

Loi de bioéthique et intersexuation

Commentaire d'un article précaire¹

Benjamin Moron-Puech

Enseignant-chercheur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Laboratoire de sociologie juridique

L'article 30 de la loi relative à la bioéthique ici commenté n'est assurément pas celui qui a retenu la plus grande attention des médias lors de ce long processus de révision des lois de bioéthique. Pourtant, la question de la prise en charge médicale et sociale de l'intersexuation dont il traite confine avec deux thématiques fort médiatisées : celle des droits des personnes dites « LGBT » d'un côté et celles des maltraitements médicaux et des scandales sanitaires de l'autre. Médiatiquement, cependant, à l'exception de quelques articles dans des journaux communautaires, cet article 30 n'a guère pu profiter de la lumière que lui aurait procurée ces autres thématiques.

L'intersexuation n'étant sans doute guère connue du lectorat, rappelons qu'elle renvoie à la situation des personnes présentant naturellement des caractéristiques sexuées atypiques au regard des normes dominantes du masculin et du féminin, qu'il s'agisse de la présence chez une même personne de certaines caractéristiques

rattachées à l'un et l'autre des deux sexes majoritairement reconnus (par exemple une verge et un vagin) ou qu'il s'agisse de l'impossible rattachement de ces caractéristiques à l'un de ces deux sexes (par exemple un organe génital interne indifférencié, dit parfois « ovotestis » dans la littérature médicale, ou encore un organe génital externe à mi-chemin entre la verge et le clitoris, « diclit » disent parfois les personnes concernées)². Ces situations, naguère désignées par le corps médical et le reste de la société autour d'une terminologie commune, mobilisant la référence au mythe d'Hermaphrodite, font désormais l'objet d'une bataille terminologique. Celle-ci n'est que la transposition dans la langue d'un conflit plus global entre deux approches, deux ontologies de l'intersexuation. D'un côté, une ontologie déshumanisante, affirmant le caractère pathologique de ces corps atypiques, ni masculins ni féminins, et la nécessité d'une thérapie individuelle permettant leur *intégration sociale* au moyen d'actes de conformation sexuée

827

(1) Déclaration de conflit d'intérêt : l'auteur a été consulté bénévolement en amont de la rédaction d'amendements relatifs à l'article commenté. Aucune de ses propositions n'a toutefois été reprise, à l'exception de celle tendant à inscrire la thématique intersexuée dans la loi. L'auteur remercie Mila Petkova et Audrey Boisgontier pour leur relecture attentive et leurs suggestions. Le texte n'en engage pas moins que son seul auteur.

(2) L. Jacquet, La réinvention de la sexualité chez les intersexes, NQF, 2008/1, p. 50.

qualifiables juridiquement de mauvais traitements. De l'autre, une ontologie humanisante, affirmant leur normalité, aux côtés des corps féminins et masculins, et la nécessité d'une thérapie institutionnelle permettant leur *inclusion sociale* sans conformation de ces corps.

Avant la loi de bioéthique, l'approche déshumanisante était assurément celle retenue par le droit français, bien qu'exprimée par des textes épars, de nature tout au plus réglementaire et à la légalité parfois douteuse. Grâce aux efforts d'associations de personnes concernées critiquant cette approche et à leur relais dans les sphères scientifiques, juridiques, médiatiques, puis politiques, la pertinence de cette approche a été interrogée lors de la loi de bioéthique. Le Parlement y a en effet, après des débats longs et parfois tendus, pris position sur la prise en charge des personnes intersexuées. L'inscription de cette question dans la loi de bioéthique n'était cependant pas acquise. Rappelons que malgré les nombreux rapports d'institutions françaises appelant à une remise en cause plus ou moins étendue de la prise en charge actuelle³, le Gouvernement avait fait le choix

de ne pas inscrire cette thématique dans le projet de loi. Finalement, après avoir soutenu en Commission que la question intersexe ne relevait pas « à proprement parler de la bioéthique » et que le Parlement n'était de toutes les façons pas compétent pour « définir ce qui est une indication médicale et ce qui ne l'est pas »⁴, le Gouvernement a fini par changer d'avis et il a travaillé main dans la main avec les députés⁵ majoritaires, emmenés par leur collègue Raphaël Gérard, à l'élaboration d'un amendement remettant à plat la prise en charge médicale⁶. Le Sénat n'a joué qu'un rôle mineur dans l'élaboration de ce texte, puisqu'il s'est contenté d'étendre la liste des centres monopolisant la prise en charge médicale de l'intersexuation⁷. Restait toutefois la question de la prise en charge *sociale*, en particulier au travers du droit de l'état civil. Là encore, dans un premier temps, le Gouvernement s'y était opposé, en arguant que cela « ne relè[ait] pas *stricto sensu* du projet de loi relatif à la bioéthique »⁸, avant finalement de changer d'avis. Ainsi fut adopté en deuxième lecture à l'Assemblée nationale un amendement sur l'état civil des personnes intersexuées, lequel fut accompagné

