

Actualités Droits-Libertés du 11 juillet 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME (CNCDH) : Avis sur l’identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l’état civil

par Marie-Xavière Catto

La Commission nationale consultative des droits de l’homme (CNCDH) a rendu public le 27 juin 2013 son avis relatif à l’intégration en droit interne de la notion d’identité de genre et à la simplification de la procédure de changement de sexe à l’état civil. Il comporte des propositions d’améliorations notables pour les personnes concernées, notamment en dissociant la question du changement de sexe à l’état civil de la question médicale.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

C’est peut-être l’un des principaux apports incidents de la loi du 17 mai 2013 [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe](#) (v. [ADL du 28 janvier 2011](#)) : l’égale reconnaissance des unions hétérosexuelles et homosexuelles va permettre de déplacer les préoccupations en rendant visible la situation des personnes transidentitaires. Laisée à la jurisprudence depuis presque soixante ans (la première décision publiée datant de 1965), la question a récemment fait l’objet de plusieurs initiatives. Trois rapports l’ont récemment examinée tant dans son volet médical (le rapport de la Haute autorité de santé en novembre 2009, *Situation actuelle et perspectives d’évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* et de l’Inspection générale des affaires sociales en décembre 2011, [Évaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme](#)) que civil (Sénat, [Note sur la modification de la mention du sexe à l’état civil](#), mai 2012).

Tous ont alors constaté l’inégalité de traitement entre les administrés vis-à-vis de l’assurance maladie (Rapport HAS, [précité](#), pp. 75-76 ; Rapport IGAS, [précité](#), p. 43) **et dénoncé l’insécurité juridique induite par la grande variété d’interprétation, au gré des juridictions, des critères posés par la Cour de cassation en matière civile** (Rapport HAS, [précité](#), p. 45 ; Rapport IGAS, [précité](#), pp. 8, 12 et 48 ; Note du Sénat, [précité](#), p. 6 qui constate le « caractère fluctuant » de la jurisprudence). **Dans son avis du 27 juin 2013, la CNCDH ne fait pas un autre constat (§§ 15, 17, 22) et invite le législateur à intervenir tant pour unifier et clarifier les exigences que pour simplifier les procédures.** La Commission invite ainsi le législateur à intervenir sur deux aspects : d’abord, en intégrant la notion d’identité de genre en droit interne, intégration qui n’est pourtant pas sans poser de difficultés (1°), ensuite en dissociant les logiques juridiques et médicales et en déjudiciarisant partiellement la procédure, afin de faciliter la modification de la mention du sexe à l’état civil (2°).

1°/- L’intégration de la notion d’identité de genre en droit interne

La CNCDH préconise l’intégration en droit interne de la notion d’identité de genre (§5-14) et le justifie par deux principaux arguments, d’une part parce qu’elle s’imposerait juridiquement (§9), d’autre part pour garantir une protection plus adéquate des personnes transidentitaires (§12 et note 7 p. 4). La Commission fait donc de cette introduction le moyen par lequel **la norme juridique permettrait de saisir l’ensemble des discriminations liées au genre en distinguant l’identité de genre du sexe**

et de l'orientation sexuelle. Privilégier la notion d'identité de genre à celle d'identité sexuelle introduite par la [loi du 6 août 2012](#) aurait ainsi pour fin d'éviter la confusion semble-t-il fréquente avec l'orientation sexuelle (§11). En outre, elle permettrait ainsi de **protéger les personnes transidentitaires dans leur diversité** (ce à quoi répond la terminologie choisie, cf. la note 1 p. 1 de l'avis). **Le moyen suggéré pour faire aboutir l'objectif poursuivi n'est pas pourtant sans soulever de nombreuses questions.** La définition retenue de l'identité de genre dans les textes cités par l'avis comprend un volet civil liant ainsi la reconnaissance de la notion à l'état civil, même si dans la rédaction de l'avis, les deux questions sont distinguées. La définition est univoque dans le [rapport Hammarberg](#) et les [principes de Jogjakarta](#), et c'est elle qu'il s'agirait d'intégrer au droit français, ce qui revient clairement à conférer une dimension normative au sens retenu par ces textes. Il est alors douteux de prétendre que son introduction dans l'arsenal législatif « *n'engage aucunement à prendre parti sur les orientations et les échanges des chercheurs en sciences sociales liés aux études de genre, qui sont elles-mêmes plurielles* » (§ 13). L'avis nous semble à l'inverse trancher ces questions dans un sens, comme y avaient d'ailleurs procédé les écrits précités.

