



HAL
open science

Actes de conformation sexuée imposés aux personnes intersexuées : qualification pénale, responsabilité des médecins, sanctions

Lucie Dupin

► **To cite this version:**

Lucie Dupin. Actes de conformation sexuée imposés aux personnes intersexuées : qualification pénale, responsabilité des médecins, sanctions. *Médecine & Droit*, 2021, 2021 (167), pp.19 - 24. 10.1016/j.meddro.2020.12.002 . hal-03188996

HAL Id: hal-03188996

<https://sciencespo.hal.science/hal-03188996>

Submitted on 22 Mar 2023

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Médecine et Droit

Droit Pénal

« Actes de conformation sexuée imposés aux personnes intersexuées : qualification pénale, responsabilité des médecins, sanctions¹ »

Gendered conformation imposed on intersex persons

Lucie DUPIN

Doctorante contractuelle en droit privé

Ecole de droit de Sciences Po – Paris

13 rue de l'Université – 75007 Paris

lucie.dupin.ponthus@gmail.com

Résumé : Au regard du droit pénal français, les actes de conformation sexuée imposés aux personnes intersexuées peuvent être qualifiés de violences volontaires, et, dans certains cas, de violences volontaires mutilantes. Les médecins français pratiquant ces actes peuvent en être tenus responsables pénalement. Ils encourent jusqu'à 20 ans de réclusion criminelle.

Mots-clefs : Sexe (intervention) ; Intesexe (chirurgie) ; Mutilation sexuelle

Abstract: Under French criminal law, acts of gendered conformation imposed on intersex persons can be qualified as voluntary violence and, in some cases, voluntary mutilating violence. French doctors who perform these acts may be held criminally liable. They can be sentenced to up to 20 years of imprisonment.

Key words : Gendered conformation ; Intersex (surgical procedure) ; Sexual mutilation

Le 12 octobre 2020, la requête déposée par M., une personne intersexuée, a été publiée sur le site de la Cour européenne des droits de l'Homme, laissant espérer une décision prochaine sur la question des actes de conformation sexuée¹. C'est la toute première fois qu'une affaire concernant ces actes parvient jusqu'aux juges de l'Allée des Droits de l'Homme. Dans cette affaire, la requérante attaque l'Etat français sur le fondement des articles 3 et 6 de la Convention.

¹ Nous remercions Benjamin Moron-Puech et Alice Dejean de la Bâtie pour leur relecture

Certains actes subis par les personnes intersexuées dans le cadre des actes de conformation sexuée (gonadectomie, hystérectomie, réduction du clitoris, etc.ⁱⁱ) sont souvent qualifiés de *mutilations* par les militants. Dénoncés depuis longtemps par les associations défendant les personnes intersexuées, ils sont depuis quelques années dans le collimateur de plusieurs institutions françaises², qui les considèrent de plus en plus clairement comme illicites.

Qu'en dit vraiment le droit français ? Ces actes constituent-ils des infractions au regard du droit national ? Les médecins qui les pratiquent peuvent-ils être inquiétés ?

Nous envisagerons dans un premier temps les qualifications applicables aux actes de conformation sexuée (I), avant de voir dans quelle mesure la responsabilité des médecins qui les pratiquent peut être retenue (II). Enfin, nous présenterons les sanctions applicables (III).

I/ Quelle(s) qualification(s) pénale(s) pour les actes de conformation sexuée imposés aux personnes intersexuées ?

Le droit pénal relevant par principe de la souveraineté nationale³, – c'est-à-dire que seul l'État français est habilité à définir les infractions en vigueur dans sa législation –, nous nous intéresserons principalement au droit interne, bien que certaines normes internationales, – notamment le droit européen –, puissent apporter un certain éclairage sur la question.

Voyons donc ce que prévoit le droit pénal français avant de l'appliquer à la question des opérations de conformation sexuée.

La première chose à souligner est qu'il n'existe pas, en droit français, d'infraction nommée « mutilation » à proprement parler. S'il existait autrefois une infraction de « castration », celle-ci a disparu du Code pénal en 1992⁴-ⁱⁱⁱ. C'est du côté de l'infraction de violences, et plus particulièrement des *violences volontaires*⁵ qu'il faut se tourner. Le fait que les violences aient entraîné une mutilation est néanmoins pris en compte par le droit. La qualification qui couvre les cas de mutilations est donc l'infraction *de violences volontaires ayant entraîné une mutilation*, aussi appelées *violences mutilantes*⁶ ; en ce cas, fait remarquable en droit pénal, la qualification ainsi que la répression est fonction de la gravité du résultat final.

