HAL
open science

Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes . 2017. hal-01742033

HAL Id: hal-01742033

https://hal.science/hal-01742033v1

Submitted on 23 Mar 2018

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.

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
Rapport « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes »[1]

Dr. Benjamin Moron-Puech
Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas – Paris 2)
IDEMEC (Aix-Marseille Université | CNRS)

Introduction

Cher·e·s Parlementaires,

[Objet de la communication] Merci tout d'abord de m'avoir invité à vous présenter mes réflexions juridiques sur les questions relatives à l'identité de genre (ou identité sexuée)[2], des personnes nées en situation d'intersexuation, que j'appellerai ici, par commodité, personnes intersexuées[3]. Compte tenu du temps qui m'est imparti, je condenserai ces réflexions autour de quatre recommandations, destinées à faire en sorte que cessent, pour les personnes intersexuées, les violations les plus importantes de leur droit à la vie privée.

[Situation de l'expertise] Avant cela, il est toutefois nécessaire de vous indiquer à partir de quelle situation je parle. En tant que chercheur masculin, j'ai rencontré la question de l'intersexuation en 2009, dans mon mémoire de recherche de Master II de droit privé général et, depuis lors, je n'ai cessé de travailler sur cette thématique, ce qui m'a conduit récemment à intégrer un groupe de recherche chargé notamment de rédiger un rapport sur l'état civil des personnes intersexuées[4]. N'étant pas intersexué, j'ai pris le parti d'adopter une méthode participative, associant autant que possible les personnes intersexuées à mes recherches, conscient de l'expertise qu'elles ont acquises sur elles-mêmes. J'ai même été conduit à fonder avec certaines d'entre elles, une association, le Groupement d'information et de soutien sur

[1] Que soient ici remerciés toutes les personnes, y compris intersexes, qui ont bien voulu relire cette communication et m'adresser leurs remarques. Les présents propos n'engagent toutefois que leur auteur et ne sauraient en aucun cas être analysés comme un message porté au nom la communauté intersexe, que l'auteur n'a nulle légitimité politique à représenter.

[2] Les expressions d'identité de genre et d'identité sexuée ne sont pas cependant tout à fait équivalentes, l'expression identité sexuée intégrant une référence au sexe biologique, référence que n'inclut pas l'identité de genre. En revanche, les deux expressions ont en commun d'intégrer une dimension psychologique et sociale car cette identité peut être définie comme le sentiment profond (aspect psychologique) d'appartenance à un groupe d'individu défini du même genre (aspect social). Si l'expression identité de genre peut être sans mal utilisée en droit international qui est celui du cadre de cette communication, son utilisation est plus délicate dans certains ordres juridiques nationaux qui refusent le terme de genre et s'en tiennent à la seule notion de sexe, comprise comme englobant des composantes biologiques, psychologiques et sociales.

[3] Personnes intersexuée et non intersexe, la différence entre ces deux termes — distinction utilisée par plusieurs intersexes, dont Vincent Guillot — tenant au fait que personne intersexuée correspond à une condition biologique s'écartant des idéaux-types masculins et féminins, alors que intersexe désigne davantage une catégorie politique.

[4] Groupe « État civil de demain et transidentité », dirigé par Laurence Hérault, Professeur à l'Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (CNRS | Aix-Marseille Université).

les questions sexuées et sexuelles (GISS), association qui vise notamment à soutenir la recherche sur l'intersexuation.

Pour autant, les recommandations que je vais énoncer devant vous — et j'insiste sur ce point — ne constituent pas des revendications politiques portées par les personnes intersexuées et cela pour deux raisons :

- La première c'est que j'estime que ces revendications doivent être portées par les personnes intersexuées elles-mêmes — ce qu'elles ont au demeurant déjà fait[5].
- La seconde c'est que mon discours vise non pas à déterminer ce qu'il serait souhaitable de faire pour les personnes intersexuées, mais à déterminer ce que les États membres du Conseil de l'Europe sont tenus de faire pour respecter, vis-à-vis des personnes intersexuées, leurs obligations internationales, en particulier celle de respecter le droit à la vie privée posé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales (CSDHLF).

Avant d'entrer dans le détail de ces recommandations, un bref rappel sur le contenu du droit au respect de la vie privée et sur les principales violations de ce droit rencontrées par les personnes intersexuées.

[Contenu du droit au respect de la vie privée] Le droit au respect de la vie privée vient protéger de nombreuses composantes de notre intimité. Parmi ces composantes figure l'identité de genre de la personne, comme l'a reconnu depuis longtemps la Cour européenne des droits de l'homme, même si celle-ci parle plutôt d'identité sexuelle[6].

Mais qu'est-ce que cela veut dire « respecter le droit à l'identité de genre » d'une personne ? En reprenant une distinction générale élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme entre les obligations positives et négatives, je dirai que le droit au respect de l'identité de genre peut être compris comme ayant deux faces :

- Une face passive, empêchant à l'État, mais aussi indirectement aux personnes privées, de s'immiscer dans l'identité de genre d'une personne en la contraignant à révéler cette identité.
- Une face active, obligeant tout un chacun, lorsqu'il recourt à l'identité de genre d'une personne, à ne pas la travestir.

