



HAL
open science

L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

| Daniel Borrillo. L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée. 2013. hal-01232616

HAL Id: hal-01232616

<https://hal.science/hal-01232616>

Submitted on 23 Nov 2015

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.



L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée (Audition de Daniel Borrillo devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, le 19 mars 2013)

Introduction

La question terminologique

L'identité de genre comme catégorie protectrice des individus

L'identité de genre comme catégorie d'identification des personnes

L'expérience argentine

Propositions

Introduction

Lorsque le sexe biologique ne correspond pas avec le sexe socio-psychologique (genre), le droit faisait traditionnellement primer le premier sur le second. En tant qu'attribut de la personnalité, le sexe apparaissait comme un élément d'ordre public, indisponible donc par l'individu. Suite à la condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), la jurisprudence française en matière de transidentité commence, non sans difficulté, à se déplacer de la « question du sexe » vers une « question de genre ». Autrement dit, l'identité sexuelle cesse graduellement d'être une réalité imposée à l'individu pour devenir progressivement une composante de sa vie privée. La tension entre ces deux conceptions (ordre public ou vie privée) déterminera non seulement l'action des juges mais aussi les différents textes de loi adoptés aussi bien au niveau national qu'au niveau européen et international.

S'appuyant sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, le juge français a été, pendant longtemps, sourd aux demandes des personnes transidentitaires et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la rectification des actes de l'état civil leur était refusée au nom de l'ordre public: « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé », établissait encore la Cour de cassation en 1990. Toutefois, ce refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe allait être considéré en 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit à la vie privée¹, imposant ainsi un revirement de la jurisprudence française.

Ancré dans une vision statutaire du sexe en tant que réalité biologique stable, le juge français était épistémologiquement incapable d'appréhender le problème soulevé par le contentieux en matière de transidentité. C'est aussi qu'il reprenait à son compte une catégorie psychiatrique, le transsexualisme (connue médicalement sous la dénomination de « dysphorie de genre ») soit une pathologisation que contestent fortement les personnes intéressées. La transidentité peut être définie comme le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la

¹ CEDH, Botella c./France, 25/03/1992.

naissance ou, tout au moins, de ne pas être en conformité avec celui-ci. Alors que l'intersexualité révèle la pluralité des définitions biologiques du sexe (génotypique, endocrinien, phénotypique...), la transidentité met en évidence la complexité de leur relation avec les diverses autres composantes : psychologique, culturelle et sociale. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de « trouble » de l'identité. Toutefois, contrairement aux présupposés habituels de la littérature psychiatrique, le trouble ne provient pas de l'individu mais de l'assignation à l'un ou l'autre sexe de manière contraignante et de la difficulté à pouvoir y échapper.

Parfois, les personnes transidentitaires souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie ; il est vrai que c'était jusqu'à récemment en France une condition sine qua non pour changer d'état civil. Désormais, la personne peut obtenir le changement de son état civil, une fois sa morphologie modifiée et lorsque son comportement social lui confère l'apparence du sexe revendiqué. Si l'intervention chirurgicale n'est plus exigée pour la rectification de l'état civil, le droit demande un traitement médical irréversible². En effet, la circulaire du 10 mai 2010 invite à « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ». Cela implique, de fait, une obligation de stérilisation. La notion d'irréversibilité apparaît ainsi comme un élément permettant de justifier la dérogation d'indisponibilité de l'état des personnes³. Le changement de sexe sera donc soumis à un contrôle médical (diagnostique de dysphorie de genre) afin de déterminer la nature pathologique de la situation dans laquelle se trouverait la personne transidentitaire. La Cour de cassation adopte une position très restrictive concernant le caractère d'irréversibilité en rejetant tous les pourvois relatifs au changement d'état civil, malgré les traitements médicaux auxquels étaient soumis les requérants⁴.

Plutôt que d'assumer la dimension privée (droit subjectif) du sexe, le droit français continue à le considérer encore comme un élément d'ordre public, auquel l'individu pourra échapper à condition d'avoir l'autorisation clinique (acte médical). C'est au cœur de cette tension : ordre public/vie privée, droit subjectif/acte médical, sexe/genre que nous allons essayer de présenter l'évolution juridique du traitement de l'identité (sexuelle et/ou de genre) dans le droit français, européen et international⁵.