Nous étudierons en premier lieu la qualification de violences mutilantes (A) avant de voir si d'autres qualifications peuvent être envisagées (B).

² La DILCRAH en 2016, le Sénat en 2017, le Défenseur des droits en 2017, le Président de la République française (à l'époque François Hollande) en 2017, le Conseil d'Etat en 2018, le Sénat de nouveau en 2019...

³ Cette affirmation est à nuancer étant donné qu'il existe un véritable espace pénal européen qui influence le droit interne

⁴ Elle y était régie par les articles 316 et 325 du Code pénal

⁵ Articles 222-7 et suivants du Code pénal

⁶ Article 222-9 du Code pénal

IA) Les actes de conformation sexuée au prisme de l'infraction de violences mutilantes

Pour que l'infraction de *violences volontaires* soit constituée, il faut que deux éléments soit présents. D'une part il faut qu'il y ait eu un comportement actif, commis directement ou avec un instrument, et que cet acte ait directement causé une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne – c'est l'élément matériel de l'infraction –. Plus précisément, pour que l'infraction de *violences volontaires ayant entraîné une mutilation* soit constituée, il faut, en outre, qu'une mutilation ait résulté de ces violences. Par « mutilation », le droit entend « toute ablation définitive d'un élément corporel irréversible », car insusceptible de régénération^{iv}. D'autre part, il faut que la personne qui a commis l'acte ait eu l'intention de le faire, c'est-à-dire l'intention d'effectuer un acte violent et l'intention d'aboutir au résultat, à savoir l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime⁷, – c'est l'élément moral de l'infraction.

À cette infraction peuvent venir s'ajouter plusieurs circonstances aggravantes⁸, dont quatre peuvent concerner les opérations de conformation sexuée pratiquées sur les enfants intersexués. La première est la préméditation. Par préméditation, le droit entend le « dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé »⁹, c'est-à-dire qu'il faut non seulement vouloir commettre l'action mais aussi avoir une certaine préparation, un certain retrait psychologique avant de passer à l'acte. La deuxième est l'âge de la victime : si celle-ci a moins de 15 ans lors des faits, la peine pourra être aggravée. La troisième est la particulière vulnérabilité de la victime due à son âge. La quatrième est l'habitude. Lorsque les violences sont répétées sur un laps de temps suffisant, cela est susceptible d'aggraver la peine.

Reprenons chaque condition et vérifions leur présence pour le cas des opérations litigieuses de conformation sexuée.

Y a-t-il violences volontaires ? Dans le cas des opérations de conformation sexuée, le médecin pratique bien des actes qui ont pour résultat direct d'attenter à l'intégrité physique de la personne concernée, notamment en ouvrant, coupant, retirant un organe etc. Que cela soit effectué par le biais du matériel opératoire est indifférent. De plus, c'est bien pour attenter à l'intégrité physique de la personne que les opérations sont pratiquées, il y a donc bien intentionnalité de l'action. Élément matériel et élément moral étant réunis, l'infraction de violences volontaires est bel et bien constituée.

Y a-t-il violences volontaires mutilantes ? Dès lors qu'un organe ou une partie du corps est retiré sans qu'il puisse être régénéré par la suite, il y a bien mutilation. Cela ne couvre donc

⁷ Peu importe d'ailleurs le résultat escompté à l'origine (simple choc émotif, infirmité permanente, mutilation...) du moment qu'il y avait volonté de causer une atteinte physique ou psychique, c'est-à-dire qu'il est indifférent que le résultat ait dépassé l'intention initiale de l'auteur (on parle de *dol praeter intentionnel*)

⁸ Articles 222-10 et 222-14 du Code pénal

⁹ Article 132-72 du Code pénal

pas l'hormonothérapie en tant que telle, mais tous les actes opératoires de type gonadectomie ou modification de l'apparence de l'appareil génital par réduction d'une de ses parties.

Y a-t-il une ou plusieurs circonstances aggravantes ? S'agissant de la circonstance aggravante de préméditation, les actes de conformation sexuée étant programmés et réfléchis bien en amont de l'opération, celle-ci semble pouvoir s'appliquer. Le seul cas dans lequel la circonstance aggravante pourrait ne pas s'appliquer est si la violence intervient lors d'une consultation ou d'une intervention médicale sans qu'elle n'ait été programmée avant, hypothèse toutefois peu probable.

