

Commission nationale consultative des droits de l'homme

Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil

NOR : CDHX1320077V

(Assemblée plénière du 27 juin 2013)

1. Par lettre en date du 8 janvier 2013, cosignée par la garde des sceaux et la ministre aux droits des femmes, la CNCDH a été saisie dans le cadre du programme d'actions interministérielles contre les violences et les discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. La saisine porte sur deux questions liées entre elles sans pour autant être assimilables l'une à l'autre : la première concerne **la définition et la place de l'« identité de genre » dans le droit français ; la seconde porte sur les conditions de modification de la mention du sexe dans l'état civil**. Les personnes transidentitaires (1) sont souvent stigmatisées, voire discriminées, et il n'est pas certain que les termes de la législation actuelle les protègent suffisamment contre les actes et les menaces dont elles peuvent être victimes. En outre, le parcours judiciaire de changement de sexe se traduit toujours par une dégradation de la condition sociale de la personne, contrainte pendant une durée trop longue à vivre dans un genre opposé à celui que lui reconnaît son état civil.

(1) Le terme de « transidentité » exprime le décalage que ressentent les personnes transidentitaires entre leur sexe biologique et leur identité psychosociale ou « identité de genre ». Cette notion englobe plusieurs réalités, parmi lesquelles celle des transsexuels qui ont bénéficié d'une chirurgie ou d'un traitement hormonal de réassignation sexuelle, celle des transgenres pour lesquels l'identité de genre ne correspond pas au sexe biologique et qui n'ont pas entamé de processus médical de réassignation sexuelle ; celle enfin des *queer* qui refusent la caractérisation binaire homme/femme. Pour désigner l'ensemble de ces personnes, la CNCDH a choisi d'employer les termes génériques de « transidentité » et de « personnes transidentitaires », sauf quand sont cités des documents officiels (décisions de la Cour de cassation, circulaires, textes européens ou rapport de la Haute Autorité de santé) qui emploient eux-mêmes les termes plus spécifiques de « transsexuels » ou « transgenres ».

2. La CNCDH n'ignore pas que la mention du sexe demeure, dans notre droit, un élément essentiel de l'identification des personnes et que l'état civil revêt une forte importance symbolique dans la tradition républicaine française. L'état des personnes a en effet un rôle essentiel, à la fois au regard de l'intérêt général (puisqu'il permet une identification simple et sûre d'autrui) et au regard du sujet lui-même.

3. La CNCDH est par ailleurs consciente de la situation très précaire des personnes transidentitaires en France, victimes de discriminations et d'exclusion sociale. Le droit, non seulement n'est pas suffisamment protecteur pour ces personnes, mais contribue aussi à les maintenir pendant de nombreuses années dans une situation de grande vulnérabilité sociale. **C'est pourquoi la CNCDH estime nécessaire une refonte de la législation française concernant l'identité de genre et le processus de changement de sexe à l'état civil**. Les questions abordées, dont l'enjeu est d'améliorer la lutte contre les discriminations et de défendre le principe de l'égalité devant la loi, apparaissent pleinement et étroitement liées à la promotion des droits fondamentaux.

4. Pour fonder son avis, la CNCDH a sollicité la jurisprudence interne et les textes internationaux relatifs aux questions traitées. Elle a en outre procédé à de nombreuses auditions de chercheurs, de professeurs de droit, de représentants associatifs et de membres du Sénat. Des contributions écrites, adressées par des ONG, des médecins, des chercheurs en sciences sociales, et par le Défenseur des droits, ont permis de compléter le panel des arguments entendus.

5. De l'ensemble de ces travaux, et après débats contradictoires entre ses membres, la CNCDH a retenu **le principe de l'introduction dans la loi du critère d'« identité de genre »**. L'urgence d'un changement dans la procédure de modification de la mention de sexe dans l'état civil a par ailleurs incité les membres à recommander une démedicalisation totale et une déjudiciarisation partielle de la procédure.

