre des actes médicaux d'assignation sexuée dans un sexe féminin. D'autre part, pour lutter contre les autres actes d'assignation sexuée, dissimulés dans d'autres rubriques de la CCAM, doit être ajoutée une indication générale à tous les actes médicaux du chapitre 8 consacré à l'appareil urinaire et génital. Dans cette indication générale il serait précisé que les actes d'assignation sexuée ne sont pris en charge, pour les personnes inaptes à s'exprimer, que lorsqu'ils ont un but thérapeutique[38], ce qui exclurait alors les actes justifiés uniquement par le souci de conformer l'enfant aux idéaux-types des corps masculin ou féminin.

24. ***La création de nouveaux mécanismes de protection*** – En second lieu, pour renforcer la protection de l'intégrité des personnes intersexuées, il apparaît opportun de renforcer les mécanismes de prévention des atteintes qui peuvent lui être portées. En effet, les dispositifs actuels de protection 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

---

premières mentionnent, dans leur intitulé, la finalité diagnostique ou thérapeutique de l'acte médical à réaliser, alors que la septième rubrique (8.7.), qui comprend certains des actes médicaux d'assignation 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 rubrique 8.7. comprend, outre la sous-rubrique consacrée aux actes médicaux d'assignation sexuée sur les personnes intersexuées (8.7.1.), une sous-rubrique intitulée « opérations pour transsexualisme » (8.7.2.). Or, depuis le décret n° 2010-125 du 8 févr. 2010, il ne semble plus possible de considérer que ces dernières « opérations » répondent à une finalité thérapeutique. Pourtant, ces actes médicaux continuent à être remboursés, puisqu'ils figurent toujours sur la CCAM. Où l'on voit bien que la rubrique 8.7.1. n'est, en général, nullement subordonnée à un motif thérapeutique. Dès lors, pour qu'un tel motif soit, en particulier, exigé pour l'un des actes d'assignation sexuée compris dans cette rubrique, il faudrait que ce motif soit expressément mentionné. Or tel n'est pas le cas : aucun des actes de la rubrique 8.7.1. ne mentionne le caractère thérapeutique de l'acte réalisé. Voilà pourquoi il nous semble que la CCAM ne subordonne pas le remboursement de tous les actes médicaux d'assignation sexuée à une nécessité thérapeutique.

[38] Cette précision est nécessaire car, comme indiqué plus haut (note n° 42), l'inscription d'un acte sur la CCAM ne suppose pas nécessairement que cet acte soit thérapeutique.

en responsabilité peuvent avoir une fonction préventive, lorsque de telles actions sont médiatisées, cela suppose à tout le moins que de telles actions en justice existent. Or, tel n'est pour l'instant pas le cas en France. Dès lors, une meilleure protection de l'intégrité des personnes intersexuées implique de renforcer les mécanismes de prévention des actes médicaux illicites.

25. Pour cela, plusieurs solutions peuvent être envisagées. D'abord, il peut être opportun de mener une campagne d'information par laquelle les « pouvoirs publics » souligneraient l'illicéité des actes médicaux d'assignation sexuée[39]. À supposer que cette campagne d'information produise quelqu'effets, il n'est pas sûr cependant qu'elle suffira à modifier le comportement des professionnels de santé pratiquant actuellement ces actes médicaux illicites.

26. 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. Ceci peut être fait soit en précisant d'une manière générale la notion de nécessité médicale prévue dans l'article 16-3 du code civil, comme le préconise un auteur (Cousin, 2016 : p. 242 s. et 346), soit en se limitant aux actes d'assignation sexuée. C'est dans cette seconde voie que s'est récemment orienté 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 d'assignation 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 le Ministre 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 indiqué 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 (art. 14, (5), (a)).

Pour l'instant, en France, si les actes médicaux d'assignation sexuée sont en principe réalisés dans un « centre de référence des maladies rares du développement sexuel »[40], aucun texte, contrairement à la loi maltaise, n'encadre l'activité de ces centres ou des professionnels y travaillant. Relevons en outre que le coordinateur national des centres français de référence, dans un article co-signé avec une enseignante-chercheure en droit, a encore récemment évoqué la réalisation d'actes médicaux d'assignation sexuée dans ces centres de référence, sans nullement douter leur licéité au regard des règles précédemment évoquées (CALLU et CHATELAIN, 2015). Où l'on perçoit que le dispositif actuel d'encadrement de la pratique médicale gagnerait à être différemment organisé.