Le Rapport Hammarberg précise que « *alors que la notion de sexe renvoie essentiellement à la différence biologique entre les femmes et les hommes, celle de genre intègre les aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique. La notion d'identité de genre permet de comprendre que le sexe avec lequel un enfant naît peut ne pas correspondre à l'identité de genre innée qu'il va cultiver en grandissant. C'est l'expérience intime et personnelle profonde qu'a chaque personne de son genre, qu'elle corresponde ou non à son sexe de naissance, y compris la conscience personnelle du corps et les différentes formes d'expression du genre comme l'habillement, le discours et les manières* » (Thomas Hammarberg, [Droits de l'homme et identité de genre](#), oct. 2009, p. 6). Par identité de genre, le rapport Hammarberg entend ainsi à la fois le sexe et les vécus subjectifs, constructions culturelles, etc. qui lui sont associées. Il entend alors sur ce fondement intégrer l'identité de genre en droit afin de faciliter les changements de « *genre* » selon ses termes, à l'état civil (p. 15-16).

Les principes de Jogjakarta, dans le même sens, énoncent une définition citée dans l'avis (§ 6) selon laquelle « *l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* » ([Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre](#), dits Principes de Jogjakarta, mars 2007, note 2 p. 6).

La définition citée dans l'avis est celle de l'introduction aux Principes (évoquée en note et non la traduction officielle en France des Principes) qui, [en page 8](#), se réfèrent à « *l'expérience intime et personnelle de son sexe* » et aux « *expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* », nous soulignons). La définition que donnent Hammarberg et les experts de Jogjakarta (ou la traduction des principes de Jogjakarta retenue dans l'avis) font du genre la dimension culturelle ou sociale du sexe considéré donc comme un donné biologique. Cette acception est également retenue par la [Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention de la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique](#), signée par la France le 11 mai 2011 mais non ratifiée à ce jour et non citée par l'Avis de la CNCDH : « *le terme "genre" désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* » (art. 3. c, idem art. 14). **Une telle acception de la notion n'est pas sans poser des difficultés, tant sur le terrain théorique que sur le terrain juridique.**

En premier lieu, cela revient à prendre parti sur une définition du genre l'assimilant au « *sexe social* » pourtant très tôt dénoncée dans les écrits féministes en ce qu'il tend à rendre impensable le sexe comme catégorie construite (voir sur ce point par ex. Christine Delphy, *L'ennemi principal 2. Penser le genre*, Syllepse, 2001, p. 253 ; Laure Bereni, Sébastien Chauvin, Alexandre Jaunait, Anne Revillard, *Introduction aux Gender Studies. Manuel des études sur le genre*, De Boeck, Bruxelles, 3^e édition, 2011, p. 21-22 ; Elsa Dorlin, *Sexe, genre et sexualités*, PUF, Paris, 2008, p. 40 et les

références dans ces ouvrages, voir également, pour les juristes, Marie-Xavière Catto, Juliette Gaté, Charlotte Girard, Stéphanie Hennette-Vauchez, Carolina Vergel-Tovar, « Questions d'épistémologie : les études sur le genre en terrain juridique », in [REGINE](#), *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, à paraître en 2013). La terminologie a historiquement évolué et nombre d'auteurs en font aujourd'hui le diviseur hiérarchisant (qui fabrique de la différence hiérarchisée des rôles sociaux de sexe, des sexes, des sentiments d'y appartenir), non l'un des produits de la division (ce qui conduirait à naturaliser la catégorie de sexe).

En second lieu, les propositions de Jogjakarta et d'Hammarberg visent la notion présente à l'état civil et présupposent que le sexe est en droit exclusivement constitué par sa dimension biologique, ce qui n'est pas le cas. Le sexe auquel se réfère [l'article 57 du Code civil](#) comprend lui-même des éléments psychologiques et sociaux, reconnus par la jurisprudence comme tels, tant pour les intersexes (l'arrêt de la [Cour d'appel de Versailles du 22 juin 2000](#) intègre comme critère le « sexe d'élevage » de l'enfant), que pour les trans (puisque toute la jurisprudence fait référence au comportement social de la personne souhaitant changer d'état civil et à la conviction profonde qu'a la personne de sa propre identité sexuelle). Le sexe de l'état civil, ne se réduit donc pas au sexe biologique. Il est possible d'ajouter qu'en droit international il ne s'y résume pas davantage. Dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour européenne des droits de l'homme inclut d'autres facteurs que les éléments biologiques dans la reconnaissance juridique du changement de sexe (Cour EDH, 11 juillet 2002, [Christine Goodwin c. Royaume-Uni](#), Req. n° 28957/95, §100), dans l'arrêt *Van Kück*, la Cour en fait de « *la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle [...] l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* » (Cour EDH, 12 juin 2003, [Van Kück c. Allemagne](#), Req. n° 35968/97, § 73). Il n'a nullement été besoin d'intégrer la notion d'identité de genre en droit pour l'affirmer. C'est donc à une réinterprétation de la notion de sexe, déjà plurielle, que l'intégration de la notion d'identité de genre risque de procéder, prenant tout à fait partie, en imposant une signification univoque et contestée, au sein du débat qui anime la communauté scientifique.