I. – L'identité de genre

6. Le concept d'identité de genre n'est pas présent dans le droit français. Lors du vote de la loi sur le harcèlement sexuel du 6 août 2012, la notion d'identité sexuelle a été préférée à celle d'identité de genre (2). Elle a été ajoutée au côté de la mention de l'orientation sexuelle afin de protéger les personnes transsexuelles ou transgenres, comme le précise la circulaire CRIM 2012-15/E8-07.08.2012 d'application de cette loi. Les termes « orientation sexuelle » qui figuraient dans l'article 225-1 du code pénal ont ainsi été remplacés par l'article 4 de la loi par les termes « orientation ou identité sexuelle » (3).

(2) Pour comprendre ce choix, il faut resituer le vote de la loi dans son contexte. La loi sur le harcèlement sexuel visait à combler le vide juridique laissé par la décision du Conseil constitutionnel d'invalider la loi existante sur le harcèlement sexuel. Introduire la notion d'identité de genre à ce moment-là aurait pu susciter des débats propres à retarder et peut-être à mettre en péril le vote de la loi. Des députés de l'opposition s'étaient en effet prononcés contre l'introduction par amendement de la notion d'identité de genre, assimilant cette notion à la « théorie du genre » qu'ils dénoncent comme un révisionnisme anthropologique.

(3) Cette modification a également été effectuée dans toutes les dispositions législatives qui utilisaient l'expression orientation sexuelle, notamment celles des articles 132-77, 21-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-18-1, 222-24, 222-30, 226-19, 311-4 et 312-2 du code pénal prévoyant les circonstances aggravantes commises en raison de l'orientation sexuelle de la victime, et celles des articles 24, 32, 33 et 48-4 de la loi sur la presse réprimant les provocations, diffamations et injures commises en raison de cette orientation sexuelle.

7. Néanmoins, **bien que la notion d'identité de genre n'apparaisse pas dans la législation française, elle est présente dans plusieurs textes internationaux.** L'identité de genre a été introduite en tant que définition précise par un collège d'experts en droit international de tous les continents, pour l'ONU en 2007, dans les principes de Jogjakarta. Ceux-ci sont repris dans le rapport du haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations-unies en novembre 2011. La définition donnée dans les principes de Jogjakarta est la suivante : « L'«identité de genre» fait référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autre) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire. »

8. La notion d'identité de genre est en outre présente au sein du système des droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Ainsi, en 2009, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, a publié un document thématique intitulé *Droits de l'homme et identité de genre* (4), dans lequel il formule douze recommandations aux Etats membres, appelant à respecter les droits humains et les personnes transsexuelles et transgenres. Les Etats sont ainsi invités à « mettre en œuvre les normes internationales des droits de l'homme sans distinction et interdire expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale antidiscrimination ». Il est par ailleurs souligné que cette mise en œuvre au niveau national « devrait s'inspirer des principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ».

(4) Thomas Hammarberg, *Document thématique, droits de l'homme et identité de genre*, octobre 2009.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1829911&SecMode=1&DocId=1458356&Usage=2>

9. Dans son projet de rapport datant du 17 mai 2013, la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe invite par ailleurs les Etats « à s'assurer que tout nouvel instrument juridique et de politique qu'ils adoptent dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination inclut explicitement l'orientation sexuelle et l'identité de genre ».

(5) http://www.assembly.coe.int/Communication/feqa24_2013.pdf.

10. A l'instar du Conseil de l'Europe qui emploie la notion d'« identité de genre » dans ses recommandations, l'Union européenne l'a également adoptée. Ainsi, les directives 2011/95/UE (directive qualification asile) et 2012/29/UE (directive sur les droits des victimes de la criminalité) sont les premiers textes à mentionner ce concept, en français comme dans les autres langues. « *Gender identity* » est traduit par l'« identité de genre ».

11. Dès lors, l'« identité de genre » est d'ores et déjà une notion juridique entrée en vigueur dans toute l'Union européenne, y compris en France. **L'introduction du critère d'« identité de genre » dans la législation permettrait de mettre le droit français en conformité avec le droit européen et international.**

12. En outre, le remplacement des termes « identité sexuelle » par ceux d'« identité de genre » permettrait de rectifier une terminologie inadéquate dans la mesure où elle contribue à alimenter la méconnaissance et les préjugés qui pèsent sur les personnes transidentitaires. Ainsi, dans l'article 225-1 du code pénal, comme dans l'ensemble des dispositions où ils ont été introduits, les termes d'identité sexuelle sont placés à côté de ceux d'orientation sexuelle (« orientation ou identité sexuelle »), ce qui renforce l'amalgame communément fait entre trans et homosexuels, alors même que, comme l'ont souligné les personnes auditionnées, la transidentité **est une question d'identité et non de sexualité** (6).