- (3) DILCRAH, Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT, 21 déc. 2016 ; Défenseur des droits, Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes, n° 17-04, 20 févr. 2017 ; Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (2017), Rapport d'information sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions, n° 441, 23 févr. 2017 ; CNCDH, Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux, avis, 22 mai 2018 ; Conseil d'État, Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, Rapport au Premier ministre, 28 juin 2018 ; Assemblée Nationale, Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, Rapport n° 1572, 15 janv. 2019 ; Comité consultatif national d'éthique, Questions éthiques soulevées par la situation des personnes ayant des variations du développement sexuel, avis n° 132, 27 nov. 2019 ; OPECST, Variations du développement génital : quelle prise en charge ? Que dit la recherche biomédicale ?, note scientifique, 25 juin 2020.
- (4) Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Rapport n° 2243, p. 59.
- (5) Dans un souci de cohérence du fond et de la forme, le texte s'efforce d'user d'un langage inclusif, notamment à l'égard des personnes non binaires. Les formes grammaticales suivent les régularités proposées dans Alpheratz, Grammaire du français inclusif, Vent Solars, 2018. Leur première occurrence est signalée par un astérisque.
- (6) Un travail transpartisan - auquel avaient également participé activement les députés du groupe majoritaire - avait été également accompli par deux groupes d'études de l'Assemblée nationale. Il n'a pu aboutir compte tenu du retrait des députés majoritaires de ce projet.
- (7) L'extension était d'ailleurs un peu trop large, ce qui a conduit l'Assemblée en deuxième lecture à préciser les choses. V. l'amendement 668 adopté en 2^e lecture en séance publique.
- (8) Assemblée Nationale, 2^e séance du 8 oct. 2019, JOAN, p. 8722. Fut aussi avancé par la ministre de la Santé que la « réflexion sur les conditions d'inscription à l'état civil n'[était] pas suffisamment avancée » ou que le dispositif prévu était « incompatible avec la réalité des besoins médicaux de ces enfants » (*idem*).

d'autres menues modifications de la prise en charge médicale, tantôt pour renforcer les normes l'encadrant⁹ ou en assurant l'effectivité¹⁰, tantôt pour les alléger¹¹.

Après avoir exposé le contenu explicite de cette prise en charge médicale et sociale de l'intersexuation, seront présentés les choix implicites la sous-tendant.

I - Le contenu explicite de la prise en charge

Bien que structuré en trois parties, l'article 30 vise à encadrer deux activités : d'une part, la prise en charge médicale dans ses paragraphes I et III, d'autre part, la prise en charge sociale au paragraphe II.

A - L'encadrement de la prise en charge médicale

La première partie de l'article 30 introduit dans le code de la santé publique un nouveau chapitre intitulé « Enfants présentant une variation du développement génital » et composé d'un unique article L. 2131-6. Formellement, ce nouveau chapitre prend place dans le Livre I^{er} du code consacré à la promotion de la santé maternelle et infantile, plus particulièrement dans un Titre III consacré aux actions de prévention. Substantiellement, cependant, le texte ne cherche guère à prévenir la naissance d'enfants intersexués - pas de trace d'eugénisme dans la loi -, mais plutôt à réglementer la prise en charge médicale d'enfants déjà nés. Deux séries de dispositions sont ainsi posées.

