



HAL
open science

Rapport sur la révision de la décision-cadre du Défenseur des droits n° 2020-136 relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres

Claire Borrel, Benjamin Moron-Puech

► **To cite this version:**

Claire Borrel, Benjamin Moron-Puech. Rapport sur la révision de la décision-cadre du Défenseur des droits n° 2020-136 relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres. Défenseur des droits. 2024. hal-04845215v2

HAL Id: hal-04845215

<https://hal.science/hal-04845215v2>

Submitted on 20 Dec 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

RAPPORT SUR LA REVISION DE LA DECISION-CADRE DU DEFENSEUR DES DROITS N° 2020-136 RELATIVE AU RESPECT DE L'IDENTITE DE GENRE DES PERSONNES TRANSGENRES

Entretien de Mme Claire BORREL et M. Benjamin MORON-PUECH

Avec l'aide de Jean-Philippe DOS PRAZERES, Anne JENNEQUIN, Laura GANDONOU, Julie MATTIUSI, Pierre MICHEL ET Déborah ROBERT

28 novembre 2024

❖ REMARQUES LIMINAIRES

Une remarque liminaire doit être apportée sur le champ des personnes concernées par l'actuelle décision-cadre et par sa version actualisée. L'intitulé actuel « le respect de l'identité de genre des personnes transgenres » conduit à exclure les personnes définissant leur genre comme "intersexe", "fluide", "non-binaires" ou "agenres" alors même que certaines problématiques traitées par la décision-cadre sont susceptibles de les concerner. À nos yeux, il serait nécessaire soit d'élargir le champ de la décision-cadre, en utilisant l'expression « minorités genrées » (ou "minorité de genre"), soit, si le choix est fait par la Défenseuse¹ des droits de se concentrer exclusivement sur les personnes trans, de mentionner que ces autres minorités genrées existent et proclamer alors le droit au respect de leur identité de genre. Il s'agit pour l'institution d'une occasion de prendre position sur l'existence de ces autres minorités, position d'autant plus importante compte tenu des hésitations manifestes du Conseil d'Etat sur la reconnaissance de l'identité de genre de l'ensemble des minorités genrées².

Une autre remarque liminaire doit être faite sur le langage utilisé dans la recommandation. S'agissant d'une recommandation portant sur des questions de genre, l'utilisation d'un langage sensible au genre paraît s'imposer. À ce titre, on encourage vivement la Défenseuse des droits à refuser tout emploi du masculin générique, tant dans le lexique ("l'employeur" ; "le juge") que dans la grammaire.

¹ Le choix de cette expression en lieu et place de celle de « Défenseuse » est volontaire, en application des règles syntaxiques sur la féminisation des noms.

² CE, 2^{ème}-7^{ème} ch. réunies, 28 févr. 2019, n° 417128. Au considérant n° 6, on peut lire l'expression « porter préjudice aux personnes que les requérantes qualifient 'de genre non binaire' » (nous soulignons). Voir également le renvoi préjudiciel devant la CJUE à propos de l'affaire *Mousse c/ SNCF*, CE, 10^{ème}-9^{ème} ch. réunies, 21 juin 2023, n° 452850 : les juges administratifs ne sont pas eux-mêmes prononcés sur la question de la compatibilité de la collecte de la donnée de civilité « Monsieur/Madame » au regard des dispositions du RGPD.

On suivra ci-après les grandes rubriques proposées dans le questionnaire adressé par la Défenseuse des droits. En revanche, on ne reproduira qu'exceptionnellement les questions spécifiquement proposées au sein de ces rubriques.

I. ETAT CIVIL & FILIATION

Les développements qui suivent concernent uniquement l'état civil. On n'envisagera pas ici la question du respect du genre des personnes transgenres hors de l'état civil, lorsque ces personnes n'ont par exemple pas encore terminé leur transition juridique. Cette question, croisant celle du mégenrage, sera évoquée *infra* dans la rubrique sur l'accès aux biens et aux services.

A) Sur le changement de prénom

À titre liminaire, il pourrait être opportun que la défenseuse des droits rappelle le cadre juridique sur le prénom d'usage et la possibilité d'en porter un, indépendamment du prénom inscrit à l'état civil. Les décisions du Conseil d'État autour de la contestation de la circulaire Blanquer de 2021 pourraient être ici utilement mobilisées³.

La question du changement de prénom pose des difficultés résiduelles du point de vue de la formalisation. Quelques changements rendraient plus accessible le changement de prénom, facilitant ainsi les démarches de transition.

Tout d'abord, il pourrait être utile de préciser le cadre d'aide financière distinct pour la demande de changement de prénom et celle de changement de mention du sexe, la seconde pouvant bénéficier de l'aide juridictionnelle, mais pas semble-t-il la première compte tenu de son caractère administratif, alors même que certaines situations peuvent imposer *de facto* la présence d'un avocat (expl d'une personne transgenre détenue n'ayant pas d'accès à internet lui permettant de réaliser les démarches administratives et de s'informer en amont de sa demande).

Ensuite, l'exigence de la remise en main propre de la demande auprès de l'officier d'état civil est de nature à freiner les démarches pour les personnes dans l'incapacité de se déplacer (en raison d'une maladie, d'une situation de détention ou autre).

De plus, il est exigé de la demande qu'elle soit accompagnée des actes de l'état civil des potentielles personnes tierces concernées par le changement de prénom (conjoint ou conjointe, partenaire, enfants). L'obtention de ces documents peut s'avérer difficile (mésententes, actes tenus à l'étranger) et ainsi cette exigence freine également la procédure et ce en contradiction avec la procédure de changement de prénom couplée à celle du changement de sexe pour laquelle la production des pièces des personnes tierces ne sera nécessaire qu'ultérieurement. Il y a un déséquilibre de conditions entre deux procédures aux portées différentes.

³ CE, 4^e et 1^{re} SSR, 28 sept. 2022, n° 458403, *Tables Leb.* et CE, 29 déc. 2023, SOS Éducation, n° 463697, inédit.

Par ailleurs, pour les personnes étrangères, il est nécessaire que la Défenseuse des droits précise l'accessibilité du changement de prénom lorsque la loi personnelle est prohibitive⁴. Les personnes étrangères souhaitant modifier leur prénom afin de faire reconnaître leur identité de genre ne doivent pas être freinées.

Enfin, pour les personnes non-binaires, certains parquets, notamment à Lyon selon Me Gandonou, refusent des changements de prénom de personne en raison de leur non-binarité. Pour ces parquets, cette notion de la non-binarité étant « non juridique » elle ne constituerait pas un motif légitime. La Défenseuse des droits pourrait utilement prendre position sur ce point si elle était décidée à protéger les droits humains des personnes non-binaires.

B) Sur le changement de sexe

1. ACTUALISATION

Plusieurs actualités méritent d'être rappelées par la nouvelle décision-cadre.

Il faut noter une tendance européenne (et mondiale) plus importante vers la libéralisation de la question de l'inscription de la mention du sexe à l'état civil. Depuis une dizaine d'années, plusieurs États déjudiciarisent la procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil, dont entre autres le Brésil, le Chili, la Finlande, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège ou encore l'Uruguay. En 2012, l'Argentine a été le premier pays à permettre la modification du genre par auto-déclaration. En Europe, ce sont le Danemark (2014) et Malte (2015) qui furent les premiers États à adopter une procédure déclarative. Dernièrement, ce sont l'Espagne (2023) et l'Allemagne (2024) qui ont autorisé le changement de genre sur simple déclaration.

Les prises de position semblent ainsi se faire à l'échelle nationale plutôt qu'europpéenne. En effet s'agissant du Conseil de l'Europe, la Cour européenne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité entre l'exigence d'une procédure judiciaire et le droit au respect de la vie privée. Toutefois, au-delà de la situation des personnes trans et s'agissant des marqueurs disponibles à l'état civil, elle a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cas où les autorités – en l'occurrence françaises – refusent de reconnaître une identité « neutre » à la place des marqueurs féminin ou masculin⁵. Cette actualité serait pertinente dans le cas où, comme suggéré en remarque préliminaire, la nouvelle décision-cadre aurait vocation à promouvoir le respect de l'identité de genre de toute personne.

Toujours sur le plan européen, un important arrêt rendu par la CJUE en octobre dernier⁶ doit être mentionné en raison de son incidence pour la reconnaissance en France de l'identité de genre des personnes étrangères. En effet, sur le fondement de la reconnaissance de la citoyenneté européenne et de la liberté de circulation et de séjour, la Cour a retenu l'obligation pour un État membre de reconnaître l'identité de genre d'une personne telle que reconnue dans un autre État membre. En l'espèce, le refus des autorités roumaines d'inscrire sur un acte de naissance roumain les prénom et identité de genre établis à l'étranger, en excipant de la nécessité

⁴ C'est le cas par exemple de la Bulgarie avec la récente décision de la Cour suprême affirmant que le genre est déterminé à la naissance et n'existe que dans le sens biologique. Cass., AP, 20 févr. 2023, avis 2/2020, <https://www.vks.bg/talkuvatelni-dela-osgk/vks-osgk-tdelo-2020-2-reshenie.pdf>.

⁵ CEDH, *Y c. France*, 31 janv. 2023, n° 76888/17. Cet arrêt fait suite à celui rendu par la Cour de cassation affirmant la binarité impérative des mentions, Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

⁶ CJUE, *Mirin*, 4 oct. 2024, C-4/23. V. B. Moron-Puech, « Droit de l'Union européenne et état civil des minorités sexuées et genrées. Réflexions à partir de la décision *Mirin* », *Rec. Dalloz*, 2024, à paraître.

d'une procédure judiciaire, est de nature à entraver la liberté de circulation et de séjour. Il revient à la Défenseuse des droits de mettre en avant cette jurisprudence qui aura des incidences sur l'application du droit international privé français en matière d'état des personnes.

