

**La pratique de la conformation sexuée des mineurs
intersexués au regard des obligations incombant à la
France en vertu de la Convention européenne des droits de
l'homme**

Mémoire de stage préparé sous la direction de Madame Marina EUDES,
Maîtresse de conférences HDR, Enseignante-chercheuse à l'Université Paris
Nanterre,

Présenté et soutenu publiquement pour l'obtention du Master 2 Droits de
l'Homme

par Manon YZERMANS.

JURY

Madame Marine EUDES, Maîtresse de conférences HDR, Enseignante-Chercheuse à
l'Université Paris Nanterre.

Madame Tatiana GRUNDLER, Maîtresse de conférences en droit public, Enseignante-
Chercheuse à l'Université Paris Nanterre.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes remerciements et ma profonde gratitude s'adressent avant tout à Madame la Professeure Marina Eudes, pour la confiance qu'elle m'a accordée en acceptant de me diriger, pour son exigence, et pour sa disponibilité tout au long du processus de recherche et de rédaction.

Je remercie également Monsieur le Juge Latif Hüseyinov, pour avoir fait de mon stage à la Cour européenne des droits de l'homme une expérience pleinement enrichissante. Merci, Monsieur, de m'avoir permis de participer de manières diverses et passionnantes aux travaux de la Cour, et pour votre confiance et vos encouragements relatifs à la rédaction de ce mémoire.

Mes vifs remerciements vont également à Monsieur Benjamin Moron-Puech, Docteur en droit, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas et Secrétaire général de l'association GISS | Alter Corpus, pour m'avoir accordé de son temps et m'avoir fait bénéficier de son expertise sur la question. Merci Monsieur, de m'avoir aidée à orienter mes réflexions et mes recherches par vos précieux conseils, notamment bibliographiques. Merci pour votre confiance, votre soutien, et vos encouragements.

Je tiens à remercier mes amies et amis stagiaires, du Conseil de l'Europe et de la Cour pénale internationale, pour avoir contribué à faire de ces deux stages des expériences uniques. Mes remerciements s'adressent tout particulièrement à Esther, Hayley, Yas, Siobhain et Kaitlin, pour leur soutien infailible à tous les stades d'élaboration de ce travail.

Enfin, je ne pourrai jamais assez remercier ma mère et Clotilde, pour leur précieux et minutieux travail de relecture, et pour leur présence sans faille.

Table des abréviations

AJDA :	Actualité juridique du droit administratif (Dalloz).
APCE :	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
BO :	Bulletin Officiel.
CA :	Cour d'appel.
Cass. civ. :	Cour de cassation, chambre civile.
Cass. crim. :	Cour de cassation, chambre criminelle.
Cass. soc. :	Cour de cassation, chambre sociale.
CCAM :	Classification Commune des Actes Médicaux.
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme.
CESCR :	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies.
CIADH :	Cour interaméricaine des droits de l'homme.
CNCDH :	Commission nationale consultative des droits de l'homme.
DDD :	Défenseur des droits.
DILCRAH :	Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT.
GISS :	Groupe d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles.
JORF :	Journal officiel de la République Française.
JO Sénat :	Journal officiel des débats, Sénat.
LGBT :	(Communauté) Lesbienne, Gay, Bi, Trans.
ONG :	Organisation non-gouvernementale.
ONU :	Organisation des Nations Unies.
PIDESC :	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
Req. :	Requête.
RTNU :	Recueil des Traités des Nations Unies.
TGI :	Tribunal de Grande Instance.
Vol. :	Volume.

SOMMAIRE

TITRE 1 – L’ingérence de l’État français dans la jouissance par les mineurs intersexués de leurs droits en vertu des articles 8 et 3 de la Convention européenne des droits de l’homme

CHAPITRE 1. L’atteinte substantielle au droit au respect a la vie privée des enfants intersexués.

CHAPITRE 2. L’atteinte substantielle au droit à l’intégrité physique et morale des enfants intersexués.

TITRE 2 – Défaillance de l’État français dans la mise en place d’un mécanisme de protection *a priori* et de réparation *a posteriori* des mineurs intersexués

CHAPITRE 1. Le manquement dédoublé de l’État à son obligation positive découlant du versant procédural de l’article 3 de la Convention.

CHAPITRE 2. Le manquement de l’État français à l’obligation d’offrir un accès effectif a la justice.

Introduction générale

« Je suis né·e avec un vagin, des testicules pas descendus, un micropénis ou un clitoris développé. Il y avait vraiment les attributs des deux (...) Je suis dans une nouvelle identité, ni homme, ni femme : intersexe non binaire. On n'est pas seul·e au monde et ça soulage de se dire que plein d'autres personnes ont subi les mêmes chirurgies, les mêmes tabous »¹. Ces propos relatent l'histoire de M.², une personne intersexuée née en France en 1977 et qui a, dès son plus jeune âge, subi une série d'opérations de conformation sexuée.

Les personnes intersexuées naissent avec des caractères sexuels – génitaux, gonadiques ou chromosomiques – qui ne coïncident pas avec la bi-catégorisation des corps, masculins ou féminins³. Selon Jean-François Dortier⁴, les cas les plus fréquents de variations sexuelles sont le syndrome de Turner – caractérisée par l'absence d'un second chromosome X ou Y et ainsi le développement de caractères sexuels féminins –, le syndrome de Klinefelter – caractérisé par la présence d'un chromosome X supplémentaire et le développement de caractères sexuels masculins – et le syndrome 47 – caractérisé par la présence de deux chromosomes Y, n'ayant aucune incidence apparente sur la morphologie ou la fécondité⁵. Parmi l'ensemble des syndromes, un seul est léthal, le 45 Y⁶. Selon l'organisation *Intersex Human Rights Australia*, il y aurait environ 129 millions de personnes intersexuées dans le monde, soit 1,7% de la population mondiale⁷. C'est également le pourcentage retenu par le Conseil de l'Europe, qui s'appuie ainsi sur l'évaluation de la littérature médicale menée par Anne Fausto-Sterling⁸.

Chez les enfants présentant ces variations, les médecins ont recours à des opérations de conformation sexuée, c'est-à-dire à la modification de leur sexe biologique. La finalité des différentes opérations est que ces personnes puissent être anatomiquement identifiées comme appartenant à l'un des deux genres socialement définis, l'homme ou la femme.⁹ La pratique de

¹ LORRIAUX, Aude, « L'histoire de M., première personne intersexe au monde à porter plainte pour mutilations », *Slate*, 10 avril 2019.

² La personne dont le témoignage a été recueilli par Aude Lorriaux pour Slate est identifiée en tant que « M. ».

³ GUILLOT, Vincent, « Intersex Genital Mutilations », *NGO Report to the 5th Periodic Report of France on the Committee on the Right of the Child*, 2015, p. 22.

⁴ DORTIER, Jean-François, « Nos cinq sexes », *Sciences humaines*, 2012, p.41.

⁵ SCALBERT, Louise, « La binarité du sexe en droit, Approche autour des questions de l'intersexuation et de la transidentité », Sous la direction de LOISEAU, Grégoire, *Personne et Droit*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012, p.18

⁶ *Ibid.*

⁷ *Intersex Human Rights Australia* (IHRA), Intersex population figures, <https://ihra.org.au/16601/intersex-numbers/> [08.08.2019].

⁸ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015.

⁹ MORON-PUECH, Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures : Étude du concept de nécessité médicale et de la place du mineur dans les décisions médicales le concernant », *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, 2013 p.1.

la conformation sexuée a été en partie encouragée à la suite de la publication de la thèse de John Money, qui développe la théorie du « sexe d'élevage », selon laquelle tout enfant pourra se sentir « appartenir au sexe dans lequel ses parents l'élèvent, lorsqu'ils le font avec assez de convictions »¹⁰. Pour cela, il fallait conformer les organes génitaux au sexe d'élevage¹¹. Bien que l'affaire David Reimer¹², rendue publique en 1997, prouve que cette théorie était erronée¹³, la pratique continue, malgré les vives oppositions qu'elle soulève.

Aux États-Unis, c'est en 1996 que cette pratique est pour la première fois publiquement contestée, lors d'un congrès de médecins¹⁴. En France, la première organisation dédiée à la défense des personnes intersexuées, l'Organisation internationale intersexuée, est créée en 2003, un an après la diffusion sur Arte d'un documentaire intitulé « *La réponse médicale aux cas d'intersexués* »¹⁵. En 2006, Vincent Guillot, ayant pris conscience de son intersexualité grâce au documentaire Arte, organise une université d'été autour de l'intersexuation¹⁶. En 2010, la première thèse remettant en cause la légalité des opérations est publiée¹⁷. C'est à l'occasion de ces successives apparitions de la problématique dans la sphère publique que de nombreuses personnes intersexuées ont pris conscience de leur identité, et que certaines ont pu témoigner du traitement réservé aux enfants présentant des variations des caractéristiques sexuelles à la naissance.

S'agissant de M., il avait été décidé qu'iel serait élevé.e¹⁸ comme une fille, ce qui imposait qu'iel subisse dès son plus jeune âge un traitement de « féminisation ». Celui-ci comprenait des pratiques traumatisantes : « Ils avaient des mallettes avec dix tailles de godes. Moi j'étais à poil, sous la chemise en papier d'hôpital, j'avais froid, je pleurais. Ils regardaient la taille du vagin, fallait tout le temps l'entretenir pour que je sois pénétrable... jusqu'à ce que

¹⁰ SCALBERT, Louise, *op.cit.*, p.34.

¹¹ *Ibid.*

¹² COLAPINTO, John, "A Nature Made Him: The Boy that was raised as a girl", *The Journal of Sex Research*, 2000, p.379.

¹³ L'enfant en question présentait une malformation du pénis à la naissance. Il subit alors une opération chirurgicale pour la corriger. Cependant celle-ci échoue, et le pénis de David est détruit. Sur les conseils de John Money, l'enfant est castré, et est élevé selon un « sexe d'élevage » féminin. Souffrant de troubles de l'identité à l'adolescence, David prend connaissance de la réalité, et décide de retrouver son sexe d'origine. Il se suicide à l'âge de 38 ans.

¹⁴ MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2018, p.80.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ MORON-PUECH, Benjamin, "Les intersexuels et le droit », sous la direction de FENOUILLET, Dominique, *Droit privé général*, Université Panthéon-Assas, 2010, 100p.

¹⁸ L'écriture inclusive est employée, s'agissant de M., afin de respecter son identité « neutre, fluide, non binaire ». Cela se manifeste par l'emploi du point médian, et du pronom « iel » pour remplacer il/elle, comme il en est fait usage dans l'article d'Aude Lorriaux, cité en note 1.

j'aie mal »¹⁹. Quant à sa mère, elle s'est sentie manipulée et abandonnée : « On habitait une petite ville, sans qui que ce soit pour nous aider, il n'y avait pas internet à l'époque. Et les médecins représentaient quelque chose, j'avais confiance »²⁰. M. grandit ainsi dans les « non-dits » et les « traumatismes », et ne prend conscience de son intersexuation qu'à 23 ans, alors qu'un courrier recelant son historique médical lui est adressé par erreur. Iel y lit les termes « caryotype XY », « ablation des gonades testiculaires », « injection d'hormones » ou encore « pseudohermaphrodisme », tous révélateurs²¹. Ce témoignage rejoint de nombreux autres qui font état à la fois des souffrances, physiques et mentales, endurées pendant puis après les opérations ; le peu voire l'absence d'information délivrée aux parents puis aux enfants adolescents ou adultes et la pathologisation de l'état de l'enfant²². Plusieurs études démontrent que ces opérations sont par ailleurs préjudiciables à la construction de l'identité de genre et au bien-être physique, du fait des complications qui surviennent fréquemment après la chirurgie²³. Parfois les douleurs physiques interviennent immédiatement après l'opération, et peuvent perdurer indéfiniment²⁴.

Les témoignages mettent en évidence la pluridisciplinarité de la problématique et des acteurs impliqués. Ces derniers sont au moins au nombre de trois, à savoir les personnes intersexuées dénonçant les opérations, les médecins qui les pratiquent et les légitiment, et les autorités publiques, qui pour certaines restent passives, considérant qu'il s'agit d'une question médicale et non juridique²⁵. Or, si la question est certainement médicale, en ce que les opérations sont réalisées par des professionnels de la santé, dans des établissements de santé, elle dépasse largement cette discipline. Elle revêt en effet un aspect éthique, plus précisément de bioéthique, et social, puisqu'il est question de modifications du corps humain, motivées au moins en partie par l'identification sociale des personnes en tant qu'homme ou femme. Certains activistes dénoncent, et certains praticiens reconnaissent, que l'identification sociale est d'ailleurs la seule motivation des opérations²⁶. Cela soulève la problématique de l'absence de nécessité thérapeutique, en particulier en l'absence d'un consentement libre et éclairé des parents ou des enfants, comme il ressort des témoignages. Ces considérations font entrer les opérations pleinement dans le champ juridique, car elles soulèvent des enjeux en matière de

¹⁹ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, Annexe 1, Case studies 1 et 2 p. 14 et suivantes.

²³ DELAET, Debra, "Genital autonomy, children's rights, and competing rights claims in international human rights law", *The international journal of children's rights*, 2012, p.554.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p.6 et 12.

²⁶ *Ibid.*, p.35.

protection des droits fondamentaux. Les autorités publiques ont donc pleinement leur rôle à jouer, afin de réguler la pratique. Au lieu de cela, à l'heure actuelle, la profession médicale est sourde aux revendications des activistes, considérant qu'il est de son devoir de transformer les corps intersexués, et les législateurs s'en remettent à la profession médicale, considérant qu'elle est mieux à même de déterminer comment appréhender ces corps. Certains auteurs identifient de manière plus générale un rapport de cause à effet entre le bafouement des droits fondamentaux et l'approche paternaliste de la médecine²⁷.

Il est impossible d'avoir des chiffres exacts sur la pratique, puisque les hôpitaux ainsi que les services d'assurance maladie refusent de révéler les statistiques et les coûts des opérations²⁸. Cependant, les Comités des Nations Unies qui se sont penchés sur la question, parmi lesquels le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité des droits de l'enfant et le Comité contre la torture, ont pu analyser que les actes chirurgicaux sont réalisés « de façon courante » en France²⁹, et dans le monde³⁰. Les médecins continuent donc les pratiques, affirmant le faire pour le bien des enfants, alors même que l'appel à cesser les interventions est quasi-unanime. Plus précisément, si l'éventualité que certaines personnes intersexuées ne rejettent pas les interventions existe, aucune d'elle ne s'est publiquement exprimée contre les revendications à y mettre fin. Or, les mouvements sociaux s'accompagnent généralement d'oppositions par les membres du groupe représenté, et l'absence de contestations en l'espèce est révélatrice d'un consensus³¹. A cet égard, les revendications des mouvements intersexes ont conduit à des condamnations par les comités onusiens, entre autres, comme soulevant des violations de divers droits fondamentaux des personnes intersexuées. Parmi les États condamnés figure la France, en 2016 et à trois reprises, par le Comité des droits de l'enfant en janvier, le Comité contre la Torture en juin et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en juillet.

A l'heure actuelle, il n'existe pas en France de législation prohibant explicitement les interventions sans consentement et sans nécessité médicale sur les enfants intersexués. Face à l'absence de protection, la seule voie juridique offerte aux victimes des opérations est la tentative de réparation *a posteriori*. Cette voie a été empruntée par M., mais s'est soldée par un

²⁷ CREIGHTON, Sarah, MICHALA, Lina, MUSHTAQ, Imran, YARON, Michal, "Childhood surgery for ambiguous genitalia: glimpses of practice changes or more of the same?", *Psychology & Sexuality*, 2014, p.34.

²⁸ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 31.

²⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France », 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8.

³⁰ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 38 et 45.

³¹ CHARLEBOIS, Janik, « À qui appartient-il de déterminer les modes d'intervention auprès des personnes intersexuées ? » *Nouvelles pratiques sociales*, 2016, p. 79.

échec au niveau national. M. avait cherché à obtenir réparation sur le fondement de l'article 222-10 du code pénal concernant les violences aggravées ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, qui prévoit un délai de prescription de dix années, avec un report possible jusqu'à la majorité. Refusant de faire application de la théorie de l'obstacle insurmontable, qui permet un report de la prescription, les juridictions successives, puis la Cour de cassation, ne se sont pas prononcées sur le fond³². L'affaire est portée devant la Cour européenne des droits de l'homme en septembre 2018³³. M. explique : « Mes parents, ça leur a bousillé la vie. Je suis bien post-trauma, mais eux aussi. Je les vois tristes et ça me rend triste... Si je fais ce procès c'est beaucoup pour eux, ils n'ont rien compris à ce qui leur arrivait. »³⁴. Comme la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur le fond, il reviendra à la Cour européenne des droits de l'homme³⁵ de le faire. Le témoignage de M. soulève à cet égard différentes problématiques qui devront être appréhendées à la lumière de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁶.

En premier lieu, par les souffrances engendrées, les opérations portent atteinte à l'intégrité physique et morale des enfants intersexués, dont le respect est garanti par l'article 3 mais également par l'article 8 de la Convention par l'œuvre interprétatrice de la Cour. Sous l'angle de l'article 3, il s'agira de savoir si les opérations en cause peuvent être qualifiables de traitements inhumains, dégradants, ou de torture, auquel cas elles constitueront une violation de cet article, en son versant substantiel. Cette qualification requiert une analyse des circonstances des opérations, et de la gravité des souffrances infligées. Par ailleurs, eu égard au contexte médical, la question du consentement et de la nécessité thérapeutique revêtent une importance particulière. Le consentement doit s'entendre comme celui des parents, lorsque l'enfant est en bas âge et donc en impossibilité objective de consentir, puis celui de l'enfant, lorsqu'il est doté de discernement. La notion de discernement est donc centrale. Si elle ne figure pas dans la Convention, la Cour y attache une importance dans sa jurisprudence concernant les enfants, et se réfère entre autres à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989³⁷ ainsi qu'à l'Observation générale numéro 12 sur le droit de l'enfant

³² Cass. Crim. 6 mars 2018, no 17-81.777.

³³ L'auteur du mémoire a eu accès à la requête lors de son stage à la CourEDH, mais ne peut en révéler le contenu, ni l'état d'avancement de la procédure, eu égard à l'exigence de confidentialité.

³⁴ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

³⁵ Ci-après Cour européenne des droits de l'homme, Cour européenne ou Cour.

³⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée le 04 novembre 1950, entrée en vigueur le 03 septembre 1953, STE n°005 ; ci-après Convention européenne des droits de l'homme ou Convention.

³⁷ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, RTNU, vol. 1577, p. 62 ; citée dans CEDH, M. et M. c. Croatie, 3 septembre 2015, req. n° 10161/13, §94.

d'être entendu³⁸, qui a été adoptée par le Comité des droits de l'enfant à l'occasion de sa cinquante et unième session, du 25 mai au 12 juin 2009³⁹. L'Observation définit le discernement comme « la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome »⁴⁰ et son aptitude à « comprendre et évaluer les implications d'une question donnée »⁴¹. A la lumière de ces précisions, la Cour européenne des droits de l'homme conduit une analyse *in concreto* afin de déterminer le degré de discernement de l'enfant dans une situation donnée⁴². Concernant les opérations de conformation sexuée, les opérations débutent parfois quelques jours après la naissance – lorsque les enfants sont donc en impossibilité de consentir – et se poursuivent tout au long de l'enfance – la capacité de discernement pouvant donc être caractérisée. L'enfance est ici entendue de manière large, à savoir du début de la vie jusqu'à la majorité, afin d'englober les différents stades de développement, y compris l'adolescence. Dans la requête introduite en septembre 2018, la Cour européenne des droits de l'homme devra donc se prononcer sur les caractéristiques du consentement des parents, puis de M., selon le degré de discernement lors des différentes opérations.

La qualité du consentement dépendra notamment des informations délivrées aux parents et à l'enfant. Or, il ressort de différents témoignages, dont celui de M. que celles-ci sont souvent lacunaires voire mensongères⁴³. Cette rétention des informations relatives à la santé constitue en elle-même une atteinte à l'un des droits découlant de la protection de la vie privée, garantie par l'article 8 de la Convention. Couplée à l'intervention sur le corps des enfants intersexués, elle soulève une problématique au regard du droit à l'autonomie personnelle, concept développé par la Cour, et protégé par le même article 8. De manière générale, ces ingérences dans la jouissance des droits découlant de l'article 8 constitueront une violation de cette disposition si l'État ne peut les justifier. Une telle justification suppose notamment de prouver que les opérations sont nécessaires thérapeutiquement, ou qu'elles répondent à un besoin social impérieux.

L'ensemble de ces considérations touchent aux obligations négatives de l'État français, c'est-à-dire l'obligation de s'abstenir d'interférer dans la jouissance des droits et libertés garantis. Ce sont les obligations auxquelles l'État s'engage naturellement en ratifiant la Convention, en ce qu'elles découlent des droits substantiels qui y sont garantis. Cependant, afin

³⁸ Comité des droits de l'enfant, « Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu », 2009, CRC/C/GC/12.

³⁹ CEDH, M. et M. c. Croatie, 3 septembre 2015, req. n° 10161/13, §97.

⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, *op. cit.*, §20.

⁴¹ *Ibid.*, §30.

⁴² CEDH, M. et M. c. Croatie, *op. cit.* §184 et 186.

⁴³ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

de garantir une protection plus efficace des justiciables, la Cour a développé la théorie des obligations positives. Ainsi, à l'engagement initial « plutôt négatif, peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif »⁴⁴ des dispositions de la Convention. Les obligations positives découlant de l'article 3 comprennent une obligation de prévention de l'atteinte, en présence d'un risque prévisible, et une obligation de réaction, essentiellement à travers une enquête diligente, lorsque le risque se réalise. Ces deux versants sont concernés s'agissant des opérations sur les personnes intersexuées. En particulier, dans le cas soumis à la Cour européenne des droits de l'homme, le risque a été réalisé, et l'enquête n'a pu être menée, faute de décision sur le fond pour prescription de l'action en justice. A cet égard, il s'agira de déterminer si la décision d'expiration du délai de prescription respecte les exigences de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention garantissant l'accès effectif à un tribunal impartial. Cet article a été notamment interprété par la Cour comme emportant des exigences relatives aux règles de prescription.

En d'autres termes, la pratique de la conformation sexuée sera appréhendée sous l'angle des obligations positives et négatives de l'État français. Celles-ci sont complémentaires en l'espèce, puisque la mise en œuvre des obligations positives devra assurer une protection plus effective des droits s'analysant en obligations négatives. Inversement, un constat de violation sur le plan substantiel permettra également de renforcer le seuil d'exigence des obligations positives, habituellement plus souples et assimilées à des obligations de moyen⁴⁵.