Premièrement, le Parlement encadre les professionnels* de santé habilités*

à intervenir. L'article L. 2131-6 alinéa 1^{er} distingue deux groupes d'acteurs* : les décideurs* et les exécutants*. Le rôle de chacun de ces groupes est nettement délimité. Le groupe des exécutants, en contact direct avec l'enfant intersexué* et sa famille doit avant toute prise en charge solliciter le groupe des décideurs. Ce dernier doit alors se concerter sur le diagnostic et la prise en charge, puis transmettre son avis au groupe des exécutants qui devra le suivre. L'identité de ces équipes est en revanche moins nette, notamment parce que l'article L. 2131-6 renvoie à un arrêté le soin de préciser les équipes compétentes. Cela étant, deux directives sont données par le texte. *Primo*, les équipes doivent appartenir aux « centres de référence des maladies rares spécialisés ». En l'état actuel du droit positif, cela renvoie implicitement aux différents sites (« constitutif » ou « de compétence »)¹² composant les centres de référence du « développement génital » d'un côté et des « maladies endocriniennes de la croissance et du développement » de l'autre, même si des conflits de compétence ne sont pas à exclure¹³. *Secundo*, à propos des seuls* décideurs, sont exigées des équipes pluridisciplinaires. Reste à savoir le niveau de pluridisciplinarité exigé. Une pluridisciplinarité

- (9) Information sur le programme de fertilité, inscription du résultat de la concertation pluridisciplinaire au dossier médical et délai de réflexion.
- (10) Le domaine du rapport d'information devant évaluer après leur entrée en vigueur ces nouvelles normes a en effet été élargi par l'Assemblée nationale.
- (11) Élargissement des membres de l'équipe médicale pouvant délivrer à la famille de l'enfant une information sur les associations accompagnant les personnes intersexuées.
- (12) Arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares », BO Santé, n° 2017/4, 15 mai 2017. *Contra*, v. M.-X. Catto, La loi de bioéthique et les intersexes, JDSAM, 2020/1, § 20.
- (13) M.-X. Catto, préc.

au sein de la médecine suffira-t-elle, ou bien faudra-t-il aller recruter au-delà ? On relèvera qu'aucune représentation équilibrée des différents sites constitutifs d'un même centre de référence n'est exigée lors de la concertation, même si en pratique c'est sans doute ce qui sera le cas. Rien n'est précisé non plus sur les modalités de vote au sein des réunions de concertation.

À côté de l'encadrement des personnes intervenant dans la prise en charge, c'est également l'activité médicale elle-même qui est encadrée, tant substantiellement que formellement.

Substantiellement, l'article L. 2131-6 alinéa 1^{er} impose que les décideurs listent les propositions thérapeutiques possibles et « leurs conséquences prévisibles ». Il s'agit semble-t-il par-là de conserver la liberté de choix des parents, en les laissant arbitrer entre différentes possibilités, y compris, indique le texte, l'« abstention thérapeutique ». Cet alinéa encadre également le contenu des propositions thérapeutiques pouvant être adressées au patient. Il y est ainsi rappelé que ces « propositions [doivent être] possibles [...] en application du principe de proportionnalité mentionné à l'article L. 1110-5 du code de la santé publique ».

Du côté des exécutanz, il leur est demandé *primo* d'informer. Il leur faut ainsi assurer une « information complète » portant semble-t-il - l'article L. 2131-6 alinéa 1^{er} ne le dit pas - sur les actes médicaux envisagés. De même, l'alinéa 2 leur demande d'informer les titulaires de l'autorité parentale sur deux points s'écartant de la prise en charge *stricto sensu*. D'un côté, une information sur « l'existence d'associations spécialisées dans l'accompagnement des personnes présentant une variation du développement génital » ; aucune garantie n'est posée cependant quant au positionnement de ces associations par rapport aux deux approches possibles de l'intersexuation (humanisante ou déshu-

manisante). De l'autre, une information, « le cas échéant, [sur] la possibilité d'accéder à un programme de préservation de la fertilité ».

Secundo l'alinéa 1^{er} demande aux exécutanz de veiller à l'intégrité du consentement des titulaires de l'autorité parentale *via* deux moyens. D'un côté, en fournissant un accompagnement psychosocial, qui devrait entre autres choses favoriser une prise de décision plus rationnelle qu'émotionnelle. De l'autre, en laissant un délai de réflexion suffisant pour procéder à un choix éclairé. Aucun délai précis n'a toutefois été indiqué. En revanche, s'agissant du consentement de l'enfant, les garanties sont faibles voire inexistantes et reléguées au dernier alinéa de l'article L. 2131-6 du code de la santé publique. Son alinéa 3 indique seulement que « [l]e consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». Cela signifie donc - et le point est capital - que le Parlement refuse d'imposer aux professionnels de santé d'attendre que l'enfant puisse participer à la décision.

