



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. 2016.
hal-01356962v1

HAL Id: hal-01356962

<https://hal.science/hal-01356962v1>

Preprint submitted on 27 Aug 2016 (v1), last revised 28 Nov 2016 (v2)

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 – 2^e partie¹

Benjamin Moron-Puech²

*Chercheur au CNRS à l'IDEMEC de l'Université Aix-Marseille
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas*

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 physique 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 physiques 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.

Mots-clefs

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

¹ Ce travail fait suite à un premier article proposé à la revue *Socio* dans un numéro consacré au troisième sexe social et dans lequel était développé la question du droit à la vie privée des personnes intersexuées, c'est-à-dire les personnes dont l'identité sexuée, à la fois biologique, psychique et sociale, ne correspond pas aux standards masculins et féminins. Le présent article, dont l'introduction doit être complétée par celle du précédent article, se concentrera pour sa part sur le droit à l'intégrité physique.

² L'auteur tient à remercier Marie-Xavière Catto, Clément Cousin, Vincent Guillot, Jonas Knetsch, Mathieu le Mentec et Mila Petkova pour les avis qu'ils ont pu lui donner sur les questions ici traitées ou leur relecture. Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur.

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 âge³. 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 physique 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 d'effet direct 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 juger⁷. Or, compte tenu de l'influence de cette Cour sur notre droit national, il est de bon aloi, pour qui s'intéresse à 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 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 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. Pour une application récente, à propos du point de savoir s'il existait un consensus sur les conditions du changement d'état civil, cf. [CEDH, 10 mars 2015, Y. Y. c/ Turquie, n° 14793/08](#), § 29-34 et § 110.

3. **Plan** – À la lecture de ces recommandations onusiennes, deux interrogations se posent relativement au respect par la France du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées. D'abord, le droit français protège-t-il actuellement de manière satisfaisante l'intégrité physique des intersexuées et même plus largement — pour y englober les embryons⁸ — des êtres humains intersexués ? Ensuite, les mesures de réparations prévues en cas de violation de cette intégrité physique sont-elles 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 d'avantage d'instrument 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 physique des êtres intersexués paraît être remis en question dans deux situations. En premier lieu, des efforts importants sont mis en œuvre par notre société pour effacer 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 masculins et féminins (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, il n'est semble-t-il pas toujours permis aux êtres intersexués de naître vivant, compte tenu des interruptions de grossesse qui sont pratiquées lorsque l'intersexuation est décelée *in utero*⁹.

5. **Plan** – Dans un premier temps, il sera montré que ces deux sortes d'atteinte à l'intégrité physique des êtres intersexués — actes d'assignation sexuée et interruptions de grossesse — ne sont pas liées en tant que telles à l'absence de protection de l'intégrité physique des personnes intersexuées. En effet, des dispositifs de protection existent d'ores et déjà, puisque, nous le verrons, les textes actuels impliquent l'illicéité des actes médicaux précités et donc la responsabilité de leurs auteurs. Cependant, parce que ces textes ne sont pas appliqués, ils constituent une protection insuffisante du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées (1.1.). Par conséquent, dans un second temps, il y aura lieu d'envisager de quelle manière ce droit des personnes intersexuées pourrait être mieux protégé (1.2.).

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.

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 bien que de telles pratiques existent. Cf. notamment la [déclaration publique](#) faite à l'issue du 3^e 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).