Une recherche sur la base de données HUDOC révèle qu'aucun arrêt ne concerne de près ou de loin les opérations de conformation sexuée, puisqu'aucun arrêt ne comprend des termes dérivés du mot « intersexe ». Eu égard au contexte des opérations, à l'identité des auteurs et des victimes, ainsi qu'à leurs conséquences sur ces dernières, des parallèles pourront être établis avec d'autres problématiques proches sur laquelle la Cour a eu à se prononcer. Eu égard à l'âge très précoce auxquels les enfants sont soumis aux opérations, la question sera appréhendée à la lumière de la jurisprudence de la Cour concernant les mineurs, qui bénéficient d'une protection particulière tant au regard de l'article 3 que de l'article 8, du fait de leur vulnérabilité. Cette analyse sera également conduite à la lumière de l'article 14 de la Convention, prohibant la discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis.

⁴⁴ CEDH, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. n° 87/1997/871/1083, §31.

⁴⁵PASTRE-BELDA, Béatrice, « La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 2016, p. 612-614.

Dans quelle mesure la pratique de la conformation sexuée des mineurs intersexués constitue-t-elle une violation par la France de ses obligations substantielles et procédurales en vertu des articles 3, 6§1, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

La conformation sexuée des mineurs intersexués constitue une ingérence par l'État français dans la jouissance de leurs droits en vertu des articles 8 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en leur aspect substantiel (Titre 1). Par ailleurs, elle constitue un manquement par l'État français à ses obligations positives en vertu de l'article 3 en son versant procédural, ainsi que de l'article 6§1 de la Convention (Titre 2).

TITRE 1 – L’INGÉRENCE DE L’ÉTAT FRANÇAIS DANS LA JOUISSANCE PAR LES MINEURS INTERSEXUÉS DE LEURS DROITS EN VERTU DES ARTICLES 8 ET 3 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME

En ratifiant la Convention européenne des droits de l’homme, l’État français s’est engagé à ne pas s’immiscer dans la jouissance, par ses ressortissants, des droits et libertés garantis. Cet engagement a une portée différente selon les articles en cause. Ainsi, certains sont protégés de manière absolue et ne souffrent d’aucune dérogation, quand d’autres peuvent se voir imposer des limitations. Dans la Convention, cette divergence ressort notamment de la rédaction des articles, dont certains comportent un second paragraphe précisant les conditions de limitation du droit en cause. C’est le cas de l’article 8, pour lequel une série de justifications à l’ingérence est prévue, contrairement à l’article 3, qui ne souffre d’aucune limitation. L’article 3 protège ainsi le droit à l’intégrité physique et morale de manière la plus absolue, contre les traitements inhumains et dégradants, et contre la torture. L’intégrité physique et morale est également couverte par la protection de l’article 8. Cela résulte de l’œuvre interprétatrice de la Cour, particulièrement prolifique s’agissant du droit à la vie privée. L’atteinte à l’article 8 sera plus aisément caractérisée dès lors que l’intégrité physique ou morale du requérant sera mise à mal. En fonction de la gravité de l’atteinte, celle-ci pourra éventuellement s’analyser en une violation de l’article 3, voire de l’article 2 lorsque les actes en cause aboutissent à la mort.

L’intervention sur le corps des enfants intersexués touche indéniablement à leur intégrité physique et morale. L’analyse de la pratique de conformation sexuée à la lumière des articles 3 et 8 présentera certaines similitudes, notamment s’agissant des conditions du consentement libre et éclairé et de la nécessité thérapeutique eu égard au contexte médical. Elle divergera cependant pour l’examen du degré des souffrances, qui sera conduit de manière plus rigoureuse dans le cadre de l’article 3. Concernant les personnes intersexuées, l’atteinte à l’intégrité physique et morale devra également s’analyser à la lumière d’autres garanties protégées par l’article 8 de la Convention. Il s’agira notamment de droits dégagés par la jurisprudence de la Cour, tels celui à l’épanouissement personnel, à l’autonomie personnelle ou à la vie sexuelle épanouie, dont la jouissance semble être mise à mal par les opérations de conformation sexuée. Les traitements étant administrés en raison de la situation d’intersexuation des enfants, l’article 14 de la Convention prohibant la discrimination dans la jouissance des droits sera également mobilisé, en parallèle de l’examen conduit pour l’article 3.

Il s'agit donc de déterminer dans quelle mesure les opérations de conformation sexuée sur les mineurs intersexués soulèvent des problématiques au regard des obligations négatives de l'État français découlant des articles 8 (Chapitre 1) et 3 et 14 combinés (Chapitre 2) de la Convention européenne des droits de l'homme.

CHAPITRE 1. L'ATTEINTE SUBSTANTIELLE AU DROIT AU RESPECT A LA VIE PRIVÉE DES ENFANTS INTERSEXUÉS

L'article 8 de la Convention garantit le droit au respect de la vie privée et familiale en ces termes : «

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »⁴⁶

La Cour a rappelé dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* relatif à la problématique du décès assisté, que la notion de « vie privée » était « une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. »⁴⁷. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne⁴⁸, certains aspects de l'identité physique et sociale⁴⁹, ainsi que les éléments appartenant à la sphère personnelle, comme l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle⁵⁰. La Cour a en outre dégagé un droit d'accès aux informations relatives à la santé⁵¹.

Les opérations de conformation sexuée peuvent s'analyser comme une ingérence dans la jouissance des droits découlant de l'article 8, à plusieurs égards. Sont notamment en cause le droit à la définition autonome de l'identité sexuelle, et le droit à l'intégrité physique – l'ingérence dans ces deux versants de l'article 8 ayant elle-même des répercussions sur d'autres notions découlant de cet article (Section 1). Le second paragraphe de l'article 8 indique que le droit à la vie privée n'est pas absolu, en ce qu'il peut souffrir d'ingérences justifiées. Dans le contexte des opérations de conformation sexuée, une telle justification suppose notamment la

⁴⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 8.

⁴⁷ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, §61.

⁴⁸ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n°8978/80, §22.

⁴⁹ CEDH, *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 53.

⁵⁰ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §61.

⁵¹ CEDH, *K.H. et autres c. Slovaquie*, 28 avril 2009, req. n°32881/04, §44-47

démonstration d'une nécessité thérapeutique ou la poursuite d'un besoin social impérieux. Faute de pouvoir satisfaire à une telle démonstration, et en cas d'ingérence caractérisée, l'État français sera reconnu comme responsable d'une violation de l'article 8 de la Convention (Section 2).

Section 1. Une ingérence dans la jouissance par les enfants intersexués de leurs droits découlant de l'impératif du respect de la vie privée

Par le biais d'une jurisprudence abondante relative à l'article 8, notamment concernant les personnes transgenres, la Cour a identifié un certain nombre de principes et de droits découlant de la notion de vie privée, parmi lesquels le droit à l'autodétermination (§1) et le droit à l'épanouissement personnel (§2), qui se trouvent mis à mal par la pratique de la conformation sexuée.

§1. Une ingérence dans le droit à l'autonomie personnelle des enfants intersexués

La pratique de la conformation sexuée constitue une ingérence dans le droit à l'autodétermination, tant du fait de l'intervention sur le corps des enfants intersexués (A) que par la rétention des informations relatives à leur état de santé (B).

A. Une ingérence par l'intervention sur le corps des enfants intersexués

L'identité sexuelle est l'un des aspects les plus intimes de la vie privée⁵², et le droit à cette identité en est l'un des aspects fondamentaux⁵³. Cette identité doit pouvoir être établie de manière autonome, eu égard à l'importance que reflète dans la jurisprudence de la Cour la notion d'autonomie personnelle, « qui sous-tend l'interprétation des garanties » de l'article 8⁵⁴. La Cour précise que ces droits découlant de l'article 8 valent pour « tous les individus »⁵⁵, ce qui implique qu'elle s'applique bien aux personnes intersexuées. La Cour a certes précisé que le droit à l'autonomie personnelle avait une « portée différente » s'agissant des enfants, « qui contrairement aux adultes, ne disposent pas d'une autonomie complète »⁵⁶. Cependant, ils demeurent « des sujets de droits », dont l'autonomie « augmente progressivement à mesure qu'ils gagnent en maturité, par le biais de leur droit à être consultés et entendus »⁵⁷. Se référant à l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, la Cour conclut

⁵² CEDH, Van Kück c. Allemagne, 12 septembre 2003, req. n°35968/97, §56.

⁵³ CEDH, Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, req. n° 14793/08, §66.

⁵⁴ CEDH, Van Kück c. Allemagne, *op. cit.*, §69.

⁵⁵ CEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n° 79885/12 52471/13 52596/13, §95.

⁵⁶ ⁵⁶ CEDH, M. et M. c. Croatie, *op. cit.* §171.

⁵⁷ *Ibid.*

ainsi qu'« un enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement ses opinions et le droit de voir ces opinions dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité »⁵⁸.

La pratique de la conformation sexuée tend à rendre la caractéristique intersexuée invisible, ce qui revient à nier l'identité même des enfants, en gommant en surface leurs différences génétiques. De plus, le terme d'assignation témoigne du pouvoir décideur du médecin concernant l'identité de genre future de l'enfant opéré. Ainsi, dès que l'enfant est en mesure de comprendre la nature des opérations, toute la lumière doit être faite sur celles-ci par le corps médical, afin qu'il puisse librement choisir d'y consentir ou pas. Pour un respect plus effectif de ce droit, et hormis les rares cas d'urgence, il faudrait attendre que l'enfant atteigne ce niveau de maturité avant de procéder à toute intervention, afin qu'il puisse se « voir offrir la possibilité d'être entendu »⁵⁹. Cela est d'autant plus vrai que dans des affaires touchant à l'autonomie personnelle, la Cour prend en considération « avant toute chose l'intérêt supérieur de l'enfant »⁶⁰. En effet, dans le cas contraire et dans la configuration actuelle, les interventions privent en amont l'enfant devenu adulte de son droit à l'autodétermination. En d'autres termes, les interventions réalisées à un âge où l'enfant n'est pas doté de discernement entraînent une ingérence dans le droit à l'autodétermination, qui se matérialise à l'âge adulte. Ces opérations, à l'origine de dommages irréversibles à l'identité des personnes intersexuées⁶¹, constituent donc bien une ingérence dans le droit au respect de la vie privée.

B. Une ingérence par la rétention des informations relatives à l'état de santé des enfants intersexués

La Cour interprète la notion de vie privée comme comprenant le droit d'accès aux informations relatives à la santé⁶². La Cour précise que cet accès doit être « effectif » concernant en particulier les documents pertinents au regard des informations importantes du point de vue de l'intégrité morale et physique du patient⁶³. Parallèlement, elle reconnaît le droit pour chacun d'établir les détails de son identité, le sexe en faisant partie⁶⁴.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, §172.

⁶¹ DERAIVE, Charly, « Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter* : une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme », sous la direction de RORIVE, Isabelle, *Finalité droit public et international*, Université Libre de Bruxelles, 2018, p.48.

⁶² CEDH, *K.H. et autres c. Slovaquie*, 28 avril 2009, req. n°32881/04, §44-47.

⁶³ *Ibid.*, §50.

⁶⁴ CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, §90.

Les personnes intersexuées découvrent parfois le détail de leur identité qu'une fois adulte, par hasard ou presque par erreur⁶⁵. Le corps médical conseille effectivement de ne pas révéler l'état d'intersexuation initial, pour des raisons tenant à la santé psychique de l'enfant⁶⁶. De plus, certaines personnes intersexuées n'ont souvent pas accès à leur dossier médical, prétendument égaré. Souvent également, les opérations de conformation sexuée sont déguisées, l'ablation des organes génitaux étant parfois décrites comme une intervention pour prévenir le développement d'une tumeur⁶⁷. L'un des témoignages fait également état d'un dossier incomplet, les six premières années de vie étant manquantes, et certaines pages appartenant « de manière évidente au dossier d'un autre garçon »⁶⁸. Concernant l'accès des parents au dossier, celui-ci est altéré en pratique, dès lors que l'intersexuation leur est souvent présentée dès l'origine comme une pathologie. Ils ont donc une compréhension biaisée des opérations pratiquées sur leur enfant, présentées comme légitimes. La mère de M. affirme ainsi s'être sentie « manipulée »⁶⁹ par le corps médical en qui elle avait confiance. Les parents ne sont donc pas non plus en mesure d'apporter des éclaircissements à leurs enfants sur la motivation du traitement.

De ce fait, l'aliénation de l'identité sexuelle des enfants est dédoublée par la rétention des informations relatives à la santé, qui met en évidence la mainmise des médecins sur le corps de la personne intersexuée. N'ayant pas accès à son dossier médical, la personne intersexuée est dans l'impossibilité d'établir les détails de son identité, notamment sexuelle, d'être humain. Non seulement la personne ne sait pas qu'elle a subi des opérations de conformation sexuée, mais elle ne sait pas non plus qu'elle présentait une variation des caractéristiques sexuelles à la naissance. Selon le Commissionnaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, les personnes intersexuées vivent ainsi souvent dans le « secret et la honte » du fait d'un accès aux dossiers médicaux « rendu très difficile »⁷⁰.

Ceci est d'autant plus problématique au regard des conséquences des opérations sur l'intégrité physique.

⁶⁵ C'est le cas dans l'espèce relative à l'arrêt de la Cour de cassation précité du 6 mars 2018.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p.55.

⁶⁸ *Ibid.*, p.16.

⁶⁹ LORRIAUX, Aude, « L'histoire de M., première personne intersexe au monde à porter plainte pour mutilations », Slate, 10 avril 2019.

⁷⁰ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », *Document thématique*, 2015.

§2. Une atteinte à l'intégrité physique des organes sexuels des enfants intersexués

La Cour a développé un certain nombre de principes relatifs à l'application de l'article 8 en matière médicale (A), qui ne sont pas respectés en France s'agissant des enfants intersexués (B).

A. L'applicabilité de l'article 8 de la Convention en matière d'intervention sur le corps humain

La notion de vie privée « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »⁷¹. En matière médicale, « toute atteinte, même mineure, à l'intégrité corporelle » constitue une ingérence dans la jouissance de l'article 8⁷². Lorsque le patient n'est pas doté de discernement, constituera une violation de l'article 8 le traitement non immédiatement nécessaire et administré sans que les parents aient pu participer de manière effective à la prise de décision⁷³. La Cour a, à plusieurs reprises, précisé les caractéristiques du consentement requis avant toute intervention pratiquée par le corps médical sur la personne. Ce consentement doit être préalable⁷⁴, libre⁷⁵, et éclairé⁷⁶. Cela suppose que la personne dispose de suffisamment d'information concernant « les circonstances et les causes du traitement, les bénéfices espérés et les risques encourus ainsi que les alternatives existantes »⁷⁷.

La Cour a également développé des principes concernant spécifiquement les interventions sur un enfant non doté de discernement. Dans ce cas, le choix revient aux parents⁷⁸, qui doivent être en mesure d'exprimer un consentement libre et éclairé⁷⁹, sans quoi l'intervention constituera une atteinte à l'intégrité physique de l'enfant⁸⁰. L'affaire *Glass c. Royaume-Uni* est particulièrement pertinente à cet égard en ce que les médecins firent pression sur la mère pour qu'elle accepte, au nom de son fils, un traitement auquel elle était fermement opposée. Certaines décisions furent même prises sans qu'elle en soit informée, avec des conséquences dramatiques

⁷¹ CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, req. n° 8978/80, §22.

⁷² CEDH, *Bogumil c. Portugal*, 7 octobre 2008, req. n° 35228/03, §84.

⁷³ CEDH, *Glass c. Royaume-Uni*, 9 mars 2004, req. n° 61827/00, §82.

⁷⁴ CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, *op. cit.*, §129.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ DERAIVE, Charly, *op. cit.* p. 35.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Glass c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §70.

⁷⁹ *Glass c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §82.

⁸⁰ *Ibid.*, §70.

pour la vie de l'enfant (décision de non-réanimation, administrations de doses extrêmement élevées de diamorphine)⁸¹.

B. L'inconventionnalité de la pratique de la conformation sexuée

Les opérations de conformation sexuée sont souvent pratiquées à un âge précoce. Dans les années 1980, la moyenne de l'âge d'intervention était de 15 mois, car « les résultats avant 12 mois [étaient] considérés comme meilleurs »⁸². C'est ce que relève également le Conseil de l'Europe en 2013⁸³. Le consentement de l'enfant n'est donc pas requis, celui-ci n'étant pas en mesure de s'exprimer. Il revient donc aux parents d'exprimer un consentement. Or, les informations fournies par le corps médical sont généralement lacunaires et non objectives. Les médecins emploient en effet des termes tels que « désordres » pour parler des variations sexuelles qu'ils associent à une pathologie⁸⁴. Les organisations non-gouvernementales (ONG) dénoncent la mésinformation systématique, et certains docteurs admettent ouvertement que les chirurgies précoces sont destinées à faciliter l'obtention d'un consentement – inévitablement vicié – lorsque l'enfant « est encore au berceau »⁸⁵. Pire, les parents affirment souvent n'avoir accès à un soutien psychologique uniquement s'ils consentent à la chirurgie correctrice⁸⁶. Le Conseil de l'Europe lui-même reconnaît la pression qui pèse sur les parents lorsqu'ils doivent prendre des décisions dans l'urgence, avec des conséquences bouleversantes pour la vie future de leur enfant, « sans qu'ils comprennent véritablement les conséquences à long terme [de ces] décisions »⁸⁷. Finalement, eu égard aux informations dont disposent les parents, ceux-ci ne sont pas en mesure d'être librement impliqués dans la décision.

Cette atteinte à l'intégrité physique est par ailleurs dédoublée d'une ingérence dans le droit à l'épanouissement personnel. La Cour considère que le droit à l'épanouissement personnel est l'un des aspects les plus fondamentaux du droit au respect de la vie privée⁸⁸. De plus, la vie sexuelle est une composante importante du domaine personnel protégé par l'article 8⁸⁹. Ainsi, le droit à l'épanouissement personnel s'applique également dans le domaine des relations

⁸¹ *Ibid.*, §§9-27.

⁸² XAVIERE, Marie-Catto, *op. cit.*, p. 432.

⁸³ Conseil de l'Europe, Résolution 1952, *op. cit.*, §2.

⁸⁴ GUILLOT, Vincent, « Intersex Genital Mutilations », NGO Report to the 5th Periodic Report of France on the Convention on the Rights of the Child (CRC), 2015, p. 22.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 71-72.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », Résolution 2191, 2017.

⁸⁸ CEDH, *Y.Y. c. Turquie*, *op. cit.*, §66.

⁸⁹ CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, *op. cit.*, §79

sexuelles⁹⁰. Or, de nombreux témoignages font état de complications à la suite des opérations, qui portent atteinte à l'intégrité physique des organes génitaux internes et externes⁹¹. Dans sa plainte contre X initialement déposée en novembre 2015, M. avait ainsi inclut la « détérioration définitive des organes génitaux »⁹².

Ainsi, certaines personnes subissent une perte des sensations sexuelles, des angoisses sur le plan sexuel, et une moindre activité sexuelle⁹³. C'est ce que constatait l'Organisation Mondiale de la Santé dès 2006, relevant les problématiques éthiques soulevées par les opérations de féminisation, notamment l'altération des fonctions sexuelles chez l'adulte, par l'ablation des tissus clitoraux et phalliques⁹⁴. En 2015, le même constat est fait, précisant que les interventions peuvent avoir des conséquences à vie pour la santé physique et mentale, incluant une cessation irréversible de certaines ou parfois toutes les capacités reproductives et sexuelles⁹⁵. Indubitablement, en plus de l'atteinte à l'intégrité physique en tant que telle, les opérations portent donc atteinte au droit à une vie sexuelle épanouie.

L'ingérence dans la jouissance des droits découlant de l'article 8 de la Convention étant ainsi établie, il reste à savoir si celle-ci peut être justifiée.

Section 2. Une ingérence injustifiée dans la jouissance par les mineurs intersexués de leurs droits découlant de l'article 8 de la Convention

L'ingérence dans les droits découlant de l'article 8 ne peut être justifiée, du fait de l'absence de nécessité impérieuse de la rétention des informations sur la santé (§1) et de l'absence de nécessité thérapeutique des interventions (§2).

§1. L'absence de nécessité impérieuse de la rétention des informations sur la santé des enfants intersexués

En vertu du second alinéa de l'article 8 de la Convention, l'ingérence identifiée est justifiée lorsqu'elle se fonde sur une base légale, qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 36.

⁹² LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

⁹³ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁴ Organisation Mondiale de la Santé (OMS), « Gender Assignment of Intersex Infants and Children », *Genomic resource centre, Gender and Genetics: Genetic Components of Sex and Gender*, 2006.

[<http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>]

⁹⁵ Organisation Mondiale de la Santé (OMS), « Sexual health, human rights and the law », 2015, p.27-28.

En l'espèce, le droit français protège justement le droit d'être informé sur son état de santé, et précise les modalités d'exercice de ce droit concernant les mineurs⁹⁶. L'État français pourrait difficilement justifier la rétention des informations par un but légitime ou un besoin social impérieux. En effet, cela supposerait que la divulgation des informations relatives aux caractéristiques sexuelles des personnes intersexuées risque de porter atteinte à « la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »⁹⁷. Certes, l'État pourrait invoquer la protection de la santé psychique des enfants, argument qui a pu être avancé par le corps médical⁹⁸. Cependant, cela supposerait un rapport de proportionnalité, qui imposerait à l'État de démontrer qu'il serait plus bénéfique pour l'enfant de ne pas connaître la réalité de ses caractéristiques sexuelles. Or, il a été prouvé que ce bénéfice ne pouvait être établi (Voir Infra, §2 sur l'absence de nécessité thérapeutique). Cette démonstration sera d'autant plus difficile que la marge d'appréciation de l'État est réduite lorsque l'ingérence est relative à un droit touchant à la sphère intime, et qu'elle est motivée par un but contingent⁹⁹.

Ainsi, l'ingérence ne saurait être raisonnablement justifiée, et elle s'analyse donc comme une violation de l'article 8 de la Convention. Il en va de même concernant le volet de l'intégrité physique, pour lequel il s'agit de démontrer l'absence de nécessité thérapeutique¹⁰⁰.

§2. L'absence de nécessité thérapeutique des opérations de conformation sexuée

Concernant le volet de l'intégrité physique, la Cour a précisé que la nécessité médicale devait être démontrée « de manière convaincante »¹⁰¹.

Une nécessité thérapeutique suppose un état pathologique. Or l'intersexualité n'est que le résultat de variations naturelles et biologiques, il n'y a donc pas de maladie à soigner¹⁰². D'ailleurs, la finalité cosmétique est admise par la communauté médicale.¹⁰³ Selon les experts,

⁹⁶ Article L1111-2 du Code de la santé publique.

⁹⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 8, alinéa 2.

⁹⁸ LORRIAUX, Aude, *op. cit.* ; CHARLEBOIS, Janik, « À qui appartient-il de déterminer les modes d'intervention auprès des personnes intersexuées ? » *Nouvelles pratiques sociales*, 2016, p. 66.