[Violation des droits des personnes intersexuées] Or, lorsqu'on regarde la manière dont les personnes intersexuées sont traitées dans les États membre du Conseil de l'Europe, leur droit au respect de l'identité sexué est très largement méconnu, comme cela a déjà été fort bien documenté par le Commissaire européen aux droits de l'homme[7] :

- Concernant la face passive, les États membres obligent trop souvent les individus à révéler leur identité de genre (acte de naissance, passeport, carte d'identité, etc.). En outre ces États ne trouvent rien à redire à ce que des personnes privées en fassent de même lorsqu'elles réclament aux personnes de renseigner leur identité de genre pour leur permettre d'accéder à un service.

---

[5] Cf. not. les conclusions du 3e Forum International Intersexe de l'ILGA : *Manifeste du 3e Forum International Intersexe du 1er décembre 2013* < https://oiifrancophonie.org/318/conclusion-du-3eme-forum-international-intersexe-de-lilga-manifeste-du-troisieme-forum-international-intersexe-du-1er-decembre-2013/>.

[6] CEDH, 10 avr. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81. La Cour parle néanmoins dans sa jurisprudence d'« identité sexuelle ». L'expression est malheureuse car elle entretient une confusion entre l'identité sexuée et la sexualité. Rappr., plus récemment, CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 60 et notre commentaire : « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y.Y. c/ Turquie* du 10 mars 2015 », La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés, mars, <http://revdh.revues.org/1076>.

[7] Commissaire européen aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, rapport, 2015.

- Quant à la face active, les individus intersexués qui souhaiteraient échapper à la binarité des identités sexués n'en ont pas véritablement la possibilité. Trop d'État ignorent les personnes intersexuées. Même dans ceux ayant légiféré à leur sujet (Malte et l'Allemagne), la seule possibilité qui est semble-t-il offerte aux personnes intersexuées est de ne faire figurer aucune mention de leur identité de genre sur leur acte de naissance et sur les titres d'identité[8].

Pour mettre un terme à cette violation massive du droit au respect de l'identité de genre des personnes intersexuées — violation assimilable à de la discrimination puisqu'elle touche avant tout ces personnes — je vous propose les quatre recommandations suivantes.

Recommandation n° 1

Texte de la recommandation

> *Toute personne a le droit de conserver le secret sur son identité de genre, toutes les fois que la révélation de cette information n'est pas rendue nécessaire par un but légitime.*

Commentaire

Cette recommandation n'est rien d'autre que l'application « mécanique » de l'article 8 de la CSDHLF à l'identité de genre. L'article 8 subordonne en effet les atteinte à la vie privée à l'exigence d'un but légitime et à leur caractère nécessaire dans une société démocratique.

[8] Même la mention positive « X » qui peut être inscrite sur les passeports en application des normes de l'Organisation internationale de l'aviation civile (Document 9303) est moins une troisième case que, historiquement, une absence de mention. Elle pourrait néanmoins devenir une mention positive si les États, dans les règles dépendant pour leur application de l'identité sexuée, reconnaissaient cette mention comme recouvrant une identité sexuée distincte du masculin et du féminin, au lieu — comme cela semble être le cas en Allemagne — de priver la personne intersexuée de la possibilité de bénéficier de règles de droit sexuées.

Recommandation n° 2

Texte de la recommandation

> *Le droit de toute personne à conserver le secret sur son identité de genre implique que la mention du genre / du sexe[9] sur les documents d'identité soit facultative pour toustes.*

Commentaire

Deux précisions sur cette recommandation :

- Cette recommandation doit valoir pour *tous* les individus, sinon réapparaîtra un risque de stigmatisation.
- L'article 8 précité, comme je l'ai montré dans mes écrits[10], commande seulement aux États membres du Conseil de l'Europe de rendre la mention du genre facultative sur les documents d'identité. Les États membres peuvent bien sûr faire plus — et cela leur est d'ailleurs demandé par les personnes intersexuées elles-mêmes[11] — mais mes travaux montrent que l'article 8 ne les y contraint pas.

Une remarque, enfin, sur les modalités pratiques de cette recommandation. Techniquement, selon les documents d'identité, cette recommandation sera plus ou moins aisée à mettre en œuvre. Pour les titres d'identité nationaux (y compris les copies et extraits de registres d'état civil) et les différents formulaires d'accès à des services privés (ou publics), de simples décrets suffiront la plupart du temps, puisque la mention du genre y est prévue par décret. En revanche, pour le registre des actes de naissance, la mention du genre étant souvent prévue par la loi, il faudra recourir à la loi — même si les juges nationaux peuvent souvent écarter au cas par cas les lois violant le droit au respect de la vie privée. Pour les passeports, en revanche il faudra modifier l'annexe 9303 à la Convention internationale de l'état civil, ceci devrait être décidé à la majorité des deux tiers des membres du conseil de cette organisation. Néanmoins la plupart des États présence dans ce Conseil ont des normes constitutionnelles ou internationales posant le droit au respect de la vie privée, de sorte que, correctement informés, ces États devraient accepter la modification de cette annexe.