27. Des améliorations obligatoires – La seconde question qui se pose est ici de savoir si l'amélioration de la protection de l'intégrité des personnes intersexuées constitue ou non une obligation pour la France. À considérer l'article 3 de la Convention de sauvegarde des Droits

[39] 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. Une telle réaction des pouvoirs publics pourrait intervenir prochainement, puisqu'un rapport du Sénat sur la question des actes médicaux d'assignation sexuée est attendue pour la fin de l'année 2016 (DUPONT, 2016).

[40] 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.

de l'Homme et des Libertés fondamentales (CSDHLF), duquel découle le droit à l'intégrité, une réponse positive s'impose, qu'il s'agisse de la modification des textes existants ou de la création de nouveaux mécanismes de prévention.

28. S'agissant en premier lieu des modifications proposées aux textes existants — le n° 55 de la circulaire précitée d'une part et à tout le moins la rubrique 8.7.1. de la CCAM d'autre part —, leur caractère obligatoire peut être défendu sur le fondement de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants énoncée par l'article 3 de la CSDHLF. En effet, il peut être montré que les actes médicaux d'assignation sexuée[41] constituent des traitements inhumains et dégradants, par ailleurs imputables aux autorités françaises.

S'agissant tout d'abord de la qualification de traitement inhumain et dégradant, l'atteinte à l'intégrité 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 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[42].

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 d'assignation 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.

29. Concernant en second lieu la création de nouveaux mécanismes de prévention des atteintes à l'intégrité 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 la plupart 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 précité, que les États ont l'obligation de prévenir la violation du droit à l'intégrité des personnes vulnérables, en particulier les jeunes enfants[43].

En l'espèce, compte tenu de l'absence de mécanismes efficaces de prévention des atteintes à l'intégrité auxquelles sont exposées les personnes mineures intersexuées, il est permis de

---

[41] 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 : nos 123 et 138). En outre, même à supposer ce texte applicable, il n'est pas certain que la violation du droit posé par ce texte 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.

[42] 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.

[43] 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.

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 les mesures ci-avant proposées ou toute autre mesure équivalente. 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 tant que n'aura pas été renforcée la protection de l'intégrité des personnes intersexuées.

2. La réparation des atteintes à l'intégrité des personnes intersexuées

30. Plan – L'illicéité probable des actes médicaux d'assignation sexuée entraîne toute une série de conséquences, les plus graves étant les responsabilités civile, administrative et pénale des 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 informés des actes médicaux réalisés sur un enfant dont la mention du sexe aurait été laissée vide en application du n° 55 de la circulaire précitée. Cependant, nous allons le voir, de telles actions en justice n'apparaissent pas en pratique comme une réparation adéquate aux atteintes dont ont pu être victimes les personnes intersexuées (2.1.), de sorte qu'il paraît nécessaire de réfléchir à la mise en place d'un mécanisme d'indemnisation *ad hoc* (2.2.).

2.1. Les limites du droit de la responsabilité

31. La rareté du contentieux – Pour l'instant, en Europe, les contentieux en responsabilité médicale contestant le principe même des actes d'assignation sexuée semblent inexistants (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 : p. 54). À notre connaissance, 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 l'illicéité des actes médicaux d'assignation sexuée en eux-mêmes[44]. En outre, certaines de ces décisions ont expressément relevé l'absence de faute médicale dans le traitement mis en œuvre[45]. Un contentieux est néanmoins en cours en Caroline du Nord et la décision est attendue prochainement (SAUSSER, 2015). Par ailleurs, s'il est probable que l'actuel contentieux français autour du « sexe neutre »[46] contribue à sensibiliser davantage de personnes à l'illicéité des actes d'assignation sexuée et conduise à terme à un contentieux sur ce point, il est néanmoins probable que peu de personnes se tourneront vers les tribunaux pour obtenir la réparation de leur dommage. Cela pour au moins trois raisons[47].