La position de la CJUE est également attendue à l'occasion de deux questions préjudicielles concernant les rapports entre les mentions liées au genre (« sexe » et civilité) et les dispositions du Règlement sur la protection des données (RGPD) :

- D'une part, concernant spécifiquement le sujet de la binarité des mentions et de leur caractère obligatoire, une question préjudicielle a été transmise par le Conseil d'Etat à la CJUE à l'occasion de l'affaire *Mousse c. SNCF*⁷ et dont la décision devrait être publiée le 9 janvier prochain. Est en cause ici la conformité d'un recueil obligatoire et limité de la civilité (Madame/Monsieur) au regard de l'exigence du « caractère adéquat, pertinent et limité à ce qui est nécessaire » de la collecte des données (RGPD, art. 5), spécifiquement pour les personnes non-binaires ou agenes ou ne souhaitant pas communiquer de civilité.
- D'autre part, la CJUE doit répondre à une autre question⁸ concernant précisément l'article 16 du RGPD et portant sur le droit à rectification. En l'espèce le juge hongrois interroge la Cour sur la question de savoir si ce texte impose aux autorités de rectifier la « donnée relative au sexe » en cas de changement depuis l'inscription de cette donnée sur le registre national ; si oui, il sera attendu de la Cour de justice qu'elle précise les modalités de rectification, notamment la question des éventuelles preuves que la personne requérante devra fournir.

Enfin, une dernière actualité nationale est à souligner. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry, en janvier 2022⁹, impose à la nouvelle décision-cadre de traiter plus en profondeur de la question du changement de mention de sexe pour les personnes mineures. Tant sur le plan de la recevabilité de la demande par les représentantes et représentants légaux, que sur le plan du contrôle de proportionnalité effectué au regard de l'atteinte à la vie privée du mineur, cette jurisprudence est l'occasion pour la Défenseuse des droits d'être d'une part plus explicite sur la forme (peut-être en allant jusqu'à consacrer une partie à part sur la situation des personnes mineures) et d'inciter d'autre part les autorités françaises à légiférer sur la question du changement de la mention de sexe pour les personnes mineures.

2. DISCUSSION ET RECOMMANDATIONS

Nous nous appuyons ici sur un travail réalisé auprès de la Direction des affaires civiles et du Sceau en mai 2023 et portant sur l'évaluation de la procédure de changement de la mention de

⁷ CE, 10^{ème}-9^{ème} ch. réunies, 21 juin 2023, n° 452850.

⁸ CJUE, *Affaire Deldits*, C-247/23.

⁹ Chambéry, 25 janv. 2022, n° 21/01282

sexe¹⁰. Pour reprendre les difficultés principales et les recommandations que nous y avons faites :

1° Sur la question du caractère médicalisé, nous nous alignons avec le contenu de la décision-cadre en ce qui concerne la survie d'une forme de médicalisation, qualifiée parfois de « rampante » en doctrine. Le Tribunal judiciaire de Lyon exige par exemple, selon M^e Gandonou, la remise de clichés (avant et après transition). Or, la présence de preuve à caractère médical dans les dossiers et/ou la demande expresse de certificats médicaux par les juridictions amoindrit la portée de l'objectif de démedicalisation. Dans l'attente d'une modification de l'article 61-6 alinéa 3 du Code civil qui aurait pour but d'interdire expressément la présence de documents à caractère médical dans les dossiers et d'enjoindre aux magistrat-es du siège et du parquet de s'en tenir aux attestations et témoignages à caractère non médical, la Défenseuse des droits pourrait défendre une interprétation en ce sens du cadre juridique, en soulignant que l'approche pathologisante induite par de tels certificats méconnaîtrait le droit au respect de la vie privée des personnes transgenres, alors que leur genre peut être établi par d'autres manières beaucoup moins invasives pour elles, ce qui suffit à montrer le caractère disproportionné de l'atteinte qu'elles subissent du fait de tels certificats.

2° Sur le caractère judiciaire de la procédure, nous nous alignons également avec le contenu de la décision-cadre sur la nécessité du passage à une procédure déclaratoire. Ceci afin de mettre fin à cette démarche d'authentification du genre par le juge. Le Défenseur des droits Jacques Toubon dénonçait en effet à l'époque « *la logique conduisant à permettre à la société, à travers un juge ou un officier d'état civil, de déterminer le genre d'une personne* ». Le passage à une déjudiciarisation est un moyen de mettre fin à une situation dans laquelle la personne doit prouver son identité de maintes façons. L'actuelle procédure n'est satisfaisante ni à l'échelle individuelle, sur le plan du respect dû à la vie privée, ni à l'échelle collective, en raison du renforcement des stéréotypes de genre qu'elle implique.

3° Sur l'accessibilité de la modification, il est nécessaire que la Défenseuse des droits clarifie sa position sur l'accessibilité de la procédure aux personnes mineures au regard des débats doctrinaux sur la question, comme évoqué plus haut, et des positions semble-t-il contradictoires de l'institution, celle-ci ayant suggéré dans son avis 17-04 que la procédure serait fermée aux personnes mineures¹¹ — ce qui avait été à l'époque contesté¹² — alors que la décision-cadre, dans un passage ne concernant pas toutefois l'état civil, laisse penser que la procédure serait ouverte aux personnes mineures¹³. Il serait opportun de faire apparaître une section à part entière sur la question de l'état civil des personnes mineures.

Sur le fond, il serait opportun que la Défenseuse des droits encourage le législateur à légiférer explicitement sur la question du changement de la mention du sexe pour les personnes mineures,

¹⁰ C. Borrel, B. Moron-Puech, « Le changement de la mention de sexe et du prénom à l'état civil : rapport d'évaluation de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2023, chron. n° 43, [en ligne].

¹¹ DDD, *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 févr. 2017, p. 13 : "Enfin, à l'instar de la procédure mise en place à Malte et en Irlande, le Défenseur des droits recommande que la possibilité de changer la mention du sexe à l'état civil soit ouverte aux personnes mineures. La procédure serait déclenchée par les représentants légaux et prévoirait le recueil du consentement de l'enfant par le juge".

¹² B. Moron-Puech, " [Les mineurs peuvent-ils changer la mention de leur sexe à l'état civil ?](#)", *Intersexes et autres thèmes (juridiques)*, *Carnet Hypothèses*, 4 avr. 2017.

¹³ "En effet, un mineur ou une mineure ne peut pas demander un changement de prénom ou de sexe à l'état civil, à moins d'être émancipé, si ses représentants légaux s'y opposent" (p. 9).

car le droit positif sur ce point résulte d'une simple déduction venant combler le silence de l'article 61-5 du Code civil. En effet, si pour le changement des nom et prénom, le législateur a pris soin de préciser le régime applicable aux mineurs¹⁴, pourquoi ne pas étayer l'article 61-5, sur le changement de la mention du sexe, avec des précisions en ce sens ? À cet égard, la nouvelle décision-cadre pourra également discuter de la limite d'âge des 18 ans ; en effet il faut souligner que plusieurs législations ont fait le choix d'adopter une limite d'âge plus basse¹⁵.

Par ailleurs, la situation d'autres bénéficiaires potentiels de cette procédure gagnerait à apparaître, ce d'autant plus qu'il s'agit bien souvent de personnes vulnérables. On songe aux personnes détenues (comment peuvent-elle avoir accès au changement ?) et aux personnes étrangères, qu'elles disposent d'un statut personnel plus permissif ou plus restrictif qu'en droit français.

4° Sur le contenu de la mention, il serait souhaitable que la nouvelle décision-cadre traite du caractère binaire et impératif de la mention du sexe tel qu'il est proclamé en droit positif. Au-delà du fait que le système actuel ignore les identités de genre qui ne correspondent pas aux mentions masculin ou féminin, le principe même de l'inscription d'une mention de « sexe » pose problème en raison de sa désuétude et de son ambiguïté. En effet, les données constatées à la naissance et par la suite inscrites sur l'acte de l'état civil n'ont pas de lien avec l'identité de genre qui se développe bien après la naissance.

Les réflexions de la Défenseuse des droits sur ces différents points pourraient être enrichies d'une perspective de droit comparé, avec notamment la récente entrée en vigueur de la loi sur l'autodétermination en Allemagne¹⁶. Pour en souligner les grandes lignes : une procédure déjudiciarisée avec une pluralité de mentions (F, M, divers ou pas de marqueur) ; l'explicitation de l'accès des personnes mineures à cette procédure, la loi allemande prévoyant clairement un accès au changement mais sous assistance ou représentation des représentants légaux en fonction de l'âge.

5° Sur les indications genrées en dehors de l'état civil, la nouvelle décision-cadre pourrait adopter une approche plus pragmatique car la seule question de la mention du sexe sur l'état civil n'est pas suffisante. Les mentions F/M ou bien la civilité apparaissent sur bien d'autres documents ayant un impact plus immédiat pour les personnes concernées (documents d'identité, carte professionnelle, carte bancaire, sécurité sociale, etc...). Il serait ainsi pertinent :

- ➔ Soit de mentionner que certains de ces documents sont traités par la décision-cadre dans leurs domaines respectifs (éducation, emploi, accès aux services et biens).
- ➔ Soit de les rassembler à la suite des développements sur l'état civil.