La question terminologique

² La question de l'irréversibilité ne fait pas l'unanimité ni chez les médecins, ni chez les juges. Les précisions du ministère de la justice ne sont pas d'un grand secours indiquant lorsqu'il souligne que « Cette notion est d'ordre médical et non juridique et, selon certains spécialistes, le caractère irréversible peut résulter de l'hormonothérapie, ce traitement gommant certains aspects physiologiques, notamment la fécondité, qui peut être irréversible. Il appartient aux personnes concernées d'en rapporter la preuve, notamment par la production d'attestations de médecins reconnus comme spécialistes en la matière (psychiatre, endocrinologue et, le cas échéant, chirurgien) et qui les ont suivies dans le processus de conversion sexuelle. Le procureur fonde ensuite son avis, au cas par cas, sur les pièces médicales produites par le demandeur ». *JO Sénat Q*, 30 déc. 2010, p. 3373

³ L'interprétation de l'irréversibilité est particulièrement sévère. Ainsi, dans une décision du 7 juin 2012, la Cour de cassation a refusé le changement d'état civil d'une personne ayant subi une hormonothérapie et une mastectomie totale.

⁴ Civ. 1re, 7 juin 2012, n° 10-26.947. Civ. 1re, 7 juin 2012, n° 11-22.490. Civ. 1^{er}, 13 février 2013 n° 11-14515. Civ. 1^{er} 13 février 2013 n° 12.11-949.

⁵ Pour une étude approfondie du droit comparé, voir : <http://www.senat.fr/lc/lc223/lc223.html>

En France, le terme « genre » comme synonyme de « sexe » est dépourvu d'existence juridique. Le mot « genre » apparaît surtout dans les textes relatifs au droit d'auteur pour désigner le « genre littéraire, artistique ou un type d'industrie ».

C'est sous le vocable « sexe » que la catégorie sociologique de genre apparaît dans le droit national. Au niveau international, depuis la conférence de Beijing de 1995 le droit international a consacré l'émergence du concept de genre pour faire référence aux rapports sociaux de sexe et surtout à la discrimination des femmes. C'est donc par le droit international que la catégorie entrera indirectement en droit français. Même si plusieurs rapports européens font référence au genre, les textes juridiques de l'Union Européenne utilisent le vocable « sexe » (égalité ou discriminations fondées sur le sexe) ou « hommes et femmes » (égalité entre hommes et femmes). Ainsi, les directives relatives aux discriminations se réfèrent à toute « situation, disposition, critère ou pratique qui désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». L'action positive est définie par le droit européen comme des mesures « destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Le harcèlement est « la situation dans laquelle un comportement non désiré, lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

A partir de ce constat terminologique, la notion d'identité de sexe apparaît donc comme plus conforme à la tradition juridique française que celle d'identité de genre. C'est pourquoi la loi continue à utiliser les termes « sexuel » et « transsexuel » plutôt que « genre » et « transidentitaire ». Cependant, la question se pose de savoir si la notion d'« identité sexuelle » est suffisamment protectrice et se trouve en accord avec les besoins individuels et les exigences sociales.

Alors que le terme sexe renvoie à une réalité matérielle physique (chromosomique, organique...), le genre fait référence à une construction sociale et, en ce sens, permet de dissocier plus facilement la catégorie de son soubassement naturel. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a raison d'affirmer 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 »⁶. La notion d'identité sexuelle fait référence à une identité statique plus proche de la réalité biologique alors que l'identité de genre est une catégorie plus dynamique, plus proche de l'identité religieuse ou de l'identité politique que de l'invariable génétique. Si le sexe s'impose aux individus, le genre apparaît comme une construction relevant du sentiment intime. Les résistances juridiques à utiliser le terme « genre » manifestent la difficulté du droit national à abandonner la conception traditionnelle d'une catégorie fondée sur une réalité immuable et naturalisée : le sexe.