⁹⁹ MORON-PUECH, Benjamin, « Les intersexuels et le droit », sous la direction de FENOUILLET, Dominique, *Droit privé général*, Université Panthéon-Assas, 2010, p.70.

¹⁰⁰ CEDH, Bogumil c. Portugal, 7 octobre 2008, req. n°35228/03, §84.

¹⁰¹ CEDH, Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006, req. n°54810/00, §69.

¹⁰² DERAIVE, Charly, *op. cit.* annexe n°1.

¹⁰³ CREIGHTON, Sarah, CHERNAUSEK, Steven, ROMAO, Rodrigo, RANSLEY, Philip, SALLE, Joao, « Timing and nature of reconstructive surgery for disorders of sex development – Introduction », *Journal of Pediatric Urology*, 2012, p. 603.

les interventions répondent à des « besoins socio-culturels non justifiés » médicalement¹⁰⁴. Cela est notamment le cas pour la « réparation » de l'hypospadias, lorsque l'ouverture de l'urètre ne se trouve pas à l'extrémité du pénis. La « réparation » consiste à « replacer » l'ouverture à l'extrémité, par la formation d'un urètre artificiel. L'hypospadias ne constitue pas en soi une pathologie, et la justification de l'intervention précoce est de permettre « une urination masculine », et de faire en sorte que « le pénis ait l'air normal »¹⁰⁵. Certaines directives médicales parlent explicitement de « raisons esthétiques et psychologiques »¹⁰⁶. Sur le site de l'association française d'urologie, on peut lire qu'

« En dehors des désordres métaboliques et endocriniens qui nécessitent une prise en charge pédiatrique spécifique dès la naissance, les enfants atteints d'hyperplasie congénitale des surrénales doivent être confiés rapidement à un chirurgien pédiatre afin d'améliorer l'apparence esthétique des organes génitaux externes et de créer les conditions anatomiques pour permettre une fonction sexuelle pendant la vie adulte. »¹⁰⁷.

Il n'y a donc pas de nécessité thérapeutique du seul fait de l'état d'intersexuation. L'opération doit être justifiée par un facteur supplémentaire, le danger pour la santé. Or ce danger n'existe que dans de rares cas, notamment « l'obstruction des canaux par lesquels l'urine doit s'évacuer »¹⁰⁸.

La notion de proportionnalité, inhérente à celle de la nécessité, prend en compte la possibilité d'alternatives moins intrusives¹⁰⁹. En l'espèce, les alternatives pourraient concerner le moment des opérations et leur nature. De manière générale, toute forme d'alternative est rapidement écartée et discréditée par les médecins.

Ainsi, opter pour une approche plutôt psychologique que physique a été discrédité comme ayant des « conséquences qui sont peut-être plus dangereuses qu'une attribution de sexe réfléchie et une chirurgie de qualité »¹¹⁰. Par ailleurs, les médecins avancent souvent des arguments tenant à la santé psychologique future des enfants. Les opérations seraient ainsi

¹⁰⁴ SCHNEIDER, Érik, « Les droits des enfants intersexes et trans sont-ils respectés en Europe ? Une Perspective », *Rapport d'expert, Conseil de l'Europe*, 2013, §§144-145.

¹⁰⁵ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 38.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Association française d'urologie, « Prise en charge chirurgicale de l'hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) chez la fille », 16 mars 2004, <https://www.urofrance.org/base-bibliographique/prise-en-charge-chirurgicale-de-lhyperplasie-congenitale-des-surrenales-hcs>, page consultée le 19 août 2019.

¹⁰⁸ MORON-PUECH, Benjamin, « Les intersexuels et le droit », *op.cit.*, p.37.

¹⁰⁹ CEDH, Jalloh c. Allemagne, *op.cit.*, §10.

¹¹⁰ NIHOUL-FEKETE, Claire « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », in MATEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre, A la croisée des regards, Bordeaux, *Les études hospitalières*, 2010, p.60.

destinées à prévenir les troubles de la construction d'une identité de genre. La proportionnalité des opérations est-elle atteinte à cet égard ? Plusieurs études démontrent que ces opérations sont justement préjudiciables à la construction de l'identité de genre et au bien-être physique, du fait des complications qui surviennent fréquemment après la chirurgie.

Peut-il être démontré de manière convaincante qu'il convient de procéder aux opérations à un stade si avancé ? Le moment de procéder aux opérations n'est pas documenté de manière suffisante et les données existantes tendent à privilégier un report de l'intervention¹¹¹. Ceci est particulièrement vrai concernant le risque de cancer, argument souvent avancé par le corps médical pour justifier les opérations¹¹², notamment chez les enfants présentant des gonades ou testicules internes. Ainsi, concernant l'ablation des gonades pratiquée lorsque l'enfant naît avec des testicules non-descendus, les lésions tumorales potentielles ne progressent en tumeur envahissante qu'au moment de l'adolescence. La gonadectomie n'est donc pas nécessaire avant que le risque tumoral ne soit établi¹¹³. Tant que la vie de l'enfant n'est pas en danger, la stérilisation n'est pas nécessaire donc injustifiée. Ceci est d'autant plus vrai que les gonades ou testicules sains ont la capacité de produire des hormones, à la fois nécessaires au développement de caractéristiques sexuelles secondaires, au développement des os et à la fertilité¹¹⁴. Par ailleurs, les hormones de remplacement prescrites ne sont jamais aussi efficaces que les hormones naturelles, et entraînent généralement des effets secondaires plus ou moins pénibles¹¹⁵. Certains médecins, comme le docteur G.A. Hauser, critiquent ainsi la castration, qui transforme les individus sains en patients souffrant d'effets secondaires déplorables¹¹⁶. Finalement, les effets secondaires néfastes sont bien plus documentés que les risques cancérigènes et les bénéfices potentiels, dont les données varient d'une étude à l'autre¹¹⁷. Certains cliniciens plaident d'ailleurs en faveur d'une absence d'intervention tant que l'enfant n'est pas en mesure de prendre une décision, sauf cas d'urgence¹¹⁸. La nécessité médicale ne semble donc pas atteindre le seuil requis de la démonstration convaincante.

En outre, il semblerait que la documentation relative à l'évaluation du bénéfice des opérations manque de neutralité. Il a ainsi été affirmé que les interventions non consenties et

¹¹¹ CREIGHTON, Sarah, CHERNAUSEK, Steven, ROMAO, Rodrigo, RANSLEY, Philip, SALLE, Joao, *op.cit.*, p. 603-607.

¹¹² CHARLEBOIS, Janik, *op. cit.* p.75.

¹¹³ SCHNEIDER, Erik, *op. cit.* p. 32, note 25.

¹¹⁴ CHARLEBOIS, Janik, *op. cit.* p.75.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 37.

¹¹⁷ CHARLEBOIS, Janik, *op. cit.* p.76.

¹¹⁸ Intersex Society of North America (ISNA), "Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, Clinical Guidelines for the Management of Sex Development in Childhood", 2006, p.28.

non thérapeutiques satisfaisaient une majorité de personnes ¹¹⁹. Cette affirmation revient à ignorer totalement les mouvements intersexes qui remettent en cause les opérations. De plus, l'évaluation de l'adéquation des interventions se fait à la lumière de critères binaires tels que la formation d'un couple hétérosexuel, la capacité de recevoir une pénétration, ou le maintien de l'identité sexuelle assignée à la naissance ¹²⁰. La nécessité et le bénéfice des opérations est également remise en cause par le témoignage d'adultes intersexués ne les ayant pas subies, et qui affirment être épanouies malgré leur différence ¹²¹.

Finalement, on ne peut qu'être d'accord avec l'affirmation de Janik Bastien Charlebois, professeure de sociologie et défenseur des droits des personnes intersexuées, selon laquelle « considérant que les interventions sont irréversibles, les torts hypothétiques causés par l'attente de la capacité de consentir sont moindres que ceux d'enfreindre le consentement » ¹²².

¹¹⁹ *Ibid*, p.76.

¹²⁰ *Ibid*, p.77.

¹²¹ MORON-PUECH, Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuelle réalisés sur des personnes mineures : Étude du concept de nécessité médicale et de la place du mineur dans les décisions médicales le concernant », *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, 2013, p.6.

¹²² CHARLEBOIS, Janik, *op. cit.* p. 80.

CHAPITRE 2. L'ATTEINTE SUBSTANTIELLE AU DROIT A L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET MORALE DES ENFANTS INTERSEXUÉS

L'article 3 de la Convention dispose que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »¹²³. Il consacre un droit absolu et indérogeable. Absolu en ce qu'il ne souffre d'aucune limitation. Indérogeable en ce qu'il est exclu du champ d'application de l'article 15 de la Convention qui prévoit les conditions de dérogation aux obligations des États en cas d'état d'urgence. Il a donc une portée particulière au sein de la Convention européenne des droits de l'homme. Plus précisément, la Cour considère en 2001 que « l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international »¹²⁴, « c'est-à-dire de jus cogens »¹²⁵. Selon le Professeur Sébastien Touzé, l'article 3 revêt la qualité de « valeur essentielle des sociétés civilisées », ayant vocation à protéger et préserver l'humanité dans son ensemble¹²⁶. Il dépasse ainsi l'affirmation personnelle d'un droit, et vise à protéger la dignité des êtres humains. Eu égard à son statut de norme impérative, la Cour se réfère aux conventions internationales, aux interprétations authentiques des Comités onusiens et à la jurisprudence internationale lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 3¹²⁷. C'est à travers ce travail interprétatif que la Cour a dégagé le minimum de gravité requis pour caractériser une atteinte à l'article 3, et les critères d'identification des traitements prohibés, à savoir les traitements inhumains, les traitements dégradants, et la torture.

La pratique de la conformation sexuée porte atteinte à l'intégrité physique et morale des enfants intersexués, atteignant le seuil requis d'ingérence dans la vie privée. Il s'agira de déterminer, à la lumière des circonstances des opérations, en quoi elles constituent une ingérence dans les droits découlant de l'article 3, et de qualifier la nature du traitement prohibé (Section 1). Les traitements étant subis en raison de l'état d'intersexuation des enfants, ils soulèvent également une problématique au regard de l'interdiction de la discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis, selon l'article 14 de la Convention (Section 2).

¹²³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 3.

¹²⁴ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2011, req. n° 35763/97, §61.

¹²⁵ *Ibid.*, §60.

¹²⁶ Notes du cours d'« Aspects européens des droits fondamentaux » dispensé par le Professeur TOUZE Sébastien dans le cadre du Master 1 Droit International au sein de l'Université Panthéon-Assas. Notes personnelles de Manon Yzermans, année 2017-2018.

¹²⁷ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §60.

Section 1. La pratique de la conformation sexuée lue à la lumière de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'article 3 de la Convention ne souffre d'aucune dérogation, et la prohibition des traitements inhumains et dégradants et de la torture « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹²⁸. Son applicabilité dépend de la gravité des souffrances infligées (§1). Par ailleurs, une violation de l'article 3 est constatée lorsque l'intensité des souffrances est telle que le traitement est qualifiable d'inhumain ou de dégradant, voire même de torture lorsque des critères supplémentaires sont remplis (§2). En l'espèce, reconnaître que les traitements constituent une violation de l'article 3 apparaît opportun, au regard du contexte juridique national, européen et international (§3).

§1. L'applicabilité de l'article 3 conditionnée à la démonstration de la gravité des souffrances infligées aux mineurs intersexués

L'applicabilité de l'article 3 à une situation donnée requiert la démonstration que les traitements en cause atteignent un « minimum de gravité »¹²⁹, donc l'appréciation est « relative par essence »¹³⁰. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a dégagé un certain nombre de facteurs généraux, non exclusifs (A). A l'occasion d'affaires spécifiques, concernant le milieu médical (B) et carcéral (C), la Cour a également développé des critères particuliers d'identification du minimum de gravité.

A. Les circonstances de la cause lues à la lumière des critères généraux dégagés par la jurisprudence

Parmi les circonstances pertinentes de la cause, figurent « la durée du traitement et ses effets physiques ou mentaux » et parfois « [le] sexe, [l'] âge, [l'] état de santé de la victime, etc. »¹³¹.

Les traitements, à durée longue et indéterminée, sont initiés à un âge précoce. Les opérations commencent parfois quelques semaines après la naissance, et généralement le plus tôt possible¹³². Dans les années 1980, la moyenne de l'âge d'intervention était de 15 mois, car « les résultats avant 12 mois [étaient] considérés comme meilleurs »¹³³. Les traitements peuvent

¹²⁸ CEDH, *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, § 88.

¹²⁹ *Ibid.*, §100.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ CEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, req. n°5310/71, §162.

¹³² GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p.53.

¹³³ XAVIERE, Marie-Catto, *op. cit.*, p. 432.

perdurer toute la vie, puisqu'aux opérations chirurgicales succèdent la prise d'hormone, puis les opérations nécessaires pour contrer les effets secondaires des premières opérations¹³⁴. Finalement, les souffrances débutent rapidement, elles sont ravivées à chaque opération, et sont inscrites définitivement dans la chair de l'enfant devenu adulte¹³⁵. Elles présentent donc un caractère permanent. Ceci est d'autant plus problématique au regard de leur état de santé, puisque ces enfants sont initialement en bonne santé, les organes étant viables, et les opérations entraînent donc une dégradation de cet état, tant sur le plan physique que mental.

Les opérations des enfants intersexués interviennent en raison de leur état d'intersexuation, ce qui rejoint le critère du sexe. A cet égard, on peut parler d'appartenance à une minorité sexuelle, en ce que les personnes intersexuées forment un « groupe minoritaire au sein de la collectivité »¹³⁶. En plus de répondre à un critère général d'identification du seuil de gravité, cet aspect soulève plus spécifiquement une problématique au regard de l'article 14 de la Convention (cf. *Infra*, Section 2).

B. La particularité de l'acte pratiqué par le corps médical sur des enfants mineurs

Selon la Cour, il n'y a pas d'ingérence dans l'article 3 si la mesure en cause est « dictée par une nécessité thérapeutique »¹³⁷. La Cour a par ailleurs précisé que la nécessité médicale devait être « démontrée de manière convaincante »¹³⁸. En l'espèce, cette nécessité n'est pas établie (cf. *Supra*, Chapitre 1, Section 2, §2.). De plus, les opérations interviennent sur le corps d'enfants, souvent incapables d'exprimer leur consentement, ce qui se heurte à la protection particulière que la Cour leur réserve.

L'âge est en lui-même est un facteur de vulnérabilité selon la Cour, qui l'a notamment retenu comme un critère déterminant pour retenir une violation de l'article 3¹³⁹. La « victime », mineure, et inapte à exprimer son consentement, doit donc jouir d'une protection renforcée, eu égard à la nécessité de protéger son intérêt supérieur. Cette situation de vulnérabilité est reconnue par le Commissaire aux Droits de l'Homme, qui considère que les personnes intersexuées sont « particulièrement vulnérables » face au risque d'« atteintes [à] leurs droits

¹³⁴ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁵ DERAIVE, Charly, *op. cit.*, p.46.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ CEDH, *Herczegfalvy v. Austria*, 24 avril 1992, req. n° 10533/83, §82.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ CEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, § 69.

fondamentaux »¹⁴⁰. Cette mise en évidence de la vulnérabilité particulière des enfants intersexués permet une appréciation plus souple des exigences de l'applicabilité de l'article 3 et renforce le caractère absolu de la prohibition exprimée¹⁴¹.

C. L'applicabilité de la jurisprudence dégagée en matière carcérale

La Cour n'a à ce jour pas eu à se prononcer sur le traitement infligé aux enfants intersexués. Néanmoins, il peut être pertinent de mobiliser la jurisprudence dégagée en matière carcérale, eu égard à la vulnérabilité physique des enfants intersexués. Les prisonniers sont dans une situation de liberté physique et de mouvement restreinte. Leur vulnérabilité découle de ce qu'ils sont dans un lieu fermé, sous l'autorité et le contrôle du personnel pénitencier. Leur capacité à s'opposer à, ou à demander un traitement médical donné est donc physiquement atténuée. De la même manière, les enfants intersexués en très bas âge sont de manière inhérente privés de leur liberté physique, et en incapacité de s'opposer au traitement. Ils sont sous l'autorité juridique de leurs parents, qui eux-mêmes s'en remettent au corps médical qui fait figure d'autorité.

S'agissant du droit à la santé des détenus, la Cour considère que toute intervention médicale doit être complète, adéquate et transparente¹⁴². Une réponse médicale irrégulière entraînant des effets secondaires néfastes, de même qu'un traitement inadéquat ont pu conduire à un constat de violation de l'article 3, atteignant même la qualification de torture.¹⁴³ Ainsi, dans l'affaire *Budanov c. Russie*, le requérant qui souffrait d'un dysfonctionnement neurologique n'avait pas été soumis au diagnostic d'un neurochirurgien, dont l'opinion était essentielle pour déterminer la nécessité d'une chirurgie. Cela s'analysait en un traitement inhumain et dégradant¹⁴⁴. Dans l'affaire *Ilhan c. Turquie*, le traitement était inapproprié car il était intervenu tardivement, alors que le requérant souffrait d'ecchymoses et de blessures à la tête ayant entraîné des effets secondaires graves à savoir des lésions cérébrales et une perte fonctionnelle durable. La Cour retint la qualification de torture¹⁴⁵. Dans le cas des enfants intersexués, l'inadéquation réside en ce qu'une réponse médicale est appliquée à une situation non-pathologique. De plus, la transparence fait souvent défaut, ne serait-ce que parce que l'intersexualité est présentée comme

¹⁴⁰ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015.

¹⁴¹ PASTRE-BELDA, Béatrice, « La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit.* pp. 595.

¹⁴² CEDH, *Budanov c. Russie*, 9 janvier 2014, req. n° 66583/11, §75.

¹⁴³ CEDH, *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n° 22277/93, §87.

¹⁴⁴ CEDH, *Budanov c. Russie*, *op. cit.*, §75.

¹⁴⁵ CEDH, *Ilhan c. Turquie*, *op. cit.*, §86.

présentant des risques pour la santé de l'enfant, quand ce n'est majoritairement pas le cas. Enfin, les effets secondaires néfastes des opérations sont largement documentés.

Par ailleurs, concernant les conditions de détention, celles-ci peuvent conduire à une violation de l'article 3 eu égard à leur effet cumulatif sur le détenu¹⁴⁶. En l'espèce, l'aspect cumulatif se retrouve avec la succession de la chirurgie correctrice, des traitements hormonaux puis des effets secondaires.

Au regard de ce qui précède, l'applicabilité de l'article 3 est établie. Il reste alors à déterminer le degré de l'atteinte à l'intégrité physique et morale.

§2. La qualification de l'ingérence au regard de l'intensité des souffrances infligées

La Convention prévoit une gradation des traitements interdits par l'article 3. Comme l'a précisé la Cour, le critère principal de distinction est l'intensité des souffrances infligées¹⁴⁷. Par ailleurs, un acte peut être contraire à l'article 3 par les souffrances mentales qu'il engendre, même si les actes physiques pris séparément n'atteignent pas le seuil de gravité requis¹⁴⁸. En l'espèce, il s'agira de déterminer dans quelle mesure les opérations les plus communément pratiquées (A) engendrent des souffrances physiques et mentales qualifiables de traitements dégradants et inhumains (B), et même de torture (C).

A. Mise en évidence des souffrances physiques et morales infligées par les opérations de conformation sexuée

La souffrance endurée par les enfants subissant des interventions de conformation sexuée est documentée par les ONG. Le document de l'organisation *StopIGM.org*¹⁴⁹ compilé par Vincent Guillot, militant intersexué, à l'occasion du cinquième rapport périodique de la France par le Comité des droits de l'enfant est particulièrement complet à cet égard. Il combine témoignages et doctrine médicale afin de dresser un tableau des opérations les plus communément pratiquées et leurs conséquences¹⁵⁰.

Le rapport insiste notamment sur les procédures de stérilisation, employées tant à des visées de « féminisation » que de « masculinisation » (castrations, gonadectomies,

¹⁴⁶ CEDH, G.C. c. Italie, 22 avril 2014, req. n°73869/10, §74.

¹⁴⁷ CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, req. n°5310/71, §167.

¹⁴⁸ CEDH, Z. et autres c/ Royaume-Uni, 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 72 et 74.

¹⁴⁹ IGM étant l'acronyme pour Intersex Genital Mutilation.

¹⁵⁰ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*

hystérectomies)¹⁵¹. Ces opérations sont à l'origine de dommages permanents, d'une infertilité irréversible, et de souffrances mentales sévères. Elles s'accompagnent généralement de problèmes métaboliques à vie. Ces opérations interviennent à un âge extrêmement précoce, l'un des témoignages rapportant que l'enfant a été castré à deux mois et demi, et que ses testicules sains ont été « jetés à la poubelle »¹⁵². Les procédures de féminisation comprennent l'amputation ou la réduction du clitoris, la vaginoplastie et la dilatation du vagin, entre autres¹⁵³. Celles-ci comprennent des risques élevés de complications, telles que la perte de sensations sexuelles, des cicatrices douloureuses, la sténose vaginale, ce que confirment des études médicales récentes¹⁵⁴. De plus, afin de prévenir le rétrécissement et la sténose vaginale, le néo-vagin formé chez le jeune enfant est souvent dilaté de manière continue par l'insertion d'objets solides, par les médecins ou les parents. Les enfants le vivent comme une forme de viol ou d'abus sexuel, propos également rapportés par les parents¹⁵⁵. Les chirurgies de masculinisation consistent notamment en la « réparation » de l'hypospade. Les taux de complications s'élèvent à plus de 50%, parmi lesquels la sténose urétrale à l'origine d'insuffisance rénale requérant un traitement par dialyse. Elles entraînent également une perte de la sensibilité sexuelle¹⁵⁶.

M., la personne intersexuée ayant introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme a également témoigné publiquement de la nature des opérations et de douleurs provoquées, qui rejoignent celles dont il est fait état dans le rapport de l'ONG *StopIGM.org*¹⁵⁷. Pour cette personne née en 1977, les opérations commencent également « dès les premiers jours de sa vie » par l'injection d'hormones¹⁵⁸. M. subira ensuite, entre 1980 et 1993 « cinq interventions chirurgicales lourdes ». Les traitements perdurent tout au long de sa vie – notamment la prise d'androcur à l'adolescence, multipliant les risques de tumeur au cerveau – accompagnés d'une « série interminable de problèmes de santé », dont une infertilité irréversible. Les pratiques destinées à élargir le vagin sont également pratiquées, laissant des « traumatismes » dans sa mémoire. Ce sont d'abord des « séances de bougirage » à l'hôpital, dès l'âge de 4 ans, « où on lui enfonce des instruments ressemblant à des bougies » alors qu'elle subit en pleurant. La personne qualifie les actes dont elle a été victime de « torture ». Lorsqu'elle commence à opposer une résistance, les médecins estiment qu'il revient aux parents

¹⁵¹ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p.36.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, p.37.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.38.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

de réaliser les séances de bougirage à la maison. La mère témoigne avoir longtemps culpabilisé et s'être sentie « manipulée » par l'équipe médicale. Parmi les effets secondaires relatés dans le témoignage figurent l'hépatite C, une sarcoïdose, un affaiblissement des os, des problèmes aux poumons et aux yeux et des pertes de mémoire¹⁵⁹. A ce jour, aucun traitement n'a permis de contrer toutes les conséquences des opérations de conformation sexuée pratiquées sur M.