Formellement, l'alinéa 1^{er} impose également que les informations sur le diagnostic et les propositions thérapeutiques soient consignées dans le dossier médical de l'enfant. Le texte ne précise pas sur qui pèse cette obligation. En pratique, la tâche incombera aux personnes détenant ce dossier médical, donc vraisemblablement le groupe des exécutanz. Il y a là un risque que des exécutanz, en désaccord avec les propositions thérapeutiques des décideurs, omettent de les consigner au dossier médical, ce qui pourrait alors mettre à mal le projet législatif de faire évoluer les pratiques.

Le Parlement est néanmoins conscient du risque réel d'ineffectivité de son texte, intervenant dans un domaine - la médecine - assez rétif aux normes juridiques car déjà saturé de normes médicales. D'où la disposition finale de l'article 30

de la loi. Il y est prévu la remise d'un rapport dans un délai de dix-huit mois à compter de l'arrêté listant les centres spécialisés et les actes que ceux-ci seront habilités à réaliser. L'objet de ce rapport cible spécifiquement « l'activité et [le] fonctionnement des centres de référence » qui seront auscultés quantitativement - une baisse drastique étant attendue - et qualitativement au regard des « recommandations internationales en matière de protocole de soins ». L'objet du rapport dépasse les seuls centres de référence puisqu'il devra établir également le « nombre de personnes concernées et [...] la nature des actes médicaux réalisés chaque année ». Bien que large, l'objet de ce rapport laisse cependant de côté des données relatives à la prise en charge sociale, où il est vrai que le risque d'ineffectivité est moindre, cette prise en charge étant assurée par des officiers* d'état civil, procureurs et juges beaucoup plus respectueux* de la volonté du Parlement.

B - L'encadrement de la prise en charge sociale

La prise en charge sociale de l'intersexuation est réglée par l'article 30, II. Ce texte modifie tant l'article 57 du code civil relatif à l'inscription de la mention du sexe dans l'acte de naissance, que l'article 99 concernant sa rectification.

Concernant l'inscription, l'article 57 met en place une procédure *ad hoc* applicable aux enfants présentant une forme d'intersexuation visible à la naissance et pour laquelle les professionnels de santé ne seraient pas en mesure de déterminer le sexe de l'enfant. Cette procédure permet de déroger pendant trois

mois à l'obligation de déclarer le sexe de l'enfant. Elle autorise donc les parents à réaliser une déclaration incomplète au regard de l'article 57 alinéa 1^{er} du code civil. Pour cela, une seule condition : un certificat médical constatant l'« impossibilité [...] de déterminer le sexe de l'enfant ». Soulignons aussitôt que cette impossibilité n'est pas absolue, mais relative, en ce sens que l'impossibilité n'existe que dans un discours ne reconnaissant que deux sexes. Pour qui admet que les caractéristiques sexuées ne se limitent pas au masculin et au féminin, il n'y a nulle impossibilité.

Lorsque ce délai de trois mois arrive à expiration, le texte prévoit que les parents ou le ministère public sont censés fournir un nouveau certificat médical déterminant le sexe, puis que ce sexe sera alors inscrit. Le texte n'envisageant pas que l'impossibilité perdure, il faut en conclure que le certificat médical devra trancher, quelque arbitraire que puisse être le rattachement. Concernant l'initiative de la demande, il est prévu que l'inscription du sexe puisse procéder de la seule initiative du procureur de la République (les titulaires de l'autorité parentale en ont bien sûr également le pouvoir), tandis que pour le changement de prénom l'avis des parents sera nécessaire sans qu'on ne puisse les y contraindre *de jure*¹⁴. En pratique, il y a fort à parier que ce délai de trois mois ne sera pas respecté. L'expérience du délai d'une à deux années, naguère en vigueur¹⁵, montre que les parquets ne surveillent pas le respect de ce délai¹⁶. En outre, quand bien même ils le feraient, ils n'agiront vraisemblablement qu'en cas de carence des parents à agir au-delà des trois mois, de sorte que le délai se trouvera dépassé le temps d'obtenir un certificat médical - à

(14) L'article 60 du code confie aux seuls titulaires de l'autorité parentale ce soin. Si le ministère public souhaite les y forcer, il devra préalablement leur retirer l'autorité parentale.