Il faudrait alors intégrer cette notion non parce qu'elle serait politiquement opportune mais parce qu'elle serait juridiquement contraignante : « *l'introduction du critère d'identité de genre dans la législation permettrait de mettre le droit français en conformité avec le droit européen et international* » (Avis, §10). Il est possible d'en douter. D'abord parce que tous les textes cités n'ont pas de valeur contraignante (ni les principes de Jogjakarta, ni le rapport Hammarberg, ni les recommandations du Conseil de l'Europe qui emploient l'expression). Quant à la jurisprudence de la Cour, la référence à cette notion ne s'est produite que récemment et uniquement dans le cadre de la citation de la [Recommandation CM/Rec\(2010\)5](#) du Comité des Ministres (v. Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [ADL du 26 février 2013](#), Cour EDH, 1^e Sect. 21 octobre 2010, [Alekseyev c. Russie](#), Req. n° 4916/07 – [ADL du 22 octobre 2010](#), Cour EDH, 5^e Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 – [ADL du 16 mars 2012](#), Cour EDH, Dec. 5^e Sect. 21 septembre 2010, [Manenc c. France](#), Req. n° 66686/09). Cela n'a matériellement rien changé, la recommandation tenant pour équivalentes les notions de sexe et de genre, puisque son Annexe, § 21 énonce « *Les États membres devraient prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible* » (nous soulignons).

Ensuite, force est effectivement de constater que les directives européennes font référence à cette notion. Le genre y apparaît comme une qualité de la personne : le « *genre du demandeur* » inclurait d'après le texte à la fois le sentiment subjectif de son identité et son orientation sexuelle (directive [2011/95/UE](#), 30^e considérant, l'expression apparaît également aux art. 9. 2f et 10.1d). Il apparaît également comme un motif de discrimination (le genre à côté du sexe directive [2012/29/UE](#), 9^e considérant) ou de violence (les « *violences fondées sur le genre* », art. 9.3b, 22.3, 23.2d, 26.2 de la directive rassemblant les violences fondées sur sexe, l'identité et expression de genre, ou la violence « *qui touche de manière disproportionnée les personnes d'un sexe* », 17^e considérant). L'« *expression ou identité de genre* » apparaît également (9^e et 56^e considérants), les termes étant repris dans les articles. Il est néanmoins possible de rappeler que la référence à la notion dans une directive communautaire ne saurait imposer aux États de l'adopter : ne pèse sur eux qu'une obligation de résultat, chaque État ayant une certaine autonomie en la matière. Si la transposition doit garantir une application pleine et entière du droit de l'Union, il semble possible de substituer au terme sa définition.

La seule définition aujourd'hui retenue « *d'identité de genre* », à laquelle semblent également se référer les directives, est celle citée précédemment, et aucune définition concurrente n'est susceptible de restreindre le sens ou la portée du texte. Les éléments visés par l'expression « *identité de genre* » que sont « *le sentiment subjectif de sa propre identité et les modes d'expression de celle-ci* », en ce qu'elles sont façonnées par le genre, pourraient ainsi s'y substituer. Il faut donc protéger, matériellement, le sentiment subjectif que chacun a de sa propre identité, « *l'identité de genre" renvo[yant] uniquement en effet à une perception et à un vécu intimes de soi déconnectés des déterminations physiologiques* » (avis de la CNCDH, §13). C'est cela qu'il faut protéger, mais le droit communautaire n'impose pas pour autant d'employer l'expression que la CNCDH propose d'intégrer. En outre, il serait possible d'introduire la notion dans son volet pénal mais non en ce qu'il a trait à l'état civil. C'est ce que semble proposer la CNCDH, mais ce à quoi ne se limitent pas les textes définissant la notion citée dans l'avis.