L'intensité des souffrances est par ailleurs reconnue par les Comités onusiens et le Conseil de l'Europe. Selon le Comité des droits de l'enfant, ces actes causent de « grandes souffrances »¹⁶⁰ ou encore de « graves souffrances physiques et psychologiques »¹⁶¹. Pour le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, ces souffrances sont « de longue durée »¹⁶². Dans la Déclaration conjointe des entités des Nations Unies, il est question de la « violence en milieu médical »¹⁶³. Le Parlement européen les qualifie de « mutilation génitale » ayant des conséquences sur la santé « physique, psychologique, sexuelle et génésique »¹⁶⁴.

B. Des mauvais traitements qualifiables de traitements inhumains et dégradants

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, un traitement inhumain cause à celui qui le subit de « vives souffrances physiques et morales »¹⁶⁵. Il peut résulter d'un ensemble d'opérations cumulatives réalisées « avec préméditation »¹⁶⁶. En l'espèce, il ressort incontestablement des témoignages que les opérations cumulatives de conformation sexuée provoquent de vives souffrances physiques et morales. De plus, elles sont préméditées puisque les auteurs agissent sciemment en imposant ce traitement, avec l'objectif précis de faire

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le rapport du Chili valant quatrième et cinquième rapports périodiques », 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5, p.11.

¹⁶¹ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse », 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, p.10.

¹⁶² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant le rapport unique valant septième et huitième rapports périodiques de l'Allemagne », 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, p.8.

¹⁶³ Déclaration conjointe des entités des Nations Unies (Organisation Internationale du Travail, Nations Unies Droits de l'Homme, Programme des Nations Unies pour le développement, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, Fonds des Nations Unies pour la population, Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, Fonds des Nations unies pour l'enfance, Office des Nations unies contre la drogue et le crime, ONU Femmes, Programme Alimentaire Mondial, OMS et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida), « Mettre fin à la violence et à la discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexes », 2015, p.1.

¹⁶⁴ Parlement européen, « Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique », 2017, §BC.

¹⁶⁵ CEDH, Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, §167.

¹⁶⁶ *Ibid.*

correspondre l'enfant à l'un ou l'autre sexe masculin ou féminin. Partant, ces opérations s'analysent en un traitement inhumain au sens de l'article 3.

Les traitements dégradants créent chez les victimes « des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale »¹⁶⁷. La peur et l'angoisse sont des sentiments récurrents, fortement documentés et appuyés par de nombreux témoignages. L'humiliation est également caractérisée eu égard au vocabulaire employé par le corps médical pour décrire les enfants avant leur intervention. Par ailleurs, la résistance physique et morale est bien souvent brisée, en témoigne la longue liste d'effets secondaires et les tentatives de suicide¹⁶⁸.

M. explique ainsi que lors des séances de bougirage, iel était nue, avait froid, et pleurait, pendant que les médecins vérifiaient la taille de son vagin, qu'il fallait « entretenir [pour être] pénétrable », jusqu'à ce qu'iel ait mal. 40 ans après les faits, les larmes lui montent en relatant ces faits qui l'ont bouleversé.e¹⁶⁹. Les témoignages figurant dans le rapport de l'ONG *StopIGM.org* font également état de l'« intimidation » et de la « peur »¹⁷⁰. L'humiliation transparait dans les termes employés par les médecins, décrivant l'enfant comme un « garçon raté »¹⁷¹ et même un « monstre »¹⁷². La résistance morale est brisée par les mensonges constants entourant la prétendue maladie rare dont souffre l'enfant. L'un des témoignages révèle que les médecins ont fait croire à l'enfant qu'il n'y avait personne d'autre comme lui, qu'il était le seul sur la planète. Dans ce même témoignage, l'enfant souffre très tôt d'anxiété, nécessitant la prise de tranquillisants¹⁷³.

Les traitements auxquels sont soumis les enfants intersexués sont donc dégradants.

C. Les critères supplémentaires d'identification de la torture remplis en l'espèce

La torture est définie par la Cour comme correspondant à « des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »¹⁷⁴. Plus précisément, reprenant les

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015, p.22.

¹⁶⁹ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

¹⁷⁰ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*, p. 14 et 18.

¹⁷³ *Ibid.*, p.15.

¹⁷⁴ CEDH, Irlande c/ Royaume-Uni, *op. cit.* § 167.

critères¹⁷⁵ retenus par la Convention des Nations Unies contre la Torture de 1984¹⁷⁶, la Cour considère que pour être qualifiables de torture, les traitements doivent être administrés par des agents de l'État (1) ayant l'intention (2) de causer des « douleurs ou souffrances aiguës » (3), physiques ou mentales, à des fins particulières d'intimidation ou de discrimination (4)¹⁷⁷.

1. Les auteurs de l'acte de conformation : le service public hospitalier

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le personnel médical est assimilable à des agents de l'État lorsqu'il exerce dans des structures placées sous l'autorité du Ministère de la Santé¹⁷⁸, c'est-à-dire lorsque l'État est indirectement impliqué dans la conduite des opérations. En France, l'État est impliqué à plusieurs égards.

En premier lieu, la circulaire relative à l'état civil de 2011 incite à effectuer les « traitements appropriés »¹⁷⁹ – comprendre les opérations de conformation sexuée – dont le ministère public a donc eu connaissance. De plus, les établissements de santé qui pratiquent ces opérations ainsi que les organismes d'assurance maladie qui les financent sont sous la tutelle du ministère de la santé et des affaires sociales¹⁸⁰. Par ailleurs, de nombreuses universités publiques françaises de renommée, ainsi que les cliniques privées emploient des docteurs qui « promeuvent, prescrivent et pratiquent » les opérations de conformation sexuée, parmi lesquels le Centre hospitalier universitaire de Lyon, l'Hôpital Jeanne de Flandre, les Hôpitaux universitaires Paris-Sud, l'Hôpital Universitaire mère-enfant Robert-Debré Paris ou la Clinique universitaire d'Amiens¹⁸¹. Enfin, la Classification Commune des Actes Médicaux (CCAM) comprend une rubrique intitulée « Correction des ambiguïtés sexuelles », qui rassemble les six opérations d'assignation sexuelle : JMEA001 - Transposition du clitoris ; JMEA002 - Lambeau neurovasculaire pédiculé du clitoris ; JMMA001 - Vestibuloplastie avec enfouissement ou résection du clitoris, pour féminisation ; JMMA004 - Clitoridoplastie de réduction ; JZMA002 - Urétroplastie, vaginoplastie et vestibuloplastie avec enfouissement ou réduction du clitoris,

¹⁷⁵ CEDH, Selmouni c. France, 28 juillet 1999, req. n° 25803/94, §97

¹⁷⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée dans sa résolution 39/26 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, R.T.N.U., vol. 1465, p. 85, Article 1.

¹⁷⁷ CEDH, Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006, req. n° 54810/00, Opinion concordante du juge ZUPANČIČ.

¹⁷⁸ CEDH, V.C. c. Slovaquie, *op. cit.*, interprétation résultant d'une combinaison des §§9, 102 et §109.

¹⁷⁹ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, BO Ministère de la Justice et des Libertés, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, p.27. NOR : JUSC1119808C.

¹⁸⁰ MORON-PUECH, Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 1re partie », *Socio – La nouvelle revue des sciences sociales*, 2017, p. 28.

¹⁸¹ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p.9.

pour féminisation ; JZMA003 - Urétroplastie et vestibuloplastie avec enfouissement ou réduction du clitoris, pour féminisation¹⁸².

Les opérations de conformation sexuée sont donc imputables à l'État français.

2. L'élément intentionnel : la connaissance des effets inhérents aux opérations de conformation

L'exigence de l'élément intentionnel est dégagée par la Cour par référence à la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants « qui précise que le terme « torture » s'entend de l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës (...) (article 1^{er}) »¹⁸³.

En l'espèce, ce critère pourrait poser une difficulté car les médecins n'ont pas pour intention de causer les souffrances. Cependant, ils agissent en vue d'assigner un sexe, en connaissance des risques et de la souffrance. Or, selon le Comité contre la torture, l'intention doit s'apprécier objectivement et non subjectivement¹⁸⁴. Ceci est explicité par la Cour, qui rappelle que l'interdiction vaut « indépendamment de la motivation des autorités »¹⁸⁵. Ainsi, « le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts »¹⁸⁶. De plus, l'intention peut également découler du degré d'intensité indéniablement élevé des souffrances subies¹⁸⁷. En l'espèce, les médecins ne peuvent qu'être conscients des souffrances provoquées par leurs interventions sur les corps des enfants intersexués. Ils agissent néanmoins en connaissance de cause, sans que l'infliction des douleurs soit la motivation première.

Par ailleurs, dans son observation générale n°2, le Comité contre la torture considère que « le recours discriminatoire à des violences ou à des mauvais traitements mentaux ou physiques est un critère important permettant de conclure à l'existence d'un acte de torture. »¹⁸⁸. En l'espèce, et cela rejoint le critère de la finalité des opérations, les pratiques sont bien le fruit d'un traitement discriminatoire réservé aux enfants intersexués (voir *infra*, §4).

¹⁸² XAVIERE, Marie-Catto, *op. cit.*, p.432.

¹⁸³ CEDH, *Ilhan c. Turquie*, *op. cit.*, §85.

¹⁸⁴ Comité contre la Torture, Observation générale n°2, « Application de l'article 2 par les États parties », 2008, CAT/C/GC/2, §9.

¹⁸⁵ CEDH, *Gäfgen c. Allemagne*, 1er juin 2010, req. 22978/05, §107.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ CEDH, *Aydın c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n°23178/94, §§80-88.

¹⁸⁸ Comité contre la Torture, « Observation générale n°2 – Application de l'article 2 par les États parties », 2008, CAT/C/GC/224, §20.

3. L'intensité des souffrances : des opérations causant des douleurs aiguës

Comme le « minimum de gravité », le caractère « aigu » des douleurs est relatif par essence : « il dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. »¹⁸⁹. Les circonstances des opérations (cf. Supra, §2, A.), mettent en évidence un degré élevé de souffrances, tant physiques que morales. Certaines ONG qualifient d'ailleurs les opérations de torture¹⁹⁰. C'est également la qualification retenue par les personnes les ayant subies¹⁹¹. En outre, le Rapporteur spécial sur la torture qualifie lui-même les douleurs dont il est question d'aiguës¹⁹². La position exprimée par les comités onusiens et le Conseil de l'Europe va également dans ce sens (Infra §3. A. 1 et 2).

4. La finalité poursuivie : mise en évidence de la discrimination affectant les enfants intersexués

Il va sans dire que les enfants sont soumis à de telles opérations en raison de leurs caractéristiques sexuelles, ce qui met en évidence la finalité discriminatoire de celles-ci. Le dernier critère étant rempli, il permet à la fois de caractériser la torture, tout en soulevant une problématique nouvelle sous l'angle de l'article 14 de la Convention, en combinaison avec l'article 3 (cf. Infra, Section 2).

§3. Un constat de violation de l'article 3 opportun

La qualification des opérations comme correspondant à des traitements inhumains et dégradants, et a fortiori à des actes de torture est opportune, en ce qu'elle s'inscrit dans la logique de la Cour à analyser les situations à la lumière des conditions d'aujourd'hui (A). De plus, elle s'avère nécessaire afin de contraindre la France et plus généralement le reste du monde à mettre fin à la pratique de la conformation sexuée (B).

¹⁸⁹ CEDH, Selmouni c. France, *op. cit.*, §100.

¹⁹⁰ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 3, 45 et 52.

¹⁹¹ GUILLOT, Vincent, *op. cit.* p. 6 ; LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

¹⁹² MENDEZ, Juan, « Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », *Conseil des droits de l'homme*, A/HRC/22/53, 2013, §77.

A. Une appréciation des opérations de conformation à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui

Outre les quatre critères retenus par la Cour en s'inspirant de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, un facteur supplémentaire entre en compte, dégagé notamment dans l'arrêt Selmouni contre France. Ce facteur évolutif est celui du « niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales », qui implique une fermeté plus grande dans l'appréciation des atteintes aux droits garantis¹⁹³. En l'espèce, ce critère évolutif doit s'analyser à la lumière des développements récents en matière de protection renforcée des droits fondamentaux de la communauté lesbienne, gay, bi, trans (LGBT), dans la loi et dans la jurisprudence, tant au niveau national qu'international.

En France, l'article 225-1 du code pénal interdit la discrimination en raison, notamment, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Depuis 2013, le mariage homosexuel ainsi que l'adoption par ces couples sont légalisés¹⁹⁴.

Les juridictions de protection des droits de l'Homme ont développé une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux des personnes LGBT. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la protection de leurs droits dès 1981, avec l'affaire Dudgeon c. Royaume Uni relative à la criminalisation d'« actes homosexuels entre hommes adultes et consentants »¹⁹⁵. La Cour considère qu'une telle législation pénalisant les actes homosexuels constitue une atteinte injustifiée à la vie privée du requérant¹⁹⁶. La Cour a ensuite reconnu aux personnes transsexuelles le droit à la reconnaissance légale du changement de sexe¹⁹⁷. De plus, elle considère que les États doivent offrir une reconnaissance juridique aux couples homosexuels¹⁹⁸. Une telle protection est également consacrée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui se prononce pour la première fois en 2010 avec l'affaire Atala Riffo et filles c. Chili¹⁹⁹, dans laquelle l'orientation sexuelle de la mère l'avait empêchée d'obtenir la garde de ses filles. La Cour érige l'orientation sexuelle en « motif suspect » et constate une

¹⁹³ Selmouni c. France, *op. cit.*, §101.

¹⁹⁴ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n° 3. NOR : JUSC1236338L.

¹⁹⁵ CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, §15.

¹⁹⁶ *Ibid.*, §63.

¹⁹⁷ CEDH, Christine Goodwin c Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95.

¹⁹⁸ CEDH, Oliari et autres c. Italie, 21 Juillet 2015, req. nos 18766/11 et 36030/11, §185.

¹⁹⁹ CIADH, Atala Riffo et filles c. Chili, 24 février 2012, req. n° 12.502.

violation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme²⁰⁰ pour discrimination sur ce motif. De manière plus générale, sur le plan du droit international, on peut noter la présentation par la France et les Pays-Bas, en décembre 2008, du texte de la Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre, qui compte 68 États signataires²⁰¹.

Outre le contexte de protection renforcée des droits des personnes LGBT, un constat de violation de l'article 3 s'agissant des opérations de conformation sexuée serait en conformité avec les conclusions du Conseil de l'Europe (1), mais également des Comités onusiens (2).

1. Un constat de violation de l'article 3 en conformité avec les conclusions du Conseil de l'Europe

En 2013 déjà, l'Assemblée parlementaire se disait

« Particulièrement préoccupée par une catégorie particulière de violations de l'intégrité physique des enfants, que les tenants de ces pratiques présentent souvent comme un bienfait pour les enfants, en dépit d'éléments présentant manifestement la preuve du contraire. Ces pratiques comprennent notamment (...) les interventions médicales à un âge précoce sur les enfants intersexués. »²⁰².

Cette préoccupation souligne non seulement l'absence de nécessité médicale établie mais également les effets néfastes des opérations. En 2017, la résolution 2191 concerne directement les « personnes intersexes », et l'Assemblée précise alors que les opérations entraînent des « atteintes graves à l'intégrité physique », rappelant la problématique du consentement et de la construction de l'identité de genre, face à l'absence de « preuves de l'efficacité à long terme » des traitements, qui n'ont d'ailleurs pas de « réelle visée thérapeutique », mais bien « sociale »²⁰³. On retrouve donc les critères guidant la Cour dans l'évaluation des pratiques à la lumière de l'article 3. Certes, la qualification de torture n'est pas explicitement retenue, car au sein du Conseil de l'Europe, une telle qualification est du ressort de la Cour. L'Assemblée

²⁰⁰ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, RTNU., vol. 1144, p.182.

²⁰¹ Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre présentée en marge de l'Assemblée générale des Nations Unies, par Rama Yade et Maxime Verhagen, New York, 18 décembre 2008.

²⁰² Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », Résolution 1952, 2013, §2.

²⁰³ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », Résolution 2191, 2017, §2.

souligne en revanche explicitement que ces pratiques soulèvent des « questions importantes au vu (...) des articles 3 et 8 » de la Convention²⁰⁴.

En 2015, le Commissaire aux Droits de l'Homme a publié un document thématique intitulé « Droits de l'homme et personnes intersexes », qui rejoint la position de l'Assemblée parlementaire²⁰⁵. Il fait état de l'atteinte au « bien-être physique » et « psychologique », et des « retombées négatives qui se manifestent tout au long de la vie », parmi lesquelles « stérilisation, cicatrices très marquées, infections des voies urinaires, diminution ou perte totale des sensations sexuelles, arrêt de la production d'hormones naturelles, dépendance aux médicaments, sentiment profond de violation de leur personne, etc. ». Dans le même sens, le rapport de Marlene Rupprecht présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), qualifie le traitement subi par les enfants de « traumatisant » du fait notamment d'« interventions humiliantes »²⁰⁶. Certaines opérations sont ressenties comme des violences sexuelles, notamment la procédure de « féminisation » consistant à maintenir le néovagin « ouvert à l'aide d'un dilateur, lequel est, en règle générale, introduit régulièrement par la mère de l'enfant »²⁰⁷. Les parents eux-mêmes ont parfois « l'impression de violer leur enfant »²⁰⁸. L'intensité des douleurs est également révélée par les « comportements suicidaires et d'automutilation »²⁰⁹, qui, selon une étude, sont « deux fois plus élevés chez les personnes intersexes que dans un groupe de comparaison composé de femmes non traumatisées »²¹⁰. Si la notion de torture n'est pas explicitement reprise dans ces rapports, ils témoignent néanmoins tous d'un contexte propre à retenir une telle qualification.

Le Commissaire au Droit de l'Homme note d'ailleurs l'émergence d'une position commune aux organes régionaux et internationaux de protection des droits fondamentaux quant à la nécessité d'intervenir face à ces opérations qui causent des « dommages à vie »²¹¹.

²⁰⁴ *Ibid.*, §6.

²⁰⁵ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015, p.14.

²⁰⁶ RUPPRECHT, Marlene, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », Rapport, Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 2013, §54.

²⁰⁷ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015, p.22.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ PILLAY, Navi, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Déclaration à l'occasion de la remise du prix « LGBTI Friend of the Year » de l'ILGA et de la présentation du rapport 2014 Homophobie d'État et du Panel de l'ILGA sur l'orientation sexuelle et la législation internationale en matière de droits de l'homme, 30 mai 2014.

2. L'existence d'un consensus international en faveur de la condamnation des pratiques de la conformation sexuée

Lorsqu'elle est amenée à évaluer les « conditions d'aujourd'hui », la Cour a recours au droit international, et notamment la *soft law*. Les condamnations des États par les comités de l'Organisation des Nations Unies (ONU) sont révélatrices de l'existence d'un consensus international sur l'atteinte à l'intégrité physique que représentent les opérations de conformation sexuée. Elles illustrent également la pression insuffisante que représentent ces condamnations, puisque la pratique se poursuit à l'échelle mondiale.

Le Comité des Droits de l'Enfant considère que les opérations inutiles « d'un point de vue médical »²¹² et « irréversibles » causent de « graves souffrances physiques et psychologiques », et portent atteinte à l'« l'intégrité physique et mentale, à l'autonomie et à l'autodétermination » des enfants intersexués²¹³. De même, le Comité des droits des personnes handicapées rappelle la nécessité d'un consentement libre et éclairé préalablement à toute intervention chirurgicale pratiquée sur un enfant intersexué, en raison de leur « caractère invasif ayant des effets irréversibles »²¹⁴. De son côté, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes souligne l'inadéquation des pratiques irréversibles, qui causent des « souffrances physiques et psychologiques de longue durée »²¹⁵. Ces « souffrances physiques et psychologiques »²¹⁶ sont également dénoncées par le Comité des droits de l'homme. Dans la déclaration conjointe des entités des Nations Unies, il est question de « violence en milieu médical » par le biais de ces interventions chirurgicales, qui perdurent eu égard à l'impunité « généralisée »²¹⁷. En 2015, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme dit explicitement que ces actes « généralement irréversibles et [qui] peuvent causer de graves et longues souffrances physiques et psychologiques » peuvent « contrevenir à l'interdiction de la torture et de mauvais traitements »²¹⁸. Il souligne que cette question préoccupe particulièrement les titulaires de

²¹² Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse », 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4.

²¹³ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le rapport du Chili valant quatrième et cinquième rapports périodiques », 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5

²¹⁴ Comité des droits des personnes handicapées, « Observations finales concernant le rapport initial de l'Uruguay », 2016, CRPD/C/URY/CO/1.

²¹⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant le rapport unique valant septième et huitième rapports périodiques de l'Allemagne », 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8.

²¹⁶ Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse », 2017, CCPR/C/CHE/CO/4.

²¹⁷ Déclaration conjointe des entités des Nations Unies, *op. cit.*, p. 1.

²¹⁸ Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », 2015, A/HRC/29/23.

mandat au titre des procédures spéciales qui s'occupent de la question du droit à la santé et de la torture²¹⁹. Enfin, le Parlement européen qualifie les interventions de « mutilation génitale », ayant des « conséquences sur [la] santé physique, psychologique, sexuelle et génésique »²²⁰.

B. La condamnation de la France par la Cour, une pression nécessaire

La France a déjà été condamnée à plusieurs reprises par les comités onusiens, sans succès (1). Ainsi, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme s'avère nécessaire et devrait se révéler efficace eu égard à sa force juridique contraignante (2).

1. Les multiples condamnations de la France par les comités onusiens, une pression insuffisante

Le fait que le Comité contre la torture se soit penché sur la question, est révélateur de la nature des traitements dont il est question. La non-nécessité, l'irréversibilité et l'absence de consentement éclairés des enfants et de leurs proches conduisent à des « souffrances physiques et psychologiques »²²¹. Dans ces recommandations, le Comité insiste sur l'importance d'un « conseil impartial », déplorant l'absence de neutralité du discours médical²²². Le Comité des droits de l'enfant, en 2016, avait déjà recommandé à la France de « recueillir des données pour prendre la mesure de l'ampleur de ces pratiques préjudiciables, de façon à identifier plus facilement les enfants exposés et à prévenir (...) les actes chirurgicaux ou (...) traitements qui ne sont pas nécessaires »²²³. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes considère que ces traitements sont « réalisés de façon courante » en France et réitère la nécessité de prendre les mesures recommandées par le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'enfant²²⁴.