1.1. L'insuffisance des mécanismes de protection existants

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

1.1.1. Les mécanismes de protection existant

7. **Plan** – Actuellement, en droit français, l'intégrité corporelle des personnes intersexuées est principalement protégée par le biais des mécanismes du droit des responsabilités civile, administrative et pénale qui viennent sanctionner les personnes réalisant des actes médicaux illicites. Or, il peut être montré que les actes médicaux réalisés sur les être 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'abord, il peut être montré que ces actes médicaux, qu'il s'agisse des d'assignations sexuées ou des interruptions de grossesse, n'ont pas de finalité thérapeutique, ce qui les rend illicite. Ensuite, s'agissant des seuls actes médicaux d'assignation sexuée, il peut être montré que ces actes ne sont pas nécessaires au regard du but qu'ils poursuivent, ce qui les rend là encore illicite.
8. **Des actes sans finalité thérapeutique** – Pour justifier les actes médicaux réalisés sur les êtres intersexués, le caractère thérapeutique de ces actes est souvent avancé¹⁰. Aux yeux des promoteurs d'une telle idée, l'intersexuation est une pathologie qu'il convient de faire disparaître soit en la soignant, soit en procédant à une interruption médicale de grossesse du fœtus intersexué. Cette qualification pathologique est discutable car elle repose sur une conception de la pathologie qui ne correspond pas à l'acception qu'en retient l'ordre juridique français. En effet, lorsque les autorités médicales affirment que les états intersexués sont par principe pathologiques, elles adoptent une conception de la pathologie que l'on pourrait qualifier, en s'inspirant de la distinction du normal et du pathologique développée par Georges Canguilhem (CANGUILHEM, 2013), de *normative*. Normative car c'est la société (médicale) qui décide si l'être est malade, posant par là une norme. Or, nous allons le montrer, telle n'est pas la conception que le droit français retient de la maladie. Ce dernier retient avant tout¹¹ une conception *ontologique* de la maladie, où c'est l'être (*ontos*) lui-même, l'individu, qui décide s'il est malade et non la communauté médicale.
9. Cette conception ontologique de la maladie peut être défendue en s'appuyant au moins sur trois arguments juridiques. D'abord, elle peut trouver appui sur la jurisprudence puisque, depuis fort longtemps, les juges ont refusé de présumer qu'un acte médical réalisé par un médecin poursuivait nécessairement un but thérapeutique et ont au contraire contrôlé cette finalité¹². Le fait qu'un acte soit pratiqué par un médecin, voir par la communauté médicale ne suffit pas à démontrer son caractère thérapeutique, et donc l'existence d'une pathologie à soigner. Si les juges ne s'estiment pas liés par la définition de la maladie retenue par les médecins, n'est-ce pas la preuve qu'ils rejettent une conception normative de la maladie ?

¹⁰ Certains actes médicaux pourraient toutefois être analysés comme poursuivant une fin esthétique (cf. MORON-PUECH, 2010 : n^{os} 58 s.).

¹¹ Si la conception normative n'est pas admise lorsqu'il s'agit de décider de la licéité des actes médicaux, elle a néanmoins un rôle pour le remboursement des actes médicaux par les organismes de sécurité sociale.

¹² Cf. Paris, 22 janv. 1913 : [DP, 1919, 2, 73](#) ; Lyon, 27 juin 1913 : [GP, 1913, 2, 506](#) ; [Crim. 9 nov. 1961](#) ; [Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1988, n^o 8612.832](#) : *Bull.* n^o 1, p. 188 ; [Cass., avis, 6 juill. 1998, n^o 98-00.006](#) : *Bull.*, avis, n^o 10 p. 11. Rapp. [CEDH, 7 oct. 2008, Bogumil c/ Portugal](#), § 69.

Ensuite, de manière plus probante, cette conception ontologique paraît reposer sur l'article 16-3 du code civil qui, en parlant de « nécessité médicale pour la personne », paraît bien suggérer que c'est à la personne elle-même de décider si elle est malade. De cet article 16-3, l'on peut donc déduire *a contrario* que ce n'est pas au professionnel de santé de déterminer si un acte répond à une nécessité médicale et donc, notamment¹³, à une nécessité thérapeutique.

Enfin, cette conception ontologique peut être fondée sur le principe constitutionnel de liberté¹⁴. En effet, ce principe serait fort mal respecté si les professionnels de santé, adoptant une conception normative de la maladie, pouvaient décider qu'une personne est malade sans se référer à la manière dont cette personne se percevrait (en bonne santé ou malade). Il leur serait alors en effet possible de soigner une personne inconsciente sans chercher à tenir compte de sa volonté présumée, méconnaissant par là la liberté de cette dernière. Il semble donc que ce principe constitutionnel implique de se référer avant tout à la volonté de l'individu, réelle ou présumée, pour décider ou non de l'existence d'une maladie.

