

BREMONT Clotilde

Droits humains et transidentité en Europe



UdA | Université d'Auvergne

Sous la direction de Xavier SOUVIGNET
M2 Carrières Internationales
2013/2014

Je remercie
Mr Souvignet de m'avoir permis de travailler sur ce sujet,
Anaïs Laurent, pour ses encouragements et sa relecture,
ainsi que ma famille pour leur soutien.

Index

Le vocabulaire employé sur le sujet de la transidentité est objet de débat en lui-même. Faute de consensus, de nombreuses définitions cohabitent, différant en fonction des acteurs. Au cours de ce mémoire, nous accepterons les définitions suivantes :

Transidentité : Terme général exprimant tout décalage entre le sexe biologique d'une personne et son identité de genre. Les personnes transidentitaires peuvent ou non s'engager dans un parcours médical et ne s'identifient pas toujours dans une vision strictement binaire du genre.

Nous désignerons l'ensemble de ces personnes par l'expression "personnes transidentitaires", "personnes trans" ou simplement "trans" et nous considérerons le terme "transgenre" comme synonyme.

Transsexuel : Personne trans engagée, ou ayant été engagée, dans un parcours médical de réassignation sexuelle, impliquant hormonothérapie et, le cas échéant, chirurgie de réassignation sexuelle.

Les termes "*transsexualisme*" ou "*transsexualité*" font référence à une vision médicalisée et psychiatisée de la transidentité.

MtF pour "*Male to Female*" : Femme trans ; personne de sexe biologique masculin ayant une identité de genre féminine.

FtM pour "*Female to Male*" : Homme trans ; personne de sexe biologique féminin ayant une identité de genre masculine.

Personne cis, ou cis-genre : Par opposition à « personne trans », personne dont l'identité de genre correspond au sexe biologique, personne non-transidentitaire.

Intersexe : Abusivement nommé « hermaphrodite » dans le langage courant¹, un intersexe est une personne dont le sexe est naturellement difficile à définir comme strictement mâle ou femelle. L'ambiguïté peut intervenir à différents niveaux : celui du caryotype, des tissus gonadiques, des organes génitaux externes, des caractères sexuels secondaires, etc.

Notons toutefois que nous serons fréquemment amenés à citer des textes dans lesquels les définitions seront sensiblement différentes.

¹ En médecine l'hermaphroditisme vrai désigne la possession simultanée de tissus gonadiques mâle et femelle, cas d'intersexuation rare. Tout les autres cas sont nommés « pseudo-hermaphroditisme », mais les associations de patients préfèrent le terme « intersexuation » qu'ils jugent moins stigmatisant.

Sommaire

	Page
Index	4
Sommaire	5
Introduction	7
> Qu'est ce que la transidentité ?	8
> Une brève histoire de la transidentité	11
> Transphobie et violation des droits humains	15
<u>I/ La reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes trans : une première étape essentielle</u>	18
A. Les débuts d'une prise en compte juridique de la transidentité (années 70 à 2000)	18
1. <u>Des législations rares et insuffisantes</u>	18
> Le droit face à la transidentité	19
> Quelques exemples nationaux	20
2. <u>Une marge d'appréciation laissée par la CEDH</u>	23
> La Cour Européenne des droits de l'Homme	24
> Affaire Rees c/ Royaume-Uni (1986)	26
B. Une reconnaissance juridique au nom du droit au respect de la vie privée	28
1. <u>Les limites posées à la jurisprudence Rees</u>	28
> L'affaire B. c/ France (1992)	28
> Les conséquences sur la jurisprudence française	31
2. <u>Le revirement de jurisprudence de Goodwin c/ Royaume-Uni</u>	33
> L'affaire Christine Goodwin c/ Royaume-Uni (2002)	34
> Conséquence sur la législation britannique : le <i>gender recognition act</i>	35

<u>II/ Au-delà de la reconnaissance juridique : le respect des droits humains des personnes transidentitaires</u>	37
A. Les avancées incitatrices de différentes jurisprudences européennes	37
1. <u>La jurisprudence de la CEDH et au-delà</u>	37
> L'accès aux soins	38
> Les droits familiaux face à la transidentité	42
Le droit au mariage	42
Transidentité et parentalité	44
2. <u>Les interventions de la Cour de Justice de l'Union Européenne</u>	46
> L'égalité homme/femme pour lutter contre la transphobie	47
> Sur les droits sociaux	48
B. Des évolutions de législations récentes, témoins d'un changement de mentalités	50
1. <u>En Europe : le rôle initiateur des organisations supra-étatiques</u>	51
> Les recommandations du Commissaire européen aux droits de l'Homme	51
> Des évolutions nationales récentes	53
2. <u>Un changement de mentalité à l'échelle internationale</u>	55
> Les principes de Jogjakarta (2007)	55
> Quelques législations originales à travers le monde	58
Conclusion	62
> Un long combat pour la reconnaissance juridique	62
> Des droits humains encore bafoués	64
> La binarité des genres en question	66
Annexes	69
> Liste des textes juridiques et arrêts européens cités au cours de ce mémoire	70
> Recommandations du commissaire européen aux droits de l'Homme	74
> Carte : les personnes transgenres face au changement d'état civil dans le monde	76
Bibliographie	77

Introduction

Bien qu'encore obscure pour le grand public, la transidentité est un sujet de société actuel et en pleine évolution. Au niveau européen, de nombreux pays modifient leur législation pour mieux prendre en compte ce fait social qui, pourtant, n'a rien de récent. Pour ne mentionner que ces derniers mois, Malte a modifié sa Constitution le 14 avril pour y inclure l'identité de genre comme motif interdit de discrimination et, le 11 juin, le Danemark a voté une loi qui, dès septembre, permettra aux personnes transidentitaires de modifier la mention de leur sexe inscrite à leur état civil avec une simple démarche administrative.

Le combat des personnes transidentitaires pour faire respecter leurs droits humains les plus basiques est loin d'être terminé, mais les progrès qui ont été faits dans la dernière décennie sont encourageants. Cette marche vers une meilleure acceptation des personnes ayant une identité de genre non concordante avec leur sexe biologique va de paire avec un mouvement général de la société de ce dernier siècle, vers plus d'égalité entre homme et femme² dans un premier temps, puis vers une meilleure acceptation de l'existence de différentes orientations sexuelles³. En effet, la question des droits des personnes transidentitaires est souvent groupée avec le combat de toute la communauté LGBT⁴ et de fait, les discriminations dues à l'orientation sexuelle et celles dues à l'identité de genre sont souvent liées, voir confondues ; mais il est important de bien distinguer la population transidentitaire de l'ensemble de la population LGBT. En effet, quand on parle de transidentité, c'est bien d'une identité profonde de l'individu dont il est question ; identité qui n'a pas d'incidence sur l'attirance sexuelle ou affective de la personne pour l'un ou l'autre sexe⁵.

2 On observe une autonomie toujours plus grande des femmes dans les domaines familiaux, professionnels et politiques depuis la fin du 19ème siècle : droit de vote, répression des violences sexuelles, égalité au travail, lutte contre le sexisme, etc.

3 Dépénalisation des pratiques homosexuelles, pénalisation de l'homophobie, légalisation du mariage entre personnes de même sexe dans plus en plus de pays depuis les années 2000.

4 LGBT : lesbiennes, Gay, Bi, Trans ; sigle souvent utilisé pour désigner l'ensemble des populations discriminées pour leur orientation sexuelle et/ou leur identité de genre.

5 Une personne trans peut donc être hétérosexuelle, homosexuelle, bisexuelle ou asexuelle.

Qu'est-ce que la transidentité ?

Avant de s'intéresser à la manière dont sont défendus les droits des personnes transidentitaires, il faut comprendre ce qu'est la transidentité et quelles réalités sociales recoupe la notion large d'identité de genre.

Le terme de "genre" était jusque récemment une notion peu connue du grand public. Les "gender studies", ou études de genre, désignent "*un vaste champ interdisciplinaire regroupant tous les pans des sciences humaines et sociales (histoire, sociologie, géographie, anthropologie, économie, sciences politiques...)*"⁶. Récemment, notamment en France, cette notion a souffert d'une certaine incompréhension de la part de certains groupes politiques y voyant une idéologie visant à nier les différences biologiques existant entre les sexes⁷ alors qu'il s'agit uniquement d'analyser les rapports entre les sexes en prenant en compte l'idée que la biologie seule ne suffit pas à expliquer les différences homme/femme et que l'éducation, la sociologie et l'aspect psychologique jouent ici un rôle primordial.

Partant de cette notion sociologique, l'identité de genre d'une personne se définit comme sa conviction profonde d'appartenir à une catégorie de genre particulière, homme, femme ou autre⁸. Au niveau international, les principes de Jogjakarta⁹, repris par le Commissaire européen aux droits de l'Homme¹⁰, définissent cette identité comme "*l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une 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 divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire*".

6 SOULLIER Lucie et ROUCAUTE Delphine, "Masculin-féminin : cinq idées reçues sur les études de genre", *Le Monde*, 25 mai 2013 : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/05/25/masculin-feminin-cinq-idees-recues-sur-les-etudes-degenre_3174157_3224.html

7 Dans une lettre envoyée au ministre de l'éducation, Luc Chatel, en août 2011 et signée par 80 députés UMP, on peut lire : "*selon cette théorie [du genre], les personnes ne sont plus définies comme hommes et femmes mais comme pratiquants de certaines formes de sexualité : homosexuels, hétérosexuels, bisexuels et transsexuels*". De telles affirmations témoignent de l'incompréhension totale du concept de genre des rédacteurs de cette lettre. (http://asset.rue89.com/files/lettre_commune_gender.doc.pdf)

8 Nous reviendrons sur les identités de genre non-binaires en IIB2 (p. 58-61) ainsi que dans la conclusion (p. 66-68).

9 Principes de Jogjakarta, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 2007, 38 pages. Nous reviendrons sur ces principes en IIB2 (p. 55-57).

10 HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'homme et identité de genre, document thématique, Strasbourg, Conseil de l'Europe*, 2009, 52 pages. Nous serons fréquemment amenés à citer ce rapport que nous désignerons en tant que "Rapport de T. Hammarberg".

Une fois cette notion d'identité de genre clarifiée, la transidentité dans son sens le plus large devient facile à définir : une personne transidentitaire est une personne dont l'identité de genre ne correspond pas à son sexe biologique. Par opposition, on parle de personne cis-genre pour désigner les non-transidentitaires, dont l'identité de genre est en accord avec le sexe attribué à la naissance. Cette notion de transidentité est encore mal connue et mal comprise, souvent réduite avec celle, médicale, de la transsexualité. Le terme "*transsexuel*", souvent utilisé dans des textes que nous allons citer, est en effet plutôt employé aujourd'hui pour désigner des personnes transgenres engagées dans un parcours médical allant souvent jusqu'à une stérilisation définitive. Or il ne s'agit que d'une minorité de cette population, loin d'être aussi marginale qu'on ne le croit.

Le Commissaire européen aux droits de l'Homme lui-même regrette que "*dans de nombreux pays, le cadre juridique ne tienne compte que des transsexuels et laisse de côté une importante partie des personnes transgenres*"¹¹. Il est certes plus aisé de comptabiliser les personnes qui ont recours au système de santé que d'estimer l'ensemble des personnes transidentitaires, et les chiffres du transsexualisme médical varient déjà fortement d'un pays à l'autre¹². Il est également difficile de se représenter la proportion que représente les personnes trans¹³ opérées au sein de la population trans générale. D'après la chercheuse Karine Espineira, "*les trans ayant des suivis [médicaux] représentent moins de 20% de la population en question*"¹⁴ et parmi eux, tous ne sont pas opérés ; l'INSERM¹⁵ quant à lui considère une population trans beaucoup plus étroite, mais conclue tout de même que seuls 30% d'entre eux sont opérés¹⁶ ; le Commissaire européen aux droits de l'Homme, lui, estime que "*seulement 10% de toutes les personnes transgenres choisissent de subir une opération de conversion sexuelle*"¹⁷. Ces chiffres présentent entre eux de grands écarts, mais on peut

11 Rapport de T. Hammarberg, p. 6/7.

12 En 2009, la Haute Autorité de Santé française, après avoir comparé différentes études européennes concernant le "transsexualisme" médicalisé, estimait que que "*les données épidémiologiques actuelles [...] sont insuffisantes pour obtenir une estimation fiable de la prévalence et de l'incidence des personnes transsexuelles. Néanmoins, à partir des données les plus récentes, l'approximation d'une prévalence située entre 1 : 10 000 et 1 : 50 000 pourrait être faite, ce qui indiquerait alors que le transsexualisme n'est pas un phénomène exceptionnel.*" (Haute Autorité de Santé (HAS), Service évaluation des actes professionnels. *Situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, Saint-Denis La Plaine : HAS, 2009, 223 pages.).

13 La contraction "trans" que nous emploierons dorénavant, par souci de clarté, désignera l'ensemble de la population transgenre, ou bien un membre de cette population, dans son sens le plus large (par opposition au terme réducteur "transsexuel" que nous venons d'explicitier).

14 ESPINEIRA Karine, "La permission de minuit" in *Transidentité : histoire d'une dépathologisation*. Paris : L'Harmattan, 2013, pp.23-24.

15 Institut National de la Santé Et de la Recherche Médicale.

16 D'après une étude "CRIPS/INSERM/Act Up effectuée sur la base d'une enquête Internet". Cette étude "*a eu une méthodologie d'échantillonnage de bonne qualité mais n'a cependant pas pu atteindre les populations très précarisées, ce qui représente un biais de recrutement*" (DAHAN Muriel & ZEGGAR Hayet, *Évaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme*, Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS), 2011, p. 16 § 70).

17 Rapport de Thomas Hammarberg, page 10.

raisonnablement en retenir que les transsexuels ne représentent qu'une minorité de la population trans.