A ce jour, ces recommandations n'ont pas été mises en œuvre. Cela peut s'expliquer en partie par l'existence d'une divergence de vues sur la question au sein même des autorités françaises, certaines étant sourdes aux revendications, d'autres appelant à les respecter. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait donc mettre un terme à ces oppositions.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Parlement européen, « Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique », 2017.

²²¹ Comité contre la torture, « Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France », 2016, CAT/C/FRA/CO/7.

²²² *Ibid.*

²²³ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France », 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

²²⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France », 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8.

D'un côté, la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH), la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) et le Conseil d'État demandent l'arrêt des pratiques²²⁵. En mai 2018, La CNCDH considère que certaines des opérations pratiquées sur les personnes intersexuées s'analysent en des « traitements inhumains et dégradants »²²⁶. Elle dénonce l'absence de nécessité médicale malgré les « lourdes conséquences à vie pour les patients » ainsi que « de nombreuses complications », et « au mépris du consentement de la personne, les parents étant contraints de décider immédiatement »²²⁷. Elle déplore également « le poids de la norme sur les corps et les comportements [qui] se traduit par une vision restrictive, qui laisse peu de place à la différence »²²⁸. De son côté, le Conseil d'État constate l'absence de consensus médical relatif au « type de traitements à effectuer » et au « moment auquel ils doivent intervenir »²²⁹. A ce titre, il rappelle l'importance primordiale du respect de deux conditions avant de procéder à toute opération, à savoir la nécessité médicale et le consentement du patient. L'étude souligne que l'exigence de l'« information préalable et exhaustive » doit être adaptée s'agissant de l'enfant mineur. Ainsi, lorsqu'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté, « seul un motif médical très sérieux peut justifier qu'un acte médical portant gravement atteinte à son intégrité corporelle soit effectué »²³⁰. Ce motif n'est pas établi lorsque le traitement est justifié « par le souci de conformer l'apparence esthétique des organes génitaux aux représentations du masculin et du féminin ». Le Conseil d'État recommande ainsi la création d'un « nombre limité d'établissements disposant de compétences pluridisciplinaires en la matière, et à ce titre mieux à même de retenir la réponse thérapeutique la plus appropriée et de fournir une information exhaustive permettant l'expression d'un consentement éclairé. »²³¹.

Malgré cela, lorsqu'en janvier 2019, le groupe d'information et de soutien sur les questions sexuées et sexuelles (GISS) a interpellé le ministère de la santé, les autorités ont affirmé que « les actes chirurgicaux de normalisation sexuelle sans nécessité médicale sont déjà prohibés », et que les seuls « actes et traitements médicaux qui sont à ce jour pratiqués sur des enfants, avec le consentement de l'autorité parentale, répondent à une nécessité médicale »²³².

²²⁵ LORRIAUX, Aude, *op. cit.*

²²⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), « Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux », Avis, 2018, p.17.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, p.32.

²²⁹ Conseil d'État, Section du rapport et des études, « Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ? », *Etude à la demande du Premier ministre*, 2018, p.21.

²³⁰ *Ibid.*, p.22.

²³¹ *Ibid.*

²³² Sénat, « Mutilations des personnes intersexes - Question écrite n°10164 de Mme Laurence Cohen », 15^e législature, JO Sénat 25/04/2019, p.2219.

Cette réponse va à contre-sens à la fois des conclusions des comités onusiens, mais également de celles de la CNCDH et du Conseil d'État. Ainsi jusqu'à présent, lors des révisions successives des lois de bioéthiques et malgré les enjeux évidents que ces pratiques soulèvent dans ce domaine, il n'a pas été jugé opportun de légiférer sur la question. Suivant ce schéma, le projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 ne fait aucune mention des opérations de conformation sexuée²³³.

2. La force contraignante des arrêts de la Cour, une pression nécessaire

L'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme impose aux États Parties de se « conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties »²³⁴. Si la France n'a pas réagi aux condamnations par les Comités onusiens, elle ne pourra plus adopter le même comportement face à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Si la Cour constate que la France a violé ses obligations en vertu de la Convention, l'État sera dans l'obligation d'accorder une réparation à la victime dans l'affaire spécifique, et à œuvrer pour que cette violation ne se réitère pas.

Théoriquement, un arrêt de la Cour ne concerne qu'une situation particulière, mettant en cause un État particulier. Il ne crée des obligations qu'à l'égard de cet État. Néanmoins, les États européens sont encouragés à s'inspirer de la jurisprudence européenne pour faire évoluer leurs systèmes juridiques, dans une logique de subsidiarité. Eu égard à l'impact d'un arrêt constatant la responsabilité d'un État pour violation de l'article 3, et a fortiori pour des actes de torture, un arrêt condamnant la France pourrait avoir un effet dissuasif auprès des États du Conseil de l'Europe. Cela pourrait les inciter à anticiper des requêtes futures dont le constat de violation serait certain. Les enfants intersexués se trouvant dans la même situation dans l'ensemble des pays européens, il serait en effet logique que si la Cour européenne condamne la France, elle fasse de même à l'égard de tout autre pays mis en cause.

Section 2. Une violation combinée de l'article 3 avec l'article 14 de la Convention : la mise en évidence d'un traitement discriminatoire des enfants intersexués

L'aspect discriminatoire des opérations a non seulement une incidence sur la qualification de torture, mais il constitue en lui-même une violation de l'article 14 de la Convention. La Cour a rappelé à de maintes reprises que l'article 14 n'a pas d'existence

²³³ Projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique, JORF n°0171 du 25 juillet 2019, texte n° 158, NOR: INPA1922153X.

²³⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 46.

autonome car il interdit les discriminations dans l'exercices des droits et libertés garantis par la Convention²³⁵. Néanmoins sa portée est autonome car l'article 14 peut être violé sans que l'article auquel il se rattache ne le soit²³⁶. L'article 14 est applicable lorsque pour une situation analogue, une différence de traitement dans la jouissance des droits est appliquée²³⁷. L'absence d'une « justification objective et raisonnable » constituera une violation de cet article²³⁸.

La situation en cause est celle d'enfants intersexués, en bonne santé, naissant en France. Certes, ceux-ci présentent des variations des caractéristiques sexuelles. Néanmoins cela ne les place pas dans une situation différente car cet état est non-pathologique et leurs organes génitaux sont sains. En d'autres termes, aucune intervention chirurgicale n'est requise, au même titre que pour les enfants non intersexués en bonne santé. Or il se trouve justement que ces interventions ont lieu, et qu'elles sont motivées par la volonté de conformer sexuellement les enfants intersexués. En d'autres termes, c'est en raison de leur état d'intersexuation – qui ne les place pas dans une situation différente sur le plan médical, le seul important dans le cadre d'une intervention chirurgicale – que les enfants sont opérés. Ils sont donc soumis à un traitement différent pour une situation analogue.

Certes, l'article 14 ne mentionne pas explicitement les caractéristiques sexuelles comme motif prohibé de discrimination. Cependant, la liste n'est pas exclusive puisqu'elle est précédée de l'adverbe « notamment » et suivie de « ou toute autre situation ». Ainsi la Cour, à travers son œuvre interprétative, a été amenée à dégager au cas par cas de nouveaux motifs, tels l'orientation sexuelle²³⁹ et l'identité de genre²⁴⁰. Dans la lignée de ces motifs qui se rattachent au sexe, les caractéristiques sexuelles peuvent donc logiquement être identifiées comme une nouvelle notion tombant sous le coup de l'article 14, ce qui serait en accord avec les recommandations de diverses instances internationales, y compris les organes du Conseil de l'Europe. En effet, en 2015, le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe recommandait aux États membres de réviser la législation nationale sur l'égalité de traitement et la lutte contre les infractions motivées par la haine pour « garantir la protection des personnes intersexes »²⁴¹. Ainsi selon le Commissaire, « les caractéristiques sexuelles devraient y figurer

²³⁵ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, §32.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ CEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n° 34369/97, §44.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, §50.

²⁴⁰ CEDH, *Identoba et autres c. Géorgie*, 12 mai 2015, req. n°73235/12, §96.

²⁴¹ Conseil de l'Europe, 2015, *op. cit.*, p. 9.

en tant que motif de discrimination interdit à part entière, ou, à tout le moins, le motif « sexe/genre » devrait être interprété d'autorité comme incluant les caractéristiques sexuelles. »²⁴². Par ailleurs, eu égard à l'universalité des droits de l'homme, et même si « aucune disposition spécifique ne mentionne actuellement les personnes intersexes », le Commissaire considère que « les droits consacrés par les traités internationaux de protection des droits de l'homme s'appliquent à tous, et donc aux personnes intersexes »²⁴³. Il s'appuie ainsi sur l'interprétation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CESCR) relative au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). L'expression « toute autre situation » du second paragraphe de l'article 2 du Pacte comprend « l'identité sexuelle », notamment des personnes intersexuées, « souvent exposées à de graves atteintes à leurs droits fondamentaux »²⁴⁴. Il est intéressant de noter que le Comité inclut également « l'état de santé réel ou perçu d'une personne » comme motif interdit de discrimination, ce qui s'applique donc également aux personnes intersexuées – dont la situation est saine mais perçue comme pathologique. L'état de santé peut donc ici s'interpréter comme incluant les caractéristiques sexuelles.

A cette occasion, il serait opportun de les caractériser de « motif suspect »²⁴⁵, comme c'est déjà le cas de la race, de l'origine ethnique²⁴⁶ et du sexe²⁴⁷, étant donné qu'il touche à l'« un des aspects les plus intimes de la vie privée » des personnes concernées²⁴⁸, et qu'il affecte un groupe vulnérable²⁴⁹.

Reste alors à déterminer si une justification raisonnable peut être apportée, c'est-à-dire la poursuite d'un but légitime et le rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi²⁵⁰. En présence d'un motif suspect, la condition est renforcée, et il revient à l'État de prouver qu'il existe des « raisons particulièrement graves et convaincantes » justifiant un traitement discriminatoire²⁵¹. En présence d'un commencement de preuve, la charge de la

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*, p.29.

²⁴⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CESCR), « Observation générale no 20 : « La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels » (article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », 2009, E/C.12/GC/20.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.56.

²⁴⁶ CEDH, D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007, req. n°57325/00, §176.

²⁴⁷ CEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n° 9214/80 9473/81 9474/81, §78.

²⁴⁸ CEDH, Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n°33985/96 et n°33986/96, §89.

²⁴⁹ CEDH, Alajos Kiss c. Hongrie, 20 mai 2010, req. n°38832/06, §§42-44.

²⁵⁰ CEDH, E.B. c. France, *op. cit.*, §91.

²⁵¹ *Ibid.*

preuve revient à l'État²⁵². Eu égard à l'absence de nécessité thérapeutique, et tenant compte des graves souffrances engendrées par les traitements dont il est question, une telle justification ne peut être raisonnablement apportée.

De ce fait, la pratique de la conformation sexuée doit s'analyser en une violation combinée des articles 3 et 14 comme étant constitutive d'un acte de torture, ainsi que d'une violation de l'article 8 de la Convention par l'atteinte à divers aspects les plus intimes de la vie privée des enfants intersexués.

²⁵² CEDH, D.H. et autres c. République tchèque, *op. cit.*, §177-178.

TITRE 2 – DÉFAILLANCE DE L'ÉTAT FRANÇAIS DANS LA MISE EN PLACE D'UN MÉCANISME DE PROTECTION A *PRIORI* ET DE RÉPARATION A *POSTERIORI* DES MINEURS INTERSEXUÉS

Dans leur acceptation initiale, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme garantissent la jouissance de droits substantiels, qui imposent à l'État une obligation d'abstention. En d'autres termes, l'État ne doit pas s'ingérer dans la jouissance de ces droits, et laisser ses ressortissants en disposer librement. En revanche, en 1950, l'État ne s'engage pas à agir de manière proactive. C'est par la théorie prétorienne des obligations positives que la Cour va opérer une distinction entre le versant substantiel et le versant procédural des droits garantis. Le versant substantiel apparaît par une simple approche littérale de la Convention, tandis que le versant procédural est consacré par le Cour pour assurer une protection effective des droits. L'article 3 est particulier à cet égard puisqu'en son versant procédural, il impose à l'État une obligation positive dédoublée d'un devoir de protection en amont de la violation, puis d'un devoir d'enquête en aval. L'article 6 de la Convention présente également une spécificité car il consacre en lui-même une garantie procédurale, et que la Cour l'a en-sus assorti d'obligations positives, réaffirmant que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »²⁵³. Elle précise d'ailleurs que « la remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »²⁵⁴. Le contenu des droits découlant de l'article 6 ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties procédurales essentielles dont le requérant doit disposer dans un État de droit pour faire valoir ses droits et libertés. Les obligations découlant des articles 3, en son aspect procédural, et 6, se complètent donc afin d'offrir la protection la plus aboutie possible aux justiciables, en amont, puis en aval de la violation des dispositions de la Convention.

S'agissant des enfants intersexués, les opérations de conformation sexuée constituent une ingérence par l'État français dans la jouissance de leurs droits substantiels découlant des articles 8, et 3 et 14 combinés de la Convention. En d'autres termes, l'État manque à ses obligations négatives. Cependant, le fait même que ces violations aient pu se concrétiser témoignent d'une défaillance de la protection en amont. Il s'agit alors de déterminer si, pour les cas de violation portées à la connaissance de l'État français, le devoir d'enquête a été respecté. Les opérations de conformation sexuée soulèvent donc une problématique au regard des

²⁵³ CEDH, Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §24.

²⁵⁴ *Ibid.*

obligations positives de l'État français découlant du versant procédural de l'article 3 de la Convention (Chapitre 1). Avant d'introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, les personnes intersexuées doivent chercher à obtenir réparation au niveau national. Cela suppose qu'elles aient un accès effectif à un tribunal. En cas d'échec, comme ce fut le cas pour M., il s'agira de questionner le respect par l'État de ses obligations en vertu de l'article 6§1 de la Convention (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE MANQUEMENT DÉDOUBLE DE L'ÉTAT A SON OBLIGATION POSITIVE DÉCOULANT DU VERSANT PROCÉDURAL DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

La combinaison des articles 3 et 1 de la Convention impose à l'État de garantir que toute personne relevant de sa juridiction jouira des droits et libertés consacrés, notamment en prenant « des mesures propres à empêcher [qu'elle ne soit soumise] à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »²⁵⁵. La Cour précise que « ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance »²⁵⁶. En cas d'échec, elles imposent que l'État conduise une enquête approfondie, officielle et effective²⁵⁷. Le versant procédural de l'article 3 comprend donc deux obligations positives, l'une en amont, l'autre en aval. En amont, en présence d'un risque établi, l'État doit prendre toutes les mesures pour éviter que celui-ci ne se réalise. En aval, lorsque le risque est réalisé, l'État doit conduire une enquête avec toute la diligence requise pour identifier les coupables et offrir réparation aux victimes. Lorsqu'une affaire est portée devant la Cour, le risque est déjà réalisé. La Cour va devoir alors déterminer si l'État aurait dû en avoir connaissance, et s'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter qu'il ne se réalise (Section 1). Dans un second temps, elle évaluera la diligence de la conduite de l'enquête par les autorités (Section 2).

Section 1. L'existence d'un risque d'exposition des enfants intersexués à la pratique de la conformation sexuée en France

Concernant les enfants intersexués, la requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est qu'une illustration de la réalisation du risque à très grande échelle. Dans cette affaire spécifiquement, la Cour sera donc amenée à déterminer si l'État français avait ou aurait dû avoir connaissance du risque, et s'il a pris les mesures appropriées. La Cour a précisé que le seuil de prévisibilité requis pour mettre en œuvre l'obligation positive est celui du risque « potentiel »²⁵⁸.

²⁵⁵ CEDH, *Mubilanzila Meyka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03, §53.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ CEDH, *Gäfgen c. Allemagne*, 1 Juin 2010, req. n° 22978/05, §117.

²⁵⁸ CEDH, *E. et autres c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 2002, n° 33218/96, §96.

En l'espèce, la pratique est largement documentée, et même dénoncée par diverses instances internationales depuis le début des années 2000²⁵⁹. La jurisprudence française révèle également que les juristes pouvaient avoir connaissance de la pratique depuis le début du vingtième siècle au moins. En 1915 le Tribunal civil de la Seine rend un jugement concernant Marcelle Jeanne, déclarée de sexe féminin à la naissance mais chez qui un hypospade est identifiée durant la première année de vie. Selon le tribunal, « après plusieurs interventions chirurgicales, qui se poursuivirent jusqu'à ces dernières années, l'enfant dont il s'agit a été définitivement reconnu comme appartenant au sexe masculin »²⁶⁰. Un siècle plus tard, la Cour de cassation sera amenée à qualifier la « chirurgie extrêmement lourde des ambiguïtés sexuelles »²⁶¹, à l'occasion d'un contentieux portant sur une autre question. Le degré de gravité des risques encourus est même documenté dès le début du vingtième siècle, dans la littérature scientifique. Ainsi en 1929, tout en légitimant l'intervention, le docteur Dr. Gregorio souligne « l'excessive mortalité de l'intervention »²⁶².

En l'espèce, l'État français devait donc avoir connaissance de la pratique. La Cour précise que son devoir d'agir correspond alors à une obligation de moyen de prendre des mesures raisonnables, afin de protéger efficacement notamment les « enfants et autres personnes vulnérables »²⁶³. En somme, les autorités doivent prendre des mesures proportionnées au danger encouru par les enfants²⁶⁴. Par ailleurs, concernant la maltraitance dans un contexte éducatif, la Cour a considéré lorsque l'État est informé d'abus, notamment sexuels, auxquels sont exposés les mineurs, il lui revient de « mettre en place un dispositif de contrôle public propre à éviter le risque de perpétration de tels abus »²⁶⁵. En l'espèce, la confiance aveugle que fait l'État au corps médical relativement aux interventions sur les enfants intersexués contrevient à l'obligation de contrôle.

Dans la situation ayant conduit à la requête devant la CEDH, l'État n'a rien fait. De manière générale, il n'a toujours pas mis en place de mesure concrète pour empêcher la pratique en cause. Cette inaction est donc en elle-même constitutive d'une violation de l'article 3, en son

²⁵⁹ Voir Supra, Partie I, Chapitre 2, Section 1, §3.

²⁶⁰ XAVIERE, Marie-Catto, *op. cit.*, p.430.

²⁶¹ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-40.046, arrêt n°1609.

²⁶² MARANON, Gregorio, *L'évolution de la sexualité et les états intersexuels*, Les documents bleus in-octavo (n°1), Paris, Gallimard NRF, Paris, 1931, p. 256.

²⁶³ CEDH, O'Keeffe c/ Irlande, 28 janvier 2014, req. n° 35810/09, §144.

²⁶⁴ PRASONG, Orapim, « La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme », sous la direction de GOUTTENOIRE, Adeline, Ecole Doctoral de droit, Droit privé et sciences criminelles, Université de Bordeaux, 2016, p.219.

²⁶⁵ CEDH, O'Keeffe c/ Irlande, *op. cit.*, § 168.

versant procédural. Elle est par ailleurs accompagnée d'un manquement à l'obligation renforcée du devoir d'enquête.

Section 2. Un manquement de l'État français à l'obligation renforcée du devoir d'enquête sur les opérations de conformation sexuée

Pour un renforcement effectif de la protection garantie par l'article 3 de la Convention, la Cour a identifié les caractéristiques de l'enquête au fil de sa jurisprudence : celle-ci doit être approfondie, effective, officielle²⁶⁶ et rapide²⁶⁷. Pour être effective, l'enquête doit être en mesure de conduire à la manifestation de la vérité, ainsi qu'à l'identification et à la punition des coupables²⁶⁸. S'il s'agit d'une obligation de moyen²⁶⁹, celle-ci est néanmoins renforcée eu égard aux circonstances de la cause, en l'espèce la mise en danger de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur²⁷⁰, et la motivation discriminatoire des actes²⁷¹.

Dans l'arrêt du 6 mars 2018 de la Cour de cassation²⁷², un obstacle procédural ayant été identifié dès le début de la procédure, le fond de l'affaire n'a pas été traité, et l'enquête n'a donc pas été conduite en l'espèce. Cela constitue une violation du second aspect procédural de l'article 3 de la Convention

Le risque a également été réalisé pour de nombreux autres enfants. Certes, ceux-ci n'ont pas individuellement invoqué la violation de leurs droits par l'État français. Il n'y a eu qu'une seule plainte juridique, celle de M. Une interprétation littérale des obligations de l'État conduirait donc à n'identifier qu'une seule manifestation du devoir d'enquête. Cependant, ces violations sont dénoncées par les ONG et les instances internationales, ce qui devrait permettre d'identifier un devoir d'enquête beaucoup plus général de l'État français, à l'échelle nationale. Cette vision est partagée par le Comité contre la torture, qui recommandait à la France en 2016 de « mener des enquêtes sur les cas de traitements médicaux ou chirurgicaux que des personnes intersexuées auraient subis sans avoir donné leur consentement effectif et éclairé, et d'adopter des mesures afin d'accorder réparation à toutes les victimes, y compris une indemnisation adéquate »²⁷³. A cet égard, les premières revendications publiques des personnes intersexuées

²⁶⁶ CEDH, Gäfgen c. Allemagne, *op. cit.*, §117.

²⁶⁷ CEDH, V.C. c. Slovaquie, *op. cit.*, §124.

²⁶⁸ CEDH, M.C. et A.C. c. Roumanie, *op. cit.* §111.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ CEDH, Söderman c. Suède, 12 novembre 2013, req. n° 5786/08, §81.

²⁷¹ CEDH, M.C. et A.C. c. Roumanie, *op. cit.*, §113.

²⁷² Cass. Crim. 6 mars 2018, no 17-81.777.

²⁷³ Comité contre la torture, « Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France », 2016, CAT/C/FRA/CO/7, §35, d.

sont formulées en France au début des années 2000, après la création de l'Organisation Internationale des Intersexes (OII) en 2003. L'Organisation Mondiale de la Santé est la première organisation internationale à soulever la problématique en 2006²⁷⁴. Les condamnations des États par les instances internationales débutent avec celle de l'Allemagne par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en 2009²⁷⁵. La France est condamnée pour la première fois par le Comité des droits de l'enfant en janvier 2016, puis par le Comité contre la Torture en juin 2016, suivi de près par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes en juillet de la même année. Dès la publication des rapports, puis a fortiori des condamnations, la France aurait dû mener des procédures d'enquête afin de prévenir des atteintes futures à l'intégrité des enfants intersexués.

Si l'État français respectait ses obligations positives, les enquêtes permettraient de mettre officiellement en évidence la pratique de conformation sexuée des enfants intersexués, et de prendre des mesures pour y mettre effectivement fin. Cela permettrait également de faciliter le processus de réparation, par l'identification des responsables. En effet, la Cour considère que lorsqu'une violation de l'article 3 est constatée, l'État est dans l'obligation d'offrir une « réparation suffisante » qui comprend au moins deux mesures, à savoir l'enquête effective et l'indemnité de compensation²⁷⁶. Or, en France, ce second aspect est mis à mal, notamment pour des raisons tenant à des obstacles procéduraux. Ceux-ci soulèvent des enjeux au regard des obligations de l'État en vertu de l'article 6 de la Convention. Par ailleurs, l'indemnité n'est suffisante que si elle est accompagnée de la condamnation des coupables²⁷⁷ – normalement identifiés à travers l'enquête qui fait en l'espèce défaut.

