HAL
open science

Les personnes intersexuées appréhendées par le droit

Benjamin Moron-Puech, Marie-France Lorho

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech, Marie-France Lorho. Les personnes intersexuées appréhendées par le droit. Revue de droit d'Assas, 2017. hal-01792093

HAL Id: hal-01792093

https://hal.science/hal-01792093v1

Submitted on 30 May 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.

Université Panthéon-Assas
– Paris II –

Revue de droit d'Assas

N° 15 Déc. 2017

Le portrait — **Yves Lequette, un professeur**

Le débat — **Les personnes intersexuées appréhendées par le droit**
Avec Marie-France Lorho et Benjamin Moron-Puech

Le dossier — **Qui fait la loi ?**
Par François Ancel, Stéphane Gerry-Vernières, Mustapha Mekki, Laure Milano, Nicolas Molfessis, Hervé Moysan, Bernard Teyssié, Philippe Théry et Diana Villegas

Perspectives — **Contentieux administratif**
Par Camille Broyelle, Patrick Frydman, Mattias Guyomar et Bertrand Seiller

29/01/18 16:40

Petit deux du Grand A : droit au débat

Le droit, c'est l'art de la controverse ! La *RDA* se mue, le temps d'une discussion, en une arène cordiale où deux voix s'affrontent, sur un thème polémique.

Les personnes intersexuées appréhendées par le droit

Marie-France Lorho
Député du Vaucluse

Benjamin Moron-Puech
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Propos recueillis par **Maxime Cormier**
ATER à l'Université Panthéon-Assas

Le statut des personnes intersexuées, c'est-à-dire des personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes du masculin et du féminin, suscite de plus en plus l'attention des juristes en France comme à l'étranger. Faut-il que cette altérité soit traduite en droit français ou ce dernier doit-il lui refuser tout écho ? Une récente proposition de loi vise à inscrire dans le Code civil que « La France interdit la publication d'autres références administratives que l'homme et la femme », l'occasion de s'interroger sur la manière dont les personnes intersexuées sont appréhendées par le droit.

Question 1. – Monsieur Moron-Puech, pourriez-vous expliquer en quels termes se pose, en droit, la problématique des « personnes intersexuées » ? Pourquoi la question de leur reconnaissance juridique se pose-t-elle selon vous ?

Benjamin Moron-Puech. – Les personnes intersexuées, c'est-à-dire ces personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux standards majoritaires du féminin et du masculin, sont un défi pour nos sociétés binaires. Nombre de personnes – et la Cour de cassation en fait partie[1] – considèrent que nos sociétés sont fondées sur la binarité des sexes et des genres (sexe renvoyant à des éléments biologiques et genre à des éléments psycho-sociaux). Or, les personnes intersexuées mettent en péril cette construction binaire. Leur corps révèle la fragilité de la distinction des corps masculins et des corps féminins, tout comme le comporte-

1. Civ. 1re, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ».

ment et le ressenti de certaines personnes intersexuées – pas toutes – révèlent la fragilité de la *summa divisio* des genres masculin et féminin. À côté ou entre les sexes et genres masculin ou féminin, il y a place pour d'autres catégories. Dès lors, et de manière évidente – c'est moins le cas pour les personnes transgenres ayant un genre (psycho-social) différent du sexe assigné à la naissance – les personnes intersexuées révèlent au grand jour les faiblesses des modèles binaires du sexe et du genre.

Le drame, aujourd'hui, pour les personnes intersexuées, c'est que ce modèle binaire tient bon et même, qu'il donne l'impression en France de se renforcer – chant du cygne (?). Alors même que ce modèle binaire entraîne une violation massive, quotidienne et quasi systématique des droits fondamentaux des personnes intersexuées (droit à la vie, droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants et, dans une moindre mesure, droit à la vie privée), les autorités françaises, à quelques rares exceptions près[2], continuent à le cautionner.