Sur la question spécifique de la civilité (comprise ici comme la mention Madame/Monsieur), nous nous écartons partiellement de la position selon laquelle la mention de la civilité ne relève pas des éléments de l'état civil¹⁷. En effet, en ce que la civilité inclut des mentions autres que homme / femme (Dr. / Pr., etc.) elle apparaît distincte de l'état civil. Mais en ce que la civilité est

¹⁴ C. civ., art 60 et 61-3.

¹⁵ Voir les exemples fournis dans le rapport du Conseil de l'Europe, *La reconnaissance juridique du genre en Europe*, juin 2022, p. 29 et ss. Le rapport mentionne l'exemple norvégien et maltais avec un âge abaissé à 16 ans.

¹⁶ P. Michel « La loi sur l'autodétermination du genre entre en vigueur : l'Allemagne montre-t-elle la voie ? », *Le club des juristes*, 7 nov. 2024, [en ligne].

¹⁷ Circulaire du 20 juin 2023 relative à la prise en compte de la diversité des familles et au respect de de l'identité des personnes transgenres dans la fonction publique de l'Etat, p. 4.

liée au genre officiel de la personne, elle y est rattachée car le genre est une information renseignée par l'état civil, au travers des mentions de sexe, de prénom ou des mentions genrées grammaticalement. Pour autant, nous pensons que cette mention devrait n'être ni obligatoirement présente, ni obligatoirement binaire, en particulier pour tenir compte des personnes étrangères se situant en France ou encore pour tenir compte des personnes ayant des mentions contradictoires du point de vue du genre (une mention de sexe renvoyant vers un genre féminin et une mention de prénom renvoyant vers un genre masculin par exemple).

Notre proposition est que la civilité suive le même régime que le prénom d'usage c'est-à-dire une utilisation libre, sans justification préalable et sans communication nécessaire, compte tenu de ce qu'il s'agit d'une donnée personnelle dont la collecte doit être nécessaire. La langue française est en outre suffisamment riche pour permettre la discussion avec une personne sans qu'on ne connaisse son genre ou même avec un genre neutre (on a pu proposer Mx en lieu et place de M. / Mme.) ; de nombreux guides de rédaction épiciène existent au demeurant.

La suggestion de la Défenseuse des droits de supprimer complètement la civilité ne nous paraît pas satisfaisante car il faut respecter la volonté des personnes souhaitant toujours posséder ce marqueur de genre. En revanche cette mention doit être facultative et ouverte ; il faut certes tenir compte des contraintes de communications inhérentes à la langue française.

L'impossibilité de se départir de la civilité binaire nous a été signalée dans le cas particulier d'une carte de professionnel de santé. Une personne souhaitait en effet supprimer l'indication de sa civilité sur le système d'information du tableau de l'Ordre ; un refus lui a été opposé au regard de l'arrêté du 23 septembre 2022 sur le Répertoire partagé des professionnels intervenant dans le système de santé (RPPS, articles 2 et 4) : les données demandées à l'ensemble des professionnels de santé répondent aux données présentes sur l'état civil, il n'est donc pas possible de ne pas afficher de civilité/genre. Le lien immédiat fait entre la mention du sexe telle qu'elle est inscrite à l'état civil et la civilité constitue un frein au respect dû à l'identité de genre et peut ainsi conduire au mégenrage (voir infra point IV sur l'accès aux biens et services).

On ajoutera la question du numéro de sécurité sociale, lequel gagnerait à être réformé pour tenir compte de la complexité des situations : un homme transgenre pouvant continuer à être dépisté pour le cancer du col de l'utérus ou une femme transgenre pour le dépistage du cancer de la prostate. Ceci simplifierait en outre les démarches à accomplir par les personnes transgenres postérieurement au changement de la mention du sexe à l'état civil. Au demeurant, plusieurs États disposent de numéro de sécurité sociale générés anonymement et sans lien avec le sexe de l'état civil.

C) Sur la filiation

1. ELEMENTS D'ACTUALISATION

La question de l'établissement de la filiation pour la ou le parent trans a connu en France un contentieux marquant¹⁸, à propos précisément d'une femme ayant conçu un enfant avec son épouse à l'aide de ses gamètes mâles. En l'absence d'une prise de position du législateur en 2016, la jurisprudence a tenté de résoudre cette question mais il en est résulté une nette opposition : en 2020, la Cour de cassation interdit l'expression de « parent biologique » et impose à la parente de l'espèce de recourir aux modes d'établissement de filiation réservés au père en raison de l'interdiction de la double maternité. Puis, la Cour d'appel de Toulouse statuant après renvoi en 2022, tente de résister à cette solution et prononce l'établissement judiciaire du lien de filiation maternel.

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre de contentieux opposant des parents trans aux autorités allemandes, le juge européen a retenu l'absence de violation de l'article 8 de la Convention dans le cas où les autorités refusent d'établir le lien de filiation conformément à l'identité de genre du parent¹⁹.

2. DISCUSSION ET RECOMMANDATIONS

Concernant la situation évoquée par la Défenseuse des droits, à propos de l'homme ayant accouché en mars 2023, il est ainsi impossible de prévoir l'issue de sa demande d'établissement de filiation. Qu'en sera-t-il de la position des juges si une juridiction venait à être saisie ? Il est permis de douter de l'autorité de la solution de la Cour de cassation de 2020 : outre sa date, il est impossible d'ignorer la résistance flagrante de la Cour d'appel de renvoi. Toutefois, l'argument de la position de la Cour européenne des droits de l'homme constitue bel et bien un obstacle dans la démarche du parent trans.

Il incombe ainsi à la Défenseuse des droits de prendre position, en soulignant d'abord la nécessité pour le législateur français de régler la question de la filiation des parents transgenres. De cette lacune ignorée par la réforme de 2016, s'en suit une situation d'imprévisibilité de la norme et il existe au regard des exigences européennes une obligation positive à l'encontre de l'Etat français de clarifier le droit positif. Par ailleurs, un deuxième argument consiste à mettre en avant que le refus d'établir la filiation du parent trans conformément à son identité de genre place ce dernier dans une situation similaire au fameux « dilemme insoluble » qui avait été caractérisé en 2017 à l'occasion de la condamnation de la France par la CEDH²⁰. En effet, en ce qui semble être l'état du droit positif, le parent trans doit choisir entre le respect de son identité de genre ou l'établissement de sa filiation.

La nécessité d'une réforme n'étant plus à démontrer, il est nécessaire que la nouvelle décision-cadre contienne des propositions en ce sens : *a minima* en sollicitant habilement les textes de droit positif pour enregistrer la filiation (maternelle ou paternelle) sans user des termes de père et mère dans l'acte de naissance alors rédigé littéralement et non pas par rubrique²¹, mais

¹⁸ TGI Montpellier, 22 juill. 2016 (n° 15/05019) ; CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : Jurisdata n° 2018-019949 ; Civ. 1ère, 16 sept. 2020, n° 18-50.080, 19-11.251 ; CA Toulouse, 9 févr. 2022, n° 20/03128.

¹⁹ CEDH, *A.H c. Allemagne*, 29 janv. 2020, n° 7246/20 ; *O.H et G.H c. Allemagne*, 4 avr. 2023, n°s 53568/18 et 54741/18.

²⁰ CEDH, 6 avr. 2017, *AP, Garçon et Nicot c. France*, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

²¹ Sur cette liberté rédactionnelle, v. la circulaire du 28 oct. 2011 relative à l'état civil, § 48.

en réservant ces termes-là pour le livret de famille, en respectant dans ce cas le genre de la personne²² ; *a maxima* en s'orientant vers une désexuation de la filiation pour faire disparaître les termes de « filiation maternelle » et « paternelle ». Au-delà de résoudre la question des parents transgenres, cela permettra également de respecter l'identité des personnes non binaires ou agenres.

Ici encore, le recours au droit comparé permettra d'étayer l'argumentation. En Espagne, la « loi d'égalité réelle et effective des personnes trans », adoptée en février 2023, abandonne le lien entre l'identité de genre et le rôle dans la procréation : la personne qui accouche n'est pas nécessairement une femme et la personne ayant conçu avec son sperme n'est pas nécessairement un homme. Un changement terminologique est alors produit. Il serait possible d'utiliser les termes de parent gestateur/gestationnel ou de parent non gestateur/gestationnel. Un modèle similaire est présent en Islande, avec l'emploi du terme « personne enceinte » et l'accent mis sur le rôle social du parent²³ ; la reconnaissance de l'identité non binaire du parent y est également consacrée²⁴.

II. EDUCATION

1° Concernant la circulaire Blanquer et son application, nous déplorons un système trop peu protecteur de l'enfant et de son identité de genre. La prééminence de l'accord parental fait échec à la protection effective des droits des personnes mineures transgenres.

Le manque d'autonomie du mineur dans le milieu scolaire relativement à son identité de genre a été récemment démontré par un arrêt du Tribunal administratif de Paris qui a qualifié de « faute » le fait pour un responsable d'établissement d'utiliser le prénom préféré d'un élève sans avoir au préalable obtenu l'accord des parents²⁵.

Nous recommandons ainsi à la Défenseuse des droits de promouvoir une plus grande autonomie de la personne mineure quant à l'usage de ses prénoms et pronoms préférés. Tout d'abord, comme souligné en doctrine²⁶, le fondement juridique à employer ici est le droit conventionnel au respect de l'identité de genre et non le fondement légal de l'école inclusive contenu à l'article L. 111-1 du Code de l'éducation. En effet, par le jeu de la hiérarchie des normes, le droit à l'identité de genre, rattaché à la vie privée de l'enfant et protégé au niveau conventionnel, permet de dépasser les contraintes de l'autorité parentale en tant que norme à valeur législative.