L'application de cette conception ontologique de la pathologie aux états intersexués doit conduire, lorsqu'on se demande si cet état est pathologique¹⁵, à adopter pour référentiel le point de vue des personnes intersexuées et non celui des professionnels de santé. Or, plusieurs auteurs, croisant les savoirs des sciences médicales et sociales, ont établi que l'intersexuation n'était pas par elle-même toujours 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 une pathologie qu'il faudrait guérir par une assignation sexuée¹⁶. Point de souffrance, point de pathologie. Le caractère pathologique peut à la rigueur être envisagé, mais seulement lorsque l'individu intersexué manifeste une souffrance en grandissant. 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 thérapeutique¹⁷. De même, les interruptions de grossesses, qui seraient 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

¹³ Le concept de nécessité médicale peut en effet être compris comme renvoyant à différentes nécessités : thérapeutique, esthétique, contraceptive, palliative, etc. Sur ce point, cf. MORON-PUECH, 2013 : p. 202 ou COUSIN, 2016.

¹⁴ Art. 4 de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen des 16-24 août 1789](#).

¹⁵ 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 présenteraient pas une pathologie. 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.

¹⁶ Rapp. GUEZ, 2015 : n° 18.

¹⁷ 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 principales des souffrances psychiques endurées par les personnes intersexuées, en raison de la non reconnaissance par cette société des personnes intersexuées.

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. Cette illicéité résulte également de l'absence de nécessité de l'acte

- 10. Des actes non nécessaires** – Pour être licite, un acte médical doit être proportionné ou nécessaire au regard de ce but poursuivi, généralement un but thérapeutique¹⁸. Or, les actes médicaux d'assignation sexuée ne paraissent 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 effectués avant celle-ci sur un fœtus.

- 11. 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 (DREGER, 1999 ; KRAUSS *et al.*, 2008 : p. 16-36 ; PICQUART, 2009 ; DUBOIS et ILTIS, 2016) font apparaître que le résultat de ces actes médicaux, à s'en tenir aux actes chirurgicaux, n'est pas toujours efficace. Ceci tient tout d'abord à la difficulté qu'il y a, pour certains états d'intersexuation, à déterminer avant toute manifestation de l'identité sexuée de l'enfant, le sexe qui lui correspondrait le mieux¹⁹. Et 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 jour à résoudre les problèmes techniques existants²⁰. 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 qu'il ne s'est pas lui-même construite (STARCK, 2010 : p. 288-290)²¹. On le voit, les inconvénients de ces actes chirurgicaux sont donc nombreux. Sont-ils pour autant compensés par d'importants avantages ?

- 12. 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

¹⁸ Art. 16-3 c. civ. et 1111-5 CSP.

¹⁹ Le sexe est en effet multiple : il est génétique, gonadique, hormonal, phénotypique et psychosocial. Or, si les médecins, au moment de décider du sexe qu'il conviendra d'assigner à l'enfant, peuvent avoir accès aux quatre premières composantes du sexe, l'accès au sexe psychosocial leur sera pratiquement impossible. Seule la personne intersexuée elle-même paraît en mesure de connaître ce sexe (OZAR, 2010 : p. 17). D'où l'importance d'attendre qu'elle puisse s'exprimer. Certains auteurs l'écrivaient déjà à l'époque où commençaient à se généraliser les actes médicaux d'assignation sexuée : MARTIN, 1961 : p. 737.

²⁰ 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. 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).

²¹ 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 ».

insertion dans la société²². 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 sexués 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 sexuée²³. D'où d'ailleurs le fait que la littérature médicale, antérieure à la généralisation des actes médicaux d'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 civil²⁴. Ils sont donc en principe illicites. Il ne pourrait en aller autrement que si la personne intersexuée elle-même affectait en quelque sorte d'un coefficient les avantages à retirer de cette opération, en estimant que les risques seraient pour elles moins lourds que les avantages attendus. Mais on le voit, ce réajustement de la balance ne pourrait être fait que la personne elle-même, dûment informée. Hormis cette hypothèse, l'illicéité des actes médicaux d'assignation sexuée doit être retenue.

13. 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, compte tenu 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, compte tenu du caractère non systématique des souffrances liées à cet état. Par conséquent, ces actes médicaux n'apparaissent pas non plus nécessaires et sont donc également illicites.