²⁷⁴ Organisation Mondiale de la Santé (OMS), « Gender Assignment of Intersex Infants and Children », *Genomic resource centre, Gender and Genetics: Genetic Components of Sex and Gender*, 2006. [<http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>]

²⁷⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEA), 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, §61-62.

²⁷⁶ CEDH, Gäfgen c. Allemagne, *op. cit.*, §116.

²⁷⁷ *Ibid.*, §119.

CHAPITRE 2. LE MANQUEMENT DE L'ÉTAT FRANÇAIS A L'OBLIGATION D'OFFRIR UN ACCES EFFECTIF A LA JUSTICE

L'article 6 de la Convention dispose en son paragraphe premier que

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »²⁷⁸.

L'article 6 consacre le principe fondamental de la prééminence du droit²⁷⁹. Ceci est confirmé par son régime juridique : c'est un droit absolu qui ne souffre d'aucune limitation. Dans l'arrêt *Klass c. Allemagne*, la Cour précise que la prééminence du droit implique notamment que toute « ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire »²⁸⁰. Pour ce faire, ce dernier doit offrir « les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière »²⁸¹ pour garantir la réalisation matérielle des droits. La protection des droits et libertés serait en effet vide de sens si elle n'était pas confiée à une justice indépendante et impartiale.

Or, lorsque la personne intersexuée ayant subi des opérations de conformation sexuée est en âge de saisir la justice, celle-ci se heurte à des obstacles procéduraux. En effet, l'accès effectif à un tribunal est mis à mal par la non-adaptation des règles de prescription à la pratique de la conformation sexuée (Section 1) et aux soupçons de manque d'impartialité et d'indépendance des juges sur les questions touchant aux caractéristiques sexuelles (Section 2).

²⁷⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 6, §1.

²⁷⁹ CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74, §55.

²⁸⁰ CEDH, *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, §55.

²⁸¹ *Ibid.*

Section 1. La prescription comme obstacle matériel à l'accès effectif a un tribunal

L'arrêt du 6 mars 2018 de la chambre criminelle de la Cour de cassation²⁸² (§1) met en évidence l'inconventionnalité de l'application des règles de prescriptions en droit français s'agissant spécifiquement des opérations de conformation sexuée (§2).

§1. Mise en évidence de la problématique avec l'arrêt du 6 mars 2018 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Le 6 mars 2018, la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur une espèce questionnant la légalité des actes de conformation sexuée réalisés sans le consentement des enfants mineurs. Les faits concernaient une personne intersexuée, née en 1977 et ayant subie dès 1978 des opérations de féminisation qui perdurent jusqu'en 1993. En l'état actuel du cadre juridique français, et en l'absence de disposition spécifique aux interventions de conformation sexuée, les personnes cherchant à obtenir réparation sur le plan juridique sont amenées à le faire sur le fondement de l'article 222-10 du code pénal concernant les violences aggravées ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, qui prévoit un délai de prescription de dix années, avec un report possible jusqu'à la majorité. Dans le cas d'espèce, l'action était en théorie prescrite au jour de l'introduction de la requête par la victime en 2015, puisque les faits remontaient à 1977. Cependant, la jurisprudence française a développé le concept de l'obstacle insurmontable, qui est une clause de suspension de la prescription. La cour d'appel d'Anger, puis la Cour de cassation ont considéré que la révélation tardive de l'intersexuation de la personne en 2000 ne pouvait s'interpréter en un obstacle insurmontable. Le délai de prescription ne pouvant être reporté, les juridictions ne se sont pas prononcées sur le fond de l'affaire.

La Cour de cassation considère qu'un obstacle insurmontable apparaît en présence de « manœuvres destinées à dissimuler la réalité d'un fait et qui soient suffisamment sophistiquées d'une part et aient efficacement empêché les personnes pouvant agir en justice de le faire d'autre part. »²⁸³. Dans l'arrêt en question, la Cour intériorise l'obstacle pour écarter la responsabilité de ses auteurs, en retenant la « perception du patient de sa condition » comme obstacle subjectif à l'action en justice. Or en réalité, cette perception est bien dépendante de facteurs extérieurs, à savoir la révélation par les médecins des interventions subies et de l'état

²⁸² Cass. Crim. 6 mars 2018, *op. cit.*

²⁸³ MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *op. cit.*, p.78.

initial des caractéristiques sexuelles. En l'espèce, les éléments de preuve pertinents témoignent de la tentative de dissimulation de la réalité par l'équipe impliquée dans les opérations. Le 9 février 1978, le Professeur suivant la requérante écrit au médecin de famille qui a la charge d'informer les parents, qu'« il serait souhaitable qu'il n'existe plus, dans l'esprit des parents, la moindre ambiguïté dans le sexe de leur enfant, afin que la petite X... soit élevée réellement comme une fille, sans aucune attitude d'intersexualité »²⁸⁴.

De manière générale, le manque d'information, les mensonges et les dissimulations entourant les pratiques sont également amplement documentés. Les ONG déplorent en effet la découverte tardive de l'historique médical²⁸⁵. A cela s'ajoute le fait que les traumatismes psychologiques causés par les interventions empêchent les victimes d'agir dans les temps impartis²⁸⁶. Ainsi, à l'avenir, d'autres personnes ayant subies enfant de telles interventions se heurteront à l'obstacle de la prescription si la Cour de cassation persiste à faire une application stricte des règles de prescription.

La Cour de cassation aurait donc dû et devrait à l'avenir identifier un obstacle insurmontable, c'est-à-dire faire preuve de flexibilité dans l'application des règles nationales de prescription afin de garantir un accès effectif à la justice et répondre aux exigences de l'article 6 de la Convention.

§2. L'application des règles de prescription aux actes de conformation sexuée lue à la lumière des exigences de l'article 6 de la Convention

En matière de mauvais traitements, les règles de prescription doivent être adaptées et faire preuve d'une certaine flexibilité (A), sans quoi elles constituent une violation de l'article 6 de la Convention (B).

A. La nécessaire flexibilité de la prescription en matière de mauvais traitements

L'arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* fait pour la première fois le lien entre la prescription et le droit d'accès à un tribunal, en analysant les règles de prescription comme une limitation à ce droit, donc une ingérence à l'article 6§1 de la Convention²⁸⁷. La Cour considère que ces règles ne doivent pas restreindre « l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un

²⁸⁴ *Ibid*, p.94, note 72.

²⁸⁵ GUILLOT, Vincent, op. cit. p. 12.

²⁸⁶ *Ibid*.

²⁸⁷ CEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93, §§50-51.

point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »²⁸⁸. Elles ne sont conformes à l'article 6 que lorsqu'elles tendent à un but légitime, dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but²⁸⁹. Par ailleurs, concernant les atteintes à l'intégrité physique, il ne peut être raisonnablement attendu des victimes qu'elles agissent en justice avant d'avoir connaissance du dommage subi²⁹⁰. De même, « lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription »²⁹¹. Cela vaut donc à fortiori lorsqu'une personne ne sait pas qu'elle ne souffre pas d'une pathologie, car on lui fait croire que si.

Afin de dégager plus précisément les principes applicables en matière de prescription, dans un cas particulier de mauvais traitements, la Cour, dans l'arrêt *Mocanu et autres contre Roumanie*²⁹², a recours aux exigences établies par le Comité contre la torture des Nations Unies sur l'application de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Celui-ci oblige les États Parties à garantir un droit à réparation effectif, auquel la prescription est susceptible de faire obstacle²⁹³. Le Comité insiste sur l'importance de garantir « de jure et de facto l'accès à des dispositifs de réparation effectifs et diligents pour les membres de groupes marginalisés ou de groupes vulnérables » et d'« éliminer les obstacles formels et informels qu'ils peuvent rencontrer pour obtenir réparation »²⁹⁴. Pour identifier ces groupes vulnérables, le Comité souligne que le « sexe » est souvent un « facteur déterminant »²⁹⁵. Concernant spécifiquement la torture, le Comité considère que la prescription devrait être supprimée, « compte tenu du caractère continu » de ses effets²⁹⁶. De ce fait, les États doivent accorder réparation à toutes les victimes de torture « indépendamment de la date à laquelle la violation a été commise »²⁹⁷. Interprétant la Convention à la lumière de ces considérations, la Cour considère qu'« en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'État, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la

²⁸⁸ *Ibid.*, §50.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ CEDH, *Eşim c/ Turquie* CEDH, 17 septembre 2013, req. n° 59601/09, §25.

²⁹¹ CEDH, *Howald Moore c. Suisse*, 11 mars 2014, req. nos 52067/10 et 41072/11, § 78.

²⁹² CEDH, *Mocanu et autres c. Roumanie*, 17 septembre 2014, req. nos 10865/09 45886/07 32431/08, §190 et suivants.

²⁹³ Comité contre la torture des Nations Unies, *Observation générale no 3 sur l'application par les États parties de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2012, §38.

²⁹⁴ *Ibid.*, § 39.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*, §40.

²⁹⁷ *Ibid.*

prescription »²⁹⁸. En tout état de cause, les règles de prescription doivent être compatibles avec la Convention, et il est dès lors « difficile d'accepter des délais de prescriptions inflexibles ne souffrant aucune exception »²⁹⁹.

A la lumière des principes ainsi explicités, il s'agit de déterminer si la Cour de cassation a respecté les conditions de conventionnalité de la prescription lorsqu'elle a décidé de ne pas retenir un obstacle insurmontable.

B. L'inconventionnalité de la mise en œuvre des règles de prescription pour les actes de conformation sexuée

Benjamin Moron-Puech résume les critères de conventionnalité de règles de prescription dégagés par la cour en deux points : elles ne doivent « pas porter atteinte à la substance même de ce droit », et doivent répondre à un but légitime, dans un rapport raisonnable de proportionnalité³⁰⁰. Par ailleurs, la portée du contrôle de la Cour sur ces règles dépendra de la marge nationale d'appréciation accordée à l'État Partie.

Sur le premier point, il est évident que lorsque la prescription touche à l'intégrité physique, le point de départ de la prescription ne saurait courir avant que la victime ait effectivement conscience du préjudice subi³⁰¹. Or, dans les faits relatifs à l'arrêt du 6 mars, la requérante ne pouvait en avoir eu connaissance avant l'interception de son dossier médical en 2000, c'est-à-dire plus de cinq ans après la date retenue par la Cour de cassation pour faire courir le délai de prescription. La première règle n'est donc pas respectée en l'espèce, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme ne requiert aucun comportement proactif de la part des victimes.

En ce qui concerne la proportionnalité des règles de prescription, celle-ci est soumise à un contrôle strict de la Cour. En effet, la marge nationale d'appréciation des États Parties est restreinte lorsque l'affaire touche à l'intégrité physique d'un individu. Il apparaît par ailleurs que cette marge a été récemment réduite, comme le révèle l'arrêt Mocanu et autres contre Roumanie rendu en 2014³⁰², beaucoup plus favorable aux victimes que ne l'était l'arrêt

²⁹⁸ CEDH, Abdülşamet Yaman c. Turquie, 2 novembre 2004, req. n° 32446/96, § 55.

²⁹⁹ CEDH, Mocanu et autres contre Roumanie, op. cit., §326.

³⁰⁰ MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2018, p. 86.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 88.

³⁰² L'affaire concernait des victimes de la répression violente des manifestations antigouvernementales organisées à Bucarest en juin 1990. La procédure nationale avait échoué pour cause de prescription.

Stubblings et autres c. Royaume-Uni de 1996³⁰³. Alors qu'en 1996 l'accent était mis sur la sécurité juridique, la Cour insiste en 2014 sur la nécessaire flexibilité de la prescription. En 1996, la marge d'appréciation laissée à l'État avait conduit à un constat de non-violation de l'article 6§1. En 2014 cependant, la restriction de cette marge conduit au constat de violation. Une telle approche pouvait être prévisible à la lecture de l'arrêt de 1996, qui prévenait que, du fait de la prise de conscience des effets psychologiques des sévices sexuels sur les enfants, « il est possible que des États membres du Conseil de l'Europe aient, dans un proche avenir, à amender les règles sur la prescription des actions qu'ils appliquent afin d'édicter des dispositions spéciales pour ce groupe de plaignants »³⁰⁴. La Convention étant un instrument vivant à lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, il est fort raisonnable de considérer qu'en 2019, la situation des personnes intersexuées, groupe de plaignant d'une particulière vulnérabilité, requiert une flexibilité plus grande des règles de prescription. En l'espèce, les personnes intersexuées ne prennent souvent connaissance de la nature, de l'étendu, et de la motivation des interventions subies – en d'autres termes du contexte d'identification d'une violation de l'article 3 de la Convention – que des années après les faits. Bien souvent, cela est dû à la dissimulation volontaire de la vérité par les auteurs des interventions. De ce fait, la jurisprudence de la Cour appliquée au cas d'espèce impose une flexibilité des règles de prescription.

Ainsi, le test de proportionnalité penchera en faveur des victimes si l'application stricte des règles de prescription ne peut être justifiée par un besoin social impérieux. En l'espèce, il y aurait au contraire une nécessité impérieuse d'assouplir les règles de prescription, et la Cour devrait à cet égard pouvoir être convaincue par la démonstration faite par Me Périer, avocat de la victime dans l'espèce de l'arrêt du 6 mars 2018³⁰⁵. Le risque de disparition des preuves ne saurait être présenté comme un but légitime, puisque les pratiques de conformation sont de plus en plus documentées et critiquées. Quant à la nécessité de « sanctionner la négligence » des victimes, l'argumentation rejoint celle relative à l'obstacle insurmontable, à savoir qu'on ne peut demander à une victime d'agir diligemment tant que les raisons justifiant une telle action en justice lui sont dissimulées volontairement.

Pour toutes ces raisons, la Cour de cassation aurait dû reconnaître un obstacle insurmontable imposant de reporter le délai de prescription au jour de la révélation des

³⁰³ La requérante alléguait avoir subi des violences sexuelles par son père adoptif, et avait introduit une requête 28 ans après les faits. La procédure nationale avait échoué pour cause de prescription.

³⁰⁴ CEDH, *Stubblings c. Royaume-Uni*, op. cit., §56.

³⁰⁵ MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », op.cit., p. 90.

traitements subis. Décider du contraire constitue un obstacle procédural injustifié constitutif d'une violation de l'article 6 de la Convention, mettant ainsi en évidence une nouvelle inconventionnalité dans le traitement des personnes intersexuées par les autorités françaises.

Section 2. L'impartialité du tribunal à l'égard des enfants intersexués mise en question

L'influence du postulat de la binarité en droit français (§1) sur les décisions concernant les personnes intersexuées est mise en évidence par l'arrêt du 6 mars 2018 de la Cour de cassation, soulevant ainsi une problématique relative à l'exigence d'impartialité du tribunal (§2).

§1. La prégnance du postulat de la binarité des sexes dans le système juridique français

Les biais du système binaire de genre sont révélés par la doctrine, inscrits dans le droit français et transparaissent dans les décisions et arrêts des juridictions françaises.

Comme le souligne Louise Scalbert, le sexe apparaît, dans la doctrine, comme la « summa divisio de l'état des personnes »³⁰⁶. L'auteure cite ainsi le « partage primordial » de Jean Carbonnier, l'« altérité primordiale » d'Alain Sériaux ou encore la « différence originelle » de Philippe Malaurie³⁰⁷, auteurs qui par ailleurs sont souvent cités comme étant des références en droit des personnes. Du reste, leurs ouvrages généraux sont conseillés à la lecture des étudiants en droit. Le système de pensée binaire a au moins une influence sur l'apprentissage puis l'application du droit. Selon Benjamin Moron-Puech, les magistrats évoluent « sous l'emprise »³⁰⁸ « d'un système de genre » de « caractère inégalitaire »³⁰⁹. L'influence des outils pédagogiques sur les décisions qui seront prises par les futurs professionnels est d'ailleurs dénoncée par la CNCDH s'agissant du milieu médical. La CNCDH considère que ces outils peuvent parfois faire « le relais de préjugés et d'idées fausses », expliquant ainsi qu'un manuel de l'Université Pierre et Marie Curie édité en 2003 mais toujours utilisé en 2018 n'évoque pas l'intersexuation « dont la prévalence est pourtant évaluée à 2% de la population »³¹⁰.

³⁰⁶ SCALBERT, Louise, « La binarité du sexe en droit, Approche autour des questions de l'intersexuation et de la transidentité », Sous la direction de LOISEAU, Grégoire, *Personne et Droit*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012, p.21.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *op. cit.*, p.104.

³⁰⁹ *Ibid.*, p.99.

³¹⁰ Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) Avis, 2018, *op. cit.*, p.17.

Cela se retrouve dans le droit français positif, dont les textes recourent aux termes « l'un ou l'autre sexe » ou « aux deux sexes »³¹¹. Les articles 55 al 1^{er} et 57 du code civil ne font que confirmer l'importance et l'urgence d'identifier le sexe de l'enfant dès la naissance, dans un délai court de trois jours. La circulaire du 10 janvier 2000 précise que ce sexe est soit masculin soit féminin³¹². Cette exigence est d'ailleurs rendue d'ordre public depuis le XIX^e siècle³¹³, par deux arrêts auxquels l'Instruction d'état civil de 1955 fait référence³¹⁴.

Cette approche stricte de la binarité absolue a d'ailleurs été renforcée par un rejet de la pratique de la mention du sexe indéterminé. Cette mention était initialement préconisée car les opérations de conformation n'étaient pas pratiquées à un stade aussi avancé qu'aujourd'hui³¹⁵. Ainsi, le Procureur Fabre – dans ses conclusions relatives au premier arrêt publié concernant un changement de sexe à l'état civil pour une personne trans – se prononce en faveur de la possibilité de maintenir la mention du sexe indéterminé³¹⁶. En 1970, cette jurisprudence est renversée par la modification de l'Instruction générale relative aux actes d'état civil qui préconise d'éviter l'emploi de l'indication du sexe indéterminé « lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain ». Alors même que la question de la conformation des enfants intersexués n'a jamais été appréhendée du point de vue légal, l'instruction « conseille » aux parents de recourir à l'avis du médecin pour établir le « sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte »³¹⁷. Cette instruction est aujourd'hui toujours en vigueur. Cette exigence énoncée dans l'instruction est confirmée par la jurisprudence, qui considère que « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »³¹⁸ – à noter que le biais de la binarité se dédouble de la connotation pathologique du terme d'« anomalie ».

Cette approche binaire va jusqu'à l'acceptation implicite des opérations de conformation sexuée. Après l'échec d'un traitement médical de masculinisation, un enfant

³¹¹ MORON-PUECH, Benjamin, « Les intersexuels et le droit », sous la direction de FENOUILLET, Dominique, *Droit privé général*, Université Panthéon-Assas, 2010, p.12.

³¹² Circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale, BO, Ministère de l'Intérieur, n° 1, 2000, p. 235.

³¹³ Cour royale de Poitiers, 2 arrêts, 9 mai 1843 et 26 mai 1846, S., 1846, p. 462.

³¹⁴ Instruction générale du 21 septembre 1995 relative à l'état civil, JORF du 22 septembre 1995 page 9322, §158.

³¹⁵ CATTO, Marie-Xavière, « Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps. », sous la direction de CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, Ecole doctorale de droit et de sciences politiques, Centre de Théorie et analyse du droit, Droit public Université Paris Nanterre, 2014, p.429.

³¹⁶ Conclusions du Procureur Fabre sous TGI, 18 janvier 1965, JCP, II, 14421.

³¹⁷ Instruction du 19 février 1970 modifiant l'Instruction générale du 21-09-1955 relative à l'état civil, JO du 23 avril 1970, p. 3866, §228b.

³¹⁸ Cour d'appel (CA), Paris, 18 janvier 1974, D.1974, p.196; TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 577 ; TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, D 1981, p. 271 ; TGI Nanterre, 21 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 605.

intersexué s'est vu imposer une intervention chirurgicale de féminisation consistant en une ablation pénienne, opération castratrice, point souligné par le jugement de première instance. Cela impliquait alors un changement de prénom, que la cour d'appel de Versailles a validé, sans soulever l'illégalité de l'intervention en question³¹⁹.

Récemment, la Cour de cassation a considéré que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil [...] est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ».³²⁰

§2. Lecture de l'arrêt du 6 mars 2018 de la chambre criminelle de la Cour de cassation à la lumière de l'exigence d'impartialité du tribunal

L'influence du postulat de la binarité transparait dans la terminologie de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2018 (§1) et soulève une problématique au regard de l'exigence d'impartialité du tribunal imposé par la Convention (§2).

A. L'influence de la prégnance de la binarité sur l'appréhension de la pratique de la conformation sexuée

La cour d'appel, dont le raisonnement est repris par la Cour de cassation considère qu'à sa majorité, la requérante était en mesure d'avoir « connaissance de l'élément matériel du crime et du délit » puisque rien ne l'empêchait de s'adresser à un médecin « en qui elle pouvait placer sa confiance ». Cet argument est appuyé par référence à l'article L. 710-2 du code de la santé publique, dont l'application effective était évidemment empêchée dans les faits. Cette affirmation constitue un déni du traitement réservé aux enfants intersexués par la communauté médicale. Comment affirmer, en toute objectivité, que rien ne justifie un manque de confiance ?

Par ailleurs, la cour d'appel affirme rejeter l'obstacle insurmontable afin de ne pas « adopter un raisonnement empreint de subjectivisme », tout en affirmant qu'un tel obstacle ne saurait être caractérisé par le « poids d'une pensée dominante » qui ne fait que refléter l'état de la société.

Or, le subjectivisme de la cour d'appel transparait dans la description des opérations subies tout au long de l'enfance puis de l'adolescence, ayant pour but de conférer un sexe d'apparence « la plus proche possible du féminin normal » et à « parfaire » les premières interventions. Dans le même temps, l'arrêt d'appel reconnaît, ce qui n'est pas contesté par la Cour de cassation,

³¹⁹ CA Versailles, 22 juin 2000, JurisData n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595.