Ainsi, les intersexués subissent des actes médicaux illicites conduisant soit à des interruptions de grossesse, liées au sexe de l'enfant, en dehors du cadre légal privant certains fœtus du droit à la vie, soit à des actes chirurgicaux ou des prescriptions hormonales ou médicamenteuses destinés à conformer le corps des êtres intersexués aux modèles masculin et féminin. Pourtant, en l'absence de nécessité thérapeutique et bien souvent de consentement éclairé, tous ces actes ne constituent rien d'autre que des violences sur des personnes mineures (ou les personnes portant les fœtus), violences bien souvent qualifiables de mutilations au sens de l'article 222-9 du Code pénal. Malgré cela – et alors que les critiques adressées à ces actes sont connues du grand public et des autorités publiques[3] – ces actes continuent à être réalisés par les professionnels de santé, principalement dans des établissements publics de santé, financés par la sécurité sociale[4], encouragés par plusieurs textes réglementaires[5] et sans que le ministère public n'ait rendu public à ce jour une quelconque enquête contre les auteurs de ces actes.

Quant au droit des personnes intersexuées au respect de leur vie privée, celui-ci est également, mais dans une moindre mesure, méconnu. Cette méconnaissance résulte d'une part du récent refus des autorités françaises de permettre aux personnes intersexuées d'être inscrites à l'état civil, et à leur demande, dans un sexe autre que le masculin et le féminin[6], violation qui pourrait aussi être apparentée à une méconnaissance de leur liberté d'expression puisqu'elles sont privées de la possibilité d'exprimer quel est leur sexe[7]. D'autre part, cette violation résulte de l'obligation qui est très souvent faite à tout un chacun de rendre publique une information concernant son sexe. Or, s'agissant des personnes intersexuées, une telle diffusion est problématique car l'information figurant sur leur état civil est souvent perçue par eux comme relevant de leur intimité. Afin d'éviter tout risque de discordance entre le sexe perçu par leur interlocuteur et le sexe inscrit, les personnes intersexuées préfèrent conserver secrète cette information, ce qu'ils ne peuvent malheureusement faire que trop rarement et cela alors même que cette information n'est d'aucune utilité pour leur interlocuteur.

2. L'on songe ici à la Délégation aux droits des femmes du Sénat qui a produit en 2017 un rapport sur la question, rapport précédé d'un avis du Défenseur des droits. Doivent également être mentionnées les prises de position relativement favorables à une sortie de la binarité des sexes et émises, d'une part, par la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, dans son plan de mobilisation de décembre 2016, et surtout, d'autre part, par le précédent président de la République, François Hollande, lors d'une cérémonie en l'honneur des acteurs de la lutte contre la haine LGBT en mars 2017.
3. Depuis 2009, plusieurs articles dans la grande presse ont sensibilisé les citoyens et les pouvoirs publics à ces critiques. De même, depuis 2014, des ministres ont été directement interpellés sur cet aspect soit par des personnes intersexuées elles-mêmes, soit par des parlementaires ou des organismes internationaux.
4. Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie, *JORF* n° 74 du 30 mars 2005, chapitre 8.7.1.
5. Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C ; Arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, NOR : AFSH1730222A, *BO Santé*, 15 mai 2017, p. 24.
6. Civ. 1re, 4 mai 2017, préc.
7. Rappr. Cour suprême indienne, 15 avr. 2014, *National Legal Services Authority v Union of India and others* ["NALSA"], où le droit à l'identité de genre est fondé notamment sur la liberté d'expression § 62-66.

Question 2. – Madame le député Lorho, pourquoi avoir déposé une proposition de loi dont l'article unique prévoit d'insérer dans le Code civil un texte disposant que « La France interdit la publication d'autres références administratives que l'homme et la femme » ?

Marie-France Lorho. – Je tiens d'abord à dire que je comprends parfaitement le caractère scandaleux de ce que l'État et une partie de la société imposent aux personnes intersexuées. Si les convictions que je défends sont fermes, elles sont aussi limpides quant à leur origine. Dans mon esprit, l'Homme et la société préexistent largement au Code civil. Je suis de ceux qui considèrent qu'un ordre naturel est supérieur aux codes. Cela nous conduit parfois à des affrontements intellectuels importants. Mais c'est aussi une exigence éthique : si l'on force la nature pour que les personnes entrent dans une « normalité » juridique ou sociale, alors on commet une faute d'une extrême gravité ; une faute qui interroge justement sur ce qui constitue l'origine de nos sociétés et quelles sont leurs finalités.