32. Les causes de cette rareté. *Le coût des actions* – En premier lieu, la rareté des contentieux s'explique par l'importance des différents coûts (*lato sensu*) que de telles actions en justice

[44] OLG Cologne, 3 sept. 2008, n° 5 U 51/18 ; LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n° 4 O 7000/11. Dans cette dernière décision, les magistrats ont néanmoins relevé qu'à l'époque des soins, bien que la pratique d'une information tronquée du patient soit monnaie courante, il n'y avait aucun argument thérapeutique justifiant que le patient ne soit pas totalement informé.
[45] LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n° 4 O 7000/11.
[46] TGI Tours, 20 août 2015 et CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281.
[47] 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 » (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 : p. 53).

impliquent, le coût le plus important étant sans doute de nature psychologique[48, 49]. 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 médicales traumatisantes qu'elles ont subies durant leur enfance. 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 en justice.

Dans l'affaire du « sexe neutre » précitée[50], le requérant est une personne intersexuée, née avant la généralisation des actes médicaux d'assignation sexuée et dont l'intégrité physique n'a, en conséquence, pas été atteinte[51]. Ce point est important, car il n'est pas certain que si cette personne avait subi des actes médicaux d'assignation 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 (les décision font état d'attestation de son thérapeute) et qu'elle nous a personnellement indiqué qu'il en était ainsi depuis vingt-deux ans. En outre, en entretien, cette personne nous a confié pratiquer une forme de « méditation d'origine indienne, une heure le matin et une heure le soir, tous les jours sans exception depuis 42 ans et que c'est vrai, cela m'a donné une très grande force, mais à peine suffisante pour m'adapter à la binarité ambiante obligatoire »[52]. Tous ces éléments suggèrent que si cette action en justice a été rendue possible, c'est en raison de l'important capital psychologique du demandeur, capital qui lui a permis de supporter le coût psychologique de cette action.

33. ***La présence d'obstacles juridiques*** – En second lieu, si ces actions ne sont pas mises en œuvre, c'est aussi à cause d'obstacles juridiques sérieux. D'abord, un problème 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. Ensuite, un problème de preuve : les personnes intersexuées éprouvent de réelles difficultés d'accès à leur dossier

[48] Le coût psychologique semble un impensé dans la doctrine juridique. 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.

[49] Le coût économique est ici négligeable. Certes, les contentieux en question entraîneront des frais d'avocat puisque la présence de celui-ci est en droit obligatoire (action en responsabilité civile ou administrative) ou à tout le moins l'est *de facto* (action en responsabilité pénale). Cependant, ce coût sera très largement pris en charge par la collectivité compte tenu de l'article 9-2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. En effet, ce texte dispense de conditions de ressources les personnes demandant à bénéficier de l'aide juridique lorsqu'elles agissent en réparation des dommages résultant des graves atteintes à la personne. Or, si l'on admet l'analyse jusqu'à présent développée, tel est justement le cas des actions en responsabilité que pourraient exercer les personnes intersexuées. Au demeurant, nous savons, à la suite d'une consultation bénévole, qu'au moins une telle demande d'aide juridictionnelle a été accordée.

[50] *Supra* note n° 31.

[51] C'est ce qui ressort de l'entretien accordé par cette personne au journal 20 minutes, le 14 octobre 2015.

[52] Que cette personne, qui a souhaité préservé son anonymat, soit ici remerciée pour nous avoir autorisé à retranscrire ses propos tirés d'une correspondance privée.

médical soit parce que celui-ci a été « égaré »[53], soit parce que celui-ci a été détruit, eu égard aux délais de conservation trop courts dans leur cas[54].

34. ***Des actions aux résultats insatisfaisants*** – En troisième lieu, la rareté de ces actions en justice 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 d'actions en responsabilité individuelle et à faire des professionnels de santé les 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[55].

35. 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*.

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

36. **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[56]. Ce fonds aurait vocation à indemniser les dommages subis par les personnes intersexuées, au moyen d'une procédure simplifiée qui ne ferait pas pour autant obstacle à la mise en œuvre des mécanismes de droit commun. Cette procédure simplifiée devrait permettre aux victimes d'être auditionnées, de manière à ce que leur douleur soit entendue par la société et leur témoignage consigné dans des archives publiques. À défaut, la catharsis des victimes ne pourrait guère s'opérer (rappr. KNETSCH, 2011 : n° 431).