14. 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

²² Cf. en dernier lieu MOURIQUAND *et al.*, 2016. Dans cet article, coécrit par trente professionnels de santé du monde entier, neuf buts sont avancés pour justifier la chirurgie sur les enfants d'intersexués. Or, six de ces objectifs concernent principalement l'amélioration du bien-être psychique de l'enfant et non la guérison d'une réelle pathologie.

²³ Voyez l'allusion qui y est faite dans la décision [Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, n° SU-337/9](#).

²⁴ *Contra* CALLU et CHATELAIN, 2015.

responsabilité civile, administrative ou pénale de ceux qui les réalisent ou qui les financent²⁵. En effet, cette illicéité constitue assurément une faute civile ou administrative, suivant que, schématiquement, l'acte ait 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, en invoquant le fait justificatif résultant de l'autorisation que lui donne l'article 16-3 du code civil. Dès lors que le médecin ne remplit pas la condition de nécessité médicale posée par ce texte, il ne saurait l'invoquer pour justifier l'atteinte à l'intégrité physique qu'il a réalisée.

1.1.2. Une protection insuffisante

- 15. Plan** – La protection octroyée par le droit des responsabilités civile, administrative et pénale. D'une part, car ce droit est jusqu'à présent demeuré inefficace. D'autre part, car la protection qu'offre 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 de conformation sexuée.
- 16. Une protection insuffisante** – Concernant tout d'abord l'inefficacité de ces mécanismes, celle-ci résulte de ce que jusqu'à présent, en France ou en Europe, n'a été rendue publique aucune action en responsabilité fondée sur l'illicéité même des actes médicaux réalisés sur les personnes intersexuées²⁶, ce qui n'a pas manqué de préoccuper le Comité contre la torture lorsqu'il a été saisi de cette question²⁷. Ceci 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 français²⁸.
- 17. Une protection contrebalancée** – Par ailleurs, la protection résultant des mécanismes du droit de la responsabilité se trouve contrebalancée par au moins deux dispositions de l'ordre juridique qui tendent à inciter les professionnels de santé à effectuer des actes médicaux illicites. D'abord, l'existence des actes médicaux 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](#). 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 intersexué²⁹. 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 »³⁰. En effet, la CCAM ne subordonne actuellement à aucune exigence thérapeutique la prise en

²⁵ 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.

²⁶ Cf. *infra* n° 29.

²⁷ « 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.

²⁸ [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).

²⁹ *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

³⁰ Art. [L. 182-2-1](#) du code de la sécurité sociale.

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 loi³¹.

18. 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 physique 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

19. **Plan** – Après avoir indiqué de quelle manière les mécanismes de protection de l'intégrité physique des personnes intersexuées pourraient être renforcés, il conviendra de montrer le caractère obligatoire de ces mesures pour l'État français.
20. **Les modalités du renforcement de la protection** – Le renforcement de la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées nécessite d'une part de modifier les textes encourageant les atteintes à ce droit et, d'autre part, de mettre en place de nouveaux mécanismes.
21. **La modification des textes existants** – En premier lieu, l'amélioration de la protection des droits des personnes intersexuées implique la modification des textes favorisant les actes médicaux illicites, à savoir le n° 55 de la [circulaire de 2011 précitée](#), ainsi que la rubrique 8.7.1. de la CCAM, intitulée « correction des ambiguïtés sexuelles », laquelle comprend les principaux actes médicaux d'assignation sexuée. Le premier de ces textes doit être amendé, de manière à ce que soit supprimée toute référence aux « traitements appropriés ». Quant au second, il convient d'ajouter une indication générale à tous les actes médicaux de cette rubrique par laquelle serait précisée que ces actes ne sont pris en charge, pour les personnes inaptes à s'exprimer, que lorsqu'ils ont un but thérapeutique, ce qui exclurait alors les actes ne pouvant être justifiés que par le souci de conformer l'enfant au sexe masculin ou féminin. Dans un souci d'efficacité, il serait bon de préciser que cela implique que ces actes médicaux

³¹ 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 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.

ne sauraient être réalisées sans qu'à tout le moins l'enfant ne soit doté de discernement. Une telle précision pourrait d'ailleurs être mise comme indication générale pour l'ensemble du chapitre 8 de la CCAM consacré à l'appareil urinaire et génital. Ceci permettrait d'englober ainsi les actes d'assignation sexuée non compris dans la rubrique 8.7.1. précitée et éviter en outre que les médecins continuent à pratiquer les actes d'assignation sexuée en utilisant les codes non pas de la rubrique 8.7.1. qui serait alors fermée, mais ceux des autres rubriques où l'on trouve des actes similaires.