Pour ce qui est de ma proposition de loi, je crois que notre société fait face à un danger majeur : l'indifférenciation sexuelle. Or nos familles, nos sociétés et donc nos Nations sont naturellement fondées sur l'altérité sexuelle. En ce qui concerne la fécondité, la biologie se moque des sciences humaines.

Il ne s'agit évidemment pas de nier que les relations familiales, sociales et culturelles informent et participent de la compréhension que l'on a de soi, et donc notamment de son genre. Il n'en reste pas moins que le genre oblige beaucoup moins que le sexe. Il s'agit en revanche de rappeler que dans l'immense majorité des cas la nature nous assigne un sexe. Il y aurait d'ailleurs beaucoup à dire sur l'*hubris* contemporaine qui, en violant les équilibres naturels et en abîmant le monde qu'il nous est donné d'habiter, a des incidences lourdes sur le fœtus, la grossesse et la maternité. À ce titre, je dis dans l'exposé des motifs de ma proposition de loi : « Depuis la loi du 18 novembre 2016 – dite "justice du XXIe siècle" – les mentions approximatives à l'état civil de la qualification sexuelle sont devenues particulièrement nombreuses. Désormais, "toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification". Cette loi dispose également que la preuve médicale n'est plus une condition *sine qua non* pour bénéficier d'une rectification de la mention du sexe à l'état civil. L'identité sexuelle n'est *a priori* pas déterminée par la connaissance ou l'aspect que reflète une personne au sein de la cité : elle constitue un caractère immuable de la nature, dont la reconnaissance est prononcée à la naissance, par le père et la mère de l'enfant. À ce titre, le Code civil dispose que "la naissance de l'enfant sera déclarée par le père" (article 56) et qu'il énoncera "le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant" (article 57) ».

Je crois profondément que notre Code civil cherche à transcrire la réalité d'équilibres qui rendent la société possible : la naissance, le mariage, la paternité et la maternité, l'autorité parentale. Nos sexes ne sont pas fluides, nos genres ne le sont d'ailleurs pas non plus. J'en veux pour preuve l'exemple des personnes intersexuées : du fait d'une particularité physique, elles demandent le droit à un temps pour que la nature ou des efforts immenses dévoilent ce que, pour une fois, on peut appeler une identité sexuelle. C'est donc une élaboration, parfois une souffrance, mais toujours un chemin. Ce n'est pas une fluidité.

J'ai le sentiment que certains – mais certainement pas tous – utilisent l'indéniable lacune du droit en ce qui concerne les personnes intersexuées pour imposer une élaboration du droit en se fondant sur le genre et non plus sur le sexe. Cela me donne le sentiment d'une prise en otage ; le droit est aussi l'occasion de dispenses, d'exceptions, mais cela suppose qu'il ne soit pas envahi par les idéologies.

Question 3. – Comment analysez-vous l'absence de consécration du sexe neutre en droit positif français ? N'est-elle pas paradoxale au regard de certaines initiatives étrangères ?

Benjamin Moron-Puech. – Si on prend l'adjectif « paradoxal » en son sens étymologique, c'est-à-dire à côté de la *doxa*, autrement dit décalé alors oui, cette proposition est paradoxale, ou du moins elle l'est en partie. La tendance actuelle, récemment illustrée par l'arrêt rendu le 10 octobre 2017 par la Cour constitutionnelle allemande, – tendance qui semble bien être un consensus au sens que la Cour européenne donne à ce terme[8] – c'est que, puisque toute personne a droit au respect de sa vie privée, quelle que soit son identité de genre ou ses caractéristiques sexuées, alors les personnes intersexuées doivent pouvoir être reconnues dans la réalité de leur sexe, voire de leur genre, ni masculin ni féminin. Dès lors, la proposition d'interdire d'une manière générale l'inscription d'un sexe neutre (et même d'un genre neutre) est en décalage avec la compréhension à l'étranger et en droit international du droit au respect de la vie privée.

Ce décalage entre la proposition présentée par Madame le député Lorho et la tendance se dégageant des normes étrangères ou internationales n'est cependant pas total. En effet, s'agissant des nouveau-nés et jeunes enfants intersexués, une tendance se dessine, qui considère qu'il n'est pas acceptable, au regard des risques de discrimination que cela induit, d'inscrire un nouveau-né intersexué dans un sexe neutre.