Après avoir indiqué en quoi la création d'un tel fonds paraît opportune (2.2.1.), il conviendra de s'interroger sur le caractère obligatoire de la mise en place de cet autre mécanisme d'indemnisation (2.2.2.).

2.2.1. Le fonds d'indemnisation, un mécanisme opportun

---

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

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

[55] 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 d'assignation 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.

[56] Sur la distinction des fonds rétrospectifs et prospectifs, cf. KNETSCH, 2011 : nos 140 s.

37. La proposition de créer un fonds d'indemnisation n'est pas inédite. Elle a déjà été préconisée par le Conseil d'éthique allemand dans son rapport sur « l'intersexualité » (*sic*) (CONSEIL D'ETIQUE ALLEMAND, 2012 : p. 169 s.). Une telle proposition apparaît 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.).

38. 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, dans ces situations, eu égard au nombre de personnes impliquées, l'existence d'un conflit durable entre les membres de la société peut porter atteinte à la paix sociale. De même, en faisant du corps médical le premier responsable de ces catastrophes sanitaires, alors que l'État a aussi sa part de responsabilité, la multiplication du contentieux peut porter atteinte à la confiance nécessaire qui doit être placée dans la médecine.

39. Or, de telles raisons, à l'exception peut-être du risque d'encombrement des juridictions, sont bien présentes pour le contentieux des actes d'assignation 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 la plupart de ces opérations sont réalisées, ou de l'État lui-même. Plus précisément, l'État est impliqué pour au moins trois raisons niveau. D'abord, en raison de son rôle actif et direct , en ce que plusieurs textes incitent les professionnels de santé à réaliser ces actes[57]. Ensuite, indirectement, en raison du pouvoir de tutelle exercé par le ministère de la santé et des affaires sociales d'une part sur les établissements de santé où ces actes médicaux sont réalisés, d'autre part sur les organismes d'assurance maladie qui les financent. Enfin, même lorsque ces actes d'assignation sexuée ont été dénoncés à des autorité publiques ou en présence de celles-ci, ces dernières n'ont pas réagi[58].

En second lieu, au moins dix mille personnes semblent avoir été concernées en France par ces actes illicites[59], qu'il s'agisse des personnes intersexuées ayant subi ces actes illicites, de leurs proches en ayant subi les conséquences ou des personnes les ayant réalisé ou financé. Or,

[57] Cf. *supra* n° 19.

[58] Cf., par ordre chronologique, le comportement en appel du ministère public dans l'affaire du TGI de Nanterre évoquée plus haut au n° 14 où, au lieu de diligenter des enquêtes sur la licéité des opérations d'assignation sexuée, a au contraire soutenu la demande des parents visant à légitimer *a posteriori* ces opérations par un changement d'état civil.sachant la qualification que les premiers. Cf., ensuite, l'absence de suites au rendez-vous alertant la ministre sur l'illicéité de ces pratiques en septembre 2014 (*supra* note n° 3). Cf., enfin, la réponse ministérielle évoquée plus haut au n° 18.

[59] Selon les estimations les plus basses, ne comprenant pas en compte les opérations des hypospades, un enfant sur 4 500 naîtrait intersexué (HUGUES *et al.*, 2007), de sorte que, même en admettant (hypothèse minimaliste) que seuls la moitié de ces enfants ait subi des actes d'assignation sexuée, il existe, en tenant compte des 787 034 naissances intervenues en moyenne entre 1960 et 2015 (chiffres INSEE), environ 5 000 personnes opérées illicitement. 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.

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. La création d'un tel fonds serait-elle pour autant obligatoire ?

2.2.2. Les fonds d'indemnisation, un mécanisme obligatoire ?

40. Plan – 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 résulter soit de conventions internationales, en particulier la CSDHLF, soit de textes à valeur constitutionnelle.

2.2.2.1. Une obligation fondée sur la CSDHLF ?

41. S'agissant tout d'abord des textes internationaux, il est permis de se demander si, au regard de la CSDHLF, 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 CSDHLF, 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 cette Convention que les États parties à celle-ci « 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 al.*, 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[60] sont suffisamment prégnants pour que l'absence d'un mécanisme *ad hoc* d'indemnisation, puisse être considéré comme un manquement de la France à son obligation positive d'assurer la réparation des dommages subis par les personnes intersexuées. Il serait 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. Ajoutons que la Cour pourrait trouver quelques renforts dans le droit international européen, en particulier dans l'article 30 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. Ce texte, ratifié par la France, impose en effet aux États signataires de mettre en place des procédures d'indemnisation dans le cas où les procédures existantes ne fonctionneraient pas[61].