(6) L'amalgame, que vient renforcer l'expression « orientation ou identité sexuelle », est d'emblée suscité par le terme même de « transsexualité ». C'est une des raisons pour lesquelles ce terme est souvent récusé par les personnes concernées, qui préfèrent les désignations génériques de « trans » ou de « transidentitaires ».

13. Enfin, la présence de la mention de « sexe » dans les termes « identité sexuelle » de la législation actuelle paraît ramener la question du transsexualisme à une question morphologique, le terme « sexe » et son

dérivé « sexuel » faisant d'abord référence aux caractères sexuels primaires et secondaires de la personne. Conformément à la définition donnée par les principes de Jogjakarta, la notion d'identité de genre se réfère quant à elle à une expérience intime et personnelle qui est indépendante de la morphologie des personnes. Dans cette perspective, **les personnes dites « transgenres », c'est-à-dire les personnes n'ayant pas reçu de traitements médicaux de réassignation sexuelle, et dont la morphologie sexuelle diffère de leur genre, seraient plus adéquatement protégées par le critère d'« identité de genre ».**

14. La Commission souligne par ailleurs que l'introduction de la notion d'« identité de genre » dans l'arsenal législatif n'engage aucunement à prendre parti sur les orientations et les échanges des chercheurs en sciences sociales liés aux études de genre, qui sont elles-mêmes plurielles et parfois concurrentes. L'« identité de genre » renvoie uniquement en effet à une perception et à un vécu intimes de soi déconnectés des déterminations physiologiques.

15. Ainsi, parce qu'il permettrait une mise en conformité du droit national avec le droit européen, et parce qu'il accroîtrait la précision terminologique de la loi et contribuerait ainsi à une amélioration de la lutte contre les discriminations, **la CNCDH soutient le principe de l'introduction dans la législation française de la notion d'« identité de genre » (7).**

(7) Les conclusions, déposées le 24 mai 2013 par le groupe de travail du Défenseur des droits consacré à cette question, vont dans le même sens. Elles soulignent notamment que l'intégration de la notion d'identité de genre, en lieu et place de celle d'identité sexuelle, « garantirait une meilleure protection aux personnes trans notamment face aux discriminations qu'elles rencontrent ».

II. – Le changement de la mention de sexe à l'état civil

II-1. *Les problèmes posés par la jurisprudence*

16. En ce qui concerne le changement de la mention de sexe à l'état civil, le droit français se caractérise par l'absence de toute disposition législative ou réglementaire. **Le système repose en son entier sur une construction jurisprudentielle, ce qui contribue à rendre la situation des personnes transidentitaires souhaitant obtenir une modification de leur état civil particulièrement précaire et difficile.** Elles sont en effet exposées aux interprétations divergentes du droit faites par les juridictions, ce qui pose le problème de l'effectivité de ces droits. Dès lors, seule une intervention législative serait à même d'améliorer la condition des personnes concernées. Une telle intervention devrait permettre une simplification et une unification du parcours menant à la reconnaissance d'une nouvelle identité légale.

17. Les conditions du changement de la mention de sexe sont aujourd'hui fixées par quatre arrêts de la Cour de cassation, deux rendus le 7 mars 2012 et deux autres le 13 février 2013. Ces arrêts posent le principe suivant : « Pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence. » Deux conditions sont ainsi posées : le diagnostic du transsexualisme et l'irréversibilité de la transformation de l'apparence physique. Une circulaire datant du 14 mai 2010 invitait par ailleurs le juge 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 ». Si l'intervention chirurgicale n'est pas exigée, le droit demande en revanche un traitement médical irréversible, qui implique notamment une obligation de stérilisation. La notion d'irréversibilité, invoquée dans la circulaire et reprise dans les arrêts de la Cour de cassation, apparaît ainsi comme un élément permettant de justifier la dérogation au principe d'indisponibilité de l'état des personnes (8). Or c'est justement cette notion d'irréversibilité, mal définie et difficile à prouver, qui entraîne de manière très fréquente une demande d'expertise médicale.