Soulignons également qu'il est impossible de dresser le portrait prototypique d'une personne trans, car, si l'on peut souligner quelques problématiques qui touchent plus particulièrement cette population¹⁸, force est de constater que la transidentité concerne toutes les classes sociales et tous les types de profils. Certes, certains trans sont dans la précarité, mais il convient de ne pas céder à la généralité : on trouve également des trans dans des hautes sphères sociales, notamment en politique¹⁹. À l'examen, la transidentité apparaît davantage comme un facteur aggravant de l'exclusion plutôt qu'un facteur d'exclusion en lui-même. En effet, à l'instar de la population homosexuelle, la population transidentitaire est une population très hétérogène, constituée d'individus plus ou moins bien armés pour faire face aux discriminations quotidiennes auxquelles ils sont confrontés²⁰.

Nous l'avons bien compris, un grand combat pour la communauté trans se joue sur le terrain sémantique. Les définitions de "*transidentité*" et de "*transsexualisme*", comme son versant médicalisé, que nous retenons dans ce mémoire ne sont, à dire vrai, pas consensuelles. Une multitude de définitions cohabitent, compliquant un débat déjà difficile. Beaucoup d'acteurs s'accordent cependant pour dire que le terme "*transsexualité*", parce qu'il alimente la confusion entre identité de genre et orientation sexuelle, ne devrait plus être utilisé²¹. Historiquement d'ailleurs, ce terme ne fait référence qu'à un court épisode de l'Histoire de la transidentité durant laquelle celle-ci a été considérée comme une maladie psychiatrique.

18 On peut penser, en particulier, à la question du VIH, dont la prévalence est plus importante chez les MtF que dans le reste de la population. Dans une étude INSERM de 2010, la prévalence du VIH était de 6,9% parmi les MtF de l'échantillon. La prostitution semble être l'un des facteurs déterminants expliquant cette situation : presque deux tiers (62,5%) des personnes séropositives de l'échantillon déclarent avoir déjà été payées pour un rapport sexuel, contre seulement 19,1% des personnes séronégatives. (*Socio-démographie, parcours de transition médico-psychologique et VIH/sida dans la population trans. Résultats préliminaires d'une enquête menée en France, 2010*, Inserm, CESP Centre de recherche en Épidémiologie et Santé des Populations, U1018, Équipe Genre, santé sexuelle et reproductive, F-94276, Le Kremlin Bicêtre, France).

19 Nous pourrions citer la maire néo-zélandaise Georgiana Beyener, élue maire de sa ville tout en affichant publiquement sa transidentité, en 1995 ; l'italienne Vladimir Luxuria, première européenne ouvertement transgenre élue dans une assemblée législative en 2006 ; ou encore Anna Grodzka, élue en 2011 à la Chambre basse du Parlement polonais.

20 Perte de travail, violences verbale et physique, etc. Nous reviendront sur la transphobie en seconde partie de ce mémoire.

21 Citons par exemple la Haute Autorité de Santé française qui estime que "*l'appellation «transgenre», comme dans d'autres pays, serait peut-être préférable à «transsexuel» car «sexuel» véhicule encore parfois une connotation négative*" (Rapport de la HAS, précédemment cité, p. 85).

Une brève histoire de la transidentité

Tout comme les différentes orientations sexuelles, les variances d'identité de genre ont toujours existé, elles n'ont simplement pas toujours été reconnues. Dès la plus haute Antiquité, on trouve des évocations de transidentité. On peut songer en premier lieu au célèbre mythe de Tirésias, devin qui changea plusieurs fois de sexe dans la mythologie grecque²², mais les exemples réels sont également légion : citons la reine Hatchepsout²³ qui, en 1 400 avant Jésus-Christ, gouverna pendant plus de vingt ans en tant que pharaon, portant habits masculins et barbe postiche, et se faisant représenter en homme sur de nombreuses statues. Il n'est cependant pas possible de dire si elle s'identifiait comme tel ou si elle arborait cette apparence masculine dans l'unique but d'asseoir sa légitimité. De même, il serait délicat de ranger *a posteriori* les innombrables exemples de femmes biologiques travesties en hommes qui parsemèrent l'Histoire²⁴ sous l'étiquette de transgenres, de lesbiennes ou encore de féministes voulant s'octroyer les privilèges masculins, dans la mesure où toutes ces catégories n'existaient pas de la manière où nous l'entendons à l'heure actuelle.

En effet, nous ne pouvons pas parler de transidentité et encore moins de transsexualité dans la mesure où ce concept n'existait pas. Le sociologue Arnaud Alessandrin, dès l'introduction de sa thèse, insiste sur le fait que que "*le «transsexualisme» est une parenthèse dans l'histoire des identités de genre alternatives qui, si elles ont toujours existé, n'ont pas toujours été psychiatisées*"²⁵. Ce n'est que dans la société occidentale moderne que la transidentité, de fait social, est devenu une problématique médicale.

Dans un premier temps, les médecins des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles tendent à proposer l'hypothèse de l'hermaphrodisme. De leur vivant ou après leur mort, l'on examine les parties génitales de nombre de ces "maris féminins" ou encore celles du chevalier d'Éon²⁶ et l'on constate avec dépit l'absence de malformation. Il ne reste guère que la folie pour expliquer le phénomène. Ainsi, dans un texte du XVIII^{ème} siècle, l'avocat François Gayot de Pitaval conclue, après avoir

22 Dans la version la plus courante du mythe, celle d'Ovide, ce devin né homme se voit métamorphosé en femme, puis retrouve son sexe originel ; mais son sexe premier et le nombre de ses transformations varient selon les versions.

23 DESROCHES NOBLECOURT Christiane, *La Reine mystérieuse Hatchepsout*, Paris, Pygmalion, 2002, 500 p.

24 D'après l'historienne Laura Gowing, les exemples de "maris féminins" sont nombreux (ALDRICH Robert et al. *Une histoire de l'homosexualité*. Seuil, 2006, p. 132/136). D'autres femmes travesties voyageaient en tant que marins ou soldats, et étaient représentées dans des pamphlets, des pièces de théâtre et des journaux (DEKKER Rudolf et VAN DE POL Lotte, *The Tradition of Femal Transvestism in Early Modern Europ*, Basingstoke, 1989).

25 ALESSANDRIN Arnaud, *Du « transsexualisme » aux devenirs Trans*, Thèse de doctorat : sociologie, Université de Bordeaux Segalen : 2012, 372 pages.

26 Ce célèbre espion français du XVIII^{ème} siècle vécut la moitié de sa vie en tant que femme (DE DECKER Michel, *Madame le Chevalier d'Éon*, Perrin, Paris, 1987.)

conté le cas de "Mademoiselle Rosetta", née homme en 1678 et morte en 1725 : "*Voici un homme dont le cerveau est autrement fabriqué que celui des autres, qui, méconnaissant les prérogatives de son sexe, s'imagine que celui qui est le plus faible lui est supérieur.*"²⁷ Sans faire appel à aucune expertise médicale, la prétendue folie de cette "Mademoiselle Rosetta", déduite uniquement du fait qu'elle s'identifiait comme femme, se vêtait comme telle et empruntait une voix et des comportements féminins, suffit à faire casser son testament.

Dans la première moitié du XIXème, Jean-Étienne Esquirol, considéré comme le père de l'hôpital psychiatrique français, décrit deux cas de sujets, l'un biologiquement homme et l'autre femme, convaincus d'appartenir au sexe opposé²⁸ ; puis, en 1910, paraît un essai qui décrit les caractéristiques de ce syndrome en le distinguant de l'hermaphrodisme et de l'homosexualité : *Die Transvestiten*, du sexologue allemand Magnus Hirschfeld.

Le XXème siècle voit la médecine évoluer dans toutes ses branches tant sur le plan technique qu'éthique ; la chirurgie réparatrice et esthétique, apparue un peu plus tôt, se développe après la Première Guerre Mondiale. C'est dans ce contexte de redéfinition du corps et du rôle du médecin que naissent les techniques chirurgicales de réassignations sexuelles. Parmi les premiers, dès les années 1910, Magnus Hirschfeld propose à ses patients des interventions sur leur corps²⁹. Dans la même période, de l'autre côté de l'Atlantique, Alan Hart, né Alberta Hart en 1890, convainc son psychiatre de lui prescrire une hystérectomie³⁰.

La première opération de construction de vagin artificiel a lieu une quinzaine d'années plus tard³¹, à l'Institut de Sexologie (*Institut für Sexualwissenschaft*) de Magnus Hirschfeld, à Berlin, dans lequel travaillent et sont traités plusieurs personnes trans. La phalloplastie, du fait de sa difficulté technique, fut plus tardive et donna des résultats beaucoup plus mitigés. C'est en 1948 que le Docteur Harold Gillie, qui pratiquait des phalloplasties sur des soldats mutilés de la Seconde

27 CHEVRIER Alain, *Histoire de Mademoiselle Rosetta*, Paris, Gallimard, 2007, p. 22 et 23.

28 ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et medico-légal*, Tome 1, JB Baillière, 1838, p. 522.

29 Il réalise trois opérations chirurgicales entre 1912 et 1921 (une hystérectomie et une mammectomie en 1912, ainsi qu'une ovariectomie en 1921) afin de rendre le corps de l'un de ses patients plus conforme à ce que ce dernier ressentait.

30 En 1917, à New-York, Alan Hart subit une hystérectomie sur préconisation du psychiatre Joshua Gilbert de l'Université de l'Oregon. Hart réclamait cette opération d'abord au prétexte de règles douloureuses puis parce que, né femme, il se sent homme depuis son plus jeune âge. Il présente entre autres au docteur Gilbert l'argument eugénique qu'une personne avec cette "inversion anormale" devrait être stérilisée. Le docteur Gilbert, au départ réticent, accepte et devient le premier psychiatre à recommander l'ablation d'un organe sain pour une question d'identité de genre. (MEYEROWITZ Joanne, *How Sex Changed : A History of Transsexuality in the United States*, Harvard University Press, 2002, 400p.)

31 La patiente d'une quarantaine d'année avait déjà été castrée en 1922, ce qui avait entraîné la régression de sa pilosité, le développement de ses seins et la féminisation de ses formes. En 1931, elle subit une ablation du pénis, puis, quelques mois plus tard, une vaginoplastie, devenant ainsi la première trans à avoir bénéficié d'une réassignation sexuelle chirurgicale complète.

Guerre Mondiale, accepta de faire bénéficier pour la première fois un trans de cette intervention, Michael Dillon, qui fut également parmi les premiers trans à avoir bénéficié d'une thérapie hormonale³².

La médecine s'emparant du sujet de la transidentité, il lui faut créer un terme médical pour la désigner. En 1923, Magnus Hirschfeld avait inventé l'expression néologique "transsexualisme spirituel". Le mot fut repris en 1949 dans un article de David Cauldwell intitulé *Psychopathia transsexualis*³³ ; il fut mis en vedette par le sexologue Harry Benjamin, d'abord en 1953 dans un article intitulé *Travestism and Transsexualism*³⁴ puis, en 1966, dans l'ouvrage majeur *The Transsexual Phenomenon*³⁵. De là viennent donc les termes de "transsexualisme" et "transsexuel", extrêmement pathologisant, ramenant les trans à une vision psychiatrisée de leur identité de genre, et donc de moins en moins employé.

C'est à cette période que le sujet commence également à se faire connaître du grand public qui apprend, fin 1952, dans un article publié dans le *Daily News* de New York, la métamorphose réussie de George Jorgensen en Christine Jorgensen, première transsexuelle "officielle"³⁶. Une fois la transidentité mise sur le devant de la scène, les questions qu'elle pose au droit apparaissent soudain problématique : doit-on permettre à des médecins de procéder à l'ablation d'organes sains ? Ces opérations peuvent-elles être prises en charge par les systèmes d'assurance maladie ? Et surtout, peut-on permettre aux personnes transidentitaires de modifier leur prénoms et sexe officiels, inscrits à leur état civil ?

Malgré un contexte de libération sexuelle des années 70 qui semble favorable (avortement, dépénalisation de l'homosexualité, etc.) les trans rencontrent sur ces questions de grosses difficultés : condamnés par la psychanalyse, notamment par Lacan en 1972³⁷, ils sont décrits comme psychotiques. Dès lors, accepter de les aider dans leur transition ne serait qu'entrer dans leur "délire", chose que ni la médecine ni l'État ne devraient faire. Des opérations de réassignation sexuelle ont cependant lieu, mais elles ne sont souvent justifiées que par le "*risque grave de suicide*

32 De la testostérone lui avait été prescrite sous forme de tablettes orales en 1939 par le docteur George Foss, et ce bien que ses effets ne soient pas encore bien compris. Revenant sur son expérience, Dillon écrit, en 1946 "*Quand l'esprit ne peut pas être adapté au corps, le corps devrait être adapté, approximativement du moins, à l'esprit*" (DILLON Michael, *Self: A Study in Endocrinology and Ethics*, 1946.).

33 CAULDWELL David, "*Psychopathia transsexualis*", *Sexology*, décembre 1949.

34 BENJAMIN Harry, "*Travestim and Transsexualism*", *International Journal of Sexology*, 1953, vol 1, n° 7, p 12-13.

35 BENJAMIN Harry, *The Transsexual Phenomenon*, 1966, Human Outreach & Achievement Institute, 1966 - 286 pages.

36 En réalité, la première largement médiatisée. Avant elle, le cas de Lili Elbe avait déjà été médiatisé mais avec moins de retentissement.

37 LACAN Jacques, *Le séminaire livre XIX... ou pire*, Seuil, Paris, 1972, 262 p.

et d'autocastration"³⁸ que peuvent présenter certains patients. Du côté du droit, certains juristes et magistrats adoptent une position similaire à celle des psychiatres : s'ils sont psychotiques, accéder à leur demande ne ferait que les conforter dans leur folie et, au delà, corrompre la société qui accepterait de les suivre dans leur délire³⁹. Cette position, qui laisse peu de place au dialogue, semble appuyée par l'entrée en 1980 de la notion de transsexualisme dans le DSM⁴⁰ III, troisième édition du manuel de diagnostic en santé mentale.