L'issue d'un recours qui serait porté en ce sens devant la Cour 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 de celles qu'il faudrait édicter pour mettre

[60] Cf. *supra* nos 32-34.

[61] La Convention paraît dans son intitulé formellement limitée aux femmes, mais une interprétation systémique de celle-ci, appuyée sur les article 4, §1 et 3 de la Convention, ainsi que sur les §53 et 87 du rapport explicatif à celle-ci, pourrait amener à penser que cette convention s'applique plus généralement aux violences fondées sur l'identité sexuée.

sur pied 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 ?

2.2.2.2. Une obligation fondée sur les normes constitutionnelles ?

42. Plan – À l'heure actuelle, il n'existe à notre connaissance aucun acte juridique qui aurait explicitement admis que les pouvoirs publics pourraient avoir dans certaines circonstances une obligation de créer un fonds d'indemnisation. Pourtant, il nous semble que plusieurs arguments pourraient être avancés au soutien de la création d'un tel fonds. Après avoir exposé les arguments constitutionnels en faveur du caractère obligatoire d'un tel fonds, nous exposerons de quelles manière ces arguments pourraient prospérer en justice si d'aventure cette voie était choisie par les personnes intersexuées pour porter leurs demandes[62].

43. Les arguments en faveur d'un fonds obligatoire – 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[63]. 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 ». En qualifiant le traitement infligé aux personnes intersexuées comme une calamité nationale l'on pourrait soutenir que ces personnes doivent bénéficier de la solidarité nationale. L'application de l'alinéa 12 du Préambule de 1946 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 ?

44. *L'existence d'une calamité nationale* – D'une part, la situation des personnes intersexuées peut-elle être considérée comme le résultat d'une calamité nationale ? À en croire un auteur, qui a étudié 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 calamités nationales à la guerre, le Président de la Commission de la Constitution indiquait qu'il s'agissait 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 Gérard 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.

45. *L'existence d'un droit à la solidarité nationale* – D'autre part, 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

[62] Des démarches extra-juridictionnelle sont d'ores et déjà en cours auprès du Sénat. Ainsi une table ronde a eu lieu en mai dernier, au cours de laquelle la proposition de créer un fonds d'indemnisation a été portée. Un compte-rendu de ces travaux est disponible en ligne.
[63] CC, 6 mai 1991, n° 91-291 DC, cons. 22.

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, cet alinéa du Préambule ne serait pas directement applicable, de sorte que les personnes intersexuées n'auraient aucunement le droit d'être indemnisé par un fonds d'indemnisation alimenté par la solidarité nationale. Il est permis cependant, d'une part, de ne pas partager cette opinion et, d'autre part, quand bien même l'on y adhérerait, de montrer en quoi celle-ci ne fait en l'espèce nullement obstacle à la création d'un fonds obligatoire, compte tenu de ce que ce droit à la solidarité nationale a d'ores et déjà été largement précisé par le législateur.

46. D'une part, l'opinion traditionnelle suivant laquelle l'alinéa 12 ne serait pas directement invocable par les justiciables ne paraît plus pertinente de nos jours pour deux raisons.

Premièrement, il doit être relevé que ce raisonnement de la doctrine traditionnelle s'appuie sur des décisions du Conseil d'État[64] 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*[65], cette position a été abandonnée par le Conseil d'État. En outre, l'étude de la jurisprudence du Conseil d'État à l'égard de la charte de l'environnement laisse apercevoir que le Conseil d'État paraît dorénavant plus enclin que par le passé à considérer que des normes constitutionnelles imprécises puissent être directement invocables par le justiciable. En effet, même pour les textes imprécis de la Charte, le Conseil d'État accepte d'examiner des recours fondés sur ces textes lorsque les exigences qu'ils contiennent n'ont pas été précisées par le législateur[66]. Compte tenu de ces différents éléments, il serait tout à fait compréhensible que la jurisprudence dégagée par le Conseil d'État à propos de l'alinéa 12 et non réitérée depuis lors, ne soit pas dans l'avenir maintenue. Dès lors, il paraît délicat aujourd'hui de prétendre que le Conseil constitutionnel refuserait de reconnaître le caractère directement invocable de l'article 12 pour le seul motif que le Conseil d'État en aurait ainsi décidé dans les années soixante.