- 22. La création de nouveaux mécanismes de protection** – En second lieu, pour renforcer la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, il apparaît opportun de renforcer la prévention des atteintes à ce droit. En effet, les dispositifs actuels de protection de ce droit sont avant tout des mécanismes curatifs destinés à réparer les atteintes réalisées ; ces mécanismes ne comportent guère de volet préventif. Si, sans doute, les actions en responsabilité peuvent avoir une fonction préventive, lorsque de telles actions sont médiatisées, cela suppose 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, il semble bien qu'une meilleure protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées implique de renforcer les mécanismes de prévention des actes médicaux illicites.
- 23.** 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 sexuée³². Si cette campagne d'information produirait sans doute quelque effet, il n'est pas sûr cependant qu'elle suffise à modifier le comportement des professionnels de santé pratiquant actuellement ces actes médicaux illicites.
- 24.** Ensuite, afin d'améliorer la prévention des actes médicaux illicites, il pourrait être opportun de renforcer les contraintes juridiques pesant sur les médecins pratiquant des actes médicaux sur les êtres intersexués. C'est dans cette voie que s'est récemment orientée le législateur maltais. En effet, l'article 14 du [Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act \(2015\)](#) ne permet d'effectuer des actes médicaux 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 rappelé aux professionnels médicaux qu'ils ont la responsabilité de s'assurer que la décision de traitement est avant tout guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour l'instant, en France, si les actes médicaux d'assignation sexuée sont en principe réalisés dans un « centre de référence des maladies rares du développement sexuel »³³, aucun texte, contrairement à la loi maltaise, n'encadre l'activité de ces centres ou des professionnels y

³² 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 attendu pour la fin de l'année 2016 (DUPONT, 2016).

³³ [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.](#)

travaillant. L'on relèvera d'ailleurs que le coordinateur national des centres français de référence a encore récemment, dans un article co-signé avec une Maître de conférence en droit, évoqué la réalisation d'actes médicaux 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.

- 25. Des améliorations obligatoires** – La seconde question qui se pose est ici de savoir si l'amélioration de la protection du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées constitue ou non une obligation pour la France. À considérer l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH), duquel découle le droit à l'intégrité physique, une réponse positive s'impose, qu'il s'agisse de la modification des textes existants ou de la création de nouveaux mécanismes de prévention.
- 26.** 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 énoncé par l'article 3 de la CSDH. En effet, il peut être montré que les actes médicaux d'assignation sexuée³⁴ 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 physique que subissent les personnes mineures, intersexuées et inaptes à exprimer leur consentement est d'une gravité suffisante pour pouvoir mériter cette qualification. En effet, ces atteintes à l'intégrité physique ont des conséquences importantes et irréversibles pour ces personnes, leur but thérapeutique est plus que discutable et enfin les actes médicaux réalisant ces atteintes sont effectués sur des personnes particulièrement vulnérables ; soit autant d'éléments habituellement pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme pour retenir la qualification de traitement inhumain et dégradant³⁵.

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.

- 27.** Concernant en second lieu la création de nouveaux mécanismes de prévention du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées, il peut être montré également que celle-ci est une obligation découlant de l'article 3 de la CSDH. En effet, ce texte, comme nombre des dispositions de cette convention, ne se contente pas d'interdire certains comportements aux

³⁴ La question est en revanche plus délicate pour les interruptions de grossesse des fœtus intersexués. En effet, l'applicabilité de l'article 3 aux enfants à naître n'est pas évidente (voir toutefois MIRKOVIC, 2003 : n°s 123 et 138). En outre, même à supposer ce texte applicable, il n'est pas certain que l'atteinte au droit découlant de 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.

³⁵ [CEDH, 1^{er} 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.

État parties à la Convention, il leur impose également, combiné avec l'article 1^{er} 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 physique des personnes vulnérables, en particulier les jeunes enfants³⁶.