(8) En France, l'état civil est régi par les principes d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes. L'indisponibilité de l'état des personnes est le principe légal selon lequel un individu ne peut disposer de manière pleine et entière de sa personnalité juridique, ni un tiers pour lui. L'immutabilité de l'état civil signifie que l'état civil est par principe immuable. Ce qui ne signifie pas que ces principes soient sans limites : un individu peut en effet changer de situation matrimoniale, de nom, de sexe, de nationalité à condition que ce changement se fasse dans les conditions prévues par la loi, et non du fait de sa seule volonté. Les principes d'indisponibilité et d'immutabilité n'ont pas de valeur constitutionnelle et ne s'opposent donc pas à la volonté du législateur. Les changements de situation matrimoniale, de nom, de sexe et de nationalité entrent ainsi dans le cadre de ce que le droit nomme « mutabilité contrôlée », selon des critères énoncés par la loi.

18. Il apparaît à cet égard que la jurisprudence est très fluctuante d'une juridiction à une autre. Alors que certains tribunaux ordonnent systématiquement une ou plusieurs expertises (médicales, endocrinologiques ou psychiatriques), d'autres tribunaux estiment suffisante la remise d'attestations de médecins reconnus pour leur compétence en la matière. **La situation des personnes transidentitaires se caractérise ainsi par une grande inégalité en fonction des juridictions où sont déposées les requêtes et, partant, par une grande insécurité juridique.** Cette situation était déjà dénoncée par la circulaire du 14 mai 2010 comme discriminatoire.

19. En outre, les expertises, hormis le fait qu'elles sont vécues comme intrusives et humiliantes par les personnes concernées, contribuent à rallonger la durée du processus de changement de sexe à l'état civil, qui est à l'heure actuelle considérable, puisqu'elle est de deux à neuf ans. Durant cette période, les personnes transidentitaires ne peuvent pas changer leurs papiers d'identité, ce qui affecte très profondément leur vie quotidienne, dans la mesure où leur apparence ne correspond pas au sexe indiqué sur leurs papiers. **Cette dichotomie entrave notamment leur accès au logement, à l'emploi et aux droits sociaux (9).** Elle contribue aussi à créer **des situations discriminatoires contre lesquelles le dispositif juridique antidiscrimination n'offre pas forcément de protection**, même dans l'hypothèse où le critère d'« identité de genre » serait introduit dans la législation française (10). **Elle constitue ainsi une atteinte à la dignité des personnes.**

(9) Ces constats, concernant l'insécurité juridique des personnes et le recours abusif aux expertises judiciaires, étaient déjà présents dans le rapport rendu en novembre 2009 par la Haute Autorité de santé, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, pp. 44-45 notamment. Le rapport est disponible sur internet : http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf.

(10) Les personnes sont ainsi mises en difficulté dans toutes les situations de la vie quotidienne qui nécessitent la présentation des papiers d'identité, par exemple la réception de courriers adressés en recommandé, les contrôles d'identité ou de douane, etc.

20. La somme des preuves imposées par la jurisprudence et la fréquence des demandes d'expertise posent en outre le problème du soupçon qui pèse trop souvent sur les personnes transidentitaires, et qui est ressenti par elles comme une forme de déni d'identité. Car, comme en témoignent les personnes transidentitaires elles-mêmes, **s'affirmer homme ou femme n'est pas une question de choix ni de volonté et ne relève pas d'une décision arbitraire, conjoncturelle ou fantasmatique** : cette affirmation est au contraire toujours liée à une **conviction profonde qui est souvent ressentie dès l'enfance**, et qui relève, non pas d'une identification passagère, **mais bien de l'identité même du sujet**, de ce qu'il est. Le soupçon préalable que la procédure actuelle semble faire planer sur cette conviction intime et profonde ajoute donc une cause de souffrance psychique aux préjugés dont sont souvent victimes les personnes concernées, la transidentité étant encore trop communément rapportée à un fantasme, une maladie mentale, voire à une perversion. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, la CNCDH estime ainsi que le droit, en refusant de consacrer l'apparence sociale d'une personne transidentitaire pendant de nombreuses années, place la personne « dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété (11) ».