Il est intéressant de remarquer que cette entrée de la transidentité dans cette "Bible des psychiatres" se fait quelques années après le retrait de l'homosexualité⁴¹ de l'édition précédente de cet ouvrage à la suite de longues années de pression des associations représentant les homosexuels. De la même manière, des associations en faveur de la défense des droits des trans militent auprès de l'APA pour la dépsychiatriation de leur identité de genre. Le DSM V, dernière édition en date, publiée en mai 2013, n'a pas entièrement retiré la transidentité de ses pages mais lui donne du moins une nouvelle définition plus satisfaisante. L'expression "*trouble de l'identité sexuelle*" est remplacée par "*dysphorie du genre*"⁴² et certains autres changements sont apportés : la suppression de la sous-division en fonction de l'orientation sexuelle⁴³ ; la prise en compte des trans en post-transition⁴⁴ ; la reconnaissance de genres alternatifs auxquels s'identifient certains trans⁴⁵, etc.

Selon le Commissaire européen aux droits de l'Homme, le simple fait de considérer la transidentité comme une pathologie mentale est contestable du point de vue des droits humains. D'après lui, considérer que les trans souffrent d'un trouble mental peut "*porter atteinte aux droits des personnes transgenres, notamment si elles servent à limiter leur capacité juridique ou à leur imposer un traitement médical.*"⁴⁶. Partageant ce point de vue, le Parlement européen, dans une résolution du 28 septembre 2011 demande "*à la Commission et à l'Organisation mondiale de la*

38 BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, p. 423.

39 SALAS Denis, *Sujet de chair sujet de droit. La justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994.

40 *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, ouvrage de référence publié par l'Association américaine de psychiatrie (APA).

41 L'APA a retiré l'homosexualité du DSMII en 1973.

42 L'expression "non-congruence de genre" avait été discutée mais avait soulevé certaines réticences parmi les psychiatres. (ALESSANDRIN A., "Déclassifier les variances de genre", in *Transidentité : histoire d'une dépathologisation*. Paris :L'Harmattan, 2013, pp. 49-59).

43 "*The subtyping on the basis of sexual orientation has been removed because the distinction is not considered clinically useful.*" Highlights of Changes from DSM-IV-TR to DSM-5, APA : <http://www.dsm5.org/Documents/changes%20from%20dsm-iv-tr%20to%20dsm-5.pdf>

44 "*A posttransition specifier has been added because many individuals, after transition, no longer meet criteria for gender dysphoria; however, they continue to undergo various treatments to facilitate life in the desired gender.*" Ibidem.

45 "*Gender dysphoria thus is considered to be a multicategory concept rather than a dichotomy, and DSM-5 acknowledges the wide variation of gender-incongruent conditions.*" Ibidem.

46 Rapport de Thomas Hammarberg, p. 23.

*santé de retirer les troubles de l'identité de genre de la liste des troubles mentaux et du comportement, et de veiller à la reclassification des dits troubles en troubles non pathologiques lors des négociations sur la onzième version de la classification internationale des maladies (CIM-11)."*⁴⁷.

Il est bon de souligner que bien souvent, dans l'esprit des psychiatres, comme parfois dans celui du grand public, la psychiatrisation du trans se justifie par la souffrance psychique que ce dernier est sensé ressentir du fait même de la transidentité. La même justification était donnée à la psychiatrisation de l'homosexualité et la même réponse y était apportée par les intéressés : une orientation sexuelle ou une identité de genre particulière n'est pas, en soi, un motif de souffrance ; si souffrance psychique il y a, et force est de constater que les cas de dépressions et de suicides sont plus fréquents dans les populations homosexuelles et transidentitaires que parmi les personnes cis-genres hétérosexuelles, celle-ci n'est provoquée que par les discriminations et violences dont ces populations sont continuellement victimes.

Transphobie et violation des droits humains

Les trans sont en effet fréquemment victimes de violations de leur droits humains les plus élémentaires. Nous venons de voir que le simple fait de considérer la transidentité comme une pathologie mentale est discutable du point de vue des droits humains et nous verrons, au cours de ce mémoire, que beaucoup de situations dans lesquelles les États poussent les trans le sont tout autant : violation du droit au respect de la vie privée, du droit au mariage, à l'intégrité physique, etc. Les trans sont également souvent victimes de violences individuelles, généralement dues à l'ignorance et une transphobie très répandue.

Objets de préjugés courants et profondément ancrés⁴⁸, les personnes trans doivent faire face à de nombreuses discriminations et violences. Proche du sexisme et de l'homophobie, la transphobie est définie par le Commissaire européen aux droits de l'Homme comme "*la peur irrationnelle et/ou*

47 Point n° 16 de la résolution du Parlement européen du 28 septembre 2011 sur les droits de l'Homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre aux Nations Unies , consultable en ligne sur le site du Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//FR>. La sortie du CIM 11 est prévue pour 2015.

48 L'un des préjugés les plus courant est le suivant : les femmes trans sont des prostituées travestis tentant de tromper les hommes cis-hétérosexuels pour les rendre homosexuels. Ce préjugé, mâtiné de sexisme et d'homophobie, conduit à beaucoup de violence contre les personnes trans, en particulier MtF.

*l'hostilité inspirées par les personnes transgenres ou celles qui transgressent d'une autre manière les normes traditionnelles en matière de genre*⁴⁹ ; elle peut prendre des formes extrêmement violentes (violence verbale et physique, viols, meurtres⁵⁰). Pourtant, cette forme de discrimination n'est généralement pas prise en compte par les législations anti-discriminations. Certes, ces dernières comportent souvent des motifs de discriminations non limitatifs⁵¹, mais, comme dans le cas du racisme ou de l'homophobie, il est clair qu'une législation spécifique permettrait de lutter plus efficacement contre les actes de violence motivés par la transphobie.

On pourrait longtemps énumérer les situations dans lesquelles les personnes trans voient leurs droits humains bafoués : accès aux soins, vie professionnelle, vie familiale, etc. Cette population paraît à l'examen particulièrement vulnérable et c'est pour cette raison qu'il semble intéressant de s'y pencher.

Les pays européens dans leur ensemble disent attacher une grande importance au respect des droits humains comme peuvent le témoigner divers textes signés tant au niveau du Conseil de l'Europe⁵² que de l'Union Européenne⁵³, il est donc intéressant d'étudier à cet échelon l'évolution de leur point de vue sur une population mal comprise et stigmatisée telle que la population trans. Comment les différents États européens ont-ils, dans leur droit interne, pris en compte les besoins spécifiques de cette population ? Quels ont été les différentes solutions apportées ? Comment sont intervenus les organes supra-étatiques tels que l'Union Européenne et le Conseil de l'Europe ?

49 Rapport de Thomas Hammarberg, p. 33.

50 Il est cependant difficile d'obtenir des données chiffrées sur ce type de violence car, comme les Nations unies le rappelle dans une note d'information sur le sujet : "*Les données officielles sur la violence homophobe et transphobe sont incomplètes et les statistiques officielles sont rares. Les pays qui disposent de systèmes adéquats pour contrôler, enregistrer et signaler les crimes de haine homophobe et transphobe sont relativement peu nombreux. Même dans les pays où ces systèmes existent, les victimes risquent ne pas faire suffisamment confiance à la police pour se faire connaître et les officiers de la police risquent de ne pas être suffisamment sensibilisés pour en reconnaître le motif et l'enregistrer comme tel. Néanmoins, le rapprochement des éléments des statistiques nationales disponibles, auxquels ont été ajoutées des données provenant d'autres sources, montre clairement l'existence d'une violence généralisée et brutale, qui reste souvent impunie.*" (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/unfe-27-UN_Fact_Sheets_Homophobic_French.pdf).

51 C'est le cas, par exemple, de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : "*Interdiction des discriminations - La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation*". La formulation "toute autre situation" inclus de fait l'identité de genre dans les motifs de discriminations interdits.

52 En premier lieu : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme, signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

53 La Charte des droits fondamentaux, déclaration des droits adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne.

Depuis la seconde moitié du XXème siècle à nos jours, les législations et jurisprudences concernant les trans ont beaucoup évolué dans une Europe qui a peu à peu pris conscience des violations des droits humains dont cette population était victime ; nous étudierons donc ce sujet d'une manière partiellement chronologique. Dans un premier temps, nous verrons comment les juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, au nom du droit au respect de la vie privée, ont imposé aux États européens de reconnaître juridiquement l'identité de genre des trans, ou du moins de ceux qui ont subi une opération chirurgicale. Puis, dans un second temps, nous verrons en quoi les personnes trans se voient souvent dénier divers autres droits humains et comment la jurisprudence, à différents niveaux, a fait évoluer leur situation, avant d'élargir un peu notre échelle et d'étudier la situation de cette population à un niveau mondial.

I/ La reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes trans : une première étape essentielle

Accepter les personnes transidentitaires dans une société implique la reconnaissance juridique de leur existence, et donc de leur identité de genre. Cette reconnaissance passe en premier lieu par l'acceptation des États de modifier la mention du sexe à l'état civil des trans qui le désirent. En effet, le sexe et le ou les prénoms mentionnés à l'état civil d'une personne vont souvent conditionner les informations inscrites sur leurs divers papiers d'identité, et une personne trans ayant l'apparence du sexe biologique opposé à celui de sa naissance se trouvera donc en situation contradictoire avec le droit au respect dû à la vie privée à chaque fois qu'elle présentera des papiers mentionnant ces informations.

En Europe, la prise en compte juridique de la transidentité a commencé dans les années 70, mais les législations d'alors était encore insuffisantes pour apporter une réponse en cohérence avec les droits humains aux questions posées par la transidentité. Par la suite, c'est la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a progressivement imposé aux États européens de reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes trans.

A. Les débuts d'une prise en compte juridique de la transidentité (années 70 à 2000)

En Europe, certains États ont autorisé la modification de la mention du sexe à l'état civil dès les années 70, posant leurs conditions dans des lois ou, à défaut, leur jurisprudence, mais la plupart ont opposé leur refus aux demandeurs trans. C'est donc vers la Cour Européenne des Droits de l'Homme que vont se tourner les personnes trans désireuses d'obtenir une reconnaissance juridique de leur identité de genre.

1. Des législations rares et insuffisantes

Le droit positif étant avant tout le droit d'un lieu et d'un moment, il doit suivre les évolutions de la société qu'il régit et la transidentité pose au Droit des questions auxquelles la loi ou la jurisprudence doivent apporter des réponses. En Europe, différentes solutions législatives ont vu le jour dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle.

> Le droit face à la transidentité

Comme nous l'avons vu en introduction, la transidentité en elle-même n'est pas un fait actuel, mais sa médicalisation, sa découverte par le grand public et, découlant, son apparition à l'agenda politique datent du XX^{ème} siècle. Ce n'est donc qu'à la suite de cette évolution sociale que le droit a dû répondre aux questions posées par le sujet de la transidentité ; et la première demande faite par les personnes transidentitaires aux juristes est celle de la mise en conformité de leur papiers d'identité avec leur identité ressentie ; en d'autres termes, la question du changement de la mention du prénom et du sexe inscrits à l'État Civil. Cette question est délicate, en particulier dans les pays où la notion d'indisponibilité de l'État Civil occupe une place importante⁵⁴.

Une fois l'existence de la transidentité reconnue, les parcours de vie des personnes trans posent au juriste des questions spécifiques. Comme nous l'avons vu, la principale est la mise en conformité du sexe mentionné sur les papiers d'identité de la personne avec son genre apparent, mais cela implique beaucoup de conséquences juridiques, et on constate un grand nombre de situations où les droits des personnes trans peuvent être bafoués. Tous les secteurs du droit sont intéressés : en droit civil, le droit familial est interrogé : qu'en est-il du droit au mariage des trans, en particulier dans les pays où le mariage n'est pas autorisé entre personnes de même sexe ; de même, quelle influence sur la filiation, de nombreux trans ayant eu des enfants avant leur transition, et, pour certains, après⁵⁵ ; le droit de la sécurité sociale doit réglementer les conditions de prise en charge des traitements pour les trans désirant s'engager dans un parcours médical ; le droit pénal doit faire face à diverses formes de transphobie (violences physiques, verbales, licenciements abusifs, etc.) et, s'il peut utiliser à cet égard les dispositifs de non-discriminations déjà existants, souvent non-limitatifs et donc incluant tacitement l'identité de genre comme motif interdit de discrimination, une législation spécifique serait plus efficace pour la répression⁵⁶ ; etc.

Pourtant, face à l'impression que la transidentité est un problème marginal et à l'aspect polémique du sujet, beaucoup d'États européens ont estimé que l'intervention du législateur n'était pas nécessaire sur les questions liées à la transidentité. Quelques États européens, cependant, ont commencé à proposer des solutions législatives dès les années 70.

54 C'est le cas en droit français (voir I.B.1, p. 28-30).

55 Nous reviendrons plus longuement sur les questions spécifiquement liées aux droits familiaux en IIA1 (p.42-46).

56 D'après le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe "*Les États membres du Conseil de l'Europe devraient : 1. 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 anti-discrimination.*" (Rapport de T. Hammarberg, page 44).

> Quelques exemples nationaux

La première vague de législations européennes sur la transidentité a été initiée en 1972 par la Suède, qui propose la toute première loi encadrant le changement de la mention du sexe à l'état civil des personnes transidentitaires. Il y avait eu auparavant quelques cas individuels de changement d'état civil⁵⁷, mais aucun État n'avait jusque là fait de législation spécifique.

La première législation suédoise⁵⁸ est novatrice pour l'époque, mais comportait des conditions strictes qui ont par la suite été contestées. Il est en effet demandé à la personne désirant changer d'état civil d'être un majeur de nationalité suédoise présentant depuis sa jeunesse un comportement persistant typique du sexe opposé à son sexe biologique ; de ne pas être marié ou, le cas échéant, d'avoir divorcé ; d'être dans l'impossibilité de procréer à la suite d'une réassignation sexuelle médicale ; et enfin, d'avoir vécu au moins une année dans le genre revendiqué.

Ces exigences, et en particulier le critère de la stérilisation, sont récurrentes dans les législations de la première vague : on les retrouve dans la première loi allemande du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe⁵⁹ et dans la loi néerlandaise du 21 décembre 2000⁶⁰.