Cette question terminologique déterminera d'importants effets juridiques. Alors que la catégorie « sexe » protège les individus ayant déjà procédé à une modification morphologique et un changement de l'état civil, celle d'identité de « genre » permettrait d'englober, de manière non équivoque, d'autres réalités comme celles vécues (voire subies) par les travestis, les transgenres et les intersexués. La notion de genre fait ainsi primer le sexe psychologique sur le sexe biologique. Le genre exprime juridiquement d'une manière plus éclatante la dimension subjective du sexe, le rapprochant de la vie privée des individus. La terminologie « identité de genre » semble, en ce sens, plus adéquate à la protection effective des personnes transidentitaires. Elle est de surcroît celle adoptée par les conventions internationales, et les législations des pays étrangers. Les principes de Jogjakarta de l'ONU, le Commissaire aux

⁶ *Droits de l'Homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 29 juillet 2009.

droits de l'homme, le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe consacrent la notion d'identité de genre tout comme les législations du Royaume Uni (*Gender Recognition Act 2004*), d'Espagne (*identidad de género*), des Pays-Bas, de la Suède et de l'Argentine, entre autres⁷. Aussi, les associations revendiquent cette terminologie, considérée plus conforme à la réalité des personnes concernées.

La notion d'identité de genre a toutefois des limites infranchissables car elle se fonde sur l'existence présumée de deux sexes juridiquement établis (malgré l'abondant contentieux en matière d'intersexualité et transidentité). Les individus se trouvent ainsi assignés à l'une ou l'autre de ces deux catégories distinctes et stables : hommes et femmes. Or, comme le note Danièle Lochak, « ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques »⁸. La question se pose donc de savoir si, au-delà de la modification terminologique, il ne faudrait pas mettre en question la notion même de genre comme catégorie d'identification des personnes (état civil), tout en la conservant en matière de lutte contre les discriminations (code pénal, droit du travail, etc.). Sur le plan d'identification des personnes, il faudrait interdire l'assignation à la catégorie « sexe » comme le droit l'a fait pour la race, tout en la conservant comme instrument de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité (parité).

L'identité de genre comme catégorie protectrice des individus

Indépendamment de la pertinence juridique de l'assignation du sujet de droit au sexe, il est indiscutable qu'il existe un type de discrimination spécifique envers les personnes transidentitaires. Le droit doit donc agir en matière de lutte contre les discriminations en s'appuyant sur le système des « catégories prohibées ». Pour ce faire, la loi 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, introduit la notion d'identité sexuelle afin de sanctionner les discriminations « dont est victime une personne transsexuelle » et d'aggraver la peine de certaines infractions. Elle complète ainsi l'article 225-1 du code pénal qui sanctionne les discriminations dans certains domaines de la vie sociale et l'article 132-7 du même code, comme circonstance aggravante d'un certain nombre de crimes et délits (transphobie). La protection s'élargit également en matière de travail et d'emploi tout comme en matière d'harcèlement moral ou sexuel (arts. L1146-1 et L1155-2 respectivement du code du travail). L'identité sexuelle est assimilée au sexe, dans le premier article du code du travail cité *ut supra*, entendu comme l'égalité entre les hommes et les femmes. Le droit communautaire avait déjà utilisé depuis quelques années la catégorie « sexe » pour protéger les transsexuels. En effet, dans une décision de 1996, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a déclaré que le principe d'égalité de traitement « a vocation à s'étendre aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle, celles-ci étant fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé »⁹.

La catégorie « sexe » semblerait a priori opérationnelle pour protéger, au niveau de l'Union Européenne, les personnes qui ont effectivement changé de sexe à l'état civil¹⁰. Pour ce faire,

⁷ Vingt-quatre pays du Conseil de l'Europe ont adopté une législation relative à la reconnaissance légale du genre choisi.

⁸ D. Lochak, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, éditions Thémis, Université de Montréal, pp. 659-689

⁹ CJCE, Affaire C-13/94, *P. c. S. et Cornwall County Council*, 30 avril 1996 CJCE. L'arrêt Richards du 27/04/2006, confirme cette jurisprudence en considérant que ne pas traiter une transsexuelle en fonction de son sexe de conversion aux effets de l'âge de la retraite constitue une inégalité de traitement entre homme et femme incompatible avec les objectifs de la directive 79/7/CEE. Voir dans le même sens, l'affaire C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health* du 7 janvier 2004.