S'agissant de la circonstance aggravante de la minorité de la victime, celle-ci pourra être retenue à chaque fois que les actes ont été effectués avant les 15 ans de la personne intersexuée.

S'agissant de la circonstance aggravante de la vulnérabilité de la victime, elle semble aussi pouvoir souvent s'appliquer eu égard au très jeune âge des victimes en général, opérées parfois dès leurs premiers mois de vie.

Enfin, s'agissant de la circonstance aggravante de l'habitude, cela dépendra des cas, mais il n'est pas rare que les opérations invasives et mutilantes se pratiquent en plusieurs fois, s'étalant sur plusieurs années de la vie de la personne concernée.

En définitive, on peut dire qu'au sens du droit pénal français, les opérations de conformation sexuée constituent des violences volontaires. À chaque fois qu'elles sont invasives et retirent de manière irréversible une partie du corps des personnes concernées, elles peuvent être qualifiées de violences volontaires mutilantes. Enfin, plusieurs circonstances aggravantes peuvent s'ajouter à cette infraction en fonction des cas, comme la minorité de 15 ans de la victime, sa vulnérabilité, l'habitude des actes ou encore la préméditation, mais cela dépendra de chaque cas.

I B) Les actes de conformation sexuée au prisme des infractions de viol et d'actes de torture et de barbarie

S'agissant de la qualification de *viol*, elle semble pertinente à première vue dans le cas des procédés de bougirage parfois pratiqués sur les personnes intersexuées visant à former ou élargir un vagin d'une taille jugée « normale » par le corps médical, à l'aide d'une « bougie » (sorte de godemichet) insérée dans le corps de la personne concernée, et dans les cas d'actes de dilatation vaginale, effectués dans le même but mais manuellement. Néanmoins, pour que l'infraction de *viol* soit constituée, il faut que deux éléments soit présents¹⁰. D'une part il faut qu'il y ait eu une pénétration sexuelle (c'est-à-dire une pénétration *par* ou *dans* un sexe) non-consentie (c'est-à-dire commise par violence, contrainte, menace ou surprise) – c'est l'élément matériel de l'infraction. D'autre part, il faut que la personne qui a commis l'acte ait

¹⁰ Article 222-23 du Code pénal

eu l'intention de le faire, c'est-à-dire l'intention de commettre la pénétration, *i.e.* de commettre un acte de nature sexuelle et conscience d'agir sans le consentement de la personne – c'est l'élément dit moral de l'infraction. Or, en matière de bougirage, si l'élément matériel est bien présent (il y a bien pénétration dans un sexe commise par contrainte¹¹), l'élément moral semble plus délicat à retenir : il y a bien conscience de commettre une pénétration, conscience de la contrainte...mais y-a-t-il conscience de la *nature sexuelle de l'acte* ? La réponse n'est pas évidente, étant entendu que les médecins, lorsqu'ils pratiquent cet acte, n'y voient qu'un acte médical et ne cherchent pas assouvir leur besoin sexuel^v. Il nous semble difficile de retenir de ce fait la qualification de viol, les éléments n'étant pas tous réunis, mais une interprétation large de l'élément moral et notamment de la conscience de la *nature sexuelle de l'acte* par les juges pourraient aboutir à retenir la qualification de viol dans le cadre d'un procès.

S'agissant de la qualification d'*actes de torture et de barbarie*, il est vrai qu'au vu de la violence des actes commis, assimilables à de nombreux égards à de véritables excisions, elles-mêmes qualifiables d'actes de torture et de barbarie^{vi}, la question d'une autre qualification juridique, plus lourde, semble envisageable. Néanmoins, pour qu'il y ait acte de torture et de barbarie au sens du droit pénal français¹², il faut qu'il y ait eu intention de commettre un acte cruel dans le but de faire souffrir la personne et de parvenir, grâce à cette souffrance, à attenter à sa dignité^{vii}. Or, cette intention-là est absente chez les médecins pratiquant des opérations de conformation sexuée, même lorsqu'ils ignorent les alertes lancées par les militants. Sauf à ce qu'un médecin fasse preuve effectivement d'intentions cruelles et avilissantes, une telle qualification juridique ne pourra pas être retenue en droit pénal français à l'encontre des actes de conformation sexuée.

En revanche, la notion de torture est entendue différemment en droit international. À cet égard, de nombreux instruments juridiques de droit international réprouvent les actes violents, et plusieurs d'entre eux semblent pouvoir couvrir les actes de conformation sexuée. Il en va ainsi de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants à l'article 3, ou encore de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* qui protège le droit à l'intégrité de la personne au visa de son article 3 qui interdit la torture au visa de son article 4. Au sens du droit international, la qualification de torture s'avère pertinente pour les actes de conformation sexuée^{viii}.