La loi allemande proposait deux procédures distinctes : l'une dite "large" (*große Lösung*) et l'autre "restreinte" (*kleine Lösung*). La procédure large permet de modifier la mention du sexe et du ou des prénoms inscrits à l'état civil selon les conditions suivantes : être de nationalité allemande ou étrangère à condition de posséder un droit d'asile ou de séjour ; avoir un sentiment irréversible d'appartenir au sexe opposé, attesté par deux experts psychiatres indépendants désignés par le tribunal ; vivre depuis au moins trois ans comme une personne du sexe opposé ; ne pas être marié ; et, comme nous l'avons mentionné, être définitivement incapable de procréer suite à un parcours médical de réassignation sexuelle. La loi exigeait également que la personne soit âgée d'au moins 25 ans, mais la Cour constitutionnelle a déclaré cette disposition inconstitutionnelle⁶¹. La procédure restreinte ne permet que de changer son ou ses prénoms mais demande des conditions moins strictes : seul l'existence d'un sentiment immuable d'appartenance à l'autre sexe et trois ans de vie en tant que tel doivent être prouvés.

⁵⁷ Nous citerons par exemple plus tard le cas français de Coccinelle (voir IB1, p. 29).

⁵⁸ Loi n° 1972 : 119 sur la détermination des sexes.

⁵⁹ Loi du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers, dite loi TSG (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen [Transsexuellengesetz - TSG] vom 10 September 1980, BGBl. I S.1654*).

⁶⁰ Loi du 21 décembre 2000, section 13 du livre 1er du code civil, consacrée à "la décision judiciaire tendant à la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance" (articles 28 à 28c).

⁶¹ *Bundesverfassungsgericht*, 16 mars 1982, BVerfGE 60, 123.

Au Pays-Bas, les conditions posées en 2000 sont similaires : un "syndrome de transsexualisme" devait être médicalement reconnu ; une opération chirurgicale de réassignation sexuelle doit avoir été subie⁶² ; et, là encore, l'exigence de stérilisation. L'ensemble de ces conditions doivent être prouvées par un rapport d'expert. Cette procédure est ouverte aux non-nationaux qui résident régulièrement au Pays-Bas depuis au moins un an.

Ces législations ont toutes été modifiées plus ou moins récemment, allant vers un plus grand respect des droits humains des personnes transidentitaires⁶³, mais leurs caractéristiques communes nous invitent à nous interroger en particulier sur la question de l'exigence de modifications physiques.

Il est important de garder à l'esprit qu'un traitement hormonal et/ou une opération chirurgicale ne sont pas accessibles ou souhaités par une grande partie de la population trans. En effet, l'anthropologue Corinne Fortier note que "*la question du sexe anatomique n'[est] pas toujours la question la plus importante dans la transidentité*"⁶⁴ et ce qui compte pour de nombreuses personnes trans "*c'est avant tout d'être reconnues socialement et juridiquement conformément à l'identité sexuée qu'elles considèrent comme la leur*". C'est également l'analyse du juriste Philippe Reigné qui constate que les personnes "*transidentitaires ne demandent pas tant à changer de sexe qu'à changer de catégorie de sexe ; c'est l'appartenance à la catégorie des femmes ou à celle des hommes qui est d'abord en jeu, plus que l'acquisition d'organes génitaux femelles ou mâles*".⁶⁵

Pourtant, pour le grand public comme pour les juges, le transsexuel opéré reste l'archétype du trans, l'aboutissement que doit chercher à atteindre tout véritable trans. Selon la chercheuse Maud-Yeuse Thomas, les trans qui n'entrent pas dans ce cadre strict doivent sans cesse se justifier⁶⁶ et cette pression incite beaucoup à se lancer dans un parcours médical qu'ils ne désirent pas forcément et "*produit plus de transsexes qu'il n'y en a ; notamment les transgenres désirant avoir un changement d'état civil*"⁶⁷. C'est également l'analyse de Corinne Fortier qui "*voit clairement*

62 À condition, progrès notable, que celle-ci soit "*possible et sûre d'un point de vue médical et psychologique*".

63 Nous reviendrons plus longuement sur les modifications récentes dans la partie IIB1 (p. 53-55).

64 Corinne FORTIER et Laurence BRUNET, *Changement d'état civil des personnes trans en France : du transsexualisme à la transidentité*, Anthemis, septembre 2012, p.70. Elle précise une exception : "*certaines personnes trans MtF qui ont horreur de leur pénis –et dont quelques-unes peuvent même avoir pratiqué l'automutilation – et pour lesquelles l'opération de sexe représente une «renaissance»*".

65 REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique*, éd. gén., n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp.1883-1890, p. 1886.

66 "20 ans que j'entends elle s'est arrêtée en chemin, 20 ans que je rectifie c'est son chemin, n'impose pas ton modèle" note-t-elle en parlant de la "*pression du protocole psychiatrique*" (THOMAS Maud-Yeuse, "Questions trans, questions queers" in *Transidentité : histoire d'une dépathologisation*. Paris : L'Harmattan, 2013, p. 81).

67 THOMAS Maud-Yeuse, *Pour un cadre générique des transidentités*, Ibid. p. 28. Dans cette citation nous entendons "transsexe" comme synonyme de "transsexuel".

combien le droit pousse la personne qui veut changer d'état civil dans la voie d'une médicalisation à outrance."⁶⁸. Elle y voit là une marque du biopouvoir décrit par Michel Foucault⁶⁹, qui plie le corps à la volonté du droit.

Cette approche de la transidentité pose certains problèmes au regard des droits humains. Thomas Hammarberg, alors Commissaire européen aux droits de l'Homme souligne qu'on "*ne peut que s'alarmer du fait que [les personnes trans] semblent former le seul groupe en Europe soumis à une stérilisation prescrite légalement et imposée en pratique par l'État*"⁷⁰. On peut considérer que cette exigence manifestement contraire aux droits humains découle du fait que les notions de genre et de parentalité restent intimement liées. En effet, la notion de féminité reste très liée à celle de la maternité, et donc, par critère anatomique, à la possession d'un utérus⁷¹, tout comme le pénis érectile reste un signe de masculinité ; la possibilité qu'une MtF puisse être père ou qu'un FtM puisse être mère semble provoquer un certain malaise. Cela explique la difficulté que les trans déjà parents rencontrent fréquemment dans leur parcours de transition et, à plus forte raison, cette exigence de stérilisation que Thomas Hammarberg considère comme une atteinte au droit à fonder une famille⁷².

En citant des exemples de législations européennes concernant la transidentité, il est important de mentionner le cas intéressant de l'Italie. Là où de nombreuses lois et jurisprudences européennes exigent des conditions médicales pour reconnaître juridiquement l'identité des personnes trans, la loi italienne de 1982⁷³ inverse le rapport entre juge et médecin. Cette loi, la troisième au monde à réglementer le changement de l'état civil des personnes trans, a d'original qu'elle ne fixe aucune condition : celles-ci sont laissées à l'appréciation souveraine des juges. Ces derniers n'exigent ni irréversibilité du sentiment d'appartenance à l'autre sexe, ni opération chirurgicale préalable, ni stérilisation, mais peuvent prendre une ordonnance pour obtenir une expertise psychologique du requérant. Le jugement rendu dissout automatiquement le mariage⁷⁴, permet la rectification des registres d'état civil par l'officier d'état civil de la commune de naissance et donne l'autorisation au requérant de bénéficier d'une opération chirurgicale de réassignation

68 C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem*, p.75.

69 C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem* . p.72. Elle cite FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité, Tome 1, La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1976.

70 Rapport de T. Hammarberg, page 19.

71 L'anthropologue Corrine Fortier rappelle la formule latine "*tota mulier in utero*", littéralement, "la femme est toute entière dans son utérus", au sens figuré "la femme n'est pas intelligente". (C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem*, p.79).

72 Rapport de Thomas Hammarberg, p. 20. Nous reviendrons sur la question du droit à fonder une famille des personnes trans en IIA1 (p. 42-46).

73 Loi n°164 du 14 avril 1982 (*Legge 14 aprile 1982, n. 164*) sur la "rectification de l'attribution de sexe", modifiée le 3 novembre 2000.

74 Très récemment, le 11 juin 2014, la Cour Constitutionnelle italienne a rendu un arrêt rendant cette disposition inconstitutionnelle. Nous développeront cette affaire en IIB1 (p. 43-44).

sexuelle.

En Italie, l'opération chirurgicale intervient donc après le changement d'état civil, grâce au même jugement, si le juge a estimé que cette opération était nécessaire. Cette législation originale montre le côté arbitraire du choix fait par la plupart des autres législations ou jurisprudences européennes. En effet, dans la plupart des pays européens le juge, en exigeant une prise en charge médicale préalable de la personne trans, demande au médecin d'attester de la réalité de la transidentité du requérant. En Italie, la responsabilité est inversée, c'est le juge qui seul évalue le sérieux de la demande et ce n'est qu'après que la médecine intervient.

Cela nous pousse également à nous interroger sur l'aspect arbitraire de la décision du juge d'accorder ou non un changement d'état civil. Même si des conditions strictes sont posées par la loi, les juges sont amenés à juger en fonction de leur propre définition du genre et des rôles sociaux que doivent jouer hommes et femmes quand ils doivent décider si une personne a bien vécu pendant un laps de temps donné comme une personne du sexe opposé⁷⁵.

Pourtant, le rôle du juge est essentiel puisque c'est lui qui va décider du sort juridique des trans dans les nombreux pays européens où aucune loi n'a été mise en place. Cette absence de législation pose un réel problème car le vide juridique laissé va être comblé par une jurisprudence plus ou moins claire et cohérente qui peut engendrer un problème d'insécurité juridique et d'inégalités territoriales. A cet égard, le cas de la France est emblématique, chaque cour d'appel interprétant la jurisprudence de la Cour de Cassation avec plus ou moins de souplesse⁷⁶.

C'est également la jurisprudence, nationale comme européenne, qui va préciser les lois existantes et les faire évoluer pour les mettre en conformité avec les droits humains. Ce rôle incitateur a en particulier été joué par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

2. Une marge d'appréciation laissée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme

En Europe, l'institution la plus efficace en terme de protection des droits humains est sans conteste la Cour Européenne des Droits de l'Homme ; c'est donc naturellement que des personnes trans en quête de reconnaissance de leurs droits se sont tournées vers elle. Dans un premier temps

75 La question se pose en particulier dans les cas où les personnes transidentitaires manifestent des attirances homosexuelles dans leur genre de destination (MtF lesbiennes et FtM gay) ce qui est considéré par certains psychiatres comme certains juges comme contradictoire avec la transidentité.

76 Nous reviendrons sur le cas Français en IB1 (p. 31-33).

pourtant, sa jurisprudence n'a été que peu protectrice, laissant une certaine latitude aux États.

> **La Cour Européenne des Droits de l'Homme**

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, un mouvement général en Europe, déjà initié dès la fin du XIX^{ème} siècle se fait de plus en plus concret : il s'agit de s'allier à un niveau supra-étatique pour lutter de manière commune contre les violations des droits humains, en particulier celles qui pourraient être commises pas des États eux-mêmes. C'est dans cette optique qu'est signée en 1950 la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour Européenne des Droits de l'Homme s'assure du respect de cette convention par les États en statuant sur les requêtes individuelles ou étatiques léguant des violations des droits civils et politiques qu'elle contient.

La Cour (CEDH), qui siège à Strasbourg, peut depuis 1998 être saisie par des particuliers. Elle dispose d'une compétence subsidiaire en matière de violation des droits de l'Homme ; ce qui signifie qu'elle ne peut intervenir qu'après l'État concerné, une fois que le requérant a épuisé toutes les voies de recours interne⁷⁷. Cette condition s'explique car cette cour est conçue comme un organe de contrôle de l'application de la convention par les États signataires. Les juridictions de ces États sont en effet chargées d'appliquer en premier lieu la convention, et par conséquent sont sensées faire disparaître les violations des droits de l'Homme. La Cour Européenne des Droits de l'Homme ne doit intervenir qu'en cas de défaillance de leur part : pour saisir la Cour, le requérant doit établir l'incapacité des juridictions nationales à remédier aux manquements, en exerçant les recours utiles, efficaces et adéquats.

Les recours efficaces s'entendent des recours qui relèvent de la compétence d'autorités ayant le pouvoir de redresser la violation alléguée. L'utilité d'un recours s'apprécie quant aux chances de succès du requérant devant une juridiction donnée, compte tenu de sa jurisprudence antérieure. Dans le cas de la France, par exemple, le requérant doit avoir été jusqu'à la Cour de Cassation. C'est pour cette raison que, pour expliquer les cas d'espèces des affaires que nous allons étudier et pour mieux comprendre les conséquences des décisions de la CEDH, nous allons être amenés à évoquer les jurisprudences internes de différents États européens, en particulier des arrêts français de la Cour de Cassation⁷⁸.

⁷⁷ Article 35 § 1 de la Convention : "*La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive*". Notons cependant que le principe de l'épuisement des voies de recours internes connaît certains aménagements dans les cas d'allégations sérieuses de torture par exemple.

⁷⁸ Voir l'affaire B. c/ France et ses conséquences sur la jurisprudence française en IB1 (p. 28-33).

Outre l'épuisement des voies de recours interne, une autre condition de recevabilité des requêtes adressées à la CEDH est le principe de l'invocation en substance. La Cour impose au requérant "*d'avoir soumis en substance aux autorités nationales le grief qu'il fait valoir devant les organes de contrôle de Strasbourg*"⁷⁹. Notons qu'elle estime que cette condition est satisfaite lorsque le requérant a seulement évoqué des dispositions de droit interne équivalentes. En revanche, elle a rejeté le principe de l'invocation en substance implicite. Ainsi, le requérant doit invoquer directement la Convention européenne des droits de l'Homme ou se référer explicitement à des dispositions internes équivalentes.

La jurisprudence de la Cour fait de la Convention un instrument efficace pour assurer le respect des droits humains de quelques 800 millions d'européens. En effet, depuis presque d'un demi-siècle d'existence, la Cour a rendu plus de 10 000 arrêts qui, obligatoires pour les États concernés parmi les 47 membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la Convention, conduisent souvent les gouvernements à adapter leurs législations ou leur pratiques administratives en fonction des remarques qui leur ont été faites par la Cour.