²² V. [Ministère de la Justice, Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil](#), p. 9 : " En conséquence, le nouveau livret pourra être délivré avec les adaptations nécessaires à la nouvelle identité de genre résultant de la décision judiciaire. Ainsi l'intitulé « Epoux ou Père » « Epouse ou Mère » de la page dans laquelle est apposé l'extrait d'acte de naissance du parent ayant changé de sexe à l'état civil ou son extrait d'acte de mariage sera adapté en fonction du nouvel état de la personne concernée. En outre, ce nouveau livret en intégrera directement le ou les nouveaux prénoms sans référence à la décision.

²³ [Lög um breytingu á barnalögum, nr. 76/2003 \(kynrænt sjálfræði\) \[Loi modifiant la loi sur l'enfance, n° 76/2003 \(autonomie sexuelle\)\], 21 mai 2021, loi n° 49, art. 4. Adde la loi danoise du 15 févr. 2022 : \[Lov om ændring af børneloven, navneloven og forskellige andre love\]\(#\).](#)

²⁴ *Idem*.

²⁵ TA Paris, 3^e chambre, 17 juill. 2024, n° 2210744.

²⁶ B. Moron-Puech, "Retour historique et critique sur l'avènement du « genre » dans les normes de droit positif français", in *Criminocorpus*, Actes du colloque : Genre, discours, droit : Théories et outils, 2025 (à paraître).

Le droit positif français connaît déjà des exceptions à l'exigence de l'accord parental, il convient ainsi d'assurer une meilleure reconnaissance de l'identité de genre de la personne mineure en déterminant, dans le milieu scolaire et de manière plus précise, les décisions pouvant être prises par l'enfant seulement et celles nécessitant l'accord des titulaires de l'autorité parentale. On pourra ici s'inspirer de la version de 2020 du règlement n° 713 du Nouveau Brunswick sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre²⁷. Enfin, et toujours dans un objectif d'autonomisation, la nouvelle décision-cadre pourra souligner le fait que la circulaire ne distingue pas, afin d'autoriser l'utilisation des prénoms et pronoms préférés, selon l'âge de l'élève concerné ; il serait opportun ici que la circulaire adopte un système basé sur le degré de discernement et d'autonomie.

2° Concernant les établissements non soumis à la circulaire Blanquer, la Défenseuse des droits doit sensibiliser sur la diffusion des guides de l'enseignement catholique qui remettent beaucoup en question la sincérité de l'affirmation de leur identité de genre par les enfants²⁸.

3° Concernant les espaces genrés, le milieu éducatif, tant dans le primaire, le secondaire qu'universitaire, est censé œuvrer pour l'égalité et la mixité entre les hommes et les femmes²⁹ et lutter contre les "stéréotypes sexués"³⁰. Pourtant, continuent à exister au sein de ces lieux d'éducation des espaces ségrégués selon le genre ou le sexe des individus, à rebours de cet impératif de mixité. Tel est le cas des toilettes, encore qu'à notre connaissance aucun texte n'impose une telle ségrégation. Tel est également le cas pour les dortoirs. Mentionnons également l'art. R. 227-6 du CASF qui impose des dortoirs ségrégués pour les personnes mineures qui bénéficient hors du domicile parental, à l'occasion des vacances scolaires, des congés professionnels ou des loisirs, d'un mode d'accueil collectif à caractère éducatif.

Or, tous ces espaces créent des difficultés spécifiques pour les personnes transgenres car leur critère de répartition a été fixé à une époque où n'existait aucune dissociation des caractéristiques sexuées et du genre. Le critère de la ségrégation devrait être explicité d'une part et cette ségrégation devrait sans doute être supprimée car entretenant des stéréotypes sur la sexualité prétendue des enfants.

4° Concernant le langage, il paraît essentiel que les personnes non-binaires puissent recevoir un enseignement dans le cadre d'une scolarisation inclusive, conformément à l'article L. 111-1 du code de l'éducation. Il est dès lors indispensable que ces enfants reçoivent une éducation leur permettant d'exprimer dans leur langue la non-binarité, ce qui implique de supprimer les barrières à l'enseignement d'un langage inclusif à l'école³¹. À cet égard, il est regrettable, pour les élèves transgenres non-binaires, que la Défenseuse des droits ait considéré que l'interdiction de l'utilisation et de l'enseignement du langage inclusif à l'école ne posait aucun problème de respect des droits humains et ne rentrait dès lors pas dans sa compétence (n° de dossier 23-033623).

²⁷ [Nouveau-Brunswick, Département de l'éducation du développement de la petite enfance, Orientation sexuelle et identité de genre, Police 713, 17 août 2020, § 6.3.](#)

²⁸ <https://enseignement-catholique.fr/des-fiches-pour-mieux-accompagner/>

²⁹ L. 121-1 c. de l'éducation.

³⁰ Art. L. 123-6 c. de l'éducation.

³¹ Not. Circulaire du ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports, *Règles de féminisation dans les actes administratifs du ministère de l'éducation nationale, de la jeunesse et des sports et les pratiques d'enseignement* du 5 mai 2021, BOMENJS, n° 18, 6 mai 2021, NOR : MENB2114203C.

III. EMPLOI

Sur l'origine des difficultés :

Les développements par lesquels débute la section que la décision-cadre consacre à l'emploi mériteraient de mieux préciser conceptuellement l'origine du problème. Plutôt que de parler de l'“apparence physique” et de l'“identité juridique”, qui ne sont pas des expressions assez précises, mieux vaudrait indiquer que ces personnes ont une identité et peut-être aussi une expression personnelle de leur genre, distincte de l'expression officielle du genre découlant de leurs documents d'identité. Il est en effet important de bien souligner que ces mentions de sexe sur l'acte de naissance et sur les documents d'identité ne renvoient pas qu'à des informations biologiques ou encore de ne pas laisser entendre que le sexe biologique des personnes serait contraire à leur genre (alors que ces notions sont présentées généralement comme distinctes), mais plutôt de montrer que le problème concerne le genre et l'incohérence (incongruence pour parler comme la CIM) qui peut exister entre qui est la personne et ce que son état civil dit d'elle.

Sur les sources :

Pourraient être citées les deux études sur le sujet parues dans la revue de l'OIT, une sur la Suisse décrivant les réalités du travail des minorités de genre³² et une plus méthodologique évoquant les problèmes de quantification du phénomène³³. Les travaux de l'OIT³⁴ ainsi que les nouveaux chiffres de l'Agence européenne des droits fondamentaux pourraient être aussi référencés³⁵. Pourraient également être mentionnées les décisions de justice depuis intervenues, notamment celle du Conseil des prud'hommes d'Angers qui a retenu la discrimination liée à l'identité de genre, ainsi que le harcèlement moral envers une salariée³⁶.

Sur les recommandations à formuler :

1° Outre ce qui a été dit plus haut sur le respect de la civilité, la Défenseuse des droits gagnerait à affirmer clairement le droit des minorités de genre à voir leur genre respecté, peu importe que les démarches de changement d'état civil aient ou non été mises en œuvre. En effet, les normes de droit de l'Union européenne s'appliquent à la relation de travail et la Cour de justice de l'Union européenne, chargée de l'application de ces normes, paraît interpréter le dernier état de la jurisprudence de la CEDH comme incompatible avec des législations ou pratiques subordonnant la reconnaissance du genre à une décision judiciaire³⁷. Certes, en 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a pu dire “qu'elle n'a pas mis en cause le choix des législateurs en soi de confier à l'autorité judiciaire plutôt qu'à l'autorité administrative les décisions en matière de changement de registre d'état civil des personnes transsexuelles (sic)”³⁸. Néanmoins, elle n'a pas réitéré l'affirmation dans les affaires transgenres qu'elle a jugées depuis et, en outre, dans le cas français, dans la mesure où moins d'1% des décisions portant sur une demande de

³² L. Parini, “Faire et défaire le genre au travail: parcours professionnels de personnes trans en Suisse”, *RIT*, vol. 161, Issue 3, p. 445-463.

³³ M. Baiocco *et al.*, “Élaboration d'un indice composite de qualité de l'emploi des travailleurs et travailleuses LGBTQ+ du Québec (Canada)”, *RIT*, Vol. 162, Issue 2, p. 361-388.

³⁴ OIT, *Inclusion des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres, intersexes et queers (LGBTIQ+) dans le monde du travail: Guide d'apprentissage*, 2022

³⁵ UE, ADF (FRA), *LGBTIQ at a crossroads: progress and challenges*, mai 2024.

³⁶ CPH Angers, 24 juin 2024, n° 23/00342.

³⁷ V. CJUE, *Mirin*, 4 oct. 2023, aff. C-4/23 et notre commentaire en ce sens dans [”Affaire Mirin : avis de tempête en droit des personnes ?”](#), *Le club des juristes*, 5 nov. 2024.