(11) Arrêt Goodwin contre Royaume-Uni.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["transsexualisme"\],"itemid":\["001-65153"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{).

21. Au cours de ses travaux, la CNCDH a donc été amenée à réfléchir aux modalités d'une simplification et d'une harmonisation de la procédure. Deux paramètres sont en jeu : celui des conditions médicales requises par les arrêts de la Cour de cassation du 7 mars 2012 et du 13 février 2013 ainsi que le principe même d'une judiciarisation de la procédure. Sur ces deux points, la CNCDH a été amenée à prendre position. **Elle se prononce en faveur de la suppression des conditions médicales et recommande une déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de sexe à l'état civil.**

II-2. Les conditions médicales de la procédure de changement de sexe à l'état civil

22. La première condition médicale posée par la jurisprudence concerne l'établissement d'un « syndrome de dysphorie de genre ». Le rapport de la Haute Autorité de santé datant de 2009 (12) souligne que, dans le cadre du processus médical menant à la transformation morphologique du patient transsexuel, le diagnostic de dysphorie de genre est exigé en tant que diagnostic différentiel, afin de garantir aux médecins, en amont du traitement endocrinologique ou chirurgical, que la souffrance du patient ne provient pas d'autres causes possibles, comme la maladie mentale. Mais, placée dans le cadre judiciaire, l'exigence d'une attestation de « syndrome de dysphorie de genre » est problématique dans la mesure où la formulation même paraît valider une pathologisation de la transidentité, bien que les troubles de l'identité de genre aient été retirés de la liste des affections psychiatriques par un décret datant du 8 février 2010 (13). La demande d'attestation d'un syndrome de dysphorie de genre, qui est requis en tant que diagnostic différentiel dans le strict cadre des démarches médicales entreprises par les personnes transsexuelles, contribue, dans le cadre judiciaire, à la stigmatisation de ces personnes et à l'incompréhension de ce qu'est la réalité de la transidentité. **Pour cette raison, la CNCDH recommande que cette condition soit retirée de la procédure de changement de sexe à l'état civil.**

(12) Haute Autorité de santé, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2009, p. 97 et p. 150 notamment. Le rapport est disponible sur internet :

http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf

(13) 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 ».

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021801916&dateTexte=&categorieLien=id>

23. La seconde condition médicale concerne la preuve de l'irréversibilité de l'apparence physique. Cette condition contraint les personnes concernées à suivre des traitements médicaux aux conséquences très lourdes, qui impliquent une obligation de stérilisation. Cette obligation ne passe pas forcément par des opérations chirurgicales de réassignation sexuelles, mais peut être obtenue par des traitements hormonaux, dont la Haute Autorité de santé indique que, pris sur le long terme, ils sont susceptibles d'entraîner des modifications irréversibles du métabolisme. Or, il apparaît que la réaction aux traitements hormonaux diffère selon les patients, avec des effets (dont la stérilité) qui sont obtenus à plus ou moins long terme. Autrement dit, la procédure judiciaire dépend de l'avancée, aléatoire, de la procédure médicale, ce qui contribue à créer des situations de fortes inégalités entre les personnes concernées. Par ailleurs, l'irréversibilité de l'apparence physique est difficile à prouver, et justifie très fréquemment, aux yeux des juges, une demande d'expertise médicale et ce, en dépit de ce que recommandait la circulaire du 14 mai 2010, qui invitait les magistrats à « ne solliciter d'expertises que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur ». Car l'expertise, outre le coût qu'elle entraîne pour le requérant, contribue à allonger la durée de la procédure de manière inacceptable. Par ailleurs, quand les traitements hormonaux ne suffisent pas à prouver l'irréversibilité de l'apparence physique, les personnes demandant à changer la mention du sexe sur leur état civil sont bien souvent contraintes, en dernier recours, à accepter des opérations chirurgicales (pénectomie ou mastectomie notamment). Les conditions médicales imposées par le droit posent donc problème, dans la mesure où certaines personnes ne souhaitant pas avoir recours à ces traitements et à ces opérations en acceptent néanmoins la contrainte dans l'espoir de voir aboutir la procédure judiciaire dans laquelle elles sont engagées. **Par conséquent, la CNCDH demande que soit mis fin à toute demande de réassignation sexuelle, que celle-ci passe par un traitement hormonal entraînant la stérilité ou qu'elle signifie le recours à des opérations chirurgicales.**