Mais alors que faut-il inscrire ? La solution qui tend à se dégager est de dire que, jusqu'à ce que l'enfant soit en âge de comprendre ce qu'implique cette inscription en dehors de la binarité, rien ne doit être inscrit[9] ou, à défaut, aucun autre sexe que le masculin et le féminin, ce qui rejoint alors la proposition de Madame le député Lorho, mais pour des raisons différentes : le souci de respecter le droit à la vie privée et non un ordre naturel. Ces différences de justification expliquent que la tendance étrangère et européenne, même lorsqu'elle peut conduire à ne pas inscrire la mention d'un sexe non binaire, invite à relativiser l'altérité sexuelle. En effet, de plus en plus, l'on peut lire des projets ou des recommandations soulignant que, pour protéger le droit au respect de la vie privée des personnes intersexuées et éviter que ces enfants ne soient trop exposés dans leur quotidien à un risque de discrimination en raison de leurs caractéristiques sexuées, il convient de ne demander aux personnes leur sexe que lorsque cela est strictement nécessaire[10].

Ainsi, sans tomber dans l'indifférenciation des sexes que certains redoutent à juste titre – qui d'ailleurs mieux que les intersexes connaît l'importance de la diversité humaine ? –, se dessine une tendance à ne pas faire du sexe une information publique, de manière à protéger ceux ayant des caractéristiques sexuées minoritaires. Telle est l'orientation générale qui se dégage des législations maltaises, allemandes, des projets ou propositions de loi belge, luxembourgeois et portugais en cours de discussion, ou encore des différents rapports et avis d'organes de l'Union Européenne, du Conseil de l'Europe, de l'Organisation des Nations-Unies, de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme ou de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples.

Marie-France Lorho. – L'avantage de l'ordre naturel c'est qu'il ne fait pas qu'ériger de grands principes. Il accepte aussi, et d'une certaine manière, surtout, la vulnérabilité. Le droit positif est, comme celui qui l'écrit, vulnérable. Le droit positif intéresse des familles et donc des sociétés

8. En effet, le consensus ne s'apprécie pas en recourant à une méthode quantitative, en faisant la moyenne des législations étrangères et des normes internationales et européennes, auquel cas, il n'existerait effectivement pas de consensus européen pour la reconnaissance d'un troisième sexe/genre. Non, le consensus s'apprécie au moyen d'une méthode comparative qualitative qui fait le tri entre les différentes normes en présence. Ce tri se fait en fonction de deux critères : la date de création des normes qui va conduire à privilégier les normes les plus récentes permettant d'anticiper sur de futurs consensus (méthode comparative dynamique) et la potentialité des normes en cause à assurer au mieux les finalités recherchées par la Convention (méthode comparative téléologique). Rappr., pour la CJUE, K. Lenaerts, « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », *in* B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au* XXIe *siècle*, Société de Législation Comparée, 2016, p. 43 s.
9. Cette possibilité de n'inscrire aucun sexe doit également être ouverture aux personnes de sexe masculin ou féminin, sans quoi il sera aisé de déduire de la lecture d'un extrait d'acte de naissance sans mention du sexe que celui-ci concerne une personne intersexuée.
10. *Cf.* en dernier lieu, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2191 (2017), 12 oct. 2017, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes* sur laquelle B. Moron-Puech, *JCP G*, 2017, somm., 1166.

qui le sont aussi. Je voudrais prendre la question dans l'autre sens : s'il y a une volonté de supprimer la vie à naître au motif qu'elle n'aurait pas de sexe déterminé immédiatement, s'il y a une volonté de mutilation ou d'agression du corps du jeune enfant parce qu'il n'aurait pas de sexe immédiatement assigné, c'est bien parce que l'on veut « conformer » des enfants. Or le droit ne devrait jamais être là pour conformer la nature, il devrait au contraire s'ériger comme une possibilité d'accueil de sa vulnérabilité. C'est cela qui me semble paradoxal dans le terme « neutralité » qui semble être inexact pour désigner la réalité physique ou hormonale des personnes intersexuées. Il y a une vulnérabilité de ces personnes face à une norme sociale, une norme qui ne changera pas car elle est le double produit d'une majorité et d'une histoire, et une vulnérabilité de cette norme-là.