Deuxièmement, si l'on se tourne vers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il apparaît que ce dernier s'est jusqu'à présent bien gardé de prendre position sur le caractère directement invocable de l'alinéa 12 du Préambule de 1946. Alors que cet alinéa 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[67]. Au contraire, dans au moins une décision, le Conseil constitutionnel a

---

[64] 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.

[65] CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.

[66] Cf., *a contrario*, CE, 19 juin 2006, *Association eau et rivière de Bretagne*, n° 282456 ; CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n° 344522 et CE, 12 juin 2013, *Fédération des entreprises du recyclage*, n° 360702.

[67] Comp. KNETSCH, 2011 : n° 123, qui s'appuie sur la décision CC, 30 déc. 1987, n° 87-237, cons. 22, décision dans laquelle 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

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[68], 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 par les auteurs entre ces deux textes, il est permis de penser que le raisonnement expressément développé par le Conseil constitutionnel pour l'alinéa 11 pourrait être dans l'avenir étendue à l'alinéa 12.

Ajoutons que si le Conseil constitutionnel souhaitait s'engager dans cette voie il pourrait s'appuyer sur les travaux préparatoires à l'alinéa 12 du préambule de 1946. Certes, la lecture de ces travaux révèle l'importance du rôle conféré par le constituant au législateur dans le processus d'indemnisation. Cependant, cela n'implique pas nécessairement que le « droit » proclamé dans cet alinéa 12 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[69], « 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

Pour toutes ces 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. Même si une telle analyse venait à être retenue, il ne semblerait pas pour autant qu'elle puisse faire obstacle à la possibilité pour les personnes intersexuées de bénéficier de la solidarité nationale, dès lors que, comme nous l'avons indiqué plus haut[70], les organes de l'État sont en partie responsables des actes médicaux d'assignation sexuée.

À l'inverse, si cette analyse renouvelée de l'alinéa 12 du Préambule de 1946 venait à être totalement rejetée, il peut être montré que les personnes intersexuées ne s'en trouveraient pas pour autant démunies.

47. D'autre part, même à supposer que le Conseil constitutionnel s'en tienne à l'interprétation doctrinale traditionnelle de l'alinéa 12, il peut être montré que les personnes intersexuées devraient pouvoir bénéficier de la solidarité nationale. En effet, il est permis de penser que le législateur est d'ores et déjà intervenu pour préciser les contours du droit à la solidarité nationale en présence d'une catastrophe sanitaire. En effet, ces dernières années, le législateur a progressivement mis en place, via l'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, par application de l'article L. 1142-22 du code de la santé publique, l'ONIAM prend déjà en charge les dommages en

---

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 ».

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

[69] 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.

[70] *Supra* n° 39.

rapport avec les « affaires » du sang contaminé, de l'amiante, des hormones de croissance, du Médiator® et demain, sans doute, de la Dépakine®[71]. Certes, ce fonds ne couvre pas à l'heure actuelle les dommages subis par les personnes intersexuées, mais il serait particulièrement simple pour le législateur d'ajouter ceux-ci à la liste des dommages pris en charge par l'article L. 1142-22 du code de la santé publique. 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. Or, la catastrophe sanitaire concernant les personnes intersexuées est de la même ampleur que celle ayant été jusqu'à présent indemnisé[72], de sorte que les personnes intersexuées devraient elles aussi pouvoir bénéficier de l'alinéa 12 précité. Reste à présent à examiner comment mettre en œuvre ce droit à la solidarité nationale et obliger ainsi la puissance publique à indemniser les personnes intersexuées.