³⁸ [CEDH, 19 janv. 2021, X. et Y. c. Roumanie, n° 2145/16 20607/16.](#)

changement de la mention du sexe sont des refus³⁹, on peut sérieusement douter de la proportionnalité d'une telle exigence de contrôle judiciaire alors que, compte tenu de l'encombrement des juridictions, la procédure s'en trouve considérablement ralentie et ne paraît pas pouvoir être qualifiée de "rapide", ainsi que l'exige la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

2° Gagnerait aussi à être affirmé clairement et au moyen d'un argumentaire juridique, le fait que la non-rectification des documents édités dans le passé pour des fins présentes (fiche de paie par exemple, attestation d'emploi, etc.) est incompatible avec le droit au respect de la vie privée. On se souvient que le Conseil d'État a refusé une telle rectification⁴⁰, mais encore faut-il relever qu'alors que la décision de cette juridiction portait sur une question nouvelle et aux enjeux importants, celle-ci n'a fait l'objet d'aucune publication au Recueil, ce qui paraît suggérer une certaine mise à distance de cette décision par la direction de la Haute juridiction administrative. Surtout, la décision prend bien la peine de souligner que celle-ci est rendue sans examen de l'argument de la conventionnalité du refus de rectification au regard des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui laisse bien ouverte la porte à une telle interprétation. Dans ces conditions, il serait souhaitable, à partir des cas remontés à la Défenseuse des droits, de montrer les difficultés concrètes que cette non-délivrance de documents rectifiés fait peser sur la personne, les obstacles à l'emploi que cela entraîne, ainsi que la soumission à l'arbitraire du précédent employeur qui, dans un nombre non négligeable de cas aura qui plus est été quitté par le salarié en raison d'un environnement insuffisamment inclusif.

3° Concernant le respect de l'identité de genre des personnes non binaires, la Défenseuse des droits gagnerait à affirmer que celles-ci ont le droit à être genrées d'une manière respectant leur identité de genre, en particulier au moyen de formules épïcènes. Modèle peut ici être pris auprès de l'Union européenne qui, dans ses relations numériques avec les administræes, leur offre la possibilité de ne pas être genræe aux seuls genres masculins et féminins, en leur demandant alors de préciser les moyens de les désigner⁴¹. De même, afin d'assurer le respect de l'identité de genre de ces personnes dans le langage et plus généralement de toutes les minorités de genre, la Défenseuse des droits gagnerait à expliciter l'application du texte du code du travail sanctionnant les agissements sexistes⁴² aux pratiques intentionnelles de mégenrage, c'est-à-dire le fait d'utiliser intentionnellement un genre grammatical distinct de celui demandé par la personne.

4° S'agissant des toilettes sur le lieu de travail, une étude a récemment montré les problèmes que celles-ci posaient pour les minorités sexuées, sexuelles genrées⁴³, compte tenu de l'obligation de tenir des lieux séparés pour les hommes et les femmes avec des dispositifs dédiés⁴⁴, même s'il est vrai que, parmi les violences rencontrées dans ces lieux, celles-ci surviennent moins souvent sur le lieu de travail que dans les lieux publics (étude précitée). Ces problèmes sont liés à la confusion qu'opère ces espaces professionnels entre les caractéristiques sexuées et le genre des personnes, qu'il s'agisse de l'expression de genre ou de

³⁹ V. B. Moron-Puech et C. Borrel (préc.).

⁴⁰ CE, 10 avr. 2023, n° 462479. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047446681>.

⁴¹ <https://www.consilium.europa.eu/fr/contact/ask-a-question/>.

⁴² L. 1142-2-1 c. trav.

⁴³ H. Boni, B. Moron-Puech, L. Mosconi, "La (dé)ségrégation des toilettes", *Techniques et Cultures*, Dossier « Fabriquer le genre », coordonné par P. Bonnemère, F. Cochoy et C. Maillet, 77 | 2022.

⁴⁴ [Art. R. 4228-10 c. trav.](#)

l'identité de genre. Depuis la loi dite J21 de 2016, ces éléments sont dissociés, de sorte qu'il n'est plus raisonnable de penser qu'une personne d'une expression de genre donnée (vêtement et apparence masculine ou féminine) aura des caractéristiques sexuées données lui permettant d'utiliser un urinoir. Mieux vaudrait donc clarifier le critère d'accès à ces toilettes (le genre pour l'apparence ou les caractéristiques sexuées pour les organes adaptés aux dispositifs techniques d'évacuation de l'urine) ce qui éviterait toute violence et discrimination et permettrait aussi de lutter contre les stéréotypes de genre binaire, hiérarchique et biologisants induits par de telles "technologies du genre" (étude précitée). Un procédé plus catégorique et qui éviterait en outre de reproduire des stéréotypes de genre, comme indiqué supra à propos de l'éducation, serait la généralisation des toilettes mixtes uniformisés (cabinets individuels fermés) avec, si l'espace des locaux le permet, la mise à disposition de toilettes non mixtes.

5° Enfin, en lien avec la recommandation précédente, une dernière recommandation devrait être faite à propos des professions dont l'accès demeure lié au "sexe", avec toute l'ambiguïté de cette notion, en particulier l'activité sportive professionnelle. Compte tenu de la ségrégation des sexes persistante dans ces milieux, devrait être clarifié par les instances régulatrices le point de savoir si l'appartenance aux catégories existantes se fait sur la base des caractéristiques sexuées, du genre ou de l'état civil. Pour le cas où il s'agirait des caractéristiques sexuées, la situation des personnes intersexuées devrait être régulée en leur offrant la possibilité de choisir leur catégorie, ces personnes n'ayant pas à subir les conséquences de catégories mal construites, alors que d'autres modèles de catégorisation plus fins existent, comme en témoignent le sport adapté ou l'handisport. Pour le cas où il s'agirait du genre, la situation des personnes non binaires devrait être également prise en compte, en leur offrant la possibilité de choisir leur catégorie, celles-ci n'ayant à nouveau pas à subir l'insuffisance des catégories sportives retenues par les instances dirigeantes du sport. Il est toutefois important de noter que dans le cas où l'on assumerait une séparation fondée sur les caractéristiques sexuées, l'on tomberait dans l'écueil du sexisme et de la confusion car cela reviendrait *in fine* à assimiler organes génitaux et niveaux de performance, alors qu'il serait préférable d'envisager d'autres caractéristiques biologiques davantage en lien avec la performance (âge, poids, taille etc...) pour différencier les athlètes.

La même remarque s'applique aux milieux religieux, pour lesquels les problèmes les plus importants concernent davantage l'accès aux biens et aux services.

IV. ACCES AUX BIENS ET SERVICES

Extension de la protection à l'expression de genre

L'accès aux biens et aux services ne se faisant généralement pas après une discussion sur l'identité des personnes, mais sur la base de leur apparence, il est crucial que le cadre législatif actuel, pour protéger efficacement les minorités de genre, mentionne l'expression de genre, à côté de l'identité de genre. Il est vrai, certes, que cette notion d'expression de genre n'est encore que peu reconnue en droit français, ne figurant pas par exemple dans la liste des discriminations prohibées en droit pénal, droit du travail, droit de la fonction publique, etc. Néanmoins cette notion figure dans des décisions du Conseil d'État⁴⁵ qui l'utilise sans mise à distance, et donc semble-t-il en se l'appropriant, dans un contentieux portant sur une circulaire où elle est elle-même utilisée⁴⁶. En outre, elle figure dans des lois étrangères, parfois citées par le Conseil

⁴⁵ CE, 28 sept. 2022, n° 458403 ; CE, 29 déc. 2023, n° 463697.

⁴⁶ Ministère de l'éducation nationale de la jeunesse et des sports, *Lignes directrices à l'attention de l'ensemble des personnels de l'éducation nationale*, 29 sept. 2021, MENE2128373C.

d'État⁴⁷. Enfin, depuis au moins 2022, le Conseil de l'Europe utilise cette notion à côté de celle de l'identité de genre dans diverses productions du Comité directeur sur l'anti-discrimination, la diversité et l'inclusion (CDADI)⁴⁸ ou du "Commissaire aux droits de l'homme" du Conseil de l'Europe⁴⁹. Elle figure également dans l'intitulé du "Comité d'experts" ADI-SOGIESC⁵⁰. À défaut de parler d'expression de genre, on pourrait *a minima* combiner le critère de l'apparence physique rapportée à l'identité de genre (vraie ou supposée) comme le suggère Julie Mattiussi.

Dans ces conditions, il paraît important que la recommandation ne laisse pas entendre que le genre des personnes ne pourrait être protégé qu'au travers de la notion d'identité de genre ou au travers de documents d'identité. Toutes les fois où aucun droit des tiers n'est en jeu et où la personne ne demande qu'à être genrée correctement, le genre des personnes devrait être respecté sur simple demande sans que ne soit exigée la communication d'un document d'identité. Le mégenrage ne saurait être combattu que par la seule preuve d'une mention de sexe à l'état civil "correspondant" au genre revendiqué par la personne.

À propos du mégenrage, la Défenseuse des droits gagnerait à défendre l'application au mégenrage du délit d'outrage sexiste. En effet, alors que sa formulation initiale, ne mentionnant que les propos ou comportement à caractère sexiste ou sexuel⁵¹, pouvait sembler exclure les propos touchant au genre⁵², compte tenu notamment des travaux parlementaires lors de la loi dite Schiappa ayant conduit à son adoption, la transformation en 2023 de cette infraction en délit, en présence d'un propos motivé par l'identité de genre de la personne⁵³, doit conduire à retenir une interprétation large de ce texte et à l'appliquer aussi aux propos ou comportements outrageants liés au genre de la personne et donc notamment aux propos mégenrant une personne, malgré les protestations de cette dernière. En effet, de tels propos sont bien humiliants pour la personne, qu'ils ramènent toujours à ses organes génitaux à la naissance, sans tenir compte de son identité. Eu égard à l'interprétation extensive de cette infraction d'outrage sexiste et sexuel récemment retenue par la Cour de cassation⁵⁴, il nous semble désormais très probable qu'il soit également interprété comme applicable au mégenrage.