¹⁰ La CEDH, quant à elle, mentionne la transsexualité (et non pas l'identité de genre) comme un motif interdit de discrimination au titre de l'article 14 de la Convention.

la plupart des pays demandent une transformation physique impliquant une mutilation ou tout au moins un processus hormonal irréversible. Les personnes transgenre, c'est-à-dire celles qui n'ont pas opéré un tel changement médical ne se trouveraient pas protégées par la catégorie « sexe ». C'est pourquoi le Conseil de l'Europe propose « d'abolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires susceptibles de porter gravement atteinte à l'autonomie, à la santé ou au bien-être de la personne en tant que conditions nécessaires à la reconnaissance légale du genre choisi par une personne transgenre »¹¹.

En attendant la mise en place d'une telle proposition, la catégorie « sexe » et a fortiori celle d'« identité sexuelle » pourraient ne pas être suffisamment pertinentes pour protéger efficacement les personnes n'ayant pas changé leur état civil. Afin de pallier cette situation, la Directive de 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), fut la première directive à mentionner également les personnes ayant l'intention d'entreprendre ou ayant entrepris une conversion sexuelle.

Sur le plan du droit processuel, les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par leurs statuts de combattre les discriminations fondées sur l'identité sexuelle, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les discriminations. Toutefois, contrairement à l'orientation sexuelle, la diffamation, l'injure et le discours de haine en raison de l'identité de genre ne sont pas sanctionnés par la loi pénale française. De même, le dispositif du droit d'asile ne mentionne pas explicitement l'identité de genre comme critère pour l'obtention du statut de réfugié.

En France, depuis la circulaire du 14 mai 2010, il n'est plus nécessaire d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle, les traitements médicaux ayant entraîné des changements irréversibles pouvant être suffisants pour justifier la demande de changement de sexe. Dans l'absence de cette modification physique et physiologique, fruit d'au moins une hormonothérapie ayant entraîné une stérilité, l'individu ne peut pas demander une rectification de son état civil. De surcroît, l'apparente démedicalisation du transsexualisme effectuée en France¹², n'est autre chose qu'une simple modification bureaucratique de l'affectation financière par la sécurité sociale. La transidentité continue à être considérée comme une affection relevant de la psychiatrie, c'est pourquoi, seul le psychiatre peut décider institutionnellement qui peut demander un changement d'état civil. La loi ne fait que refléter ici la difficulté à assumer cette dimension psychologique du sexe consacrée par la CEDH comme composante de la vie privée et recommandée par les principaux textes internationaux.

L'identité de genre comme catégorie d'identification des personnes

Les individus qui entrent à leur naissance dans les catégories sexuées ne peuvent échapper à leurs groupes que très difficilement du fait de la permanence du signe biologique de la différence des sexes. En effet, le sexe apparaît comme le cas le plus strict d'assignation identitaire. Il s'agit d'une partition irrémédiable de l'humanité car fixée de manière définitive. La possibilité d'un genre neutre avait été évoquée à la fin du XIXème siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne qui « demande une réforme de l'article 57 du code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription

¹¹ *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Conseil de l'Europe, 2011.

¹² Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée «affections psychiatriques de longue durée ».

comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »¹³. Mais cette proposition n'a jamais prospéré.

Le droit positif continue à se fonder sur une conception binaire du genre¹⁴. Dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : "l'acte de naissance énoncera (...) le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés...". Suivant le principe établi par la jurisprudence de la cour de cassation, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ; la reconnaissance de cet état par la société (état civil) ; l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui ou celle qui le porte. Selon la cour d'appel de Paris, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »¹⁵. L'article 55 du code civil énonce dans son premier alinéa que « les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ». Dans sa dimension identitaire, la catégorie sexe constitue une barrière pour l'égalité des personnes. Comme critérium d'Etat tendant à l'identification officielle des individus, le genre juridique alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or, la sociologie met de manifeste que la distinction entre les hommes et les femmes proviennent plutôt des constructions idéologiques et sociales que de caractéristiques invariables et naturelles. C'est dans les rapports historiques de dominations qui s'est forgé le caractère féminin et masculin de telle sorte que le genre est le résultat de cette histoire et non pas dans l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle/femelle. Les intersexuels sont les premières victimes de cette logique binaire des genres. N'ayant pas un sexe clairement défini, ces personnes sont assignées d'office et prématurément à l'une ou l'autre des catégories. La Commission d'éthique suisse¹⁶ et le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture et les traitements dégradants ont considéré les opérations de réassignation sexuelle des enfants intersexués comme une violation aux droits de l'homme¹⁷.