Dans cette veine, de nombreuses instances juridiques supranationales ont pu condamner ouvertement les actes de chirurgie de conformation sexuée, à l'instar de l'Assemblée

¹¹ Ainsi que le prévoit l'article 222-22-1 du Code pénal, la contrainte morale peut résulter « de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes », conditions aisément réunies dans le cadre des actes médicaux effectués par un médecin adulte sur un enfant ou une jeune personne intersexuée

¹² Article 222-1 du Code pénal

parlementaire du Conseil de l'Europe^{ix}, de l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne^x ou de l'ONU^{xi}.

Ces dispositions et ces déclarations solennelles ne peuvent néanmoins pas être directement invoquées devant le juge pénal français, mais seulement servir d'argument pour interpréter ou faire évoluer la législation française, ou attaquer l'Etat français devant les juridictions européennes.

Pour conclure, on peut donc dire qu'à chaque fois que les actes de conformation sexuée répondent aux conditions développées ci-dessus, il y a bien *violences volontaires*, et plus précisément *violences volontaires mutilantes* au sens du droit pénal français.

Si les conditions de l'infraction sont remplies, il reste encore à prouver que la responsabilité pénale du médecin qui pratique ces actes dans le cadre de sa profession peut être engagée.

II/ Quelle responsabilité pénale des médecins pratiquant ces actes de conformation sexuée ?

La question de la responsabilité des médecins du fait des opérations qu'ils pratiquent est délicate, étant entendu que, par nature, les opérations chirurgicales portent atteinte à l'intégrité corporelle de la personne humaine^{xii}. Comment le droit articule-t-il protection pénale des personnes...et pratique de la médecine ? Les actes de conformation sexuée (gonadectomie, hystérectomie, réduction du clitoris, vaginoplastie etc.^{xiii}) peuvent-ils engager la responsabilité pénale des médecins qui les pratiquent ou rentrent-ils dans le champ licite de la médecine, rendant ceux-ci irresponsables devant la loi ?

Par principe, tout acte remplissant les éléments constitutifs énumérés par la loi pénale est une infraction engageant la responsabilité pénale de son auteur.

Par exception, le même acte, s'il est pratiqué par un médecin, n'emportera pas sa responsabilité pénale, soit parce que son comportement est *justifié*, – la responsabilité pénale du médecin est neutralisée par l'émergence d'une circonstance qui, objectivement, rend son comportement socialement utile ou du moins socialement acceptable –, soit parce que son comportement est *non-imputable*, – le médecin est considéré avoir commis une faute mais elle ne lui est pas imputée, c'est-à-dire pas mise sur son compte.

Précisons à quelles conditions les agissements des médecins sont considérés justifiés ou non-imputables par le droit (A), puis voyons si ces conditions sont réunies pour les opérations de conformation sexuée (B).

II A) Les hypothèses d'irresponsabilité pénale des médecins

Dans quels cas le comportement d'un médecin est-il justifié ? Un médecin est considéré justifié par le droit, et donc irresponsable pénalement, dans quatre hypothèses^{xiv}. Seules deux peuvent être envisagées dans le cadre des opérations de conformation sexuée, nous ne développerons donc que celles-là.

La première hypothèse est *lorsque le médecin est autorisé par la loi à pratiquer l'acte en question*¹³. Plus précisément, un médecin est autorisé à porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne à trois conditions :

- *en premier lieu*, il faut que l'auteur de l'acte soit habilité à pratiquer ledit acte (l'article L. 4111-1 du Code de la santé publique liste les conditions d'exercice de la profession de médecin : être titulaire d'un doctorat en médecine, être inscrit à l'ordre des médecins etc.)
- *en deuxième lieu*, il faut que l'acte pratiqué réponde à une nécessité médicale pour la personne¹⁴. Cette deuxième condition est la plus délicate. Pour bien la comprendre, il faut analyser terme après terme les éléments de cette condition.
 - Par « nécessité », on entend un rapport de proportionnalité entre les risques inhérents à l'acte eu égard notamment aux avantages escomptés et à la probabilité de parvenir au résultat voulu^{xv}.
 - Par « médical », il faut en réalité entendre « thérapeutique », adjectif autrefois retenu par le Code civil^{xvi}. Par nécessité « thérapeutique », on vise tout acte visant à faire passer le patient de l'état de maladie à l'état de santé. L'article 4127-41 du Code de la santé publique surenchérit quant à lui en affirmant qu'aucune *intervention mutilante* ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux.
 - Par « pour la personne », il faut entendre que l'acte ne peut être pratiqué ni pour autrui¹⁵, ni pour la société^{xvii}.
- *En troisième et dernier lieu*, il faut que l'acte ait été consenti par le médecin comme par le patient¹⁶. Cette condition, jugée autrefois secondaire, est devenue cardinale. Lorsque le patient est mineur, ce sont ses représentants légaux, – le plus souvent, les parents –, qui consentent, conjointement, pour elle ou pour lui (art 371-1 al 2 et 372-2 du Code civil). Dans ce dernier cas, pour que leur consentement soit efficace, il faut que celui-ci soit libre et éclairé.