Sur l'accès à certains biens et services particuliers

Accès aux biens et services religieux

⁴⁷ Georgie, *Loi sur l'élimination de toutes les formes de discrimination*, 2 mai 2014, art. 1er, <https://matsne.gov.ge/en/document/view/2339687?publication=0> citée dans CE, 2 juill. 2021, n° 437141.

⁴⁸ CdE, CDADI, *La reconnaissance juridique du genre en Europe. Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5, 2022* ; CdE, CDADI, *Deuxième rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures pour combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 2023*.

⁴⁹ CdE, Commissaire aux droits de l'homme, *Human Rights and Gender Identity and Expression*, Issue Paper, 2024.

⁵⁰ Comité d'experts sur l'orientation sexuelle, l'identité et l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles

⁵¹ Art. 621-1 ancien du c. pén.

⁵² V. B. Moron-Puech, *Propositions d'amélioration de la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 3 août 2018*, 2020, p. 3 et 4.

⁵³ [Art. 222-33-1-1 c. pén.](#) créé par la loi du 24 janv. 2023.

⁵⁴ Cass. crim., 25 septembre 2024, n° 23-86.170, sur lequel v. le commentaire d'E. Dreyer, soulignant (pour la dénoncer) cette interprétation extensive : "[Outrage sexuel ou sexiste : questions de principe mais arrêt de la pire espèce](#)", *Lexbase. Le Quotidien, Droit pénal spécial*, 14 oct. 2024.

Une attention particulière devrait être accordée aux discriminations dans l'accès aux biens et services religieux, celles-ci étant aussi concernées par l'interdiction de discriminer les personnes selon leur genre. En effet, les institutions religieuses sont en particulier concernées par les refus d'accès à des lieux religieux ou le refus de participation à des cérémonies ou encore le refus de bénéficier de sacrements en raison du genre de la personne. De tels cas ont été rapportés dans la presse à propos de discrimination sur l'orientation sexuelle⁵⁵ et les récentes mises au point pontificales⁵⁶ à propos de l'accès au baptême des personnes transgenres ou encore de leur participation comme témoin à des sacrements, montrent que ces problèmes se posent sur le terrain.

Accès au sport amateur

Pour l'accès au sport amateur, la même question se pose, ainsi que l'a illustré le documentaire *Petite fille*⁵⁷ où l'accès à un cours de danse est refusé à une enfant transgenre en raison de l'inadéquation prétendue de son vêtement. Bien que très largement diffusé, ce documentaire n'a à notre connaissance entraîné aucune poursuite du parquet, ni aucun signalement, alors même qu'on y voit à l'écran une discrimination dans l'accès à un service fondé sur l'identité de genre.

La question de la discrimination se pose par ailleurs au regard des catégories sportives garçon/fille, dont le critère de distinction (caractéristiques sexuées) n'est pas explicité et expose les personnes transgenres à une discrimination particulière.

Accès au sport universitaire

Pour le sport universitaire, Jean-Philippe Dos Prazeres, Directeur national adjoint de la Fédération française du sport universitaire (FFSU), indique que les difficultés remontées ont trait à l'inclusion d'étudiantes transgenres. Les notions de sécurité et d'équité sportive sont le plus souvent invoquées pour interdire l'accès à la compétition à ce public. Une partie du travail fédéral de la FFSU consiste à la sensibilisation des ligues régionales (les têtes de réseau de la FFSU) afin d'identifier ces cas de discrimination et de les remonter pour un traitement au niveau national .

S'agissant des échanges que la FFSU entretient avec les fédérations nationales, ils sont polymorphes. La FFSU a commencé par un travail interne de recherche qui a été prolongé par des échanges avec des étudiant·e·s en droit à l'université, inscrit·e·s dans une filière sportive. Cela a permis à la FFSU de mettre en place une méthodologie sur le traitement des demandes d'inclusion des étudiant·e·s dans leur offre de pratiques sportives. Si elle n'est pas encore validée en l'état par les instances dirigeantes, la FFSU dispose néanmoins d'un cadre réglementaire naissant qui marque une vraie prise de conscience du rôle de la fédération en matière d'inclusion et de lutte contre les discriminations. Les discussions de la FFSU avec les fédérations partenaires sont permanentes et la FFSU refuse de s'appuyer sur leurs recommandations restrictives pour les compétitrices

⁵⁵ Pour un refus de sacrement de décès, v. <https://www.francebleu.fr/infos/societe/paris-un-pretre-accuse-d-homophobie-apres-avoir-refuse-d-enterrer-une-femme-lesbienne-1529326838> ; pour le refus d'un service éducatif, se traduisant par une expulsion v. https://www.francetvinfo.fr/societe/homophobie/deux-associations-portent-plainte-contre-l-ex-direction-du-college-stanislas-pour-discrimination-liee-a-l-orientation-sexuelle_6327162.html

⁵⁶ [Pape François, Réponses à plusieurs questions de Son Excellence Mgr José Negri, évêque de Santo Amaro, Brésil, concernant la participation aux sacrements du baptême et du mariage des personnes transgenres et homosexuelles, 31 oct. 2023.](#)

⁵⁷ S. Lifshitz, *Petite fille*, AGAT Films & Cie.

transgenres, dès lors qu'elles viendraient en opposition avec la politique plus inclusive de la FFSU.

Pour l'avenir, la FFSU compte continuer les discussions avec les différentes parties prenantes et poursuivre son engagement à traiter la situation des étudiant·e·s transgenres sous l'angle des droits humains. Cela se traduit nécessairement par la multiplication de décisions en faveur de l'autodétermination sur la pratique sportive universitaire et ce à tous les niveaux de compétition.

Au titre des recommandations :

- Jean-Philippe Dos Prazeres insiste sur l'importance de la sensibilisation permanente de tous les acteurs du sport à la notion d'identité de genre, afin d'éviter les biais cognitifs et constituer un socle commun de connaissances permettant d'éviter les débats de premier niveau.
- Il recommande de rappeler aux acteurs du monde du sport le cadre juridique en matière de protection des personnes transgenres et de sanction en matière de discrimination.
- Il lui semble essentiel d'aller à la rencontre de « l'inconnu qui fait peur » pour nourrir empathie et tolérance mais surtout se débarrasser de ses préjugés sur les personnes transgenres. « Tout grand changement est ridicule, puis dangereux et enfin devient une évidence ».

Accès aux toilettes et vestiaires

L'accès aux toilettes et aux vestiaires collectifs peut également être problématique pour les personnes transgenres, puisque l'accès à ces espaces repose bien souvent sur le postulat d'une assimilation des caractéristiques sexuées au genre. Là encore, le critère d'accès à ces espaces devrait être clarifié (caractéristiques sexuées ou genre ?) et des dispositions devraient être prises pour les personnes non-binaires (soit liberté de choix, soit espace dédié) en s'assurant que l'exercice de ces droits ne soit pas associé à des formes de stigmatisations et de violences. Les principes additionnels de Jogjakarta peuvent être au demeurant une source d'inspiration⁵⁸.

V. SANTE ET PROTECTION SOCIALE

Au titre de la santé

1° La première difficulté est la pathologisation excessive des parcours transgenres, puisque le droit positif actuel, loin d'avoir dépathologisé la transidentité par un décret du 8 février 2010, l'a au contraire surpathologisé, en faisant passer la transidentité d'une ALD rattachée à la santé mentale à une ALD dite hors liste, pour laquelle il faut prouver une "affection grave caractérisée"⁵⁹.

2° Le principal problème reste l'accès aux soins et les délais d'attente liés à la fois à la persistance des pratiques exigeant le respect du protocole de 1989 et des deux années de suivi, mais aussi du manque de professionnels formés et soutenus par leur hiérarchie sur ces sujets. Les associations lyonnaises œuvrant pour le respect des droits des personnes transgenres et qui ont été interrogées par l'intermédiaire de Me Laura Gandonou sont unanimes : il y a un manque de professionnels formés et cela pour tous types de profession (généraliste, spécialiste, pharmacienne, technicienne de laboratoire, etc). Ceci entraîne des refus d'ALD, des

⁵⁸ V. spé. le [principe 35](#) sur le droit à l'assainissement.

⁵⁹ L. 160-14 du code de la sécurité sociale.

renouvellements d'ALD irréguliers, des refus de soin ou encore des professionnels de santé qui ne connaissent pas les démarches à accomplir pour être pris en charge. Tout ceci génère des effets sur la santé mentale des personnes transgenres qui subissent en effet les incertitudes du cadre réglementaire et de son application. Par ailleurs, certaines personnes demandent à pouvoir recevoir des traitements hormonaux par voie cutanée remboursés, ce qui leur est pour l'instant refusé au motif que seul le traitement hormonal le serait. La question du caractère discriminatoire de tels refus est posée par certains collectifs de personnes concernées.

La question de l'accès aux soins des personnes mineures est particulièrement prégnante, en particulier eu égard aux tentatives de remise en cause de leur droit d'accès aux soins par certaines initiatives parlementaires, qui nourrissent un discours hostile au plein respect de leurs droits et au risque d'une instrumentalisation de la prohibition des "thérapies de conversion" pour s'opposer aux traitements d'affirmation de genre demandés par les personnes mineures transgenres. Les associations lyonnaises interrogées font remonter des refus de prise en charge de soins pour des personnes mineures.