Dans le domaine de la transidentité, les articles de la Convention européenne des droits de l'Homme les plus souvent invoqués sont les articles 8, 12 et 14. Nous nous étendrons peu sur les articles 12, relatif au droit au mariage⁸⁰, et 14, sur le refus des discriminations⁸¹, car, bien qu'ils soient d'un intérêt certain, c'est plutôt le droit au respect de la vie privée, énoncé dans l'article 8, qui a permis aux trans d'obtenir la reconnaissance juridique de leur identité de genre.

L'article 8 de la Convention, intitulé "Droit au respect de la vie privée et familiale", dispose :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

79 Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, § 37, CEDH 1999-I, et Savgin c. Turquie, no 13304/03, § 31, 2 février 2010.

80 Article 12 de la Convention : "Droit au mariage - *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit*".

81 Article 14 de la Convention : "Interdiction des discriminations - *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation*".

> L'affaire Rees c/ Royaume-Uni

C'est en 1986, en assemblée plénière, que la Cour Européenne des Droits de l'Homme se prononce pour la première fois sur une affaire concernant le droit au respect de la vie privée d'un trans, dans l'affaire Rees c/ Royaume-Uni⁸².

Dans un premier lieu, cet arrêt permet à la Cour Européenne des Droits de l'Homme de donner sa définition de la transidentité ou plutôt, puisque c'est alors le terme consacré, de la "*transsexualité*". Le juge de Strasbourg "*entend par transsexuels les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre ; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur caractère psychique. Les transsexuels ainsi opérés forment un groupe assez bien déterminé et déterminable.*" On peut donc dès maintenant remarquer que la définition de la transsexualité retenue par la Cour correspond à la définition de la transidentité que nous avons posée en introduction et que les juges remarquent que, au sein de cette population, ceux qui ont subis des interventions médicales, les "*transsexuels opérés*", ne constituent qu'un sous-ensemble.

Cette définition des termes tend à montrer que la Cour saisit bien la question de la transidentité, impression renforcée par le constat qu'elle fait qu'il ne s'agit pas "*d'un phénomène nouveau, mais l'on n'en a défini et examiné les caractéristiques que depuis quelques décennies.*"⁸³. Cette compréhension se traduit également dans la manière dont les juges parlent du requérant : notant qu'il s'agit d'une personnes transidentitaire, ils mentionnent dans les premiers paragraphes de l'arrêt son sexe biologique et officiel mais annonce très vite qu'il sera "*dorénavant désigné ici au masculin*"⁸⁴. Cette preuve de l'acceptation de l'identité de genre du requérant est une marque de respect importante à souligner, car les juges des juridictions nationales n'ont pas toujours ce tact⁸⁵.

En ce qui concerne le cas d'espèce, il s'agit d'une histoire de vie classique d'une personne trans : Mark Rees, né Brenda Rees, prend conscience de sa transidentité dès son enfance, adopte très tôt un comportement typiquement masculin, suit par la suite un traitement hormonal virilisant puis bénéficie d'une mastectomie bilatérale⁸⁶, prise en charge par le Service national de Santé

82 Affaire Rees c/ Royaume-Uni, 10 octobre 1986, requête n°9532/81.

83 Affaire Rees c/ Royaume-Uni, § 38.

84 Affaire Rees c/ Royaume-Uni, § 13.

85 En particulier les juges de juridictions françaises qui se réfèrent le plus souvent aux personnes trans en employant leur genre de naissance.

86 Une mastectomie est une ablation de la poitrine. Souvent pratiquées dans des cas tels que les cancers du sein, elle est

britannique. Il commence par changer de prénom, sans difficulté apparente, mais se voit dans un premier temps refusé le titre de "Monsieur" sur son passeport.

Le requérant milite auprès des parlementaires britanniques pour obtenir une proposition de loi tendant à résoudre les problèmes auxquels se heurtent les transidentitaires et, pour son propre compte, tente de faire modifier la mention du sexe inscrite à son acte de naissance, sans succès. Cependant, s'il ne parvient pas à faire modifier son acte de naissance, il finit par obtenir que le titre de "Monsieur" ainsi que ses prénoms d'élection soit insérés dans la plupart de ses documents officiels, y compris son passeport.

Face à ce cas d'espèce, les juges, bien que compréhensifs quant aux difficultés rencontrées par les trans, notent que la situation britannique est assez particulière au regard des autres pays européens. En effet, le droit anglais autorise chacun à choisir assez aisément les noms et prénoms qu'il veut et à les utiliser à sa guise. De plus, les extraits d'état civil et les pièces d'identité équivalentes ne sont ni exigées, ni en usage au Royaume-Uni. Le requérant a donc pu obtenir de l'administration qu'elle rédige ses documents de manière concordante à son identité de genre, et ce sans modifier le sexe mentionné à son état civil.

Pour ces motifs, la Cour estime donc que le refus du Royaume-Uni de modifier l'état civil des personnes transidentitaires ne nuit pas au respect de leur vie privée. Selon elle, il n'y a pas, en l'espèce, de violation de l'article 8 de la Convention. Elle souligne cependant que cette décision n'est valable que pour le Royaume-Uni, où la réglementation comporte des aménagements suffisants et donc où les trans disposent d'un avantage considérable par rapport aux États où les documents officiels doivent nécessairement concorder avec l'état civil⁸⁷.

Cette position laissant une certaine marge d'appréciation aux États sera confirmée dans l'affaire *Cossey c/ Royaume-Uni*⁸⁸. Dès lors, les États européens sont libres de reconnaître ou non l'identité de genre des personnes transidentitaires à condition qu'une éventuelle non-reconnaissance n'entraîne pas pour l'intéressé des conséquences contraires à l'article 8 de la Convention, c'est-à-dire au respect de la vie privée. Cependant, la Cour laissait ouverte toute possibilité d'évolution en précisant que, si *"il faut pour le moment laisser à l'état défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels, la Cour n'en demeure pas moins consciente de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles.*

également très demandée par les trans FtM.

87 C'est pour cette raison que la CEDH condamnera la France dans l'affaire *B. c/ France*. Voir IB2 (p. 28-30).

88 *Cossey c/ Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, requête n° 10843/84.

Partant, la nécessité de mesures juridiques doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société."⁸⁹

C'est cette possibilité d'évolution que la Cour se ménage qui permettra, en 2002, le revirement de jurisprudence *Goodwin c/ Royaume-Uni*. Mais dans un premier temps, la Cour devra d'abord préciser les limites qu'elle pose à cette jurisprudence *Rees* en condamnant la France dans l'affaire *B. c/ France*.

B. Une reconnaissance juridique au nom du droit au respect de la vie privée

Dans la seconde moitié du XX^{ème} et le début du XXI^{ème} siècle, le regard de la société sur la transidentité a évolué. Cette évolution, la CEDH n'a pas manqué de la remarquer et de la prendre en compte en adaptant sa jurisprudence sur la modification de la mention du sexe à l'état civil, incitant de ce fait les États européens à adopter des changements internes. C'est ainsi que, en 1992, les limites posées dans l'affaire *B. c/ France* font évoluer la jurisprudence française, puis, en 2002, que le revirement *Goodwin c/ Royaume-Uni* amène la Grande-Bretagne à proposer l'une des législations les plus avancées pour l'époque.

1. Les limites posées à la jurisprudence *Rees*

Si la Cour en vient à devoir poser des limites à sa jurisprudence *Rees c/ Royaume-Uni*, c'est parce qu'elle constate que le quotidien des personnes trans n'est pas le même d'un pays à l'autre, et qu'en l'espèce, en France, il n'est pas conforme avec le respect des droits humains. Cette précision a amené la France à lourdement modifier sa propre jurisprudence.

> L'affaire *B. c/ France* (1992)

Dans l'affaire *Rees c/ Royaume-Uni*, si la Cour laisse une latitude aux États, c'est qu'elle constate que la situation sur le sol britannique permet aux personnes trans de globalement voir leur droit à la vie privée respecté, et ce même sans modification de la mention de leur sexe à leur état civil. Il n'en va pas de même en France où le fonctionnement administratif est différent.

⁸⁹ *Rees c/ Royaume-Uni*, § 47.

En effet, en France, la notion d'indisponibilité de l'état des personnes occupe une place importante. Bien que cette règle soit non-écrite, son existence a été à plusieurs reprises confirmée par la Cour de Cassation, et elle a été souvent rappelée dans des affaires concernant des demandes de modification d'état civil par des personnes trans⁹⁰. Pourtant, indisponibilité signifie uniquement impossibilité de disposer de manière pleine et entière des informations figurant à l'état civil et non impossibilité totale de modifier ces informations. L'article 60 du Code Civil, par exemple, prévoit que les noms et prénoms peuvent être modifiés si le demandeur justifie d'un "intérêt légitime"⁹¹.

Mais en ce qui concerne la mention du sexe, avant 1992, la Cour de Cassation n'admet pas sa modification. En effet, pour le droit français, la mention du sexe fait partie de ce que le doyen Jean Carbonnier appelle les "*trois vérités historiques qui résistent à toute manipulation extérieure*"⁹², à savoir le sexe, la date et le lieu de naissance, les trois premiers éléments inscrits à l'acte de naissance, cités dans l'article 57 du Code Civil⁹³.

Avant l'arrêt B. c/ France, quelques juges de fond avaient admis la rectification de la mention du sexe dans certains cas de transidentité, mais la Cour de Cassation a toujours refusé, considérant que "*le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe*"⁹⁴ et qu'"*il n'était pas admissible qu'un individu puisse se prévaloir d'artifices provoqués par lui-même pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui serait violer la règle de l'indisponibilité de l'état des personnes*". Cette position était probablement confortée par le souvenir du cas de Coccinelle (Jacqueline Charlotte Dufresnoy, née, Jacques Charles Dufresnoy) qui, en 1960, après avoir obtenu un changement d'état civil, se marie avec un homme, provoquant un scandale dans la société française d'alors, pas encore prête à accepter qu'une personne trans puisse avoir le droit à une vie familiale.

Si la modification de la mention du sexe était hors de question, la Cour de Cassation permettait néanmoins le choix d'un nouveau prénom, conditionné uniquement par l'existence d'un

90 "*le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles [obtenues à la suite d'un traitement médical de réassignation sexuelle]*" Cass., civ. 1re, 16 déc.1975, n° 73-10.615, JCP 1976. II. 18503.

91 "*Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, à la requête de son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut pareillement être décidée.*" Article 60 du Code Civil français.

92 CARBONNIER Jean, *Droit civil - Introduction - Les personnes - La famille*, PUF, Quadrige, 2004, p.502.

93 "*L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille [...]*" Article 57 du code civil français.

94 Cass. chambre civile 1, 21 mai 1990, pourvoi N° 88-12829.

"intérêt légitime"⁹⁵ laissé à l'appréciation des juges⁹⁶ ; mais cela était insuffisant pour garantir le respect du droit à la vie privée des trans français.

En effet, le refus de la Cour de Cassation de modifier la mention du sexe à l'état civil pourrait ne pas porter à conséquence si, comme au Royaume-Uni, ces informations n'étaient pas utilisées quotidiennement. Or, la CEDH constate qu'en France la mention du sexe présente à l'état civil apparaît sur de très nombreux documents, de la carte d'identité nationale au numéro NIR (numéro d'identification au répertoire de sécurité sociale ou INSEE). Cette discordance quotidiennement exposée "*entre [le] sexe légal et [le] sexe apparent*" induit pour les personnes transidentitaires des situations désagréables et en contradiction avec le droit au respect de la vie privée⁹⁷ que le changement de la photographie et même du prénom sur les papiers d'identité ne suffit pas à faire disparaître.

Le juge français se croyait pourtant à l'abri de condamnation sur ce fondement, considérant en 1990 que "*l'article 8 alinéa 1er de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...] n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien*"⁹⁸. La Cour Européenne des Droits de l'Homme fait une tout autre analyse et, s'appuyant sur les faits d'espèce concrets, liés aux caractéristiques du système français et en le comparant avec le système britannique, elle estime en 1992 que les trans français se trouvent quotidiennement dans une situation jugée "*globalement incompatible avec le respect dû à la vie privée*"⁹⁹.

La France se voit donc condamnée par la CEDH à 100 000 francs de dommage moral et à 35 000 francs au titre des frais et dépens, ce qui provoqua un revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation le 11 décembre 1992.

95 Cet intérêt est évident pour un trans dont le prénom choisi est du genre dont il à l'apparence.

96 Par exemple : Cass. fr., 1re ch. civ., 16 décembre 1975.

97 Ces situations sont toujours courantes aujourd'hui pour les trans français n'emplissant pas les critères pour obtenir la modification de la mention du sexe à leur état civil. En décembre 2011, l'Inspection Générale des Affaires Sociales relate dans son rapport sur la prise en charge des personnes trans des témoignages de personnes terrifiées à l'idée de devoir montrer leur carte d'identité pour retirer un colis à la Poste ou de se faire contrôler par la police (Rapport de l'IGAS, déjà cité, p.90).

98 Civ. 1er, 21 mai 1990, déjà cité.

99 Affaire B. c/ France (57/1990/248/319) 25 mars 1992, requête n° 13343/87. : "*Selon la requérante, le sort des transsexuels apparaît, à l'examen, beaucoup plus dur en France qu'en Angleterre sur une série de points. La Commission souscrit en substance à cette opinion.*" (§ 49) ; "*La cour [...] Dit, par quinze voix contre six, qu'il y a violation de l'article 8 (art. 8)*".

> Les conséquences sur la jurisprudence française

En France, contrairement à d'autres pays européens, aucune loi n'est venue régir la situation des personnes transidentitaires et les conditions dans lesquelles elles peuvent obtenir la modification de leur état civil. C'est uniquement la jurisprudence interne qui est venue s'adapter à la position de la CEDH : le 11 décembre 1992, la Cour de Cassation admet, à la suite de la CEDH, que le *"principe du respect de la vie privée justifie que son état civil mentionne désormais le sexe dont [la personne trans] a l'apparence"*¹⁰⁰. Cependant, cette possibilité de voir son identité de genre juridiquement reconnue va s'accompagner de conditions strictes. Quant au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, il n'est pas conçu comme abrogé mais simplement comme redéfini. Pour le juriste Gérard Cornu, *"le sexe d'arrivée est un sexe de conviction, enraciné dans le psychisme, non un sexe d'élection, de convenance, de caprice ou d'emprunt. Le transsexuel [...] subit et c'est précisément pourquoi, dans la logique de cette vision, le transsexualisme échappe au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Le principe existe, mais il est sauf."*¹⁰¹

Quatre conditions cumulatives exigeantes sont esquissées dans cet arrêt, puis précisées par la jurisprudence ultérieure. La première est la constatation médicale du "syndrome de transsexualisme", condition fréquemment retrouvée dans diverses jurisprudences et législations.