Quelle est alors la solution ? Soit on efface le fait extrêmement majoritaire de la binarité sexuelle, soit on le rend capable d'accueillir une différence qui informe et d'une certaine manière qui est inscrite dans l'ordre des choses. Mais cela veut dire que nous sommes prêts à dire qu'une vulnérabilité n'est ni une honte, ni un motif de discrimination, ni un non-dit. Je suis par exemple parfaitement d'accord pour dire « qu'il convient de ne demander aux personnes leur sexe que lorsque cela est strictement nécessaire ». Je suis tout à fait prête à travailler sur la question de l'accès au droit des personnes intersexuées, et à ce titre à toutes les manières qui permettraient de préserver le respect de leur droit à la vie privée.

Question 4. – Au-delà de l'appréhension du sexe neutre en matière d'état civil, la problématique des personnes intersexuées soulève-t-elle selon vous d'autres questions ?

Benjamin Moron-Puech. – À mes yeux, la problématique la plus importante pour les personnes intersexuées est celle, évoquée plus haut, du respect de l'intégrité des êtres humains intersexués – je dis êtres pour inclure également les fœtus. S'ajoute également à cela la question de savoir quelles mesures l'on prend pour permettre l'inclusion des personnes intersexuées dans notre société. Les reconnaître, les protéger contre le risque de mutilation, c'est une nécessité, mais ce n'est pas suffisant. Il faut également inclure ces personnes dans la société, inclusion qui passe en particulier par l'adaptation des règles reposant sur une construction binaire du sexe ou du genre (les règles sur la PMA, la filiation, la parité, la séparation des individus dans le sport, dans les lieux publics, etc.).

De ce point de vue, la problématique des personnes intersexuées n'est guère éloignée de celle des autres minorités corporelles ou psycho-corporelles que sont les sourds, les aveugles, les personnes en fauteuil, les autistes, etc. Que faisons-nous pour permettre à toutes ces personnes de réintégrer une cité dont elles ont été trop longtemps exclues du fait de modèles construits à partir d'une simple régularité statistique : modèle de l'entendant, du voyant, du marchant, de la personne non autiste, de la personne dyadique (c'est-à-dire homme ou femme) ? Si l'on souhaite véritablement respecter les axiomes de notre société et être fidèle aux valeurs qui les sous-tendent, alors il nous faut changer nos pratiques, nos espaces et surtout nos normes. Sans cela, nous continuerons à méconnaître la dignité de tous ces êtres humains dont le corps n'est pas celui d'une normalité seulement statistique. La dualité des sexes ou des genres est un piège, construit à partir d'une image inexacte de la diversité humaine. Il est temps, non, il est urgent, d'en sortir.

Marie-France Lorho. – Bien sûr, cette question soulève les drames de l'intrusion de l'État dans la vie des familles et des personnes et du refus de la complexité. Dans une société de plus en plus fermée à la fragilité et à la vulnérabilité apparaissent des communautés minoritaires qui veulent prendre le droit et l'expression en otages. En France, les enfants à naître trisomiques sont volontairement supprimés. C'est une réalité écrasante. Cela souligne à mes yeux le retour à la barbarie, au sens propre, tapis dans la « moraline » du progrès individuel et communautaire. Imaginer que l'on puisse pousser à l'avortement des femmes qui douteraient de l'assignation complète du sexe de leur enfant est simplement scandaleux.

Ce qu'il faut constater, c'est l'innocence, encore une fois au sens propre, des personnes intersexuées au sujet de la norme sociale et juridique. Le droit imite la nature, et les exceptions font parties de la nature. Mon pari est simple : moins l'on idéologisera les réformes qui touchent à la société, plus celle-ci reprendra en compte les « situations limites » du droit. Une simple présentation du sort fait aux personnes intersexuées aujourd'hui révolte la conscience : c'est bien sûr le fondement du réflexe sain de cette prise de conscience que nous devons bâtir et pas en amalgamant le droit des personnes intersexuées à des volontés qui leur sont étrangères.