³²⁰ Cass. 4 mai 2017, no 16-17.189.

l'absence d'intérêt thérapeutique, l'absence du consentement et l'absence d'information préalable dont les parents et l'enfant auraient dû bénéficier. Malgré cela, elle se montre inflexible sur la règle de la prescription, au motif que la requérante, dès sa majorité, ne pouvait ignorer que les interventions chirurgicales avaient « sans équivoque » pour objet de la conformer au sexe féminin. Cette affirmation est en totale contradiction avec celle, quelques lignes plus loin, reconnaissant que la requérante n'a « connu le sens de son intersexuation qu'en 2014 ». Cet élément – qui constitue l'élément clé de la connaissance de la caractérisation d'une infraction – est rapidement écarté par les juridictions qui le considèrent comme anodin. En effet, poursuivant son raisonnement paradoxal, la cour considère que, malgré l'absence de compréhension de son intersexuation, la requérante n'était pas en « méconnaissance de la réalité des interventions chirurgicales ». Ce qui mène à la conclusion que la requérante est seule responsable de cette action tardive, puisqu'elle ne « s'était pas sentie autorisée à penser que les pratiques médicales en causes étaient contestables » – à noter l'adjectif « médical » pour qualifier les opérations. En d'autres termes, la cour intériorise l'obstacle, ce qui justifie le rejet de la suspension de la prescription, pour impossibilité de subjectiviser la décision.

Ainsi, la Cour de cassation conclut qu'« à sa majorité, puis dans le délai de la prescription de l'action publique, [la requérante était] en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements suivis », alors même qu'elle n'a eu conscience de son intersexuation que neuf années plus tard. Sur ces mots, la cour rejette le pourvoi sans se pencher sur le fond de l'affaire. Comment peut-il être raisonnablement affirmé qu'elle pouvait avoir conscience de la finalité des opérations – à savoir la conformer sexuellement – quand la requérante ne savait même pas qu'elle présentait une variation des caractéristiques sexuelles ?

Finalement, cette approche binaire de la problématique conduit à faire porter l'entière responsabilité du dépassement du délai de prescription sur les personnes intersexuées malgré le manque évident d'information dont elles disposent.

B. L'ingérence inconventionnelle dans le droit des personnes intersexuées à l'accès à un tribunal impartial

L'article 6§1 de la Convention dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »³²¹. Selon la Cour, l'impartialité revêt deux versants, l'un subjectif, l'autre objectif, et se définit généralement comme l'absence de préjugé ou de parti pris³²². L'impartialité subjective s'apprécie à la lumière de la conviction personnelle et du comportement du juge, qui ne doit pas influencer la décision. Plus précisément, le « langage utilisé » dans la décision peut révéler un « manque de détachement » normalement requis par la fonction de juge³²³. L'impartialité objective s'attache à la formation de jugement dans sa globalité, notamment sa composition.

En l'espèce, les deux versants de l'impartialité se trouvent mis à mal. Dans un premier temps, les termes employés, et la logique exprimée à tous les stades de la procédure laissent transparaître les convictions personnelles des juges quant à la légitimité des opérations destinées à créer un corps de femme le plus parfait possible. Néanmoins, cette impartialité plutôt subjective trouve sa source de manière plus objective dans un système juridique qui est empreint du postulat de la binarité. Or, l'attachement à la binarité en tant que tel constitue un manque d'impartialité lorsqu'il s'agit de trancher la légalité des actes de conformation sexuée. Le mécanisme de la prescription – dont la responsabilité du dépassement repose entièrement sur les personnes intersexuées elles-mêmes – apparaît alors comme un obstacle opportun, permettant d'éviter de se prononcer sur le fond de l'affaire. Le manque d'impartialité, qui constitue une violation en tant que telle de l'article 6§1, est également la cause d'un accès ineffectif à un tribunal, autre aspect protégé par cet article. Finalement, tant que la circulaire relative à l'état civil continuera d'imposer aux personnes physiques d'entrer les cases juridiques du masculin ou du féminin, et que le droit français de manière plus générale continuera de s'adresser exclusivement aux individus de sexe féminin et masculin, la binarité demeurera la norme, et la pratique de la création de « corps normaux » continuera d'être implicitement acceptée par les tribunaux. Les personnes intersexuées continueront de ce fait à souffrir de traitements physiques et juridiques discriminatoires et inconventionnels.

³²¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, Article 6, §1.

³²² CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06, §§ 93-101.

³²³ CEDH, *Vardanyan et Nanushyan c. Arménie*, 27 octobre 2016, req. n° 8001/07, § 82.

Finally, in view of the extent of non-conventionality in the French legal system, a legislative reform is imposed so that the French State conforms to its obligations under the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Conclusion générale

« Far too few of us are aware of the specific human rights violations faced by millions of intersex people. Because their bodies don't comply with typical definitions of male or female, intersex children and adults are frequently subjected to forced sterilization and other unnecessary and irreversible surgery, and suffer discrimination in schools, workplaces and other settings. »³²⁴. Le constat fait par Zeid Ra'ad Al Hussein en 2015 est toujours d'actualité. Mettre un terme à la discrimination impose de mettre un terme à l'ignorance, par une prise de conscience généralisée. Cette prise de conscience passe notamment par la voie de l'éducation, en particulier du corps médical et juridique, présent et futur. Cette prise de conscience porte sur l'existence d'une diversité saine et naturelle des caractéristiques sexuelles humaines.

« On pourra faire toutes les manipulations médicales qu'on veut, il y a des gens comme moi qui naissent soit et homme et femme, soit ni homme ni femme, et ce n'est pas un danger pour la société. C'est juste une composante de l'humanité, comme c'est une composante chez l'ensemble des organismes vivants »³²⁵.

Dr. Blaise Meyrat est l'un des rares chirurgiens dans le monde à refuser de recourir à des interventions sur des enfants intersexués³²⁶. En 2015, lors de la 55^{ème} session du Comité contre la Torture, Dr Meyrat considère que seule la « peur des juges » découragera la pratique, et qu'il est nécessaire d'adapter les procédures judiciaires afin que les victimes puissent obtenir réparation une fois adultes³²⁷. En 2018, il affirme que seule une réforme législative sera à même de mettre fin à la pratique de la conformation sexuée. Il déplore le manque d'éthique dans la profession, expliquant que le recours à la loi apparaît comme la seule solution³²⁸. Une réforme législative est d'ailleurs préconisée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui invite en 2017 les États membres à

« interdire les actes chirurgicaux de «normalisation sexuelle» sans nécessité médicale ainsi que les stérilisations et autres traitements pratiqués sur les enfants intersexes sans leur consentement éclairé » ; « à garantir que, hormis dans les cas où la vie de l'enfant est directement en jeu, tout traitement visant à modifier les caractéristiques sexuelles de

³²⁴ Zeid Ra'ad Al Hussein, Déclaration liminaire du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, 30^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme.

³²⁵ Propos de GUILLOT, Vincent, pour le reportage ARTE, « France : n'être ni fille, ni garçon », Arte reportage, 2016.

³²⁶ GUILLOT, Vincent, *op. cit.*, p.41.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

l'enfant, notamment ses gonades ou ses organes génitaux externes ou internes, est reporté jusqu'au moment où cet enfant est en mesure de participer à la décision, en vertu du droit à l'autodétermination et du principe du consentement libre et éclairé » et « à garantir que les personnes intersexes ont pleinement accès à leur dossier médical »³²⁹.

Au regard des conclusions relatives aux violations de la Convention, la réforme législative en France devrait porter sur le renforcement effectif du droit à l'information sur l'état de santé ainsi que la prohibition absolue des interventions chirurgicales non thérapeutiques sans consentement libre et éclairé.

Sur le premier point, le cadre législatif français est *a priori* protecteur. En effet, l'article L1111-2 du code de santé publique dispose que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé », ce qui inclut l'utilité, l'urgence éventuelle, les conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles de tout traitement proposé, ainsi que les autres solutions possibles et les conséquences prévisibles en cas de refus. Concernant spécifiquement les mineurs, cette information doit être délivrée dans les mêmes conditions aux titulaires de l'autorité parentale. Par ailleurs, les mineurs ont le droit de « recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée (...) à leur degré de maturité ».

Le cadre législatif français est également *a priori* protecteur de l'intégrité physique. En effet, l'article 16-3 du code civil dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Comme il a été démontré, la nécessité médicale n'est pas établie, et l'intérêt thérapeutique d'autrui ne saurait être raisonnablement invoqué. De plus, le droit français impose une prise en compte du consentement de l'enfant. L'article 371 alinéa 3 du code civil impose ainsi aux parents d'associer les enfants mineurs dotés de discernement aux décisions qui les concernent. L'article L1111-4 du code de santé publique précise que le consentement du mineur « doit être systématiquement recherché ». Il a été précisé que cela supposait une obligation du médecin de « recueillir » son avis³³⁰. L'article 41 du code de la déontologie médicale interdit également toute « intervention mutilante (...) pratiquée « sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans informations de l'intéressé et sans son consentement ».

³²⁹ Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, Résolution 2191, *op. cit.* §7.

³³⁰ JO sénat, séance du 31 janvier 2002, p. 875.

Il existe donc un corpus en principe protecteur de l'intégrité des enfants intersexués en droit français. L'absence de sa mise en pratique résulte d'une combinaison de l'existence des textes incitant le recours à la conformation sexuée, de la pratique des autorités publiques qui minimisent voire nient le phénomène, et des autorités judiciaires qui empêchent de mettre en œuvre la responsabilité des auteurs. Finalement, c'est la confiance aveugle faite au corps médical, qui est présumé agir dans l'intérêt du patient, qui explique que la conformation sexuée soit toujours pratiquée en France. Il faut noter qu'aucun texte de droit français ne définit clairement la mission des médecins³³¹, dont la profession semble aujourd'hui s'auto-réguler.

« Depuis plus de dix ans, je m'engage pour que les enfants intersexes ne souffrent plus comme moi. Mais les politiciens et les médecins refusent d'écouter. En France, il n'y a aucune loi qui protège les enfants intersexes des mutilations quotidiennes »³³².

En plus d'une éducation à la réalité des variations des caractéristiques sexuelles, une législation destinée spécifiquement à protéger les droits fondamentaux des personnes intersexuées s'avère donc nécessaire. En premier lieu, celle-ci devrait réitérer leur droit absolu à avoir accès à leur dossier médical ainsi qu'à une information neutre et précise sur leur état de santé et sur la signification de leurs caractéristiques sexuelles. L'intersexualité doit être dé-pathologisée, afin que le fait pour un enfant de présenter des variations des caractéristiques sexuelles ne puisse plus justifier une intervention chirurgicale. Cela les placera sur un pied d'égalité avec le reste des enfants français, chez qui seule la nécessité thérapeutique pourra conduire à un traitement médical. Concernant les enfants-victimes, ayant déjà été soumis aux opérations de conformation, l'accès à la justice doit être rendu effectif. Pour cela, le délai de prescription doit être adapté afin qu'il ne constitue pas un obstacle illégitime à la recherche de réparation. L'ensemble de ces mesures sont nécessaires afin de mettre fin au traitement discriminatoire auquel sont soumis les enfants puis adultes intersexués.

Enfin, il conviendrait également de se pencher sur une dernière problématique, celle de la protection effective du droit à la vie, garantie par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Faute d'une documentation fournie sur le sujet, cet article n'a pas été invoqué, mais il s'agirait de déterminer s'il pourrait l'être. En effet, la pratique de l'avortement sélectif est dénoncée par certaines ONG, la doctrine, et même le Conseil de l'Europe, qui

³³¹ THOUVENIN, Dominique, "Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil", *Dalloz*, 2000, p.485.

³³² Propos de GUILLOT, Vincent, pour le reportage ARTE, « France : n'être ni fille, ni garçon », Arte reportage, 2016, 21min30.

déplore une « sélection en fonction du sexe (...) incompatible avec les normes relatives à l'éthique et aux droits de l'homme en raison de la discrimination opérée à l'encontre des personnes intersexes sur la base de leurs caractéristiques sexuelles. »³³³. Cependant, eu égard à la sensibilité de la question et à l'absence de consensus, la Cour européenne des droits de l'homme accorde à l'heure actuelle une large marge d'appréciation aux États concernant le moment du commencement de la vie. Cela soulève donc la question de l'applicabilité de l'article 2 à cette problématique.

« C'est difficile de raconter l'horreur de sa vie en public. Je suis épuisé, mais j'irai jusqu'au bout. Le bout ça sera l'arrêt des mutilations génitales sur les enfants intersexes en France, le dédommagement pour ce qu'on a subi. Ce bout on le voit arriver. On va obtenir ce qui est légitime, c'est-à-dire le respect des droits de l'homme, de notre intégrité physique »³³⁴.

³³³ Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015, p.30.

³³⁴ Propos de GUILLOT, Vincent, pour le reportage ARTE, *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A. OUVRAGES GÉNÉRAUX

AGACINSKI Sylviane, *Corps en miettes*, 2^{ème} éd., Paris, Flammarion, 2013, 125p.

CRIGNON-DE OLIVEIRA Claire, GAILLE-NIKODIMOV Marie, *À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*, Paris, Les Belles lettres, 2004, 295p.

FEUILLET-LIGER, Brigitte, *Principes de protection du corps et biomédecine : approche internationale : [6e workshop international du Réseau universitaire international de bioéthique, 16 et 17 novembre 2013, à Bruxelles]*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 398 p.

FOSTER, Charles, *Human dignity in bioethics and law*, Oxford, Hart, 2011, 183 p.

GIRARD Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Droit et justice, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, 318p.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Logiques juridiques, Paris, Harmattan, 2004, 448p.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, *Le droit de la bioéthique*, Repères, Paris, La découverte, 2009, 128p.

PHILLIPS, Anne, *Our bodies, whose property?*, Princeton, Princeton University Press, 2013, 202p.

B. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

DUTTA, Anatol, HELMS, Tobias, SCHERPE, Jens, *The legal status of intersex persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, 535 p.

GIACOMINI, Sandra, *Ambiguïté sexuelle : annonce et vécu des parents*, Reims, École régionale de sages-femmes de Reims, 2008, 116 p.

MARANON, Gregorio, *L'évolution de la sexualité et les états intersexuels*, Les documents bleus in-octavo (n°1), Paris, Gallimard NRF, Paris, 1931, 272p.

PICQUART, Julien, *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation*, Attrape-corps, Paris, La Musardine, 2009, 240p.

II. ARTICLES

A. ARTICLES & PÉRIODIQUES

ALIABADI, Sara, "Gender Assignment Surgery for Intersexed Infants: How the Substantive Due Process Right to Privacy Both Supports and Opposes a Moratorium", *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 2004, p. 174.

ANDERSON, Sharon, "Disorders of Sexual differentiation: Ethical Considerations Surrounding Early Cosmetic Genital Surgery", *Pediatric Nursing*, 2015, p.176.

BAL, Antoine, « Re-constituer son « histoire ». Une approche anthropologique des parcours de vie des personnes « intersexuées » (résumé) », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008, p. 61

BETH, Glenn, DIAMOND, Milton, "An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia?", *Michigan Journal of Gender and Law*, 2000, p. 1.

BOCH, Anne-Laure, « Une éthique pour la chirurgie », in E. HIRSCH, *Traité de bioéthique. II – Soigner la personne évolutions, innovations thérapeutiques*, Érès, Toulouse, 2010, p. 638.

CALAIS, Vincent, « Le droit de choisir son sexe : un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, 2007, p. 133

CARPENTER, Morgan, "The Human Rights of Intersex People: Addressing Harmful Practices and Rhetoric of Change", *Reproductive Health Matters*, 2016, p. 74.

CHARLEBOIS, Janik, « À qui appartient-il de déterminer les modes d'intervention auprès des personnes intersexuées ? » *Nouvelles pratiques sociales*, 2016, p. 66

CHASE, Cheryl, "Surgical Progress is not the Answer to Intersexuality", *Journal of Clinical Ethics*, 1998, p. 385.

CHAU, Phong, HERRING, Jonathan, "Defining, assigning and designing sex", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 327.

COLAPINTO, John, "The True Story of John/Joan.", *Rolling Stone*, 1997, p. 54.

CREIGHTON, Sarah, CHERNAUSEK, Steven, ROMAO, Rodrigo, RANSLEY, Philip, SALLE, Joao, « Timing and nature of reconstructive surgery for disorders of sex development – Introduction », *Journal of Pediatric Urology*, 2012, p. 602.

CREIGHTON, Sarah, MICHALA, Lina, MUSHTAQ, Imran, YARON, Michal, “Childhood surgery for ambiguous genitalia: glimpses of practice changes or more of the same?” *Psychology & Sexuality*, 2014, p.34.

DE SCHUTTER, Olivier, «L’intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l’obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l’enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue trimestrielle de droit familial*, 1999, p. 427.

DELAET, Debra, “Genital autonomy, children's rights, and competing rights claims in international human rights law”, *The international journal of children's rights*, 2012, p.554.

DORTIER, Jean-François, « Nos cinq sexes », *Sciences humaines*, 2012, p. 30

DOMURAT-DREGER Alice, « Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale », *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, 2005, p. 728.

DOMURAT-DREGER, Alice, « A History of Intersexuality: From the Age of Gonads to the Age of Consent », *Journal of Clinical Ethics*, 1998, p. 345.

DOMURAT DREGER, Alice, “Intersex and Human Rights: The Long View”, *Ethics and Intersex*, 2006, p.73

DRUMMOND VEADO, Luiza, “Intersex and the law: how can the law protect intersex rights?”, *Revista IIDH*, 2017, p. 37.

ERIKA, Thomas, KLINE, Kimberly, “Intersex on Prime-Time Medical Dramas: Neutralizing Intersex and Recuperating the Female/Male Dichotomy.” *Women & Language*, 2018, p. 31.

GALLOUX, Jean-Christophe, « Droits et libertés corporels », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 781.

GARRAUD Pierre, LABORDE-LACOSTE Marcel, « Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l’intervention chirurgicale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, en France et à l’étranger*, 1926, p. 129.

GEORGIANN, Davis, DEWEY, Jodie, MURPHY, Erin, "Giving Sex: Deconstructing Intersex and Trans Medicalization Practices", *Gender and Society*, 2015, p. 490.

GEORGIANN, Davis, PREVES, Sharon “Intersex and the Social Construction of Sex.” *Contexts*, 2017, p. 80

GIRARD, Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, « Introduction », in GIRARD Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Droit et justice, Paris, PUF, 2005, p. 17.

GOSSELIN, Lucie, « Émergence de la parole intersexe francophone, de la conférence internationale de Montréal sur les droits humains LGBT aux premières universités d'été des intersexes et intergenres d'Europe », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008, p. 128.

GOURDON, Pascal, « Une conséquence inattendue de la modification de l'article 16-3 du Code civil : la légalisation de la circoncision rituelle « médicalisée » », *Médecine et Droit*, 2003, p. 43.

GREENBERG, Julie, « Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology », *Arizona Law Review*, summer 1999, p. 365.

GUPTA, Kristina, FREEMAN, Sara, « Preimplantation Genetic Diagnosis for Intersex Conditions: Beyond Parental Decision Making », *American Journal of Bioethics*, 2013, p. 49.

GURNEY, Karen, "Sex and The Surgeon's Knife: The Family Court's Dilemma . . . Informed Consent and the Specter of Iatrogenic Harm to Children With Intersex Characteristics", *American Journal of Law and Medicine*, 2007, p. 625.

HENNION-JACQUET, Patricia, "Le paradigme de la nécessité médicale", *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 1038.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Le principe de dignité dans la doctrine civiliste et de droit médical », in GIRARD Charlotte, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Droit et justice, Paris, PUF, 2005, p. 88-103.

HOROWICZ, Edmund, « Intersex children : Who are we really treating », *Medical Law International*, 2017, p. 183

JACQUOT, Mélanie, « Le médecin, les parents et l'enfant intersexe : enjeux et effets d'une rencontre intersubjective », *Corps & Psychisme*, 2016, p. 99.

HUGHES, Ieuanarwel et al., "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", *Journal of Pediatric Urology*, 2006, p. 148.

KAMKAR, Caroline, « La chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique. La loi au soutien de la compétence », *Droit, déontologie et soin*, 2003, p. 42.

KAPUSTA, Stephanie, "Intersex Diagnostics and Prognostics: Imposing Sex-Predicate Determinacy", *Topoi*, 2017, p. 539.

KENNEDY, Aileen, ““Fixed at Birth” Medical and Legal Erasures of Intersex Variations”, *University of New South Wales Law Journal*, 2016, p. 813.

KRAUS, Cynthia, « Démédicaliser les corps, politiser les identités : convergences des luttes féministes et intersexes », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008 p.4

LOWRY, Caroline, “Intersex in 2018: Evaluating the Limitations of Informed Consent in Medical Malpractice Claims as a Vehicle for Gender Justice.” *Columbia Journal of Law & Social Problems*, 2019, p.321.

LUNDBERG, Tove, DONASEN, Ingrid, HEGARTY, Peter, ROEN, Katrina, "Moving Intersex/DSD Rights and Care Forward: Lay Understandings of Common Dilemmas", *Journal of Social and Political Psychology*, 2019, p. 354.

MILANO, Laure, « Délai de prescription en matière d'indemnisation des atteintes à l'intégrité physique : quand la Cour européenne dicte aux États le point de départ du délai (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Howald Moor e.a. c. Suisse, 11 mars 2014) », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 421.

MORON-PUECH, Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures : Étude du concept de nécessité médicale et de la place du mineur dans les décisions médicales le concernant », *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, 2013 p.200.

MORON-PUECH, Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 1re partie », *Socio – La nouvelle revue des sciences sociales*, 2017, p.215.

MORON-PUECH, Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 2e partie », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, p.11.

MORON-PUECH, Benjamin, « Les droits des personnes intersexuées à la traîne », *Hommes & Libertés*, 2018, p.14.

MORON-PUECH, Benjamin, « Les personnes intersexuées dans la future loi de bioéthique ? », *Le quotidien du médecin*, 2018, p.9.

MORON-PUECH, Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes. Une nouvelle mutilation juridique par la Cour de cassation ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, 2018, p.70.

MORON-PUECH, Benjamin, « Intersexuation et binarité. Un état des lieux du droit français », *Droits de l'Homme et sexualité, Éditions des archives contemporaines*, 2019, p.193.

MUZNY, Petr, « Le droit à l'autodétermination du patient adulte doué de discernement : un droit absolu », in GONZALEZ, Gérard, *Les droits de l'homme à la croisée des droits : mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p.493.

NIHOUL-FEKETE, Claire « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », in MATEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, A la croisée des regards, Bordeaux, Les études hospitalières, 2010, p. 119.

OPROMOLLA, Adriana, “Children's rights under articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law”, *European law review. Human rights survey*, 2001, p.42.

PASTRE-BELDA, Béatrice, « La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 2016, p. 591.

PELLERIN, Denys, NIHOUL-FEKETE, Claire, LORTAT-JACOB, Stephen, « La chirurgie de l'ambiguïté sexuelle: expérience de 298 cas », *BAM*, 1989, p. 555.

PALMER, Lane, “The Push to Ban Intersex Medical Intervention.” *Urologic Nursing*, 2019, p. 147.

PY, Bruno, « Mutilation sexuelle et droit pénal », in MATEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, A la croisée des regards, Bordeaux, Les études hospitalières, 2010, p. 119.

RUGGIU, Daniele, “Implementing a responsible, research and innovation framework for human enhancement according to human rights: the right to bodily integrity and the rise of "enhanced societies"”, *Law, innovation and technology*, 2018, p.82.