Seul le volet pénal est pour l'instant concerné par la préconisation de remplacer la notion « d'identité sexuelle » par « identité de genre » dans « *l'article 225-1 du code pénal, comme l'ensemble des dispositions où ils ont été introduits* » (§ 11). C'est également dans ce cadre, celui de la lutte contre les discriminations, que les recommandations du rapport de l'IGAS se limitaient (Rapport IGAS, *précité*, p. 8 et dans ses recommandations, n° 31, p. 63). C'est enfin et encore sous cet angle que la [Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention de la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique](#), fait référence aux discriminations fondées sur « *le sexe, le genre, la race [...] l'orientation sexuelle, l'identité de genre* » (art. 4 al. 3). Il serait donc possible sans pour autant souhaiter la reconnaître sur le plan civil, d'intégrer cette notion dans le cadre de la lutte contre les discriminations (et dans les motifs de persécution conformément à la directive de 2011 ou à la Convention du Conseil de l'Europe, art. 60), ce cadre connaissant des notions qui lui sont propres (race, couleur, origine ethnique ou sociale, etc.). En ce sens, **il serait possible, même si les textes précités ne le font pas clairement, de distinguer le genre comme perspective de « l'identité de genre »** (comme semblait y insister la CNCDH dans [l'avis adopté le 22 mars 2012 sur la perspective de genre](#), §25). En faire une notion autonome dont l'acception serait propre au droit de la non-discrimination serait d'autant plus pertinent que la pluralité des modes d'expression de son identité, qui doivent pouvoir être protégés, ne correspondent pas à la logique binaire de l'état civil (cf. la définition de la transidentité retenue par la CNCDH, intégrant les personnes qui refusent de s'identifier dans le cadre de la bicatégorisation sexuée).

Si le sexe est pour l'instant, en droit pénal, compris comme exclusivement celui de l'état civil lui-même perçu comme un donné biologique – et qu'il pénalise donc les discriminations entre les hommes et les femmes –, il serait alors possible, en raison du principe d'interprétation stricte de la norme pénale, d'introduire la non discrimination « *en raison de son sexe ou de ses caractères sexuels (biologiques, sociaux, psychologiques)* ». Les formes d'agencement de son vécu subjectif quant aux normes façonnées par le genre sont infiniment plus diverses que la dualité des sexes de l'état civil, et si tous doivent être protégés, **il n'y a aucune correspondance nécessaire entre l'exigence de protection pour cette raison dans le cadre de la lutte contre les discriminations et l'aspiration civile à se faire reconnaître dans l'autre sexe**. Il n'en reste pas moins qu'il serait également possible de se référer au sentiment subjectif de sa propre identité et à ses modes d'expression sans introduire la notion. Il semble difficile de penser le genre comme un diviseur hiérarchisant tout en faisant du genre le sentiment subjectif de son identité, c'est à dire l'un des produits de la division, sans introduire la plus grande confusion.

La Convention du Conseil de l'Europe de 2011 en témoigne, le genre étant à la fois une qualité de l'individu comme son sexe (art. 4), mais également une perspective ou une grille d'analyse dans le cadre de « *politiques sensibles au genre* » (art. 6). Il en est de même dans la directive 2012/29/UE, le genre étant une qualité des personnes ou une identité (art. précités) et une perspective (un problème de violence devenant un problème de genre lorsqu'un sexe est beaucoup plus touché que l'autre, cons. 17 -donc quel que soit le sexe, le rôle social ou le sentiment subjectif de la victime) ou une dimension de la formation des agents (cons. 60). La CNCDH elle-même, dans [l'avis précité du 22 mars 2012](#), reconnaissait la pluralité des acceptions, faisant du genre à la fois un concept englobant, une grille d'analyse des rapports de pouvoir (§1, § 18) et l'équivalent des « *rôles sociaux de sexe* » (§ 25). **Si la CNCDH met l'accent sur la nécessité d'apporter une réponse aux discriminations dont les personnes transidentitaires sont victimes et tente de répondre à cet impératif de protection,**

la réponse apportée peut donc être discutée. L'avis convainc davantage en proposant de réformer, pour faciliter la procédure, le changement de sexe à l'état civil.