La seconde condition est également classique : il s'agit de l'exigence d'une opération chirurgicale de réassignation sexuelle. Nous avons déjà évoqué plus tôt combien l'exigence d'une stérilisation chirurgicale n'est pas compatible avec le respect des droits humains.

La troisième condition, peut-être la plus critiquable, est l'exigence d'une constatation judiciaire de "la réalité du syndrome transsexuel"¹⁰². Cette exigence de preuve peut paraître excessive dans la mesure où, afin que l'opération soit prise en charge par l'assurance maladie, le requérant aura déjà dû fournir à la Caisse Nationale d'Assurance Maladie un certificat cosigné de l'équipe médicale ayant assuré sa prise en charge¹⁰³. Mais ce certificat est jugé insuffisant par le juge qui exige une expertise supplémentaire¹⁰⁴, qui, en plus d'être perçue comme humiliante par les trans

100 Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi o 91-11.900, Bull. civ. 1992, o 13, 2713.

101 CORNU Gérard, *Droit civil : Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, 13e éd., p. 262.

102 "La réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire" Cass. fr., ass. plén., 11 décembre 1992 (deuxième espèce).

103 Rapport de la HAS, déjà cité, p. 44.

104 La nécessité d'une expertise juridique a été plusieurs fois réaffirmée, par exemple dans l'arrêt CA Agen, 13 décembre 1994 : *"Si l'appartenance apparente de D. B. au sexe féminin résulte de l'attestation du chirurgien ayant procédé à l'ablation de la verge et la création d'une cavité néo-vaginale [...], la réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire."* L'expert a pour mission de "déterminer si D. B. a acquis toutes les caractéristiques psychologiques et morphologiques du sexe opposé à celui de sa naissance" et de rechercher "les éléments permettant de déterminer en cas de transsexualisme, notamment, l'existence d'un sexe cérébral féminin".

et d'allonger considérablement la durée des procédures, est entièrement à la charge du requérant : l'IGAS note en 2011 que "*le coût des 3 expertises demandées (psychiatre, endocrinologue et chirurgien) peut représenter jusqu'à 1 500 €*"¹⁰⁵.

Enfin, la quatrième condition posée par la cour de Cassation est l'exigence d'un comportement social correspondant au sexe revendiqué¹⁰⁶. D'après la juriste Laurence Brunet, le juge français semble ici, à première vue, prendre en considération la composante psychosociale du sexe et "*valide l'idée que l'identité sexuée n'est pas le simple produit de données physiologiques, mais qu'elle est aussi le résultat d'une construction intime*"¹⁰⁷. Cependant, la double exigence du constat médical d'un syndrome de dysphorie du genre et de traitements médico-chirurgicaux prouve que la Cour de Cassation reste attachée à l'ancrage anatomique du sexe.

La Cour de Cassation impose donc un cadre rigide et contraignant aux trans souhaitant modifier leur état civil, situation qui a été longtemps critiquée. La lourdeur, le coût et la durée de la procédure nécessaire pour modifier son état civil ont été souvent mis en avant, tant par les trans eux-mêmes que par des institutions françaises telles que l'Inspection Générale des Affaires Sociales. Toutes ces démarches judiciaires sont en effet très coûteuses, d'autant plus que de nombreux trans choisissent de faire deux procédures distinctes, l'une pour le changement de prénom, généralement plus facile à obtenir, et l'autre pour la mention du sexe. Cela représente un temps et un coût certains : environ 18 mois et 2 000 euros par procédure¹⁰⁸.

Sont également critiquables les inégalités territoriales dues à l'absence de loi cadre, chaque Cour d'appel tendant à interpréter la jurisprudence de la Cour de Cassation avec plus ou moins de souplesse. La Haute Autorité de Santé note par exemple dans son rapport de 2009 que certains Tribunaux de Grande Instance, minoritaires, exigent la modifications de la mention du sexe avant d'accéder à la demande de changement de prénom alors que la jurisprudence de la Cour de Cassation ne demande que la preuve de l'intérêt légitime de la personne pour le changement de prénom¹⁰⁹. Toutes ces critiques ont poussé le ministère de la Justice à récemment faire des recommandations aux juges¹¹⁰ qui ont fini par assouplir cette jurisprudence. La Cour de Cassation a entériné ces assouplissements dans quatre arrêts datant de l'hiver 2012/2013¹¹¹.

105 Rapport de l'IGAS, déjà cité, p. 48 § 327.

106 Cette condition a été plusieurs fois réaffirmée, par exemple dans l'arrêt : TGI Paris, 23 février et 24 octobre 1995.

107 C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem*, p. 97.

108 C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem*, p. 90.

109 Rapport de la HAS, déjà cité, p.39.

110 Circulaire de la D.A.C.S. n° CIV/06/10 du 10 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

111 Cass. 7 mars 2012 et 13 février 2013, n° 11-14515. Nous reviendrons sur les évolutions récentes de la jurisprudence française en IIB2 (p. 53-55).

La CEDH a donc, dans cet arrêt *B. c. France*, fixé les limites qu'elle entendait donner à la latitude laissée aux États dans *Rees c. Royaume-Uni*. Soulignons toutefois qu'il ne s'agit pour l'instant pas d'obliger les États à reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes trans. En effet, dans le cas du système britannique, la CEDH maintient sa jurisprudence *Rees* dans l'affaire *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998¹¹². Malgré la condamnation récente de la France, la Cour reconnaît une fois de plus au Royaume-Uni la possibilité d'invoquer sa marge d'appréciation pour défendre son refus de reconnaître juridiquement l'identité de genre de personnes trans, même opérées. Ce n'est que quatre ans plus tard que cette jurisprudence fut renversée dans l'affaire *Goodwin*.

2. Le revirement de jurisprudence de *Goodwin c/ Royaume-Uni*

C'est le 11 juillet 2002 que la CEDH opère un revirement de jurisprudence majeur en ce qui concerne la modification de la mention du sexe à l'état civil : les États européens sont désormais tenus de reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes trans. Le Royaume-Uni prendra en compte cette décision en modifiant profondément sa législation, devenant un des pays d'Europe les plus avancés en la matière.

> L'affaires *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*

Dans cet arrêt majeur pour la reconnaissance juridique des trans européens, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, estimant que le changement de la mention du sexe à l'état civil ne présente pas de difficultés insurmontables, revient sur sa jurisprudence *Rees c. Royaume-Uni*, avec une affaire au cas d'espèce similaire.

Dans l'affaire *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*¹¹³, la demanderesse est une trans britannique, née homme en 1937, qui se plaint de la non reconnaissance juridique de son identité de genre et du statut juridique des personnes transidentitaires au Royaume-Uni. Elle dénonce en particulier la manière dont elle est traitée dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions et l'impossibilité pour elle de se marier¹¹⁴. A cet égard, elle invoque les articles 8, 12, 13 et 4 de la Convention.

112 Affaire *Sheffield et Horsham* du 30 juillet 1998, requête n° 31-32/1997/815 et 816/1018-1019.

113 Affaire *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, requête n° 28957/95.

114 Avant sa transition, Christine Goodwin avait été mariée à une femme cis-genre avec laquelle elle avait eu quatre enfants avant de divorcer.

La Cour opère alors à ce moment là ce que certains commentateurs ont qualifié de "saut de l'ange"¹¹⁵, revenant sur la marge d'appréciation laissée au Royaume-Uni et, par extension, à tous les États européens. Les juges de Strasbourg, pour en venir à ce revirement, soulignent les évolutions que la société a connues depuis l'arrêt Rees et constate que changer la mention du sexe à l'état civil ne présente ni difficulté technique insurmontable ni risque de trouble à l'ordre public.

La Cour utilise, comme elle l'avait fait précédemment dans les arrêts Rees et Cossey, une méthode d'interprétation évolutive. Elle considère qu'au XXIème siècle, la question de la transidentité n'est plus une question controversée, exigeant du temps pour que l'on parvienne à l'appréhender. Partant du constat que la dignité et la liberté de l'Homme sont l'essence même de la Convention, elle en vient donc à la conclusion que les personnes transidentitaires doivent avoir la faculté de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale. La situation insatisfaisante des trans à qui l'on refuse le changement de la mention du sexe à l'état civil qui, selon les termes de la cour, vivent "*entre deux mondes*"¹¹⁶ ne peut donc plus durer. La cour estime alors que les difficultés avancées par les États pour modifier leur système ne sont pas insurmontables si le dispositif se limitait aux transsexuels opérés et que rien ne pousse à craindre qu'une modification de la législation en la matière risquerait d'entraîner des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public.

Les juges reconnaissent que modifier la mention du sexe à l'état civil des personnes qui en font la demande peut poser quelques difficultés à l'administration mais qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à leur identité de genre.

Cette position de la Cour, confirmée dans l'affaire I. c. Royaume-Uni¹¹⁷ du même jour, retire donc aux États européens la marge d'appréciation qui leur avait été laissée par la jurisprudence Rees. La notion de juste équilibre inhérente à la Convention européenne des droits de l'Homme fait désormais pencher la balance en faveur de la personne transidentitaire et les États signataires de la Convention sont donc depuis 2002 dans l'obligation de reconnaître juridiquement l'identité de genre des trans, ce qui implique d'accepter de procéder à la rectification de la mention du sexe dans l'état civil des intéressés. Cependant, il appartient toujours à l'État de déterminer les conditions dans lesquelles ils estiment que la demande est justifiée, ce qui implique dans de nombreux cas, nous l'avons vu, une exigence de stérilisation, très contestable au vu des droits humains.

115 MARGUÉNAUD JP, « Transsexualisme : la CEDH fait le saut de l'ange », RTDC 2002, page 862.

116 Affaire Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, § 90.

117 Affaire I. c/ Royaume-Uni du 11 juillet 2002, requête 25680/94.

Au Royaume-Uni, les effets de cette jurisprudence ne se sont pas longtemps fait attendre. En effet, la législation britannique a rapidement été mise en accord avec la nouvelle position européenne, proposant la loi alors la plus avancée pour l'époque en matière de changement d'état civil.

> *Le gender recognition act*

C'est deux ans après sa condamnation que le Royaume-Uni met en place le *Gender Recognition Act*. Cette loi ne rompt pas totalement avec une vision médicalisée de la transidentité puisqu'elle exige un diagnostic de "dysphorie du genre", mais elle n'exige aucune modification physique, ni chirurgie, ni même hormonothérapie comme condition préalable à l'obtention du changement d'état civil. Ainsi, le législateur britannique va plus loin encore que ce que le juge européen attendait de lui, la Cour ne parlant en effet que de reconnaître juridiquement l'identité de genre des "transsexuels opérés".

Cette loi, introduite à la chambre des Lords dès fin 2003, votée le 10 février 2004 par la chambre des Lords puis le 25 mai 2004 par la chambre des Communes et en application depuis le 5 avril 2005, permet aux trans britanniques d'obtenir un nouveau certificat de naissance, gage d'une entière reconnaissance juridique de leur genre, valable notamment en ce qui concerne la question du mariage. Ce certificat de naissance est en tous points identique au certificat de naissance original et indique les nouveaux sexe et prénoms de l'intéressé. Il peut être utilisé dans toutes les situations où est classiquement demandé un certificat de naissance, tel qu'une demande de passeport. Le certificat de naissance précédent continue d'exister et ne portera aucune mention du nouveau certificat délivré. Dans certains cas, la cour pourra permettre l'accès au fichier nommé *Gender Recognition Register* pour mettre en évidence le lien entre ces deux certificats de naissance mais ces situations exceptionnelles mises à part, la vie privée de l'intéressé sera strictement respectée.

Les trans désirant obtenir ce nouveau certificat de naissance doivent obtenir un *Gender Recognition Certificate*. Pour ce faire, ils se présentent devant un tribunal spécialisé, le *Gender Recognition Panel*, à qui ils doivent prouver qu'ils ont été diagnostiqués comme souffrant de "dysphorie du genre" et qu'ils ont vécu en tant que membre du sexe opposé pendant au moins deux ans avant l'introduction de la demande¹¹⁸. Le *Gender Recognition Panel*, est constitué d'un

¹¹⁸ Notons que si ni un traitement hormonal ni une opération chirurgicale ne sont requis pour obtenir le *Gender Recognition Certificate*, l'existence d'un traitement médical est néanmoins une preuve bienvenue par le tribunal.

Président, un vice-président, trois membres juristes et six membres issus du corps médical. On voit donc bien qu'on est loin de la dépathologisation, mais cette procédure simple et n'exigeant pas de stérilisation est beaucoup plus conforme aux droits humains que celles qui avaient jusque là eu lieu dans la plupart des pays européens¹¹⁹.

Une ombre cependant reste au tableau : les trans mariés sont contraints d'annuler leur mariage, ce qui questionne le droit au mariage. En effet, au cas où la personne trans demanderesse était auparavant mariée à une personne de sexe opposé à son sexe biologique, elle ne peut pas directement obtenir le *Gender Recognition Certificate*. Elle n'obtient qu'un certificat provisoire, nommé *Interim Gender Recognition Certificate*, qui a pour unique fonction de permettre l'annulation du mariage. Ce n'est qu'une fois le mariage défait que le genre du demandeur sera effectivement reconnu.

Ce bémol concernant le droit au mariage n'est plus d'actualité aujourd'hui. En effet, en autorisant le mariage entre personnes de même sexe le 17 juillet 2013¹²⁰ l'Angleterre et le Pays de Galle¹²¹ permettent à une personne trans de rester mariée avec son conjoint, que cette union soit perçue comme hétérosexuelle ou homosexuelle.