En l'espèce, compte tenu de l'absence de mécanismes efficaces de prévention des atteintes à l'intégrité physique auxquelles sont exposées les personnes mineures intersexuées, il est permis de penser que cette obligation positive de prévention n'est pas respectée par la France. Pour qu'il en soit autrement, il conviendrait que l'État français mette en œuvre les mesures ci-avant proposées ou tout 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 du droit à l'intégrité physique des personnes intersexuées.

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

28. Plan – L'illicéité 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 judiciaires 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

29. La rareté du contentieux – Pour l'instant, en Europe, les contentieux en responsabilité médicale contestant le principe même des actes d'assignation sexuée semblent inexistantes (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-mêmes³⁷. En outre, certaines de ces décisions ont expressément relevé l'absence de faute médicale dans le traitement mis en œuvre³⁸. 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 « sexe neutre »³⁹ contribue à sensibiliser davantage de personnes à l'illicéité des actes d'assignation sexuée et fasse ainsi naître un contentieux pénal portant sur l'illicéité des actes d'assignation sexuée, il est néanmoins probable que peu de personnes se tourneront

³⁶ [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.

³⁷ [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.

³⁸ [LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n° 4 O 7000/11](#).

³⁹ TGI Tours, [20 août 2015](#) et CA Orléans, [22 mars 2016](#), n° 15/03281.

vers les tribunaux pour obtenir la réparation de leur dommage. Cela pour au moins trois raisons⁴⁰.

30. 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 impliquent, le coût le plus important étant sans doute de nature psychologique^{41, 42}. 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 judiciaires.

Il est intéressant de relever d’ailleurs que dans l’affaire du « sexe neutre » précitée⁴³, le requérant est une personne intersexuée, née avant la généralisation des actes médicaux d’assignation sexuée et dont l’intégrité corporelle n’a, en conséquence, pas été atteinte⁴⁴. 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, sans doute depuis fort longtemps, puisque le jugement s’appuie notamment sur une attestation de son thérapeute. Il y a, là encore, un élément qui suggère que si cette action a été rendue possible, c’est en raison de l’important capital psychologique du demandeur, capital qui lui a permis de supporter le coût psychologique de cette action.

31. *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

⁴⁰ 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).

⁴¹ Le coût psychologique semble un impensé de la pensée 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.

⁴² 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 ressource les personnes demandant à bénéficier de l’aide juridique lorsqu’elles agissent en réparation des dommages résultant des graves atteintes à la personne. Or tel est justement le cas des actions en responsabilité que pourraient exercer les personnes intersexuées.

⁴³ *Supra* note n° 39.

⁴⁴ C’est ce qui ressort de l’[entretien](#) accordé par cette personne au journal 20 minutes, le 14 octobre 2015.

médical soit parce que celui-ci a été « égaré »⁴⁵, soit parce que celui-ci a été détruit, eu égard aux délais de conservation trop courts dans leur cas⁴⁶.

- 32. 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 quelque 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 commis⁴⁷.
- 33.** 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

- 34. 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 rétrospectif⁴⁸. 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

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.).

⁴⁷ 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. 1^{er}](#)). 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 sexuelle réalisés après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, à savoir le 1^{er} mars 1994, puisque ce n'est que depuis cette date que les personnes morales peuvent être pénalement poursuivies.

⁴⁸ Sur la distinction des fonds rétrospectifs et prospectifs, cf. KNETSCH, 2011 : n°s 140 s.

35. 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.).
36. Comme cela a été récemment montré, les fonds d'indemnisation rétrospectifs « sont en réalité des réponses des pouvoirs publics », plus précisément, peut-on ajouter, du législateur, seul compétent pour les créer, « à des catastrophes collectives qui ont atteint un nombre important de personnes et révélé des dysfonctionnements de l'administration publique » (KNETSCH, 2011 : n° 144). Par ces fonds, le législateur cherche à éviter un encombrement des rôles judiciaires (*idem* : n° 161), mais aussi à pacifier les relations entre les victimes et les auteurs présumés du dommage, tant dans l'intérêt de ces derniers que dans celui de la société toute entière (*idem* : n° 165). En effet, eu égard au nombre de personnes impliquées, l'existence d'un conflit durable entre nombre de ces membres pourrait sérieusement porter atteinte à la paix sociale de la société française.
37. 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 nombre de ces opérations sont réalisées, ou de l'État lui-même. Plus précisément, l'État est impliqué à un double niveau. D'abord, directement, en ce que le ministère de la justice, par le biais de la [circulaire de 2011 relative à l'état civil](#) et, avant elle, l'instruction générale de l'état civil⁴⁹, a encouragé de telles pratiques d'assignation sexuée, lesquelles ont parfois été portées à la connaissance du ministère public, sans que celui-ci n'y trouve rien à redire. Ensuite, indirectement, par le pouvoir de tutelle exercé par le ministère de la santé et des affaires sociales d'une part sur les établissements de santé où ces actes médicaux sont réalisées, d'autre part sur les organismes d'assurance maladie qui les financent.