2°/- Faciliter le changement de sexe à l'état civil

L'avis de la CNCDH constate que l'abandon à la jurisprudence de la question du changement de sexe conduit à une insécurité juridique complète (§15, 17, 22), à des « *impasses* » (§30) et que **les critères dégagés par les juges pour l'admettre imposent soit un traitement hormonal stérilisant, soit des opérations chirurgicales, ce qui conduit des personnes qui ne souhaitent pas toujours subir des opérations extrêmement lourdes à y procéder afin d'obtenir un changement de sexe sur leurs papiers (§ 22) et décide d'en prendre le contre-pied complet en dissociant totalement les procédures juridiques et médicales.** C'est là l'élément essentiel de l'avis, qui suit sur ce point la [proposition de loi visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil](#) déposée par Michèle Delaunay en 2011 et actuellement reprise par les sénatrices Maryvonne Blondin et Michèle Meunier : « **la CNCDH demande que soit mis fin à toute demande de réassignation sexuelle, que celle-ci passe par un traitement hormonal entraînant la stérilité, ou qu'elle signifie le recours à des opérations chirurgicales** » (§ 22).

La dernière partie de l'avis a pour objet de faciliter le changement de sexe sur le plan procédural. La CNCDH a envisagé trois voies à cette fin : une procédure en référé, la déjudiciarisation totale de la procédure ou une déjudiciarisation partielle (§§ 24-30). Si la procédure en référé est écartée en raison de sa complexité, comme son exposé le laisse deviner, **la proposition de déjudiciarisation totale semblait à l'inverse tout à fait viable.** À l'instar de la loi argentine dont l'article 2 reprend la définition de l'identité de genre des experts de Jogjakarta (sur la loi argentine, voir Daniel Borillo, « [L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée](#) », Audition devant la CNCDH, le 19 mars 2013), la procédure se serait résumée par une simple déclaration devant l'officier d'état civil. Cette proposition est écartée car « *la mention du sexe demeure, dans notre droit, un élément essentiel de l'identification des personnes* » (§27, idem §2). Il est pourtant difficile d'en convenir. Pour le droit actuel le sexe n'a pas pour finalité d'identifier les personnes, sans quoi il aurait fallu depuis le départ autoriser le changement de sexe sur la seule base de l'apparence physique en société et non exiger une réassignation sexuelle alors que l'on est assez peu identifié dans l'espace public sur la base de l'exhibition des parties génitales qui précisément doivent rester cachées.

En outre, faire de la stérilité la condition du changement démontre suffisamment que le problème ne relève pas de l'identification, la vue étant assez inapte à informer qui a subi ou non une hystérectomie. **Sur ce point l'avis se contredit de manière manifeste** : c'est bien « *dans la mesure où leur apparence ne correspond pas au sexe indiqué sur leurs papiers* » (§ 17) que les personnes transidentitaires sont victimes de discriminations répétées et il est donc paradoxal d'affirmer que « *l'état des personnes [...] permet une identification simple et sûre d'autrui* » (§ 28). Dans ce contexte, la double affirmation en vertu de laquelle la mention du sexe est essentielle pour identifier les personnes est normative et non descriptive : elle vise à affirmer que le sexe doit être un élément essentiel de l'état des personnes au moment où des auteurs de plus en plus nombreux suggèrent l'opportunité d'en supprimer la mention sur l'état civil (Patrice Maniglier, « Bien plus que cinq sexes : par-delà masculin et féminin », in Jean Birnbaum (dir.), *Femmes, hommes : quelle différence ?*, PUR, 2008, p. 123-124 ; Marcela Iacub, in *Rapport HAS*, 2009, *op. cit.*, p. 37 ; Benjamin Moron-Puech, [Les intersexuels et le droit](#), mémoire de Master II, 2010, p. 74 ; Daniel Borillo, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 273).

L'avis préconise donc la troisième solution qui, si elle ne déjudiciarise pas totalement la procédure, l'améliore néanmoins fortement. Les personnes transidentitaires procèderaient dans un premier temps à une déclaration devant l'officier d'état civil, avec deux témoins, puis « *cette première démarche devrait ensuite être contrôlée et validée par un juge du siège grâce à une procédure d'homologation* » (§29). Les motifs de refus seraient limités au caractère « *manifestement frauduleux* » de la demande et au « *manque de discernement* » du requérant. Le juge semble-t-il validera donc la démarche du requérant en constatant que, comme l'avis le rappelle, **l'individu ne**

change pas de sexe en prenant une « décision arbitraire, conjoncturelle ou fantasmatique » (§19), démarche attestée par les deux témoins, mais pourrait y faire obstacle s'il constatait un « manque de discernement ». Le caractère « manifestement frauduleux » devra également être précisé. Il ne saurait en tous cas conduire à réintroduire l'exigence de conformation corporelle au sexe revendiqué dans la mesure où la question médicale a été en amont radicalement disjointe de la question du changement de sexe à l'état civil.

CNCDH, 27 juin 2013, [Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil](#).

Pour citer ce document :

Marie-Xavière Catto, « [Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 11 juillet 2013

[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)