Un autre problème remonté concerne des refus de prise en charge après le changement d'état civil, au motif que certains actes médicaux seraient liés à la mention du sexe à l'état civil (donc au 1er numéro de sécurité sociale, en l'état du droit positif).

Face à toutes ces difficultés, une solution temporaire pourrait être pour la Défenseuse des droits de souligner le caractère discriminatoire de ces pratiques et d'encourager les personnes concernées à être prises en charge à l'étranger, puis à en demander le remboursement aux caisses françaises, en s'appuyant sur l'article 7, §7 de la [directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers](#) qui offre un tel remboursement si les conditions imposées sur le territoire national d'un État membre sont discriminatoires.

D'autres solutions, proposées par les associations lyonnaises précitées, pourraient être :

- D'adopter des réglementations claires et appliquées uniformément par les administrations et les praticiens ;
- De renforcer la législation contre les refus de soins de professionnel, qu'ils soient explicites ou implicites ;
- Que les ordres professionnels se mobilisent pour rappeler à leurs membres leurs obligations de prise en charge ;
- La mise sur place d'un groupe de travail autour de l'attribution d'Autorisation de Mise sur le Marché pour les produits pharmaceutiques dont l'utilisation se développe pour garantir une prise en charge des patients par leur praticienne.

Au titre de la protection sociale

1° En dehors de la question du remboursement des actes médicaux évoquée plus haut, nous ne disposons pas de données sur l'attribution des congés liés à la grossesse, mais il n'est pas à exclure que la transidentité soit parfois un obstacle au bénéfice de tels droits.

2° Nous savons par ailleurs qu'il n'est pas possible de s'inscrire sur la plateforme CESU en tant que femme si le numéro de sécurité sociale de la personne ne débute pas par un 2. Saisie de ce problème en 2023, la plateforme CESU a indiqué réfléchir à réaliser de nouveaux développements informatiques susceptibles de régler ce problème, mais à ce jour rien n'a été changé. Ceci est particulièrement problématique pour les travailleurs étrangers provenant d'un

État où ce changement d'état civil ne serait pas autorisé, car cela les oblige à dévoiler leur transidentité à leur employeur, alors même qu'on sait de manière incontestable grâce aux études de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne que les personnes transgenres sont plus exposées que d'autres à la discrimination sur le lieu de travail⁶⁰.

2° Ceci amène à examiner également la question de la discrimination dans les droits liés à la retraite. En effet, ainsi que cela a été montré⁶¹, dès lors que les dispositifs de calcul de l'âge de départ en retraite à taux plein ne tiennent pas compte des discriminations subies dans l'emploi, ils reproduisent au moment de la retraite ces mêmes discriminations. Or, de la même manière que les femmes et les personnes en situation de handicap disposent de mesures compensatrices (trimestre validé automatiquement par exemple), il faudrait, pour éviter toute discrimination, que de telles mesures existent pour les minorités de genre⁶².

VI. DROITS SEXUELS ET REPRODUCTIFS

Exclusion des hommes transgenres du bénéfice de l'AMP

Le nouvel article L. 2141-2 du code de la santé publique, issu de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, dispose que "Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation". Ce texte aboutit à une discrimination fondée sur l'identité de genre, en ce que les hommes transgenres sont exclus du bénéfice de l'AMP.

Cette exclusion implicite a été justifiée par le gouvernement lors des débats parlementaires par la primauté de la mention du sexe à l'état civil, sans prise en compte des capacités gestationnelles de porter un enfant⁶³. Dans la décision-cadre n°2020-136 du 18 juin 2020, le Défenseur des droits appelait pourtant à engager une réflexion, en amont de l'adoption de la loi de bioéthique, sur la question de l'exclusion des hommes trans du nouveau régime de l'AMP. Or, cette différence de traitement envers les personnes selon leur identité de genre n'a pas donné lieu à une véritable discussion dans l'hémicycle. Surtout, le contrôle de constitutionnalité réalisé par le Conseil dans le cadre d'une QPC ne s'est pas concrétisé par un examen approfondi de la différence de traitement. Le Conseil constitutionnel a conforté cette exclusion découlant de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique en se rangeant derrière le choix du législateur, sans en discuter la justification à l'aune du principe d'égalité de l'article 6 de la DDHC de 1789, et en procédant dans sa décision plus par voie d'affirmation que de démonstration imposée par la motivation des décisions de justice⁶⁴. Un même regret peut être formulé à l'égard de la décision

⁶⁰ Agence des droits fondamentaux, *LGBTIQ equality at a crossroads*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtiq-equality_en.pdf, 2024.

⁶¹ B. Moron-Puech, "Retraite et discriminations dans l'emploi. Réflexion à partir des MISSEG / LGBT*", *Le Droit Ouvrier*, n° 901-902, p. 529-541.

⁶² *Idem*.

⁶³ Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, Rapport n° 2243, 2017, p. 59

⁶⁴ Cons. const., 8 juill. 2022, n°2022-1003 QPC ; MORON-PUECH Benjamin, « La *capitis deminutio* des personnes transgenres consacrée par le Conseil constitutionnel, une vision dépassée de l'office du juge au XXI^e siècle », *D.*, 2022, n°43, p. 2229-2231

du Conseil d'État du 22 mars 2024⁶⁵ qui écarte les griefs de l'atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale et au principe de non-discrimination en disant que les hommes transgenres peuvent bien avoir des enfants, mais avec des femmes (point 7). Or, de tels arguments sont des plus problématiques pour qui sait que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, une discrimination n'est pas seulement constituée quand on traite différemment des situations similaires, mais aussi quand on traite identiquement des situations pourtant différentes⁶⁶. Dès lors, traiter, comme le fait le Conseil d'État, les hommes transgenres de la même manière que des hommes cisgenres pour prétendre que la PMA leur est offerte à tous dès lors qu'ils sont en couple avec une femme, c'est occulter la différence profonde entre ces deux catégories de personnes, une pouvant disposer d'un utérus et de gamètes femelles et l'autre n'en disposant pas. On pourrait ici évoquer, semble-t-il, une certaine incohérence dans l'appréciation faite par le Conseil d'État qui, à l'occasion de son avis rendu sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'avortement⁶⁷, avait retenu que la liberté de recourir à une interruption volontaire de grossesse bénéficiait à « toute personne ayant débuté une grossesse, sans considération tenant à l'état civil [...] »⁶⁸, ce qui a pu être interprété comme une ouverture du Conseil d'État envers les personnes transgenres⁶⁹. Si cela se confirmait, il serait alors nécessaire pour le Conseil d'État, dans sa formation contentieuse, d'être une femme à l'état civil pour bénéficier d'une PMA, alors que pour le même Conseil d'État, mais dans sa formation administrative, une telle exigence ne vaudrait pas – et à raison – pour recourir à une interruption de grossesse.

La Défenseuse des droits gagnerait donc à retenir une autre interprétation des droits fondamentaux que celle actuellement retenue par ces deux hautes juridictions, qui semblent moins avoir rendu là des arrêts motivés en droit qu'en opportunité. Ce d'autant plus que cette interprétation des droits fondamentaux risque de dissuader des personnes transgenres d'entamer une procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil afin de respecter les conditions légales d'accès à l'AMP, les plaçant ainsi face à un dilemme insoluble, pour reprendre l'expression utilisée par la Cour européenne dans l'arrêt *AP, Garçon et Nicot c. France*. Les premiers retours que nous avons de l'enquête de terrain réalisé dans le cadre du [projet de recherche PROTRANS](#), mettent clairement en lumière ce dilemme.

Ainsi, il est recommandé de repenser le bénéfice de l'AMP en fonction de la capacité à être enceint-e et non en vertu de la mention de sexe "féminin" dans les registres de l'état civil. Cette solution avait les faveurs du rapporteur du projet de loi relatif à la bioéthique, Jean-Louis Touraine, qui avait en outre soutenu l'introduction d'une disposition interdisant les discriminations fondées sur l'identité de genre dans l'accès aux méthodes médicales de procréation assistée.

Auto-conservation des gamètes

On se souvient que le précédent Défenseur des droits avait pris position pour l'accès des personnes transgenres à l'auto-conservation des gamètes, sans toutefois être écouté par

⁶⁵ CE, 1re et 4e ch. réun., 22 mars 2024, n°459000 ; Michel P., « L'exclusion des hommes transgenres du bénéfice de l'AMP confirmée par le Conseil d'État », *Revue Droit & Santé*, vol. 121, 2024, p. 655-658.

⁶⁶ CEDH, *Thlimennos c. Grèce*, 6 avr. 2000.

⁶⁷ CE, Avis sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, 12 déc., 2023, n° 407667, NOR : JUSC2328456L.

⁶⁸ *Idem*, n° 15.

⁶⁹ S. Paricard et S. Mouton, " Les enjeux juridiques soulevés par la constitutionnalisation de l'IVG", *Rec. Dalloz*, p. 1966-1973, spé. p. 1971. Une source interne nous a néanmoins indiqué que le point n'aurait été nullement discuté, hypothèse confortée par l'absence de référence explicite aux personnes transgenres ou à l'identité de genre dans l'avis.

plusieurs institutions médicales. Un décret du 25 août 2022 a néanmoins discrètement modifié les textes antérieurs pour remplacer les termes de “femme” et d’“homme”, présents dans l’article R. 2141-36 du code de la Santé publique, par ceux de “personne”, ouvrant ainsi la voie aux personnes transgenres⁷⁰.