En second lieu, au moins dix mille personnes semblent avoir été concernées en France par ces actes illicites⁵⁰, 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, 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 ?

⁴⁹ Les dispositions incitant le corps médical à réaliser les « traitements appropriés » ont été introduites dans l'instruction générale relative de l'état civil (§ 224, b) à l'occasion de sa modification par une [instruction du 19 février 1970](#).

⁵⁰ Selon les estimations les plus basses (0,01% de personnes intersexuées), il existe au moins en France une dizaine de milliers de personnes intersexuées (MORON-PUECH, 2010 : n° 3). Eu égard au caractère quasi-systématique des opérations de conformation sexuée effectuées entre 1960 et le début des années 2000, lorsque l'intersexuation était détectée à la naissance, il paraît raisonnable de penser qu'au moins la moitié de cette dizaine de milliers de personnes a été opérée. En ajoutant les proches de ces personnes et les professionnels de santé les ayant réalisés, l'on arrive aisément au chiffre d'au moins dix mille personnes concernées.

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

- 38. 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.
- 39. Une obligation fondée sur la CSDHLF ?** – S'agissant tout d'abord des textes internationaux, il pourrait se poser la question de savoir si, au regard de la 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 1^{er}, 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 énoncés⁵¹ 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.

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 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 ?

- 40. Une obligation fondée sur les normes constitutionnelles ?** – 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 constitutionnelle⁵². 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

⁵¹ Cf. *supra* nos 30-32.

⁵² [CC, 6 mai 1991, n° 91-291](#), cons. 22.

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 ?

41. ***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 de près les travaux préparatoires à l'alinéa 12 du Préambule, le terme de calamité nationale est particulièrement large. En effet, lors de l'examen du texte au Parlement, alors que certains parlementaires avaient tendance à restreindre les calamités nationales à la guerre, le Président de la Commission de la Constitution indiquait qu'il s'agit là d'une approche restrictive et que, par cet alinéa, nous soulignons, les membres de la Commission ont « admis le principe nécessaire de la solidarité de tous les Français devant l'ensemble de tous les risques, dont la guerre est le principal » (cité par CONAC, 2001 : p. 293). Comme le relève alors 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.
42. ***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 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^{os} 122-124). Pour cette doctrine, en l'absence de précision de ce droit à la solidarité nationale par le législateur, notamment pour reconnaître ce qui relève ou non de la solidarité nationale, cet alinéa du Préambule ne serait pas directement applicable. Il est permis cependant de ne pas partager cette opinion ou, quand bien même l'on y adhérerait, de montrer en quoi celle-ci ne ferait en l'espèce nullement obstacle à la présence d'une telle obligation, compte tenu de ce que ce droit a d'ores et déjà été largement précisé par le législateur.
43. D'abord, l'opinion traditionnelle suivant laquelle l'alinéa 12 ne serait pas directement invocable par les justiciables ne paraît plus pertinente de nos jours pour au moins trois raisons.

Premièrement, il doit être relevé que ce raisonnement de la doctrine traditionnelle s'appuie sur des décisions du Conseil d'État⁵³ 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*⁵⁴, cette position a été abandonnée par le Conseil d'État. En outre, il y a lieu de relever que, depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le pouvoir juridictionnel en général s'est renforcé par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. Compte tenu de ce changement de circonstances, il serait tout à fait compréhensible que cette jurisprudence sur l'alinéa 12, non réitérée depuis lors, ne soit pas dans l'avenir maintenue.

⁵³ 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.

⁵⁴ [CE, Ass., 20 oct. 1989, Nicolo, n° 108243](#).