(15) Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, BOMJL, n° 2011-11, 30 nov. 2011, § 55.

(16) L. Hérault (dir.), État civil de demain et transidentité, Rapport à la Mission de recherche droit et justice, mai 2018, p. 251.

supposer que les parents acceptent que leur enfant ne soit examiné !

En dehors de ces hypothèses où l'inscription a été suspendue, l'article 30, II, instaure également une procédure *ad hoc* de rectification de la mention du sexe. Celle-ci repose également sur un certificat médical constatant que « son sexe ne correspond pas à celui figurant sur son acte de naissance ». Compte tenu de la conception binaire du sexe présente dans la modification précédente de l'article 57, il ne fait guère de doute que les seuls sexes que pourra

mentionner un tel certificat médical sont le masculin et le féminin. L'initiative de cette demande échappe cette fois au procureur de la République et donc, indirectement, aux tiers. Le point est d'importance car on a connu dans l'histoire des rectifications imposées par l'autorité administrative, notamment à l'époque où certains droits étaient réservés à des individus d'un sexe donné. Seules peuvent donc agir en rectification la personne concernée ou la ou les personnes la représentant. Tels sont donc les termes du texte, reste à préciser les choix implicites le sous-tendant.

II - Les choix implicites guidant la prise en charge

Les termes précédemment explicités de l'article 30 sont guidés par deux choix implicites. Ceux-ci concernent l'ontologie de l'intersexuation d'une part et la stratégie de régulation d'autre part.

A - Le choix d'une ontologie de l'intersexuation

Entre les deux ontologies possibles de l'intersexuation (humanisante ou déshumanisante), le Parlement a choisi le camp de la déshumanisation. Celle-ci est entretenue par deux mouvements conjugués : la pathologisation et la réification des personnes intersexuées.

La pathologisation est le processus par lequel un groupe d'individus est identifié au travers de sa maladie et traité comme tel. Ce processus repose donc sur deux pieds : *primo* l'identification des personnes malades, définies au travers d'un écart par rapport à une norme de vie jugée préférable à la leur et *secundo* la mise en œuvre d'un traitement pour tenter d'éliminer la maladie. L'article 30 nous paraît s'inscrire dans cette logique de pathologisation. Le premier pied de l'approche pathologisante transparaît dans la terminologie retenue : « enfant

présentant une variation du développement génital ». Par cette expression, le législateur se refuse à nommer positivement les personnes intersexuées et les définit comme des « variations » par rapport à d'autres conditions, quant à elles présentées comme normales. Certes, en usant dans le corps du texte du terme *variation* et non ceux d'*anomalie*, *ambiguïté* ou *désordre* ailleurs utilisés dans les travaux préparatoires, le Parlement veut faire croire qu'il ne porte aucun jugement sur la valeur de la vie des personnes intersexuées. Pourtant, les glissements sémantiques opérés vers les termes pathologisants ou le refus de nommer positivement les personnes intersexuées en ne les définissant qu'en référence aux caractéristiques sexuées masculines et féminines, laisse à voir que, pour les parlementaires, ces formes de vies atypiques sont moins désirables que les formes de vies masculines et féminines. Ajoutons que, contrairement aux images simplifiées des manuels scolaires, les variations sont présentes pour tous les sexes : au sein des caractéristiques sexuées féminines ou masculines existent de très importantes variations de taille, de forme, de texture, de couleur, etc. Utiliser le terme de variation pour désigner les seules personnes intersexuées n'est

donc guère défendable scientifiquement et procède seulement d'une volonté d'isoler les personnes intersexuées sur des critères prétendument objectifs, tout en signifiant par cet isolement la moindre valeur de leur vie. Le premier pied de la pathologisation est donc bien présent. Quant au second, il résulte de la surmédicalisation des personnes intersexuées. Ainsi, le premier sujet qui intéresse le droit français lorsqu'il est question d'intersexuation c'est la prise en charge médicale. C'est à elle seulement qu'était consacré initialement l'article 30, avant que ne s'y ajoute la prise en charge sociale *via* l'état civil. Même dans l'état civil, cette médicalisation est omniprésente puisqu'à toutes les étapes de l'inscription ou de la rectification de la mention du sexe l'autorité médicale devra intervenir. Certes, l'article 30 ne dit plus explicitement qu'il est nécessaire d'intervenir chirurgicalement pour doter l'enfant d'un état civil¹⁷. Pour autant, le fait que l'article 30, II, ne cesse d'affirmer que toute décision concernant l'enfant doit être prise après avis médical ne laisse guère de doute sur le choix du législateur, qu'on pourrait ainsi exprimer : « ces enfants-là ont potentiellement un problème de santé qu'il faut prendre en charge ». L'approche pathologisante est donc bien caractérisée.