SAINT-ALARY, Roger, « Les droits de l'homme sur son propre corps », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1958, p. 67.

SÉRIAUX, Alain, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in SÉRIAUX Alain (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Laboratoire de théorie juridique, Aix, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1996, p.147.s

THOMSON, Michael, “Cutting it: surgical interventions and the sexing of children”, *Cardozo Journal of Law & Gender*, 2005, p.81

THOUVENIN, Dominique, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *Dalloz*, 1991, p. 221.

THOUVENIN, Dominique, « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ. Dalloz)*, 1994, p. 717.

THOUVENIN, Dominique, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », *Les petites affiches (LPA, Lextenso)*, 1994, p. 25-28.

THOUVENIN, Dominique, « Les lois n°94-548 du 1er juillet 1994 et n°94-653 et n°94-654 du 29 juillet 1994, ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualité législative Dalloz*, 1995, p. 145.

THOUVENIN, Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », *Dalloz*, 2000, p.485

TRUCHET, Didier, « La décision médicale et le droit », *L'Actualité juridique : Droit administratif (AJDA, Dalloz)*, 1995, p. 611.

VAN DEN BRINK, Marjolein, « Shaping genitals, shaping perceptions: a frame analysis of male and female circumcision », *Netherlands quarterly of human rights*, 2012, p.417

VECCHIETTI, Valentino, « Can Torturing Babies Be OK? » *New Internationalist*, 2018, p. 56

WARNE, Garry, MANN, Annabelle, « Ethical and Legal Aspects of Management for Disorders of Sex Development », *Journal of Paediatrics and Child Health*, 2011, p.661.

WILCOX, André, "L'enfant intersexué : dysphorie entre le modèle médical et l'intérêt supérieur de l'enfant", *Intervention*, 2015, p.65.

YAHYAOUÏ KRIVENKO, Ekaterina, « Rethinking human rights and culture through female genital surgeries », *Human rights quarterly*, 2015, p.107.

B. ARTICLES DE MÉDIA EN LIGNE

LORRIAUX, Aude, « L'histoire de M., première personne intersexe au monde à porter plainte pour mutilations », *Slate*, 10 avril 2019.

MORON-PUECH, Benjamin, « Prendre les mesures politiques et juridiques pour l'arrêt des mutilations sur les enfants intersexués », *Slate*, 19 mars 2017.

III. DROIT NATIONAL

A. TEXTES CODIFIÉS

1. Code civil

Article 16-3.

Article 55.

Article 57.

Article 371.

Article 371-1.

2. Code de la santé publique

Article L710-2

Article L1111-2.

Article L1111-4.

3. Code penal

Article 222-10.

Article 225-1.

B. LOIS et PROJETS DE LOI

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n° 3. NOR : JUSC1236338L

Projet de loi n°2187, relatif à la bioéthique, JORF n°0171 du 25 juillet 2019, texte n° 158, NOR : INPA1922153X

C. ARRÊTÉS, CIRCULAIRES et INSTRUCTIONS

Instruction générale du 21 septembre 1995 relative à l'état civil, Journal Officiel de la République Française (JORF) du 22 septembre 1995 page 9322, §158.

Instruction du 19 février 1970 modifiant l'Instruction générale du 21-09-1955 relative à l'état civil, JORF du 23 avril 1970, p. 3866, §228b.

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, JORF n°0132 du 7 juin 2008, page 9379, texte n° 28. NOR : SJSH0813222A.

Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, Bulletin Officiel (BO) Ministère de la Justice et des Libertés, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, p.27. NOR : JUSC1119808C

Arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, BO Santé, 15 mai 2017. NOR : AFSH1730222A

D. AUTRES DOCUMENTS

Défenseur des droits (DDD), *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 février 2017.

Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (DILCRAH), *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 décembre 2016.

Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, *Rapport d'information sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n° 441, 23 février 2017.

IV. DROIT INTERNATIONAL

A. CONVENTIONS

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée le 04 novembre 1950, entrée en vigueur le 03 septembre 1953, STE n°005

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, RTNU, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, RTNU, vol. 933, p. 3.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, RTNU., vol. 1144, p.182.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée dans sa résolution 39/26 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, *RTNU*, vol. 1465, p. 85.

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, *RTNU*, vol. 1577, p. 62.

B. RAPPORTS & AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS

1. *PROJET, RÉOLUTIONS, RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE*

Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », Résolution 1952, 2013.

Conseil de l'Europe, Commissionnaire aux Droits de l'Homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, 2015.

Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », Résolution 2191, 2017.

DE BRUYN, Piet, « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », *Rapport à la Commission sur l'égalité et la non-discrimination*, 2017.

RUPPRECHT, Marlene, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », Rapport, Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 2013

SCHNEIDER, Érik, « Les droits des enfants intersexes et trans sont-ils respectés en Europe ? Une Perspective », *Rapport d'expert, Conseil de l'Europe*, 2013

ZILLEN, Kavot, et al, “The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties”, *Rapport d'expert, Conseil de l'Europe*, 2017.

2. *RÉSOLUTIONS, RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS DE L'ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS)*

OMS, « Gender Assignment of Intersex Infants and Children », *Genomic resource centre, Gender and Genetics: Genetic Components of Sex and Gender*, 2006. [<http://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>]

OMS, “Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement”, 2014.

OMS, “Sexual health, human rights and the law”, 2015.

3. *RÉSOLUTIONS, RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS DES COMITÉS DES NATIONS UNIES ET AUTRES ORGANISATIONS INTERNATIONALES*

a) Assemblée Générale des Nations Unies

Nations Unies, Assemblée Générale, « Droit de toute personne au meilleur état de santé physique et mentale possible », 2009, A/64/272

Nations Unies, Assemblée Générale, Conseil des droits de l’homme, « Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », *Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l’homme*, 2011.

b) Comité contre la Torture, Comité des droits de l’enfant, Comité pour l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes, Comité des droits des personnes handicapées, Comité des droits de l’homme, Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies

i. Recommandations générales

Comité des droits de l’enfant et Comité pour l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes, « Recommandation générale/observation générale conjointe no 31 du Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes et no 18 du Comité des droits de l’enfant sur les pratiques préjudiciables », 2014, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18.

ii. Observations finales et générales

Comité contre la Torture, « Observation générale n°2 – Application de l’article 2 par les États parties », 2008, CAT/C/GC/224

Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CESCR), « Observation générale no 20 : « La non-discrimination dans l’exercice des droits économiques, sociaux et culturels » (article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », 2009, E/C.12/GC/20.

Comité contre la torture, « Examen des rapports soumis par les États parties en application de l’article 19 de la Convention », *Observations finales du Comité contre la torture*, 2011, CAT/C/DEU/CO/5.

Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes, « Observations finales du Comité pour l’élimination de la discrimination à l’égard des femmes, Costa Rica », 2011, CEDAW/C/CRI/CO/5-6.

Comité contre la torture des Nations Unies, Observation générale no 3 sur l'application par les États parties de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2012.

Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse », 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4.

Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le rapport du Chili valant quatrième et cinquième rapports périodiques », 2015, CRC/C/CHL/CO/4-5.

Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France », 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

Comité contre la torture, « Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France », 2016, CAT/C/FRA/CO/7.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France », 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8.

Comité des droits des personnes handicapées, « Observations finales concernant le rapport initial de l'Uruguay », 2016, CRPD/C/URY/CO/1.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, « Observations finales concernant le rapport unique valant septième et huitième rapports périodiques de l'Allemagne », 2017, CEDAW/C/DEU/CO/7-8.

Comité des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse », 2017, CCPR/C/CHE/CO/4.

c) Autres organes des Nations Unies

Conseil des droits de l'homme, « Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez », 2013, A/HRC/22/53.

Déclaration conjointe des entités des Nations Unies (Organisation Internationale du Travail, Nations Unies Droits de l'Homme, Programme des Nations Unies pour le développement, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, Fonds des Nations Unies pour la population, Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, Fonds des Nations unies pour l'enfance, Office des Nations unies contre la drogue et le crime, ONU Femmes, Programme Alimentaire Mondial, OMS et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida), « Mettre fin à la violence et à la discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexes », 2015

Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », 2015, A/HRC/29/23.

4. *PROJET, RÉSOLUTIONS, RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS DE L'UNION EUROPEENNE*

Commission Européenne, Direction générale de la justice, « La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées », *Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes*, 2012.

Conseil de l'Union européenne, « Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons », 2013.

Agence européenne des droits fondamentaux, « The fundamental rights situation of intersex people », *focus*, 2015.

Parlement européen, « Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique », 2017.

V. **RAPPORTS d'ONG**

GUILLOT, Vincent, « Intersex Genital Mutilations », *NGO Report to the 5th Periodic Report of France on the Convention on the Rights of the Child (CRC)*, 2015.

Intersex Society of North America (ISNA), « Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, Clinical Guidelines for the Management of Sex Development in Childhood », 2006

ZWISCHENGESCHLECHT, *NGO Report to the 2nd, 3rd and 4th Periodic Report of Switzerland on the Convention on the Rights of the Child (CRC)*, 2014.

VI. **THÈSES, MÉMOIRES et TRAVAUX DE FIN D'ETUDES**

CATTO, Marie-Xavière, « Le principe d'indisponibilité du corps humain, limite de l'usage économique du corps. », sous la direction de CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Ecole doctorale de droit et de sciences politiques, Centre de Théorie et analyse du droit, Droit public* Université Paris Nanterre, 2014, 895p.

DERAVE, Charly, « Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter* : une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme », sous la direction de RORIVE, Isabelle, *Finalité droit public et international*, Université Libre de Bruxelles, 2018, 115p.

EGÉA Pierre, « L'Homme et son corps. Essai sur les libertés corporelles dans le champ biomédical », sous la direction de BOUISSOU, Michel, *Droit public*, Université Paris-Descartes, 1997.

MONEY, John, "Hermaphroditism: An Inquiry Into the Nature of a Human Paradox", Harvard University, 1952, 822p.

MORON-PUECH, Benjamin, « Les intersexuels et le droit », sous la direction de FENOUILLET, Dominique, *Droit privé général*, Université Panthéon-Assas, 2010, 100p.

PRASONG, Orapim, « La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme », sous la direction de GOUTTENOIRE, Adeline, *Ecole Doctoral de droit, Droit privé et sciences criminelles*, Université de Bordeaux, 2016, 546p.

SCALBERT, Louise, « La binarité du sexe en droit, Approche autour des questions de l'intersexuation et de la transidentité », Sous la direction de LOISEAU, Grégoire, *Personne et Droit*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2012, 72p.

VII. JURISPRUDENCE

A. JURISPRUDENCE NATIONALE

1. Cour de cassation

Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-40.046, arrêt n°1609

Cass. civ., 4 mai 2017, no 16-17.189

Cass. crim., 6 mars 2018, no 17-81.777

2. Cours d'appel, tribunaux de grande instance, tribunaux civils, cours royales.

Cour royale de Poitiers, 2 arrêts, 9 mai 1843 et 26 mai 1846, S., 1846, p. 462.

Tribunal civil de la Seine, 30 avril 1915, arrêt reproduit dans la thèse de LYON Raymond, Jugements et ordonnances de rectification d'actes de l'état civil, p. 72.

Tribunal de grande instance (TGI), 18 janvier 1965, JCP, II, 14421

Cour d'appel (CA) Paris, 18 janvier 1974, D. 1974, p.196, Gaz. Pal. 1974, 1, 158

TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 577

TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, D 1981, p. 271

TGI Nanterre, 21 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 605.

CA Versailles, 22 juin 2000, JurisData n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez.

B. JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. *Jurisprudence relative à l'article 2*

CEDH, *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, req. n° 78103/14

2. *Jurisprudence relative à l'article 3*

Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, req. n°5310/71

Marckx c/ Belgique, 13 juin 1979, req. n° 6833/74

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76

Soering c/ Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88

Herczegfalvy c. Autriche, 24 septembre 1992, req. n°10533/83

Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, req. n°23178/94

Selmouni c. France, 28 juillet 1999, req. n°25803/94

İlhan c. Turquie, 27 juin 2000, req. n°22277/93 G.C.

Z. et autres c/ Royaume-Uni, 10 mai 2001, req. n° 29392/95

Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n°2346/02

E. et autres c/ Royaume-Uni, 26 novembre 2002, req. n° 33218/96

Rivas c. France, 1er avril 2004, req n° 59584/00

Ostrovar c. Moldavie, 13 septembre 2005, req n° 289/04

Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006, req. n°54810/00

Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, 12 octobre 2006, req n° 13178/03

Bogumil c. Portugal, 7 octobre 2008, req. n°35228/03

Demir et Baykara, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97 (grande chambre)

Gäfgen c. Allemagne, 1er juin 2010, req. 22978/05

V.C. c. Slovaquie, 8 novembre 2011, req. n°18968/07

Al-Adsani c. Royaume-Uni, 21 novembre 2011, req. n° 35763/97

G.C. c. Italie, 22 avril 2014, req. n° 73869/10

Budanov c. Russie, 9 janvier 2014, req. n° 66583/11

O'Keefe c. Irlande, 28 janvier 2014, req. n°35810/09

M.C. et A.C. c. Roumanie, 12 avril 2016, req. n°12060/12

A.P., Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, req. n°79885/12, n°52471/13, n°52596/13

3. *Jurisprudence relative à l'article 6*

Golder c/ Royaume-Uni, 21 février 1975, req. n° 4451/70

Klass c. Allemagne, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71

Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, req. n° 6538/74
Stubbings et autres c/ Royaume-Uni, 22 octobre 1996, req. n° 22083/93.
Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, req. n° 35968/97
Abdülsamet Yaman c. Turquie, 2 novembre 2004
Micallef c. Malte, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06
Eşim c. Turquie, 17 septembre 2013, req. n° 59601/09.
Howald Moore c. Suisse, 11 mars 2014, req. n° 52067/10.
Mocanu et autres c. Roumanie, 17 septembre 2014, req. nos 10865/09 45886/07 32431/08
Vardanyan et Nanushyan c. Arménie, 27 octobre 2016

4. Jurisprudence relative à l'article 8

X. et Y. c. Pays-Bas, 26 mars 1985, req. n° 8978/80
B. c. France, 25 mars 1992, req. n° 13343/87
Mikulić c. Croatie, 7 février 2002, req. n° 53176/99
Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n° 2346/02
Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95
Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, req. n° 35968/97
Glass c. Royaume-Uni, 9 mars 2004, req. n° 61827/00
K.A. et A.D. c. Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et n° 45558/99
Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, 12 octobre 2006, req. n° 13178/03
Bogumil c. Portugal, 7 octobre 2008, req. n° 35228/03
K.H. et autres c. Slovaquie, 28 avril 2009, req. n° 32881/04
Söderman c. Suède, 12 novembre 2013, req. n° 5786/08
Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, req. n° 14738/08
Oliari et autres c. Italie, 21 juillet 2015, req. n° 18766/11 et 36030/11

5. Jurisprudence relative à l'article 14

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n° 6833/74
Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, req. n° 9214/80 9473/81 9474/81
Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et n° 33986/96
Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000, req. n° 34369/97
D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007, req. n° 57325/00
E.B. c. France, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02
Alajos Kiss c. Hongrie, 20 mai 2010, req. n° 38832/06

Identoba et autres c. Géorgie, 12 mai 2015, req. n°73235/12

C. JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

CIADH, Atala Riffo et filles c. Chili, 24 février 2012, req. n° 12.502

VIII. DOCUMENTAIRES TÉLÉVISUELS

ABADIA, Régine, « Entre deux sexes », *documentaire*, 2017

ARTE, « Intersexualité », *documentaire*, 2010.

ARTE, « France : n'être ni fille, ni garçon », *Arte reportage*, 2016.

CESALLI François, FARION, Florence, « Entre deux sexes », *Temps présent*, 2009.

COMBROUX, Pierre, « Naître ni fille, ni garçon », *France 3*, 2010.

DEVIGNE, Floriane, « Ni d'Eve ni d'Adam - Une histoire intersexe », *Infrarouge, France 2*, 2018.

FOSSATI, Mario, BELLOT, Eric, HUGUENIN, Florence, « Un corps, deux sexes », *36.9 télévision suisse romande*, 2012.

HART, Phoebe, « Orchids, My Intersex Adventure », *ATOM Award*, 2010.

IX. AUTRES SOURCES

HOLLANDE, François, Présidence de la République, *Mobilisation contre la haine anti-LGBT*, Paris, 17 mars 2017, (http://www.dailymotion.com/video/x5f1wll_mobilisation-contre-la-haine-anti-lgbt_news)

MORON-PUECH, Benjamin, PETKOVA, Mila, CATTO, Marie-Xavière, COUSIN, Clément, « Suggestion de loi sur la protection des droits des personnes intersexuées. », Rapport technique, Sénat, 2016

MORON-PUECH, Benjamin. « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes: Notes en vue d'une audition par la Commission sur l'égalité et la non-discrimination de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ». 2017.

PILLAY, Navi, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Déclaration à l'occasion de la remise du prix « LGBTI Friend of the Year » de l'ILGA et de la présentation du rapport 2014 Homophobie d'État et du Panel de l'ILGA sur l'orientation sexuelle et la législation internationale en matière de droits de l'homme, 30 mai 2014.

Sénat, « Mutilations des personnes intersexes - Question écrite n°10164 de Mme Laurence Cohen », 15e législature, JO Sénat 25 avril 2019, p.2219.

Zeid Ra'ad Al Hussein, Déclaration liminaire du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, 30^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	1
Table des abréviations	2
SOMMAIRE	3
Introduction générale	4
TITRE 1 – L’INGÉRENCE DE L’ÉTAT FRANÇAIS DANS LA JOUISSANCE PAR LES MINEURS INTERSEXUÉS DE LEURS DROITS EN VERTU DES ARTICLES 8 ET 3 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME	12
CHAPITRE 1. L’ATTEINTE SUBSTANTIELLE AU DROIT AU RESPECT A LA VIE PRIVÉE DES ENFANTS INTERSEXUÉS	14
Section 1. Une ingérence dans la jouissance par les enfants intersexués de leurs droits découlant de l’impératif du respect de la vie privée	15
§1. Une ingérence dans le droit à l’autonomie personnelle des enfants intersexués	15
A. Une ingérence par l’intervention sur le corps des enfants intersexués	15
B. Une ingérence par la rétention des informations relatives à l’état de santé des enfants intersexués	16
§2. Une atteinte à l’intégrité physique des organes sexuels des enfants intersexués.....	18
A. L’applicabilité de l’article 8 de la Convention en matière d’intervention sur le corps humain.....	18
B. L’inconventionnalité de la pratique de la conformation sexuée.....	19
Section 2. Une ingérence injustifiée dans la jouissance par les mineurs intersexués de leurs droits découlant de l’article 8 de la Convention	20
§1. L’absence de nécessité impérieuse de la rétention des informations sur la santé des enfants intersexués	20
§2. L’absence de nécessité thérapeutique des opérations de conformation sexuée.....	21
CHAPITRE 2. L’ATTEINTE SUBSTANTIELLE AU DROIT A L’INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET MORALE DES ENFANTS INTERSEXUÉS	25
Section 1. La pratique de la conformation sexuée lue à la lumière de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’Homme	26
§1. L’applicabilité de l’article 3 conditionnée à la démonstration de la gravité des souffrances infligées aux mineurs intersexués.....	26
A. Les circonstances de la cause lues à la lumière des critères généraux dégagés par la jurisprudence	26
B. La particularité de l’acte pratiqué par le corps médical sur des enfants mineurs	27
C. L’applicabilité de la jurisprudence dégagée en matière carcérale	28
§2. La qualification de l’ingérence au regard de l’intensité des souffrances infligées	29
A. Mise en évidence des souffrances physiques et morales infligées par les opérations de conformation sexuée.....	29

B.	Des mauvais traitements qualifiables de traitements inhumains et dégradants	31
C.	Les critères supplémentaires d'identification de la torture remplis en l'espèce	32
1.	Les auteurs de l'acte de conformation : le service public hospitalier.....	33
2.	L'élément intentionnel : la connaissance des effets inhérents aux opérations de conformation	34
3.	L'intensité des souffrances : des opérations causant des douleurs aiguës.....	35
4.	La finalité poursuivie : mise en évidence de la discrimination affectant les enfants intersexués.....	35
§3.	Un constat de violation de l'article 3 opportun	35
A.	Une appréciation des opérations de conformation à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui.....	36
1.	Un constat de violation de l'article 3 en conformité avec les conclusions du Conseil de l'Europe	37
2.	L'existence d'un consensus international en faveur de la condamnation des pratiques de la conformation sexuée	39
B.	La condamnation de la France par la Cour, une pression nécessaire	40
1.	Les multiples condamnations de la France par les comités onusiens, une pression insuffisante	40
2.	La force contraignante des arrêts de la Cour, une pression nécessaire.....	42
	Section 2. Une violation combinée de l'article 3 avec l'article 14 de la Convention : la mise en évidence d'un traitement discriminatoire des enfants intersexués	42
	TITRE 2 – DÉFAILLANCE DE L'ÉTAT FRANÇAIS DANS LA MISE EN PLACE D'UN MÉCANISME DE PROTECTION A PRIORI ET DE RÉPARATION A POSTERIORI DES MINEURS INTERSEXUÉS	46
	CHAPITRE 1. LE MANQUEMENT DÉDOUBLE DE L'ÉTAT A SON OBLIGATION POSITIVE DÉCOULANT DU VERSANT PROCÉDURAL DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION	48
	Section 1. L'existence d'un risque d'exposition des enfants intersexués à la pratique de la conformation sexuée en France.....	48
	Section 2. Un manquement de l'État français à l'obligation renforcée du devoir d'enquête sur les opérations de conformation sexuée.....	50
	CHAPITRE 2. LE MANQUEMENT DE L'ÉTAT FRANÇAIS A L'OBLIGATION D'OFFRIR UN ACCES EFFECTIF A LA JUSTICE	52
	Section 1. La prescription comme obstacle matériel à l'accès effectif a un tribunal.....	53
§1.	Mise en évidence de la problématique avec l'arrêt du 6 mars 2018 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.....	53
§2.	L'application des règles de prescription aux actes de conformation sexuée lue à la lumière des exigences de l'article 6 de la Convention.....	54
A.	La nécessaire flexibilité de la prescription en matière de mauvais traitements.....	54
B.	L'inconventionnalité de la mise en œuvre des règles de prescription pour les actes de conformation sexuée.....	56

Section 2. L'impartialité du tribunal à l'égard des enfants intersexués mise en question	58
§1. La prégnance du postulat de la binarité des sexes dans le système juridique français	58
§2. Lecture de l'arrêt du 6 mars 2018 de la chambre criminelle de la Cour de cassation à la lumière de l'exigence d'impartialité du tribunal	60
A. L'influence de la prégnance de la binarité sur l'appréhension de la pratique de la conformation sexuée.....	60
B. L'ingérence in conventionnelle dans le droit des personnes intersexuées à l'accès à un tribunal impartial	62
Conclusion générale	64
BIBLIOGRAPHIE	68