24. Une telle intervention législative irait dans le sens des recommandations formulées en 2009 par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, dans le document thématique déjà cité, *Droits de l'homme et identité de genre*. Le commissaire invitait les Etats membres à « instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels », et il appelait à « 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 ». La résolution 1728 votée le 29 avril 2010 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe va dans le même sens, puisqu'elle appelle les Etats membres à ne pas faire dépendre la remise de « documents officiels reflétant l'identité de genre choisie » d'une « obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale (14). »

(14) Article 16.11.2. La résolution, consacrée aux discriminations « sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre », est publiée sur le site du Conseil de l'Europe : <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/tal10/fres1728.htm>.

II-3. La question de la judiciarisation de la procédure

25. En vue de trouver des solutions afin d'accélérer et d'harmoniser la procédure de changement de sexe à l'état civil, les travaux de la CNCDH l'ont par ailleurs conduite à interroger la pertinence de la judiciarisation du processus. A cet égard, les auditions menées par la CNCDH ont permis de dégager trois alternatives possibles à la situation actuelle. **La première serait d'instaurer une procédure de type « référé » ; la seconde est celle d'une déjudiciarisation totale du processus ; la troisième est celle d'une déjudiciarisation partielle.** Au regard des différents arguments et objections qui ont été exposés pour ces trois solutions, **la CNCDH se prononce en faveur de la déjudiciarisation partielle.** Pour éclairer cette recommandation, les trois solutions seront exposées et discutées dans les paragraphes qui suivent.

26. La vulnérabilité sociale et économique dans laquelle sont maintenues les personnes transidentitaires, durant la période où leur genre ne coïncide pas avec la mention du sexe inscrite sur les documents d'identité, constitue une situation d'urgence qui semble justifier *a priori* le **recours à une procédure de référé**. La question a donc été posée de savoir si un juge statuant en référé pourrait ainsi ordonner des mesures urgentes, comme il en a la possibilité selon le code de procédure civile ; ces mesures urgentes permettant de protéger la personne requérante pourraient être la modification des documents d'identité, le changement de prénom et la modification du numéro de sécurité sociale. Le changement de l'état civil lui-même demeurerait du ressort du juge du fond. Durant la période d'attente pour le changement de la mention de sexe à l'état civil, la personne transidentitaire aurait des documents d'identité conformes au sexe revendiqué, ce qui lèverait les obstacles entravant actuellement la vie quotidienne des personnes engagées dans ce genre de procédures.

27. Il apparaît néanmoins que cette solution souffre plusieurs objections. La première est que la procédure en référé alourdirait la procédure actuelle, en ajoutant une étape supplémentaire à celle déjà en vigueur. La seconde est que le recours à une procédure de référé se heurterait à la nature, par définition provisoire, des ordonnances du juge statuant en référé : la modification des documents d'identité ne saurait en effet être considérée comme une mesure provisoire. La troisième est que le juge des référés aurait toujours la possibilité

de refuser ces demandes, au motif d'une « contestation sérieuse », tel que prévu par le code de procédure civile. Il pourrait alors renvoyer la procédure au juge du fond ou demander des mesures d'instruction, le risque étant alors de retrouver les écueils de la situation actuelle.

28. La deuxième solution serait celle d'une **déjudiciarisation totale de la procédure**, qui consisterait alors en une simple déclaration faite devant un officier d'état civil. C'est l'option choisie par la loi argentine (15), qui comporte une garantie importante : en cas de seconde demande de changement de sexe à l'état civil, le traitement de la requête relève alors de la procédure judiciaire. Dans la loi argentine, la procédure déclarative va de pair avec la reconnaissance d'un nouveau droit subjectif, celui du droit à la reconnaissance de son identité de genre, droit qui sert de fondement et de justification à la procédure déclarative.

(15) Loi argentine 26743 du 23 mai 2012.