À la pathologisation source de déshumanisation s'ajoute la réification, processus par lequel un être humain se voit privé de son autonomie et traité comme une chose. Comme pour la pathologisation, toutefois, cette réification se trouve quelque peu voilée, non plus par la terminologie, mais par l'affirmation répétée que la raison d'être de cet article 30 serait de répondre à la « souffrance des enfants »¹⁸. Ce renvoi à la souffrance pourrait laisser croire que l'humanité de ces personnes est pleinement reconnue. Il n'en est rien, ces personnes n'étant

reconnues qu'en tant que victimes passives et non d'êtres humains pleinement capables de prendre en main leur destin. Or, justement, leur autonomie décisionnelle est doublement niée par le texte. Elle l'est dans la prise en charge médicale, puisque le texte permet d'intervenir sur le corps de ces enfants, y compris pour y réaliser des interventions graves et irréversibles, sans qu'il ne soit obligatoire d'attendre que l'enfant ne donne son avis. Elle l'est encore dans sa prise en charge sociale, puisque l'assignation dans l'un des deux sexes se fait sans participation de l'enfant. En effet, le délai de trois mois prévu pour la suspension de l'inscription initiale empêche toute prise en compte de la participation de l'enfant. Quant à la procédure de rectification, le fait qu'il soit nécessaire de passer par un certificat médical contribue à ôter à l'enfant le pouvoir de décider par lui-même, tout comme le fait que le texte n'ait nullement imposé l'adhésion du mineur en âge de s'exprimer sur la procédure de rectification initiée par ses représentants légaux. La réification est bien présente.

La déshumanisation qu'organise l'article 30 nous paraît de nature à fragiliser sa portée. En effet, en refusant de rompre avec une approche déshumanisante dénoncée par plusieurs organisations de défense des droits humains, tant françaises qu'internationales, le Parlement prend le risque de voir son arbitrage remis en cause à plus ou moins court terme. Certes, la loi a été déclarée conforme à la Constitution, mais toute menace n'est pas écartée. D'abord, parce que le Conseil constitutionnel a pris soin d'indiquer dans sa décision sur la loi qu'il n'avait pas examiné la constitutionnalité des articles autres que ceux invoqués dans la saisine des parlementaires. La porte à des QPC dirigée contre l'article 30 demeure ouverte. Ensuite, parce que la conventionalité des

(17) Comp. ant. la circulaire précitée du 28 oct. 2011.

(18) V. les propos d'A. Buzyn et des députés LaREM : JOAN, 2^e séance du 8 oct. 2019, p. 8722, 8732 et 8733.

dispositifs de prise en charge sociale et médicale de l'intersexuation est actuellement mise en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹ et les positions adoptées par d'autres organes du Conseil de l'Europe sur ces mêmes prises en charge²⁰ conduisent à douter sérieusement de la compatibilité du dispositif français au regard des articles 3, 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On ne peut nier dès lors la relative précarité du texte, conséquence qui découle également de l'autre choix implicite le sous-tendant.

B - Le choix d'une stratégie de régulation

Le second choix implicite qui guide l'action du Parlement concerne la stratégie à adopter pour changer par le droit les pratiques des professionnels de santé. L'approche du Parlement à leur égard peut être ainsi résumée : « mieux vaut les accompagner que les sanctionner toutes et tous, car qui alors soignera les enfants ayant véritablement besoin de l'être ? ».

Ce choix se manifeste tout d'abord dans ce que le texte ne dit pas, son contenu négatif en somme. Ainsi, contrairement à d'autres recommandations doctrinales ou d'organisations internationales, le texte n'organise aucun dispositif de réparation et de sanction pesant sur les professionnels de santé à l'origine de la « souffrance des enfants » ; toute allusion au code pénal présente dans certains amendements est écartée²¹. Autre silence du texte qui révèle ce choix : le

refus de tout dispositif énonçant formellement l'interdiction des actes de conformation sexuée réalisés sans le consentement de la personne concernée. Officiellement, la raison la plus souvent invoquée en est que ces actes étant déjà interdits, il serait inutile de les interdire²². L'argument peine cependant à convaincre dès lors que l'article 30 est dans une très large mesure un renvoi ou une concrétisation du droit commun. Voilà pourquoi ce silence nous semble davantage révélateur d'une volonté de ne pas apparaître trop directif à l'égard du corps médical.