Il faudrait néanmoins s’assurer que ce texte soit correctement compris par les différent-es professionnel-les de santé sur le terrain, ce qui n’est pas évident compte tenu de leurs résistances passées et de l’absence de vaste campagne d’information sur ce sujet. À cet égard, les résistances observées depuis plus de vingt au sein des services du contrôle médical des CPAM sur la prise en charge des personnes transgenres, alors que l’argument tiré du protocole de 1989 a été récusé depuis 2004 par la Cour de cassation⁷¹, n’inclinent guère à l’optimisme quant à une application automatique des changements.

Une recommandation de la Défenseuse des droits sur ce point serait donc souhaitable.

Réparation pour les stérilisations passées

Cette année et la précédente, a été discutée au Parlement une [proposition de loi visant à indemniser les minorités sexuelles pour la criminalisation de leurs comportements subis de 1942 à 1982](#). Un tel projet, qui s’inscrit dans une perspective de justice transitionnelle, gagnerait à être étendu aussi aux minorités de genre qui auraient pu être poursuivies à cette époque — le texte ne visant à l’heure actuelle que la discrimination fondée sur l’“orientation sexuelle” et non celle fondée sur l’identité de genre —, mais aussi et surtout à celles qui ont dû subir la stérilisation pour accéder aux changements de la mention du sexe à l’état civil. À l’étranger certains États, comme la Suède⁷², se sont engagés dans cette voie, estimant qu’une telle condition au changement de la mention du sexe à l’état civil avait constitué un traitement inhumain et dégradant devant être réparé. Au demeurant, c’est ce qu’a jugé la Cour européenne des droits de l’homme le 6 avril 2017, dans l’affaire *AP, Garçon et Nicot c. France*, en condamnant ces stérilisations sur le fondement certes du seul droit au respect de la vie privée.

Une recommandation de la défenseuse des droits sur ce point gagnerait à être envisagée.

Par ailleurs, un accès prioritaire à l’adoption ou à la PMA pourrait aussi être envisagé, à titre de réparation “en nature” pour ces stérilisations passées.

VII. PRIVATION DE LIBERTE

Pour ces développements on suivra la trame des questions proposée par la DDD.

- *Depuis la publication de la [Décision-cadre](#) relative au respect de l’identité de genre des personnes trans publiée en juin en 2020 par le Défenseur des droits, quelles sont les avancées et les difficultés persistantes qui vous sont remontées dans le domaine de la privation de liberté ?*

⁷⁰ V. En ce sens D. Vigneau, “Le genre dans le parcours d’AMP mis à l’épreuve devant le Conseil d’État”, *Les éditions législatives. Veille permanente*, 4 avr. 2024, <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/le-genre-dans-le-parcours-damp-mis-a-lepreuve-devant-le-conseil-detat/?srsltid=AfmBOorkQjg4cIXUue-FvR9vJb1Y2G-pZZIngfSP0GNqTueEiP0i0WO>.

⁷¹ Cass, 2e civ., 27 janv. 2004, n° 02-30.613.

⁷² V. La loi du 5 avril 2018, [Lag om statlig ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall](#), 2018:162.

Dans le cadre de la recherche [La mixité genrée à l'épreuve de la prison](#) (juill. 2024) soutenue par l'IERDJ, Anne Jennequin co-porteuse du projet, nous a indiqué deux choses sur les pratiques antérieures au référentiel.

D'une part, les décisions sur les personnes transgenres étaient beaucoup prises au cas par cas, avec des difficultés en termes d'égalité de traitement et de risque d'arbitraire.

D'autre part, existait un décalage entre d'un côté l'évolution des consignes nationales et la sensibilité progressive des chef-fes d'établissement et de l'autre la non-formation à ces questions des personnels de surveillance, pourtant en première ligne.

De tout ceci, il ressort que le grand défi qui persistera avec le référentiel est celui du recrutement et de la formation des personnels de surveillance aux questions de genre, défi d'autant plus complexe à relever que la période de formation initiale est très courte. Si cette formation n'a pas lieu, les pratiques antérieures de décision au cas par cas, éloignées des recommandations nationales ou des chef-fes d'établissement se maintiendront.

- *Avez-vous pris connaissance du référentiel national de prise en charge des personnes LGBT+ placées sous main de justice de la DAP ? Si oui, qu'en pensez-vous ?*

Pour Anne Jennequin, ce référentiel est très satisfaisant et garantit la transparence (information, notification) des décisions prises par l'administration pénitentiaire. Il associe en outre réellement la personne détenue à la détermination des conditions de sa prise en charge.

Par ailleurs, si des principes sont posés, ils sont systématiquement accompagnés de possibilités de dérogation ou d'aménagement permettant de tenir compte au mieux de la spécificité des situations (changement ou non d'état civil, opération ou non, etc) et de respecter l'identité de genre de chacun.

Déborah Robert, travaillant en doctorat sur les droits des personnes transgenres détenues, se félicite elle aussi du référentiel et en particulier de ses appels à lutter contre l'isolement et à favoriser la réinsertion. Son expérience de la transidentité en prison lui a en effet permis de constater comment les dispositifs de genre mis en œuvre contribuaient à isoler les personnes transgenres et à les écarter des espaces de réinsertion. Elle souligne néanmoins la probable ineffectivité de ce guide en l'absence de "référent LGBT+" au sein des établissements pénitentiaires. Une recommandation importante à ses yeux à formuler serait de "Doter chaque établissement pénitentiaire d'un.e référent.e LGBT+ fonctionnant comme une autorité administrative indépendante", une proposition bien plus ambitieuse que ce que propose le référentiel qui indique seulement qu'il faudrait "[é]tudier l'opportunité de nommer un DPIP référent sur les enjeux liés aux publics LGBT+."

Déborah Robert pointe également du doigt le fait que ce référentiel ne parle nullement d'autres professionnels pourtant concernés par la transidentité des personnes détenues. Il s'agit tout d'abord des juges. Nombre des décisions de justice concernant ses conditions de détention ou son aménagement de peine ont en effet méconnue sa transidentité et manifesté un réel problème de formation des magistrat-es. Ainsi de cette décision du Conseil d'État de 2021 parlant d'"identité sexuelle", alors que le terme a disparu du droit français depuis 2017⁷³.

⁷³ CE, ord., 9 déc. 2021, n° 458871, *Mme X, inédit* et le commentaire de B. Moron-Puech et D. Robert, "Qu'est-ce qu'une femme pour l'administration pénitentiaire?", *RDLF*, 2022, chron. 26.

Il s'agit ensuite des professionnels de santé qui, selon Déborah Robert, disposent d'un pouvoir largement arbitraire pour s'écarter des recommandations de prise en charge de la transidentité et retarder sans peine cette prise en charge, au risque de mettre en péril la continuité des soins. Déborah Robert recommande à ce titre que les rendez-vous pris fassent l'objet de notification, tout comme les annulations, de manière à pouvoir plus facilement objectiver ces décisions et les contester le cas échéant. Cette recommandation est à relier à la décision de la CEDH du 11 juillet 2024⁷⁴ garantissant aux personnes transgenres détenues un accès aux thérapies d'affirmation du genre.

- *Que pensez-vous de ces recommandations ? D'après vous, quelles sont les meilleures recommandations à fournir pour les fouilles ?*

Pour Anne Jennequin les recommandations sur les fouilles sont assez justes ; elles rejoignent largement les principes de Jogjakarta⁷⁵ ainsi que les remarques précédemment exposées par la doctrine⁷⁶. Pour Anne Jennequin, ces règles respectent à la fois l'identité de genre de la personne détenue fouillée mais également sont soucieuses de ne pas heurter les personnels en charge de la surveillance.

- *Quelles sont vos recommandations en matière de respect de l'identité de genre dans le domaine de la privation de libertés ?*

Pour Anne Jennequin il serait opportun d'harmoniser les référentiels entre les différents lieux de privation de liberté, afin de garantir un continuum dans les prises en charge des personnes passant d'un lieu de privation de liberté à un autre, qu'on songe aux gardes-à-vue, aux centres de rétention administrative ou aux hospitalisations sous contrainte.

Par ailleurs, ainsi que le relève justement Anne Jennequin, la décision-cadre de 2020 pourrait être améliorée en supprimant la référence à la nécessité d'un engagement dans un parcours de transition. La recommandation énonce en effet actuellement que : "les personnes transgenres incarcérées soient affectées dans un établissement ou un quartier correspondant à leur identité de genre dès lors que ces dernières [...] sont engagées dans un parcours de transition". Or, une telle exigence apparaît superflue dès lors que l'identité de genre doit être respectée peu important que la personne ait ou non démarré une transition. D'autant qu'il peut arriver qu'une personne désireuse d'une telle transition n'y parvienne pas, en raison de contre-indications médicales ou d'absence de disponibilités ou d'infrastructures, s'agissant d'une transition médicale, ou d'une nationalité d'un pays n'autorisant pas le changement ou encore d'un refus des catégories de "sexe" disponibles, s'agissant d'une transition sociale.

⁷⁴ CEDH, 11 juill. 2024, *W.W. c. Pologne*, n° 31842/20.

⁷⁵ V. le principe n°9 dans la [version originale des principes de 2006](#), ou les [obligations additionnelles à l'article 9](#) dans la version de 2017.

⁷⁶ A. Jennequin et C. Rostaing, « La non-binarité en détention. Un défi pour l'administration pénitentiaire », in Olivia Bui-Xuan (dir.), *Le(s) droit(s) à l'épreuve de la non-binarité*, L'Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2023, p. 169-191.