Deuxièmement, il est permis de penser que les décisions, dans lesquelles le Conseil d'État a rejeté l'idée d'un droit à indemnisation fondé sur l'alinéa 12 du Préambule de 1946, ne constituent pas une interprétation fidèle de l'intention des auteurs de ce texte. Certes, la lecture des travaux préparatoires de cet alinéa révèle l'importance du rôle conféré au législateur dans le processus d'indemnisation. Cependant, cela n'implique pas nécessairement que le « droit » proclamé dans ce Préambule ne puisse être mis en œuvre qu'après la reconnaissance législative d'une calamité nationale. Comme le relève G. Conac, en tentant cependant plus loin de nuancer cette affirmation⁵⁵, « les débats [lors de l'adoption de cet alinéa], si limités qu'ils furent, montrent *a contrario* que c'est bien un droit que les constituants avaient le sentiment d'instituer ». Où l'on voit que ces travaux préparatoires offrent aux juges qui souhaiteraient s'en saisir, la possibilité de reconnaître un véritable droit à l'indemnisation.

Troisièmement, il convient de souligner que ce rejet d'un droit à l'indemnisation est propre au Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel s'est jusqu'à présent bien gardé de prendre position sur cette question : alors que l'alinéa 12 du Préambule de 1946 a été invoqué à plusieurs reprises devant lui, le Conseil constitutionnel n'a, à aucun moment, affirmé que la mise en œuvre de cet article était subordonnée à la reconnaissance préalable par le législateur d'une calamité nationale⁵⁶. Au contraire, l'on trouve au moins une décision dans laquelle le Conseil constitutionnel a imposé au législateur de recourir à la solidarité nationale en application, non pas certes de l'alinéa 12 du Préambule, mais de l'alinéa 11⁵⁷, 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.

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

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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 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 ».

⁵⁷ [CC, 14 août 2003, n° 2003-483 DC](#), cons. 7.

nationale, dès lors que, comme nous l'avons indiqué plus haut⁵⁸, 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 rejetée, les personnes intersexuées ne s'en trouveraient pas pour autant démunies. En effet, même en retenant l'interprétation doctrinale traditionnelle de l'alinéa 12, il peut être montré que les personnes intersexuées devraient pouvoir bénéficier de la solidarité nationale.

44. Dans l'interprétation doctrinale traditionnelle de l'alinéa 12 du Préambule de 1946, il est considéré que ce texte ne peut être directement invoqué par les justiciables qu'à partir du moment où le législateur est intervenu pour préciser les contours du droit à la solidarité nationale⁵⁹. Or, tel paraît bien être le cas pour les catastrophes sanitaires en général, dans la mesure où, ces dernières années, le législateur a progressivement mis en place, via Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), un fonds d'indemnisation susceptible de couvrir l'indemnisation de nouveaux types d'accidents médicaux. C'est ainsi que, à l'heure actuelle, l'ONIAM prend déjà en charge les dommages en rapport avec les « affaires » du sang contaminé, de l'amiante ou des hormones de croissance. 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, de sorte que les personnes intersexuées devraient elles aussi pouvoir se prévaloir de l'alinéa 12.

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

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

*
* *

⁵⁸ *Supra* n° 37.

⁵⁹ M. Waline, note sous CE, 29 nov. 1968, préc. et CE, 31 janv. 1969, *Moraly* : RDP, 1969, p. 686 s., cité dans CONAC, 2001 : p. 299.

46. 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 réalisées sur ces personnes sont en effet illicites et constituent des atteintes au droit à l'intégrité physique 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'advient-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 constituent aussi 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.

Bibliographie

- BISHOP E., 2007. « A child's expertise: establishing statutory protection for intersex 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>]
- CANGUILHEM G., 2013. *Le normal et le pathologique*, PUF, Quadrige, 12^e 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
- 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](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*, FEUILLET-LIGER, B. (dir.), thèse Rennes 1, à paraître
- 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](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]

GREENBERG J., 1999. « Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology », *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>]

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 disease 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 – 50^e 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]
- OZAR D. T., 2010. « Towards a more inclusive conception of gender-diversity for intersex advocacy and ethics », in S. E. SYTSMAN (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 SYTSMAN 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, 27 août 2016