Recommandation n° 3

Texte de la recommandation

> *Toute personne doit pouvoir être reconnue dans son identité de genre pour l'application des normes dépendant de cette identité.*
> *Cette identité de genre ne se limite pas aux identités masculines et féminines.*
> *Une grande liberté doit être laissée aux individus dans l'intitulé de cette identité de genre non binaire.*

---

[9] Le raisonnement développé pour l'identité de genre vaut *a fortiori* pour le sexe, puisque le sexe biologique des individus est en grande partie cachée à la vue en raison du port de vêtement. L'exigence de respect de la vie privée est donc encore plus grande pour le sexe que pour le genre.

[10] B. Moron-Puech, « Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 1re partie », *Revue Socio* (à paraître), n° 25 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01325272/document>.

[11] Cf. la Déclaration de Malte citée *supra* note 5.

Commentaire

Quatre précisions :

- Le rattachement à une identité de genre non binaire ne doit pas être obligatoire pour les personnes intersexuées, car certaines d'entre elles s'identifient aux catégories d'homme et de femme. Voilà pourquoi ce rattachement doit être réalisé seulement à la demande des personnes — au demeurant pas seulement intersexuées[12].
- Le rattachement à cette identité ne devrait pas être permanent, sans quoi l'autodétermination des personnes intersexuées s'en trouverait méconnue : leur identité de genre étant susceptible d'évoluer, compte tenu des évolutions de leurs corps ou du milieu social dans lequel ils vivent (un milieu plus tolérant pouvant les conduire à adopter des identités ni masculine ni féminine).
- Le rattachement à cette identité sexué ne devrait pas être général. Il est en effet envisageable que pour certaines activités, une personne intersexuée adopte une identité de genre masculine et dans d'autres activités une identité de genre féminine ou non binaire. Qu'on songe à l'hypothèse d'une personne intersexuée qui aurait fait inscrire sur son passeport la case X, mais qui, sportive de haut niveau courrait dans la catégorie des hommes et qui, accouchant d'un enfant, demanderait à être traitée comme une femme, pour être sure de voir établie son lien de filiation à l'égard de l'enfant.
- Afin de respecter au mieux l'autodétermination de chaque personne intersexuée, il ne faut pas imposer un libellé d'identité sexuée. Par exemple si, la mention « neutre » peut convenir à certains intersexes, d'autres peuvent préférer des mentions telles que « autre » ou « intersexe ». L'autodétermination impose de laisser une certaine liberté dans l'intitulé de cette identité sexuée non binaire[13]. En revanche, cette autodétermination n'impose pas de créer autant de catégories que d'intitulés. La prise en compte de l'intérêt de l'État impose seulement la création d'une troisième catégorie de genre pour les personnes rejetant les genres masculins et féminins[14].

Recommandation n° 4

Texte de la recommandation

> *Toutes les règles de droit dépendant de l'identité de genre doivent être formulées d'une façon telle à ne pas exclure de leur champ d'application les personnes ayant une identité de genre non binaire.*

[12] En effet, les personnes intersexuées ne sont pas les seules à avoir une identité non binaire. Or, il n'y a juridiquement pas de raison pour que le droit à l'autodétermination de ces personnes non intersexuées ne soient pas non plus respectées. L'argumentaire que j'ai développé dans mes écrits à propos des personnes intersexuées (not. B. Moron-Puech, « La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire », *Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité »*, juin 2016, n°s 6-21, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2/document>), doit également valoir pour les autres.

[13] Rappr. du contrôle effectué par les officiers d'état civil sur les prénoms choisis par l'enfant où, dans nombre de pays, les parents demeurent libre du choix du prénom tant que cela ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant (hypothèse notamment de prénoms qui seraient jugés ridicules).

[14] Rappr. le rapport de l'Institut allemand d'expertises sur les droits humain : Geschlechtervielfalt im Rech, 2017, <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/7830f689ccdfead8bbc30439a0ba32b9/geschlechtervielfalt-im-recht---band-8-data.pdf>.

Commentaire

Cette règle n'est que la conséquence de l'obligation imposée aux États membres du Conseil de l'Europe, par l'article 8 précité, de reconnaître une identité de genre non binaire.

Indiquons — et je pourrai revenir sur ce point dans les questions — que l'adaptation des règles sexuées de manière binaire à la reconnaissance d'une troisième catégorie peut être réalisée de trois façon :

- En ajoutant une troisième catégorie (exemples des règles sur l'état civil et de celles séparant les individus dans des lieux d'hygiène [douche, toilette] ou de détention),
- En recourant à d'autres critères que l'identité de genre (exemple de la séparations des individus dans le sport) ;
- En supprimant le caractère sexué de la règle (exemple des règles sur la filiation et la procréation médicalement assistées qui gagneraient à être « dé-sexuées »).

Si ces quatre recommandations étaient mises en œuvre, alors le droit au respect de l'identité sexué des personnes intersexuées seraient respectées. Cesserait ainsi cette discrimination institutionnelle dont ces personne font aujourd'hui l'objet.