Si l'on examine ensuite le contenu positif de l'article 30, il est présenté par son principal promoteur comme une disposition qui « ne bouleverse pas fondamentalement le droit » et qui « se borne à rappeler l'état du droit et les bonnes pratiques »²³. Derrière la rhétorique de l'accompagnement et de la reprise explicite ou implicite d'un droit commun, il faut pourtant insister sur les apports du texte nouveau et la mise à l'index de certaines pratiques qu'il réalise. C'est particulièrement visible avec la création d'un monopole dans la prise en charge au profit des centres de référence, lequel déroge au droit commun posant au contraire un principe de libre choix²⁴. Par-là, les parlementaires s'approprient le discours de certains responsables des centres de référence, tenant pour principaux responsables des souffrances passées les médecins intervenant en solitaire en dehors de ces centres. Cependant, le Parlement n'adhère pas complètement à ce discours qui tendrait à décharger les centres de référence de toute responsabilité. En rappelant à ces derniers le droit commun, en en concrétisant

(19) *M. c/ France*, n° 42821/18 et CEDH 27 juill. 2020, *Y. c/ France*, n° 76888/17. *Adde L.B. c/ France*, n° 67839/17 et *Semenya c/ Suisse*, n° 10934/21.

(20) V. not. les résolutions 1952 (2013) et 2191 (2017) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou le rapport du Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et personne intersexe*, 2015.

(21) Discours à la DGS précité.

(22) V. not. le rapport de la Commission spéciale en deuxième lecture : *Rapport relatif à la bioéthique*, n° 3181, p. 610.

(23) R. Gérard, *JOAN*, 2^e séance du 8 oct. 2019, p. 8729. Il dira *a posteriori* qu'il ne s'agit que « d'accompagner l'évolution des pratiques médicales initiées depuis plusieurs années ».

(24) CSP, art. L. 1110-8.

tisant l'application au cas des personnes intersexuées ou en créant des obligations nouvelles, le législateur impose à tous ces centres de se mettre au diapason des bonnes pratiques développées par certains d'entre eux. Rappeler que le principe de proportionnalité de l'article L. 1110-5 du code de la santé publique s'applique à la prise en charge des enfants intersexués, c'est suggérer qu'il n'est pas toujours respecté. *Idem* pour l'obligation d'information²⁵, devant porter aussi sur les programmes de fertilité et sur les possibilités d'abstention. *Idem* encore pour l'obligatoire tenue d'un dossier médical²⁶, devant aussi comprendre des informations issues de la concertation pluridisciplinaire. *Idem* enfin pour le recueil du consentement éclairé²⁷, imposant ici un délai de réflexion. Quant à l'obligation d'informer les familles sur l'existence d'associations accompagnant les personnes intersexuées, c'est fustiger en creux l'insuffisante collaboration

des équipes médicales avec ces associations. La rhétorique de l'accompagnement des bonnes pratiques est donc bien réelle.

Cette rhétorique ne fait pourtant pas disparaître toute perspective de sanction. Le rapport prévu par l'article 30, III, joue ici un rôle fondamental car il fait peser une épée de Damoclès sur les centres de référence, en conférant à l'article 30 adopté une portée précaire. En effet, si ce rapport venait à révéler que les pratiques n'ont nullement changé, le Parlement en serait informé et pourrait alors être tenté de durcir le ton²⁸. Le réexamen périodique des lois de bioéthique lui en offrirait d'ailleurs l'occasion. Reste à espérer, pour le bien-être des enfants intersexués, que la stratégie législative retenue s'avèrera payante et que les professionnels de santé sauront profiter de cette (excessive ?) mansuétude du législateur à leur égard.

(25) CSP, art. L. 1111-2.

(26) CSP, art. R. 1112-2.

(27) CSP, art. L. 1110-4.

(28) La menace d'une nouvelle intervention législative a été expressément prononcée lors d'échanges ayant eu lieu en notre présence entre les équipes médicales d'un côté et des représentant-es du Parlement et du ministère de la Santé de l'autre.