Ces trois conditions sont cumulatives, c'est-à-dire qu'il suffit qu'une seule ne soit pas remplie pour que la justification tombe et que la responsabilité pénale du ou de la médecin puisse être engagée.

La seconde hypothèse dans laquelle un médecin serait justifié est lorsque *l'infraction est nécessaire* c'est-à-dire lorsqu'il y a *état de nécessité*, i. e. lorsqu'il existe un danger imminent

¹³ Article 122-4 al. 1^{er} du Code pénal

¹⁴ Article 16-3 du Code civil

¹⁵ Sauf dispositions spéciales y dérogeant, comme celles permettant le don d'organes

¹⁶ Article 16-3 du Code civil, rappelé à l'article L 1111-4 al 3 du Code de santé publique

qui menace un individu¹⁷. Cela vise notamment l'urgence médicale. La commission de l'acte est alors justifiée si ledit acte est nécessaire « à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

Dans quels cas le comportement d'un médecin est-il non-imputable ? Un médecin est considéré non-imputable par le droit, et donc irresponsable pénalement faute de caractérisation de l'élément moral, dans plusieurs hypothèses, dont une seule nous intéressera ici. Il s'agit de *l'erreur sur le droit*, hypothèse dans laquelle un médecin pense qu'il est légitime à accomplir l'acte, bien que ce ne soit pas le cas¹⁸. Cette hypothèse, qui heurte le principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », est très rarement retenue par la jurisprudence, qui fait œuvre de rigueur en la matière¹⁹. Ainsi, la tolérance, au sein du corps médical, d'une pratique illicite, qui a pu laisser croire à un ou une médecin qu'elle était légitime, ne suffit pas à exclure sa responsabilité pénale.

Maintenant que nous avons vu comment s'articulent pratique médicale et droit pénal, il convient de s'interroger sur la possible responsabilité des médecins pratiquant des opérations de conformation sexuée. Ces actes, accomplis par des médecins dans des hôpitaux ou centres de référence, peuvent-ils engager leur responsabilité ? Pour y répondre, il convient de voir si les médecins qui les pratiquent répondent aux conditions d'irresponsabilité pénale que nous avons développées ci-avant. Il suffit qu'une cause d'irresponsabilité les concerne pour que ces actes sortent du champ des infractions pour aller dans celui des actes médicaux licites. À l'inverse, si aucune cause d'irresponsabilité pénale ne s'applique à ces cas, leur responsabilité pénale pourra être engagée.

II B) L'absence d'irresponsabilité pénale des médecins pratiquant des actes de conformation sexuée

Les médecins pratiquant des opérations de conformation sexuée sont-ils justifiés ? Le médecin qui pratique une opération de ce type est-il autorisé par la loi ? Pour y répondre, reprenons les trois conditions présentées précédemment.

- En *premier lieu*, le médecin répond-il aux critères d'exercice de la médecine ? Sauf cas contraire exceptionnel, oui.
- En *deuxième lieu*, l'acte répond-il à une nécessité médicale pour la personne ?
 - Y a-t-il « nécessité » ? Oui, répondent les médecins, non répond la communauté intersexe. Or, les médecins ne se fondent sur aucune étude sérieuse ni aucun témoignage de personnes concernées pour étayer leur affirmation^{xviii}. Les personnes intersexuées, au contraire, rappellent qu'elles peuvent vivre sans souci de santé et que ces opérations, très lourdes et invasives, leur causent de nombreux troubles et traumatismes inutiles. Leurs propos sont appuyés sur leurs expériences, dont les témoignages sont

¹⁷ Article 122-7 du Code pénal

¹⁸ Article 122-3 du Code pénal

¹⁹ La matière médicale étant par ailleurs toutefois un des rares domaines dans lesquels la jurisprudence a pu reconnaître des erreurs sur le droit

désormais bien établis. En tout état de cause, il reviendrait aux médecins qui affirment qu'il y a nécessité d'en rapporter la preuve. Le caractère proportionné de l'acte n'est donc pas établi et la nécessité absente.