48. La procédure de reconnaissance juridictionnelle de cette obligation – Si les personnes intersexuées souhaitaient revendiquer en justice, et non dans l'arène politique, leur droit à bénéficier d'un fonds d'indemnisation, alors celles-ci devraient former une demande d'indemnisation auprès de l'ONIAM, en se prévalant de l'alinéa 12 du préambule de la Constitution de 1946, éventuellement combiné ave les articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen desquels découlent le principe d'égalité. En effet, si l'on admet que l'intersexuation est une catastrophe sanitaire de même ampleur que celles indemnisées jusqu'à présent, alors ce serait une atteinte au principe d'égalité que de ne pas l'indemniser les personnes victimes de cette catastrophe. Dans l'hypothèse, très probable, où l'ONIAM refuserait l'indemnisation, le requérant devrait attaquer cette décision individuelle devant le tribunal administratif compétent[73]. Il ne pourrait pas cependant directement contester cette décision au regard de l'alinéa 12 du Préambule, compte tenu de la théorie dite de la loi-écran. En effet, l'indemnisation des personnes intersexuées n'étant pas ouvertes par la loi, l'ONIAM ne peut guère y faire droit.

49. Cette difficulté serait néanmoins surmontable. Il suffirait pour cela au requérant de former une question prioritaire de constitutionnalité afin de contester la conformité aux textes constitutionnels précités de l'article L. 1142-22 du code de la santé publique. Le grief porté à ce texte serait que, dans la liste des catastrophes sanitaires ouvrant droit à indemnisation, est omise celle relative aux personnes intersexuées. En outre, une telle question serait sans doute jugée recevable au regard des conditions posées par l'article 61-1 de la Constitution telles que précisées par l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. En effet, cet article L. 1142-22 constitue une disposition législative, applicable au litige imaginé et qui n'a à ce jour jamais été déclaré conforme à la Constitution[74]. De plus, le droit à la solidarité nationale posé par l'alinéa 12 paraît bien intégrer la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit », au sens de l'article 61-1. Certes, le Conseil ne l'a pas encore jugé pour cet alinéa, mais il en a déjà jugé ainsi pour

[71] Cf. l'article 62 *quinquies* du PLFSS 2017, introduit par voie d'amendement par le Gouvernement.

[72] Pour les personnes intersexuées, nous avons évalué qu'au moins 5 000 personnes étaient concernées. On retrouve les ordres de grandeurs des précédentes affaires. Par exemple, pour le Médiator®, l'ONIAM indiquait dans un communiqué de presse, en juin 2016, avoir reçu plus de 9 000 demandes d'indemnisation. Pour la dépakine®, un rapport de l'ANSM donne un chiffre de 14 322 femmes exposées, sans indiquer combien d'entre elles seraient effectivement atteintes d'une affection.

[73] L'ONIAM étant soumis « à un régime administratif » (art. 1142-23), ses décisions relèvent du juge administratif.

[74] Si le Conseil a déjà été amené à s'intéresser à cet article dans sa décision n° 2012-659 DC du 13 déc. 2012, il s'est simplement prononcé sur la constitutionnalité d'un texte qui le modifiait et non sur cet article même.

l'alinéa 11[75], dont nous avons souligné plus haut la proximité avec l'alinéa 12. Enfin, cette question serait sans doute déclarée sérieuse au vu des arguments précédemment avancés[76].

50. Sans doute, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel du caractère obligatoire de la création d'un fonds d'indemnisation 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 cette obligation constitutionnelle,,l'incertitude pourrait être rapidement dissipée, compte tenu des délais inhérents au contentieux de constitutionnalité *a priori*. Dès lors, l'on ne peut qu'encourager les personnes concernées à se saisir de cet argument, en parallèle aux actions menées auprès du législateur.

*
* *

51. Au terme de ces développements, il apparaît que c'est à juste titre que les trois comités de l'ONU ont pointé du doigt la France pour le sort qui était réservé aux personnes intersexuées. Les actes médicaux d'assignation sexuée réalisés sur ces personnes sont en effet illicites et constituent des atteintes à l'intégrité des personnes intersexuées. Ces comités ont également eu raison d'inciter la France à prendre des mesures pour mieux protéger ces personnes et à mettre en place des mécanismes de réparation adéquats, tant les dispositifs actuels paraissent insuffisants.