Concernant les personnes transidentitaires, malgré le rapport du Commissaire aux droits de l'Homme¹⁸ et la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invitant les Etats membres à garantir dans la législation et la pratique les droits des personnes transgenres «des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale»¹⁹, l'Etat français continue à demander une stérilisation comme préalable à la modification des actes de l'état civil. La transidentité continue à être considérée comme une maladie relevant de la psychiatrie.

Dans une proposition de loi déposée le 22 décembre 2011, en conformité avec les exigences européennes, la députée socialiste Michèle Delaunay propose une révision complète de la

¹³ A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck 1887, p. 91.

¹⁴ Le débat concernant l'action (d'état ou en rectification) devant être utilisée aux fins de changement de l'état civil illustre aussi la difficulté du droit à sortir de la conception binaire des genres.

¹⁵ Cour d'Appel de Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 conclusion Granjon.

¹⁶ *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel*. Prise de position no. 20/2012, Berne, novembre 2012.

¹⁷ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, ONU 1 février 2013.

¹⁸ Le 31 juillet 2009 dans son rapport thématique sur « Droits de l'Homme et Identité de Genre » le Conseil de l'Europe recommandait « de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux »

¹⁹ Résolution 1728 (2010) : « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ». Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 29 avril 2010, art. 16.11.2.

procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil entièrement affranchie d'une quelconque obligation de parcours médical.

L'expérience argentine

La loi argentine 26 743 du 23 mai 2012 crée un nouveau droit subjectif de l'individu dénommé « droit à l'identité de genre ». Selon l'article 2 de la loi : « On entend par identité de genre l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres²⁰. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ». On peut dire que sur le plan juridique, le sexe a quitté le corps pour s'installer dans l'âme. Le genre devient ainsi un élément de la personnalité disponible par l'individu en tant que composante essentielle de sa vie privée. Le genre cesse donc d'être une question d'ordre public pour devenir une variable dépendante exclusivement de la volonté et de l'autonomie individuelles. Trois autres prérogatives découlent du droit à l'identité de genre : a) le droit à la reconnaissance de l'identité de genre, b) le droit au libre développement de la personnalité conformément à l'identité de genre et c) le droit à être traité en accord avec son identité de genre, en particulier sur les aspects de registre de l'état civil que nous développerons plus tard.

De même, la loi argentine produit une démedicalisation totale du transsexualisme, considéré désormais comme un élément de l'identité individuelle. La médecine intervient donc uniquement pour modifier, si la personne le souhaite, les caractéristiques physiques au travers des interventions pharmaceutiques ou chirurgicales. La justification du remboursement par la sécurité sociale des traitements hormonaux et chirurgicaux se fonde non pas sur une pathologie mais sur un droit consacré par la loi.

Le droit à être traité en accord avec son identité de genre implique principalement la faculté de rectifier les inscriptions de l'état civil. Ainsi, l'article 3 de la loi stipule que « Toute personne peut demander la rectification de la mention du sexe dans les registres, ainsi que la modification du prénom et de l'image, quand ils ne coïncident pas avec son identité de genre telle que ladite personne la perçoit ». Elle peut le faire directement dès l'âge de 18 ans ou à travers de ses représentants légaux (le plus souvent les deux parents)²¹ s'il s'agit d'un mineur d'au moins 14 ans. La démarche de rectification de l'inscription est gratuite et ne nécessite pas de l'intervention d'un avocat (art. 6), sauf s'il s'agit des mineurs²². La rectification peut se faire librement une fois, si la personne demande une nouvelle rectification la démarche oblige l'intervention judiciaire.

Une fois effectué le changement de genre avec la modification des prénoms, l'autorité administrative (registre civil) procède à la création d'un nouvel acte de naissance dans lequel il n'y a aucune référence au changement de genre. Le registre conserve l'acte original. Seuls peuvent avoir accès à ce dernier, la personne qui a changé son genre ou toute autre personne qui possède une autorisation judiciaire avec un ordre du juge écrit et fondé.