- Y a-t-il nécessité « médicale » ? L'intersexuation est classée selon la médecine actuellement comme une pathologie^{xix}, tandis que la communauté intersexe plaide pour la dépathologisation de l'intersexuation. Or, à y regarder de plus près, la classification de l'intersexuation comme maladie est en effet contestable, celle-ci reposant sur des dogmes naturalistes biaisés et non pas sur la science^{xx}. Il n'y a donc aucune nécessité thérapeutique justifiant ces actes. Au demeurant, aucune loi spéciale n'autorisant à pratiquer ces actes, ceux-ci ne répondent d'aucune nécessité « médicale » au sens large non plus^{xxi}.
- Y a-t-il nécessité médicale « pour la personne » ? Les actes de conformation sexuée ne sont pas pratiqués dans l'intérêt de l'enfant, mais par nécessité sociale, comme le reconnaît d'ailleurs le corps médical lui-même^{xxii}.
- En troisième lieu, l'acte est-il consenti ? Ces actes étant pratiqués sur des mineurs, c'est aux parents que revient l'acte de consentir. Or, ceux-ci ne bénéficient jamais de l'information et de l'alternative nécessaire à un consentement libre et éclairé, les médecins présentant l'intersexuation comme une pathologie à soigner et les incitant fortement à accepter les opérations^{xxiii}. Il n'y a donc pas de consentement libre et éclairé en la matière.

Partant, ces actes, s'ils sont bien pratiqués par des personnes habilitées à les faire, ne répondent d'aucune nécessité médicale pour la personne, ni même d'aucune nécessité médicale, ni même d'aucune nécessité tout court. Au surplus, ils ne répondent pas aux critères de consentement exigés par la loi. Dès lors, les médecins ne sont pas justifiés par autorisation de la loi à pratiquer ces actes, et ce, pour plusieurs raisons.

Le médecin qui pratique une opération de ce type est-il obligé de commettre une infraction par nécessité ? Si certains cas d'intersexuation s'accompagnent de véritables troubles nécessitant une intervention médicale pour être soignés, ce n'est pas le cas de l'intersexuation elle-même, qui n'empêche aucunement un individu de grandir et vivre normalement^{xxiv}. Dès lors, en dehors de ces cas marginaux de dysfonctionnement concomitants à l'intersexuation, il n'existe aucune nécessité à commettre ces actes pour le médecin.

Les médecins pratiquant des opérations de conformation sexuée encourent-ils une responsabilité pénale ? La pratique médicale tolère, dans les faits, les opérations de conformation sexuée faites sur les enfants intersexués. Or, ainsi que nous l'avons vu, une telle tolérance interne ne permet pas d'exclure l'engagement de la responsabilité pénale des auteurs des actes.

Somme toute, aucun motif d'irresponsabilité pénale ne semble s'appliquer aux médecins pratiquant des actes de conformation sexuée sur les enfants intersexués, hors cas de trouble véritable lié à l'intersexuation. Ceux-ci peuvent donc être tenus responsables pénalement des actes remplissant les éléments constitutifs d'infractions définies par le Code pénal. Il en va

ainsi des opérations mutilantes qu'ils pratiquent pour conformer le corps des personnes intersexuées.

Enfin, notons que dans les contextes hospitaliers, dans lesquels les décisions sont parfois collectives, la responsabilité peut être partagée entre plusieurs co-auteurs, ou imputée en même temps à un auteur principal et des complices, que ceux-ci soit des personnes physiques ou des personnes morales (établissement public de santé notamment).

Les actes de conformation sexuée pouvant être qualifiés de violences mutilantes et les médecins les pratiquant pouvant en être tenus pour responsables, il convient à présent de s'intéresser aux sanctions qui peuvent être prononcées à leur encontre.

III/ Quelle(s) sanction(s) à l'encontre des médecins imposant des actes de conformation sexuée aux personnes intersexuées ?

Deux types de sanctions sont attachés à ces infractions. D'une part les sanctions pénales classiques (A), d'autres part les peines complémentaires, résultant du fait que ces actes sont perpétrés par des médecins (B).

III A) Les sanctions pénales encourues par les médecins pratiquant des actes de conformation sexuée

S'agissant des sanctions pénales classiques, les violences volontaires mutilantes sont des délits punis de dix ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende²⁰.