Qu'adviendra-t-il demain de ces recommandations ? La France ouvrira-t-elle les chantiers juridiques qu'elles imposent ? Nous le pensons, non pas tant en raison de la force propre de ces recommandations, mais parce que les normes que celles-ci portent ne devraient être à nos yeux — et nous avons tenté ici de le démontrer — que l'application d'autres normes supra-législatives, directement invocables par les justiciables français : les normes constitutionnelles françaises et la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

[75] Not. CC, 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 et 8, Journal officiel du 17 mai 2012, page 9154, texte n° 8, Rec. p. 270
[76] *Supra* n° 46

Bibliographie

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]

BOORSE C., 2011. « Concepts of health and disease », *in* GIFFORD F. (dir.), *Handbook of Philosophy of Science*, Vol. 16: *Philosphy of Medecine*, Elsevier, 2013

BUNGE M., 2013. *Medical Philosophy, Conceptual Issues in Medicine*, 2013

CANGUILHEM G., 1979. *Le normal et le pathologique*, PUF, 4e éd.

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

CATTO M.-X., 2014a. *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*, LEH, 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]

COUSIN, C. 2016. *Vers une redéfinition de l'acte médical*, thèse sous la dir. FEUILLET-LIGER, B., Université Rennes 1, 22 nov. 2016

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

CREIGHTON S. *et al.*, 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. *et al.*, 2012. « Prenatal Dexamethasone for Congenital Adrenal Hyperplasia, An Ethics Canary in the Modern Medical Mine », *Journal of bioethical inquiry*, n° 9, p. 277-294 [http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3416978/]

DUBOIS J. M. et ILTIS A. S. (dir.), 2016. *Normalizing intersex. Voices*, John Hopkins University Press
[http://www.nibjournal.org/news/documents/Voices_2016_INTERSEX_FINAL.pdf]

DUPONT G., 2016. « Les intersexes revendiquent le droit de ne pas choisir de sexe », *Le Monde*, 14 mai 2016 [http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/05/13/les-intersexes-revendiquent-le-droit-de-ne-pas-choisir-de-sexe_4919066_3224.html]

GIROUX E., 2010. *Après Canguilhem : définir la santé et la maladie*, PUF, Philosophies

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]

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, n° 2-3, p. 169-181 [http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-007-9073-2]

HUGUES I. A. *et al.*, 2007. « Consequences of the ESPE/LWPES guidelines for diagnosis and treatment of disorders of sex development », *Best Practice & Research*, Sept. 2006, n° 21(3), p. 351-365 [http://fulltext.study/preview/pdf/2792248.pdf]

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

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

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. 1965, n° 17

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

MEYNARD A., 2008. « Parler avec les mains, entendre avec les yeux… », *Essaim*, 1/2008 (n° 20), p. 149-164 [www.cairn.info/revue-essaim-2008-1-page-149.htm]

MEYNARD A., 2016. *Des mains pour parler, des yeux pour entendre. La voix et les enfants Sourds*, Érès, Toulouse

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*, FENOUILLET D. (dir.), mémoire de Master 2, 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

MOURIQUAND P. *et al.*, 2016. « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », *Journal of pediatrics urology*, Volume 12, Issue 3, juin 2016, p. 139-149 [http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1477513116300122]

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]

NORDENFELT L., 1995. *On the Nature of Health. An Action-Theoretic Approach*, Dordrecht, Reidel Publishing Company

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

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

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

RAZ M., 2016. « Qualité de vie et fertilité dans les études de suivi des personnes intersexuées », *Cahiers du Genre*, 2016/1 (n° 60), p. 145-168 [http://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2016-1-page-145.htm]

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

SAUSSER L., 2015. « Lawyers prepare for medical malpractice trial in rare 'intersex' lawsuit », *The Post and Courier*, 25 mai 2015 [http://www.postandcourier.com/article/20150525/PC16/150529773/1514/lawyers-prepare-for-medical-malpractice-trial-in-rare-x2018-intersex-x2019-lawsuit]

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*, p. 364-384 [http://www.rtdh.eu/pdf/1995363.pdf]

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

VANTIGHEM, 2016. « Le Comité national d'éthique se saisit du dossier des personnes intersexuées », *20 minutes*, 4 avril 2016 [http://www.20minutes.fr/societe/1819239-20160404-comite-national-ethique-saisit-dossier-personnes-intersexuees]

Paris, 25 novembre 2016