Quoi qu'il en soit, dans les années qui ont suivi sa mise en place, cette législation est devenue exemplaire pour les défenseurs des droits des trans. En 2009, le Commissaire européen de l'époque la cite comme un "exemple de bonne pratique"¹²² dans son rapport sur la situation du respect des droits humains des personnes transidentitaires en Europe. Ce rapport important souligne combien les trans voient fréquemment leurs droits bafoués et fait partie des nombreux textes récents qui, bien que dépourvus de force obligatoire, constituent une base juridique favorable à la population trans.

119 Voir IA1 (p. 20-23).

120 The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (c. 30).

121 Le parlement écossais a lui aussi voté une loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe le 4 février 2014 ; il ne reste que l'Irlande du Nord où ce type d'union reste interdite.

122 Rapport de T. Hammarberg, p. 40.

II/ Au-delà de la reconnaissance juridique : le respect des droits humains des personnes transidentitaires

Pour les personnes trans, obtenir la reconnaissance juridique de leur identité de genre est une première étape importante mais insuffisante. En effet, les trans sont confrontés à de nombreux autres problèmes juridiques, du fait de l'absence de législation prenant en compte leur situation. Les personnes trans voient également bien souvent leur droits humains bafoués en raison de discriminations transphobes.

Là encore, la jurisprudence va pouvoir intervenir, tant au niveau de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qu'au niveau de l'Union Européenne, pour constater les situations d'insécurité juridique et de violation des droits humains auxquelles sont soumis les trans et tenter d'y proposer une solution. Mais au niveau européen comme à une échelle internationale plus large, le respect des droits humains en matière d'identité de genre va venir d'un changement général de mentalité, aidé par l'apparition de nombreux textes à valeur de recommandation.

A. Les avancées incitatrices de différentes jurisprudences européennes

Au niveau européen, les juges ne se sont pas contentés de demander aux États de reconnaître officiellement l'identité de genre des personnes transidentitaires, ils se sont également penchés sur d'autres droits humains que la transidentité questionne, et ce tant au niveau de la Cour Européenne des Droits de l'Homme que de l'Union Européenne.

1. La jurisprudence de la CEDH et au-delà

Nous l'avons vu, la CEDH a joué un rôle capital pour la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes trans ; mais elle s'est également penchée sur d'autres droits humains pouvant poser problème pour des personnes trans, en particulier la question de l'accès aux soins et celle des droits familiaux

> L'accès aux soins

Comme nous l'avons vu, beaucoup de législations et de jurisprudences européennes demandent aux trans, qui désirent obtenir un changement d'état civil, d'avoir subi un traitement médical de réassignation sexuelle. Nous ne reviendrons pas sur le fait que tous les trans ne désirent pas ce traitement et que l'exiger est incompatible avec le respect des droits humains, mais il nous faut souligner que cette médicalisation omniprésente de la transidentité rend primordiale la question de l'accès et du remboursement de ces soins.

L'essayiste Marcela Iacub indique à la Haute Autorité de Santé française que *"le fait de ne point rembourser ces traitements impliquerait que seules les personnes ayant certaines ressources puissent exercer leur droit"*¹²³ de mettre leur état civil en conformité avec leur genre. Elle ajoute que le remboursement de la prise en charge du transsexualisme devrait être considéré de la même manière que celle de la contraception, de l'avortement et de la procréation médicalement assistée, c'est à dire de la prise en charge des actes *"qui ne sont pas des traitements de maladies du corps ou de l'esprit"*, qui *"ne sont pas voués à combattre un quelconque dysfonctionnement de la « nature », mais au contraire à aller contre son fonctionnement « normal »"* de manière à *"donner aux individus les moyens d'exercer ces droits et ces libertés pour que ceux-ci ne soient pas réservés à ceux qui peuvent se les payer."*¹²⁴.

Ce point de vue semble assez largement partagé et, pour l'Union Européenne en tout cas, la chose est entendue depuis une résolution du 12 septembre 1989¹²⁵ : le coût du parcours médical des trans doit être pris en charge par l'Assurance Maladie des États membres. Toute la première partie¹²⁶ de cette résolution votée par le Parlement européen aborde les questions liées au parcours médical des personnes trans et la prise en charge de ces soins. Le Parlement européen propose un parcours médical minimal composé d'un diagnostic psychiatrique d'un "syndrome de transsexualisme", d'une période de consultation, d'un traitement hormonal accompagné d'un test de vie réelle¹²⁷ pendant au moins un an et enfin d'une intervention chirurgicale après autorisation donnée par une instance spécialisée composée d'un médecin spécialiste, d'un psychothérapeute et éventuellement d'un

123 Rapport de la HAS, précédemment cité, p. 34. La Haute Autorité de Santé avait invité Marcela Iacub à rédiger un chapitre sur la place de la transidentité dans la société.

124 *Ibidem*.

125 Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels. Rappelons que les résolutions sont des actes davantage politiques que juridiques, de nature purement déclaratoire, par lesquels le Conseil ou le Parlement européen fait connaître ses positions sur un sujet, invitant le cas échéant la Commission à proposer des mesures en ce sens.

126 La seconde partie aborde la question du changement d'état civil, que nous avons déjà discutée.

127 Par "test de vie réelle" on désigne une période de la prise en charge médicale où le trans doit prouver qu'il est capable de vivre quotidiennement dans le rôle social du genre qu'il ressent. Ce "test" est souvent jugé comme humiliant et éprouvant par les associations LGBT.

représentant de la personne concernée. Ce parcours très stéréotypé ne semble pas prendre en compte les trans qui ne souhaitent qu'une hormonothérapie mais pas d'opération chirurgicale, mais il a au moins le mérite de proposer un cadre commun et minimal à l'ensemble des États membres de l'Union Européenne. Elle invite ensuite tous les États membres à garantir que les caisses de maladie rembourseront les coûts des traitements psychologique, endocrinologique, de chirurgie plastique et esthétique.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a ensuite à son tour eu à se prononcer sur l'accès à ces soins et leur prise en charge par les assurances maladies nationales. Pour elle, comme *"la dignité et la liberté de l'homme [relèvent] de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti"*¹²⁸, ce qui implique un accès aux soins pour les trans qui le désirent. Toutefois, la Cour reconnaît que la Convention Européenne des droits de l'Homme ne garantit en elle-même aucun droit au remboursement des frais médicaux causés par une opération de conversion sexuelle. Elle se contente donc d'encadrer assez strictement les conditions d'octroi d'un tel remboursement lorsqu'il est prévu par le droit interne. Ces questions avait déjà été sommairement évoquées dans les arrêts précédemment cités¹²⁹, et reviennent, de manière plus développée, dans les arrêts Van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003 et L. c. Lituanie du 11 septembre 2007.

Dans l'arrêt Van Kück c. Allemagne, dans le cas d'un refus de remboursement de soins de réassignation sexuelle, les juges de Strasbourg considèrent qu'il *"apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsque est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée"*¹³⁰ et conclue à la violation de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

Dans l'arrêt L. c. Lituanie, le requérant se plaignait de l'absence d'une législation qui lui permettrait de subir les interventions chirurgicales de réassignation sexuelle et la Cour *"constate l'existence, au vu des circonstances de l'espèce, d'une lacune législative limitée en matière d'opérations de changement de sexe, du fait de laquelle le requérant se trouve dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité"* et conclue, une fois encore, à la violation de l'article 8. Elle ajoute d'ailleurs que

128 Schlumpf c. Suisse (req. no 29002/06) du 8 janvier 2009, § 101.

129 La CEDH a jugé dans l'affaire Rees c. RU que le fait que les services médicaux n'attendent pas, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux, que chacun des aspects du statut juridique de ces personnes ait été examiné et réglé bénéficie aux intéressés et contribue à leur liberté de choix (Rees, précité, p. 18, § 45).

130 Kück c. Allemagne (Requête no 35968/97) du 12 juin 2003, § 82.

*"si des restrictions budgétaires dans le système public de santé ont pu justifier au départ certains retards dans la prise d'effet des droits des transsexuels énoncés dans le code civil, [...] le budget de l'État n'aurait pas été excessivement grevé par l'adoption de cette mesure" et qu'en conséquent "un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général et les droits du requérant."*¹³¹.

Pour les juges de la Cour Européenne des Droits de l'Homme il est donc clair qu'il est du devoir de l'État de fournir aux trans la possibilité d'accéder s'ils le désirent à des soins de réassignation sexuelle, y compris, le cas échéant, à une intervention chirurgicale ; et que l'ensemble de ces soins doit être pris en charge par l'assurance maladie en tant que médicalement nécessaires. Dans l'arrêt Schlumpf c/ Suisse du 8 janv. 2009, ils préciseront également les conditions d'octroi de ce remboursement.

En l'espèce, une personne, enregistrée à sa naissance comme étant de sexe masculin, a suivi un parcours médical de réassignation sexuelle puis procédé à la modification de son état civil. Elle sollicita de son assurance-maladie le remboursement des frais médicaux exposés avant, puis après son opération, mais par deux fois, l'assurance-maladie opposa un refus à cette demande, décision qui fut confirmée en dernier ressort par le Tribunal fédéral des assurances. Celui-ci, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, a estimé que le délai d'observation de deux ans préalable à l'opération, pendant lequel la personne assume quotidiennement sa nouvelle identité sexuelle et suit des traitements en ce sens, n'avait pas été respecté. La CEDH estime que par ce refus, le tribunal suisse *"s'est substitué aux médecins et aux psychiatres, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique"*¹³².

En ce qui concerne la nécessité des soins de réassignation sexuelle, le juge européen considère que les personnes trans désireuses de bénéficier d'un parcours médical bénéficient d'une *"présomption quasi-irréfragable de sérieux"* car *"on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société"*¹³³. Enfin, la cour remet en question le délai fixe de deux ans d'observation fixé par la Suisse car ce critère ne prend pas en compte les particularités individuelles, en l'espèce l'âge avancée de la requérante¹³⁴.

131 L. c. Lituanie (Requête no 27527/03) du 11 septembre 2007, § 59.

132 Schlumpf c. Suisse, §57.

133 Schlumpf c. Suisse, § 110.

134 Schlumpf c. Suisse, § 111 et 112.

Ainsi, si la cour Européenne des Droits de l'Homme ne considère pas qu'une obligation de remboursement des soins de réassignation sexuelle dérive de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, elle veille donc à la meilleure application de cette prise en charge quand celle-ci est prévue en droit interne. Cette jurisprudence devrait inciter les États européens à plus de cohérence en la matière, car dans certains États une prise en charge existe, mais elle est variable en fonction des cas ou des régions. C'est le cas par exemple en France, où l'étendue de la prise en charge par l'Assurance Maladie varie selon les époques et les lieux, par exemple en ce qui concerne les interventions esthétiques¹³⁵.

La question du remboursement des opérations chirurgicales se pose également en cas d'opération effectuée à l'étranger, en particulier hors d'Europe. En effet, certaines opérations sont réputées être pratiquées avec plus de talent dans certains pays du monde, par exemple les vaginoplasties réalisées en Thaïlande, qui ont la réputation être d'excellente qualité et qui attirent un grand nombre de trans MtF européennes. Mais les États européens acceptent rarement de rembourser les opérations chirurgicales pratiquées hors de leur territoire, hormis dans de rares cas : le traitement doit être inexistant sur le territoire de l'État concerné, ou il doit avoir un degré d'efficacité moindre, ou un délai d'attente inopportun. Cette restriction est autorisée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, *"les soins hospitaliers comme le recours à des équipements matériels lourds étant susceptibles, en cas de totale liberté d'accès hors du territoire national, de porter gravement atteinte à l'organisation du système sanitaire ou à l'équilibre financier du système de sécurité sociale de l'État d'affiliation de l'assuré"*¹³⁶.

Le remboursement des traitement hormonaux peut également s'avérer problématique dans la mesure où les médicaments utilisés ne listent généralement pas les cas de transidentité dans les indications indiquées dans leur Autorisation de Mise sur le Marché (AMM). En effet, le remboursement d'un médicament est accordé indication par indication, et les firmes pharmaceutiques s'intéressent peu aux populations de faible importance telles que la population trans ; elles ne déposent donc pas de demandes d'AMM dans le cadre de l'indication "dysphorie de genre" pour des médicaments qui pourraient y prétendre. Dès lors, la prescription et le remboursement de ces substances est soumise aux bon vouloir de chaque médecin et caisse d'assurance maladie.

La thématique de l'accès aux soins et de leur remboursement pose donc encore de

135 On peut par exemple citer un arrêt de Cassation refusant le remboursement de soins d'épilation électrique du visage d'une MtF, considérés comme esthétiques : Cour de Cassation, Chambre sociale, n° 99-14.657 d u 8 mars 2001.

136 Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), 5 octobre 2010, affaire C-512/08 (Soins programmés transfrontaliers - autorisation préalable au remboursement).

nombreuses questions qui mériteraient des discussions aux niveaux national comme européen. Malheureusement, les tentatives de discussion sur le sujet se voient souvent parasitées par des considérations issues d'une morale religieuse, venant souvent de divers partis politiques de droite chrétienne, voyant dans l'acceptation de la transidentité une menace pour l'ordre social. Ce sont ces mêmes considérations qui ont rendu pénible aux trans la reconnaissance de leurs droits familiaux.

> **Les droits familiaux face à la transidentité**

Si la transidentité pose problème au droit familial, c'est qu'elle remet en cause le modèle familial nucléaire, composé d'un homme et d'une femme, respectivement père et mère d'un ou plusieurs enfants, le modèle culturellement le plus admis et le plus protégé dans nos sociétés.

Le droit au mariage

Nous avons évoqué un peu plus tôt le scandale que l'artiste française Jacqueline Dufresnoy, dite Coccinelle, avait provoqué dans les années 60 en se mariant avec un homme après son changement d'état civil¹³⁷. L'idée qu'une personne transidentitaire, après sa transition, doive être vouée au célibat a longtemps été très fortement ancrée, en particulier chez les psychiatres¹³⁸, et reste encore présente aujourd'hui. C'est pourquoi les personnes transidentitaires n'ont eu de cesse de défendre leur droit au mariage, souvent mis à mal.