Lorsque ces violences mutilantes sont commises avec préméditation, ou sur une personne vulnérable, ou sur une personne mineure de 15 ans, elles deviennent des crimes punis de 15 ans de réclusion criminelle²¹.

Lorsque les violences mutilantes ont été commises sur une personne mineure de 15 ans ou une personne vulnérable et qu'elles ont été habituelles, elles deviennent des crimes punis de 20 ans de réclusion criminelle.

III B) Les peines complémentaires encourues par les médecins pratiquant des actes de conformation sexuée

S'agissant des peines complémentaires, le juge pourrait prononcer à l'encontre de l'auteur des actes une interdiction d'exercer une fonction publique ou l'interdiction d'exercer le métier de médecin.

²⁰ Article 222-9 du Code pénal

²¹ Article 222-10 du Code pénal

En pratique, bien que de nombreuses institutions françaises aient solennellement remis en cause le bien-fondé de ces opérations²², et que plusieurs procès aient été initiés^{xxv}, aucun médecin n'a encore été condamné pour avoir pratiqué des opérations de conformation sexuée. Cette situation laisse flotter un sentiment d'impunité au sein du corps médical.

Références :

ⁱ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-205290%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-205290%22]})

ⁱⁱ Pour une typologie des actes pratiqués sur les enfants intersexués pour les conformer aux stéréotypes du masculin et du féminin, voir : M. Jones, « Intersex Genital Mutilation – a Western Version of FGM », in *Children's Right – New issues, New Themes, New Perspectives*, Brill, 2018, p. 124 s.

ⁱⁱⁱ Voir E. Burgaud, « La castration en droit pénal », *Revue historique de droit français et étranger*, 2013, n°91, p. 639 s. et P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Editions Cujas, 2013, p. 154 s.

^{iv} S. Paricard, « Le consentement aux actes médicaux non-thérapeutiques », in *Consentement et santé*, Dalloz, 2014 et R. Libchaber, « Circoncision, pluralisme et droit de l'Homme », *D.* 2012. Chron. 2044. Pour des exemples jurisprudentiels : Cass. Crim., 8 mars 1912, Bull. crim. n°138 ; Cass. Crim., 20 août 1983, Bull. crim. n° 229.

^v P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Editions Cujas, 2013, p. 226 s.

^{vi} A. Lantz, « L'excision en Cour d'assises », *L'Homme et la société*, 1990, n°95-96, p. 179 s. ; *Avis sur les mutilations sexuelles féminines*, 28 novembre 2013, disponible à <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028313269>

^{vii} P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Editions Cujas, 2013, n°484 s.

^{viii} A. Tamar-Mattis, « Medical treatment of people with intersex conditions as torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment », in *Torture in healthcare settings: reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 thematic report*, Washington College of Law, Center for Human rights and humanitarian law, février 2014, p. 91 s ; Ch. Derave, *Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter* : une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Travail de fin d'études sous la dir. d'I. Rorive, Centre Perelman de Philosophie du droit, août 2018 ; M. Yzermans, *La pratique de la conformation sexuée des mineurs intersexes au regard des obligations incombant à la France en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de Master 2 Droits de l'Homme, Université Paris Nanterre, 2019

^{ix} Résolution portant sur la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre (2010), Résolution portant sur le droit des enfants à l'intégrité physique (2013), Résolution portant sur les discriminations (2015), Résolution sur les droits humains et les discriminations à l'égard des personnes intersexes (2017)

^x Recommandations de l'Agence pour les droits fondamentaux de l'UE (2015)

^{xi} Rapport du rapporteur à l'ONU sur la torture (2013), Observations du Comité des droits de l'enfant (2015), Observations du Comité sur la torture (2016)

²² Voir supra note 2

^{xii} S. Paricard, « Le consentement aux actes médicaux non-thérapeutiques », in *Consentement et santé*, Dalloz, 2014. Voir aussi : B. Moron-Puech, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *Revue Droit & Santé*, 2013, Hors-série n°50

^{xiii} M. Jones, « Intersex Genital Mutilation... », art. préc.

^{xiv} Nous reprenons ici les éléments développés dans : P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Editions Cujas, 2013, p. 82 s.

^{xv} C. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Thèse, Rennes I, 2016, p. 251 s.