29. La déjudiciarisation totale permettrait d'accélérer la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil. Néanmoins, parce que la mention du sexe demeure, dans notre droit, un élément essentiel de l'identification des personnes, et parce que l'état civil revêt une forte importance symbolique dans la tradition républicaine française, c'est bien l'action du juge, et non celle d'un officier d'état civil, qui est considérée comme protectrice et garante de l'intérêt général et des droits individuels. L'état des personnes a en effet un rôle essentiel, à la fois au regard de l'intérêt général (puisqu'il permet une identification simple et sûre d'autrui), et au regard du sujet lui-même : l'action du juge apparaît donc comme un jalon nécessaire de la procédure de changement de sexe à l'état civil, même au titre d'un simple contrôle ou validation.

30. Pour ces raisons, **l'option d'une déjudiciarisation partielle de la procédure apparaît donc la mieux à même de garantir une procédure rapide et respectueuse des droits des personnes transidentitaires**. La procédure se ferait ainsi en deux temps : elle consisterait d'abord en une **déclaration auprès d'un officier d'état civil**, avec production d'au moins deux témoignages attestant de la bonne foi du requérant, la qualité de ces témoignages devant faire l'objet d'une attention particulière. Ainsi, ils ne devront pas émaner de personnes ayant un lien d'alliance, de parenté ou de subordination avec le requérant. Cette première démarche devrait ensuite être **contrôlée et validée par un juge du siège grâce à une procédure d'homologation**. La législation encadrant le changement de sexe à l'état civil devrait alors spécifier deux éléments : d'une part, les délais dans lesquels l'homologation doivent avoir lieu, afin de garantir la rapidité de la procédure ; d'autre part, les motifs pour lesquels le juge est en mesure de refuser l'homologation pour ce genre de requête, ces motifs devant être explicitement limités au caractère manifestement frauduleux de la demande et au manque de discernement du requérant (16).

(16) On entend par « discernement » la manifestation d'un consentement libre et éclairé.

31. La solution d'une déjudiciarisation partielle aurait donc le double avantage d'accélérer la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil, et de garantir à la fois le respect de l'intérêt général et de l'intérêt individuel, puisque la validation de la décision relève de l'autorité judiciaire. **L'action du juge, dans le cadre d'une procédure de déjudiciarisation partielle fortement encadrée par la loi, peut ainsi être considérée à la fois comme garante du droit et respectueuse des droits fondamentaux des personnes**.

32. Ainsi, au regard des impasses de la jurisprudence actuelle qui peut être considérée comme stigmatisante, si ce n'est discriminante à l'égard des personnes transidentitaires, au regard des textes internationaux qui invitent à lever les exigences médicales dont dépendent les procédures actuelles, et au regard de la nécessité de reconnaître à ces personnes le droit de vivre dans un genre qui ne relève pas d'un choix mais d'une conviction intime et profonde, **la CNCDH recommande une démedicalisation complète et une déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil**.

(Résultats du vote : 30 voix pour, 4 voix contre, 8 abstentions.)

A N N E X E

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Maryvonne Blondin et Michelle Meunier, sénatrices, coprésidentes du groupe de travail du Sénat sur les questions d'identité de genre et d'état-civil.

Daniel Borillo, maître de conférences à l'université Paris Ouest-Nanterre (Paris-X).

Dominique Fenouillet, professeur de droit à l'université Panthéon-Assas (Paris-II).

Brigitte Goldberg, présidente du collectif Trans'Europe.

Laura Leprince, présidente d'ID Trans' et membre de la commission identité de genre d'homosexualités et socialisme (HES).

Samantha Montfort, membre de l'association Ortrans.

Philippe Reigné, agrégé des facultés de droit, professeur au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM).

Diane Roman, professeur de droit à l'université de Tours.
Natacha Taurisson, responsable syndicale nationale au SGEN-CFDT, chargée de mission sur les questions LGBT.

Contributions écrites

Amnesty International.
Collectif Santé trans.
Défenseur des droits.
Jean-Michel Dubernard, professeur des universités et praticien hospitalier à l'université Claude Bernard - Lyon-I, membre de la Haute Autorité de santé.
Laurence Hérault, maître de conférences à l'université d'Aix-Marseille.
Jeanne Swidzinski, membre du collectif LGBT de la CGT.