Le changement de l'état civil ne produit pas d'effets rétroactifs (art. 7). Ainsi, si un homme change de sexe et souhaite bénéficier d'un départ à la retraite en tant que femme (alors qu'il a

²⁰ Pour une étude plus approfondie de la loi argentine, voir : G. Medina (Coordinadora) *Suplemento especial Identidad de Género. Muerte Digna*, Buenos Aires, La Ley, Mayo 2012.

²¹ Si l'un de parents se refuse à donner son accord, le juge peut intervenir au nom de l'intérêt du mineur.

²² Il doit être assisté de l'avocat des mineurs introduit par l'article 27 de la loi 26.061.

apporté pendant un certain nombre d'années en tant qu'homme) elle pourra le faire en comptabilisant les années de manière proportionnelle (prorata) aux apports en tant qu'homme et en tant que femme. Elle pourra ainsi bénéficier d'un départ à la retraite plus tôt qu'un homme qui n'a pas changé de sexe mais pas au même âge qu'une femme qui aura cotisé toute sa vie professionnelle en tant que telle²³.

De même, la rectification ne produit aucun effet vis-à-vis de liens de famille établis juridiquement, soit par le mariage soit par la filiation.

Conclusion et propositions

L'exemple argentin constitue un bon exemple d'un système juridique qui a assumé de traiter le sexe non pas comme une catégorie statique et immuable ancrée dans une réalité biologique mais comme une réalité complexe relevant de l'intime. Ni l'ordre public, ni la preuve de la possession d'état²⁴, ni un quelconque diagnostic médical ne conditionnent le droit au changement de genre.

Sans aller jusqu'à faire disparaître la catégorie des actes de l'état civil, le droit argentin fait dépendre l'assignation juridique à l'un ou l'autre sexe in fine de l'individu (droit subjectif) et non pas d'un ordre quelconque qui le dépasse (ordre public). Aussi, la présence de témoins attestant de la bonne foi du requérant, comme le dit la proposition de loi de Mme Delaunay²⁵ n'est pas demandée par la loi argentine.

A partir de cette expérience et en fonction des recommandations internationales, nous suggérons à la CNCDH les modifications suivantes du dispositif juridique français :

- 1) Renoncer à parler de « trouble précoce de dysphorie de genre », catégorie médicale empruntée par le droit pour faire référence à la transidentité.
- 2) Remplacer les termes « identité sexuelle » par « identité de genre » dans le dispositif antidiscriminatoire.
- 3) Elargir la protection aux infractions d'injure, diffamation et incitation à la haine en matière de transphobie.
- 4) Mettre fin à l'acte médical (traitement hormonal, mastectomie, stérilisation, preuve de l'irréversibilité du changement sexuelle...) comme *conditio sine qua non* pour le changement de l'état civil.
- 6) Procéder à la déjudiciarisation de la procédure de changement d'état civil.
- 5) Faire sortir le sexe de la catégorie d'ordre public pour le considérer comme un élément de la vie privée des individus.
- 6) Construire un véritable droit à l'identité de genre, ce qu'implique la reconnaissance du droit au changement d'état civil fondé sur la seule volonté individuelle mais aussi l'accès à la modification morphologique prise en charge par les services de la sécurité sociale pour les personnes qui le souhaitent.

²³ R. Toledo Rios, « Implicaciones previsionales del derecho a la identidad de género », Buenos Aires, *Abeledo Perrot*, AP/DOC/4350/2012

²⁴ La possession d'état est établie par la réunion d'un certain nombre de faits attestant de la notoriété, à l'occurrence le nouveau genre. Cette solution n'est pas acceptée par les juges. Elle me semble particulièrement inefficace car elle ralentit énormément les démarches administratives et fait dépendre le changement d'éléments extérieurs au vécu de la personne transidentitaire, seul élément déterminant pour l'identification de genre.

²⁵ « La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête » : Proposition de loi n° 4127 *visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil* du 22 décembre 2011.

7) Engager une véritable réforme pour mettre fin à l'assignation sexuelle dans les actes de naissances et autres documents d'identification des personnes sans renoncer pour autant à l'identité de genre comme catégorie protectrice.