^{xvi} En réalité, le terme « thérapeutique » a été modifié en 1999 au profit du terme « médical », plus vague, suite à la pression des médecins, inquiet-es que leur responsabilité puisse être engagée lorsqu'ils pratiquent des actes médicaux non-thérapeutiques (chirurgie esthétique, stérilisation volontaire etc.), alors pourtant que la loi les protégeait déjà grâce à des lois spéciales. Voir, sur ce point : C. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Thèse, Rennes I, 2016, p. 263 s.

^{xvii} Cela exclut donc l'excision par exemple, mue par une nécessité sociétale. P. Mistretta, *Droit pénal médical*, Editions Cujas, 2013, p. 82 s.

^{xviii} Dans son article « Évolutions législatives et enjeux éthiques liés à la prise en charge des enfants ayant un trouble de la différenciation sexuelle (DSD) », *Médecine & Droit*, 2020, n°162, p. 47 s., la pédiatre-endocrinologue Murielle François affirme que plusieurs études confirment les effets positifs des opérations. Cependant, celle-ci cite deux études ne portant que sur l'amélioration conséquences *physiques* (bonne cicatrisation etc.) et non psychologiques, et deux études futures, dont les résultats ne sont pas encore établis ! Notons d'ailleurs un *biais de sélection* évident qui risque de fausser les études rétrospectives portant sur la qualité de vie des personnes intersexuées. Ces études se basent en effet sur des questionnaires détaillés, un retour sur le passé médical de la personne, des questions invasives sur la vie sexuelle, voire parfois des examens physiques. Il est dès lors très peu probables que les personnes intersexuées présentant un syndrome de stress post-traumatique du fait des opérations qu'elles ont subies y participent. Sans compter le rejet de principe des personnes concernées du fait de la simple orientation de l'étude, qui s'appelle dsd-LIFE pour « disorders of sexuel development » et entérine une vision pathologique de l'intersexuation.

^{xix} Voir en ce sens le DSM-5 et le CIM-11, ou encore le Protocole national de diagnostic et de soins (PNDS) mise en ligne par la Haute Autorité de santé le 10 janvier 2018. Les opérations de conformation sexuée pratiquées systématiquement par le corps médical, ainsi que le discours tenu par lui auprès des parents d'enfants intersexués, témoignent également d'une vision pathologique de l'intersexuation en son sein

^{xx} L. Dupin, « Brèves réflexions philosophiques sur la normalisation des corps des personnes intersexuées », *Médiations Philosophiques*, 2019, n°19, [hal-01979419]

^{xxi} C. Cousin, *Vers une redéfinition... op. cit.*, p. 251 s.

^{xxii} Voir par exemple : P. D. E. Mouriquand, « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how ? », *Journal of pediatric urology*, 2016, n°12, p. 139 s. (spé 141 et 142). Pareillement, dans le rapport d'information n°441 *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions* fait au Sénat en 2017, le Professeur Mouriquand admet faire des opérations pour « favoriser la construction identitaire de l'enfant » en lui permettant de « s'identifier au monde qui l'entoure » et cela en indiquant « pens[er] également aux parents » (p. 186) ; autrement dit, il y a là la reconnaissance d'une nécessité sociale ou parentale d'intervenir mais non d'une

nécessité médicale pour l'enfant. On notera aussi le récent article d'une pédiatre, qui justifie les opérations par un impératif social : « Faut-il prendre le risque de renverser tout un système de valeurs convenant à l'immense majorité de la population qui s'y épanouit ? Pour répondre à la souffrance d'une infime minorité ? En imposant leur modèle de société, c'est-à-dire en faisant vivre à la majorité ce qu'ils vivent ? La réponse à leur souffrance ne réside pas dans le changement des repères identitaires sexués de l'immense majorité de la population »... et par le stress des parents : « Compte tenu de l'inconscient collectif parental actuel, élever un enfant asexué et l'accompagner le temps qu'il décide de son sexe est-il imaginable ? » (M. François, art préc.)

^{xxiii} Voir par exemple la mise en forme de l'audition au Sénat faite par B. Moron-Puech (<https://sexandlaw.hypotheses.org/2019-12-16-mise-en-forme-notes-audition-au-senat>)

^{xxiv} C. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Thèse, Rennes I, 2016, p. 294 s.

^{xxv} En France (Cass. Crim. 6 mars 2018, n° n°17-81.777. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la personne concernée. Un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme a néanmoins été déposé depuis aux fins de contestation de cette décision : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-205290%22\]}\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-205290%22]}))...mais aussi à l'étranger (OLG Cologne, 3 septembre 2008, n°5 U 51/18 et LG Nuremberg-Fürth, 17 déc. 2015, n°4 O 7000/11)