Dans plusieurs cas, la saisine de la cour par un requérant trans était motivée, outre la demande de reconnaissance juridique de son identité de genre, par la demande de reconnaissance juridique d'un droit au mariage. En effet, la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantit dans son article 12 qu'à "*partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit*". Dans un premier temps¹³⁹, la CEDH a maintenu une position disposant que l'article 12 de la convention, en garantissant le droit à se marier, visait le mariage entre personnes de sexe biologique différent. Elle ajoutait que l'évolution enregistrée jusqu'alors, même si certains états pouvaient considérer comme valable le mariage d'une personne transidentitaire, ne saurait passer pour la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage.

La Cour considère donc en premier lieu que l'application de critères biologiques pour

137 Voir IB1 (p. 29).

138 Les psychiatres se sont longtemps attachés à la vision du psychanalyste Robert Stoller pour qui les seuls "vrais" trans était ceux qu'il appelait les "transsexuels primaires" et qui se caractériseraient par les symptômes suivants : ils seraient dépourvus de désir sexuel et auraient développé dès l'enfance un sentiment d'isolement et un dégoût de leurs organes génitaux. Cette vision très excluante est aujourd'hui largement contestée.

139 Dans les affaires Rees, Cossey et Sheffield et Horsham précitées.

déterminer le sexe d'une personne aux fins de mariage relève de la marge d'appréciation laissée à l'État pour réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier¹⁴⁰, point de vue qu'elle révisera au même moment que sa position sur la question de l'état civil dans l'arrêt les arrêts Goodwin et I. déjà cités.

La CEDH considère que si *"l'article 12 vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, mais [elle] n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. Depuis l'adoption de la Convention [dans les années 50], l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité."*¹⁴¹. Le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue donc une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. Cependant, les États restent libres de déterminer les conditions pour accorder un changement d'état civil et donc dans lesquelles un futur mariage à caractère hétérosexuel devient possible.

Le droit au mariage des personnes transidentitaires est également questionné dans la situation où elles se trouvent, avant leur transition, mariées à une personne de sexe opposé à leur sexe biologique. De nombreux États, n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe, demandent aux personnes transidentitaires de divorcer avant d'entamer une demande de changement d'état civil afin de ne pas donner lieu à un mariage homosexuel. Le commissaire européen au droit de l'Homme considère cette exigence comme contraire au droit à la vie familiale¹⁴².

Sur ce terrain du mariage, ce sont les jurisprudences internes qui, récemment, font avancer les droits des personnes trans. En 2006, la Cour constitutionnelle autrichienne¹⁴³ a accordé à une femme trans le droit de devenir une femme tout en restant mariée à son épouse, estimant que la rectification du sexe sur l'acte de naissance ne peut être empêchée par le mariage, et deux ans plus tard, c'est la Cour constitutionnelle allemande¹⁴⁴ qui a rendu un jugement allant dans le même sens, imposant au gouvernement l'obligation de modifier la loi en vigueur. Plus récemment encore, la Cour constitutionnelle italienne¹⁴⁵ a estimé, dans une affaire du 11 juin 2014, que la dissolution

140 Affaire Cossey c/Royaume-Uni, § 46.

141 Affaire I. c. Royaume-Uni.

142 Le Commissaire européen aux droits de l'Homme considère *"qu'il est plus important de protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'État que d'avoir quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe"* (Rapport de T. Hammarberg, p. 23).

143 Cour constitutionnelle autrichienne, BverfG, 1 BvL 1/04 (18 juillet 2006).

144 Cour constitutionnelle allemande, BVerfG, 1BvL 10/05 (27 mai 2008).

145 Corte costituzionale della Repubblica italiana, Arrêt n° 170 de 2014, déposé le 11 juin 2014 et publié au J. O. le 18

automatique du mariage prévue en droit italien¹⁴⁶ était inconstitutionnelle. En l'espèce, une femme trans avait modifié la mention de son sexe à son état civil et l'officier d'état civil avait automatiquement procédé à la dissolution du mariage qui, pourtant, n'était pas désiré par les deux épouses. La cour de première instance a donné raison au couple, considérant qu'un officier d'état civil ne pouvait pas rompre un lien juridique, mais la Cour d'appel de Bologne a estimé que le modèle hétérosexuel du mariage ne prévoyait aucune exception en droit italien et que l'officier d'état civil n'a fait qu'appliquer les normes en vigueur. Le couple a alors déposé un recours en cassation contre l'arrêt d'appel et la Cour Constitutionnelle italienne a jugé que les dispositions sur lesquelles reposaient cette décision étaient contraires à la Constitution italienne ainsi qu'à la convention européenne des droits de l'Homme¹⁴⁷.

En ce qui concerne la vie familiale des personnes transidentitaires, il reste une question plus polémique encore que celle du mariage : celle de la parentalité des personnes trans. En effet, malgré l'obligation de stérilisation très répandue, il existe de nombreuses situations où une personne transidentitaire se retrouve de fait père ou mère d'enfants qu'elle a elle-même eus avant ou après sa transition, ou encore d'enfants de son conjoint. Reconnaître une filiation dans ces cas semble être un sujet de malaise et de polémique.

Transidentité et parentalité

Comme nous l'avons déjà évoqué¹⁴⁸, les idées de sexe et de parentalité restent très liées, et la possibilité qu'une personne ne répondant pas au schéma classique de division des genres puisse avoir un enfant semble provoquer un certain malaise. Cela explique en grande partie l'exigence de stérilité retrouvée dans tant de législations et de jurisprudences et également les difficultés que les trans déjà parents rencontrent dans leur parcours de transition¹⁴⁹. Pour le Commissaire européen aux droits de l'Homme, il s'agit d'une atteinte au droit à fonder une famille¹⁵⁰, mais la CEDH n'a pas adopté de position aussi claire concernant ces questions.

Dans l'affaire X. Y. Z. c/ Royaume-Uni du 22 avril 1997 la cour de Strasbourg s'interroge sur

juin 2014.

146 Voir IA1 (p. 22-23).

147 BOTTINI Eleonora et PASETTO Sarah , « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », in *Revue des droits de l'homme*, 5 août 2014 (Lien : <http://revdh.revues.org/859>).

148 Voir IA1 (p. 21-22).

149 La HAS rappelle qu'on invoque encore parfois "pour interdire une réassignation sexuelle à un parent le fait que ce n'est point la logique juridique qui est atteinte, mais qu'il s'agit de ne pas faire de tort à autrui, en l'espèce à l'enfant, qui risquerait des troubles psychologiques à la suite d'une réassignation sexuelle d'un de ses parents." (Rapport de la HAS, précédemment cité, p. 35).

150 Rapport de Thomas Hammarberg, p. 20.

la reconnaissance de droit parentaux d'un trans dans le cadre de la procréation médicalement assistée. En l'espèce, le premier requérant, X, était un trans FtM qui entretenait une liaison stable et régulière avec une femme cis-genre, Y. Cette dernière donna naissance à Z, conçue par insémination artificielle au moyen du sperme d'un donneur. Le port du nom de X avait été accordé à l'enfant, cependant, la reconnaissance de la filiation lui avait été refusée, aucune règle ne permettant d'établir la paternité d'une personne qui ne serait pas biologiquement de sexe masculin. Le couple avait donc saisi la Cour, en soutenant que le refus portait atteinte à leur vie familiale.

La question posée ici se distinguait des affaires Rees, Cossey et Sheffield et Horsham. Le demandeur ne demandait pas la modification de l'indication de son sexe dans le registre de l'état civil, mais invoquait l'intérêt de l'enfant à ce que la personne assumant socialement le rôle de père soit également reconnue comme tel par le droit, quand bien même il serait transgenre. L'affaire fut donc examinée sous l'angle de la vie familiale, plutôt que sous celui de la vie privée.

Cette affaire ayant été examinée avant l'arrêt Goodwin, le juge européen décida, dans cette situation, de laisser une latitude importante au Royaume-Uni qu'il ne condamne pas. Il estima en effet qu'il était de l'intérêt de la société de préserver la cohérence des règles du droit de la famille. En ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, il estimait que la modification de la filiation réclamée ne le servirait pas nécessairement et pourrait provoquer des incohérences. Elle conclut finalement qu'une réforme du droit pouvait donc avoir des conséquences indésirables ou imprévues pour les enfants se trouvant dans la même situation que Z.

La Cour a d'autre part considéré que les inconvénients supportés par les requérants qui découlaient du refus de reconnaître légalement X comme le père de Z pouvaient être surmontés si X et Y prenaient des mesures appropriées (rédaction d'un testament, demande d'ordonnance de garde conjointe), et elle souligne que l'article 8 de la convention n'impliquait pas une obligation pour ces derniers de reconnaître en tant que père légal de l'enfant une personne qui n'en était pas le père biologique.

En ce qui concerne ce genre de cas, la CEDH laisse donc le soin à chaque état de résoudre cette difficulté, avec le bénéfice d'une large marge d'appréciation. Mais, nous l'avons évoqué, il existe de nombreux autres cas de figure dans lesquels une personne transidentitaire peut-être parent. Dans le cas d'un enfant né avant la transition, même si cette situation peut-être mal perçue, il n'y a pas, *a priori* de problème juridique en terme de filiation. Mais si les enfants naissent après la transition de leur parent biologique, le cas peut devenir beaucoup plus complexe.

La situation semble certes rare, voire impossible dans le cas où le droit exige une

stérilisation comme condition à la reconnaissance juridique de l'identité de genre de la personne concernée. Mais comme nous l'avons vu, cette exigence de stérilisation est contraire aux droits humains et devrait donc être écartée. Cela implique la possibilité que des trans puissent concevoir biologiquement des enfants après leur transition, situations rares du fait "*des traitements hormonaux et de la volonté même des personnes concernées*"¹⁵¹ mais qui ne peuvent pas être ignorées.

Certains groupes politiques, en particulier issus de la droite chrétienne, semblent terrifiés à l'idée qu'une femme puisse en mettre enceinte une autre et, plus encore, qu'un homme puisse porter un enfant. Pourtant les cas d'hommes "enceints" existent et sont parfois médiatisés à outrance. On compte aujourd'hui une dizaines de cas connus¹⁵², dont le plus célèbre est celui de Thomas Beatie, FtM américain qui a donné naissance à trois enfants entre 2008 et 2010 après avoir temporairement arrêté son traitement à la testostérone¹⁵³. Ces situations posent des questions juridiques encore non résolues et entraînent des réactions d'incompréhension et de violence. Les personnes transidentitaires sont en effet souvent victimes de violences transphobes et de discriminations parfois systématiques et généralement mal réprimées par les États.

2. Les interventions de la Cour de Justice de l'Union Européenne

Les juges de la CEDH ne sont pas les seuls à avoir fait évoluer les droits des trans européens. Au niveau supra-étatique, les juges de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)¹⁵⁴ ont également eu l'opportunité d'exprimer leur opinion sur la question. Ces arrêts sont certes bien moins fréquents à ce niveau pour la simple raison que le droit communautaire traite davantage de questions économiques que de questions de société, mais il existe quelques arrêts notables où les juges européens reconnaissent et répriment des discriminations dont les trans peuvent être l'objet.

151 Rapport de Thomas Hammarberg, p. 20.

152 Il en existe sans doute bien davantage, mais nous pouvons citer quelques uns des plus récents : un homme anonyme a donné naissance à un enfant le 18 mars 2013 à Berlin (<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2416088/Transgender-German-man-Europe-baby-boy-following-home-birth.html>) ; quelques années plus tôt, le 28 décembre 2011, c'est Yuval Topper, un trans israélien, qui accouche (<http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4430009,00.html>), etc. On peut constater aisément sur internet que ces nouvelles sont systématiquement accueillies par de l'incompréhension voire des message d'insultes.

153 Sa compagne ne pouvant porter d'enfant, il avait décidé de le faire lui même, se considérant comme la propre « mère porteuse » de son couple (« Deux en un – Mon père est aussi ma mère », *Courrier International*, 11 février 2012 : <http://www.courrierinternational.com/article/2008/08/01/mon-pere-est-aussi-ma-mere>.)

154 Notons que cette Cour s'appelait Cour de Justice des Communautés Européenne (CJCE) jusqu'à 2009. Elle prend le nom de CJUE à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, au 1er décembre 2009.

> L'égalité homme/femme pour lutter contre la transphobie

Depuis longtemps, l'Union Européenne s'est engagée en faveur de l'égalité entre homme et femme au travail. C'est avec cette vision qu'a été jugée en 1996 l'affaire *P c/ S. et Cornwall County Council*¹⁵⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un cas classique de transphobie, une personne ayant été licenciée en raison de son identité de genre. Or comme nous l'avons déjà évoqué, la transphobie n'est généralement pas prise en compte par les législations anti-discrimination. Les juges doivent donc se rabattre sur d'autres motifs de discriminations interdits pour protéger les victimes de transphobie.

Dans l'affaire *P c/ S. et Cornwall County Council*, la Cour de Justice s'est appuyée sur la directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes¹⁵⁶. Les juges considèrent en effet que le principe d'égalité de traitement entre homme et femme "a vocation à s'étendre aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle, celles-ci étant fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé, car licencier une personne au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, c'est lui infliger un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération"¹⁵⁷.

Faute de textes spécifiques pour lutter contre les discriminations fondées sur l'identité de genre, ce sont donc les textes conçus pour lutter contre le sexisme qui seront utilisés. Ces deux notions sont en effet assez intimement liées, puisqu'elles se fondent toute les deux sur l'idée que, en raison de son sexe biologique, une personne doit s'en tenir à un certain rôle social strictement délimité. Cette interprétation de l'égalité homme/femme comme interdisant de fait la transphobie est confirmée par deux autres jugements de la Cour de Justice¹⁵⁸. Conformément à cette jurisprudence, le Conseil de l'Union européenne a déclaré lui aussi que la discrimination résultant de "la conversion sexuelle", c'est à dire la transphobie, entre dans le champ d'application de la directive de l'Union européenne mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services¹⁵⁹.

155 CJCE C-13/94, *P c/ S. et Cornwall County Council* du 30 avril 1996.

156 Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

157 Points 21 et 22.

158 Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 janvier 2004 dans l'affaire C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health* et du 27 avril 2006, C-423/04, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, que nous détaillons si après.

159 2606e session du Conseil de l'Union européenne (emploi, politique sociale, santé et consommateurs), tenue à

Aujourd'hui, le problème spécifique de la transphobie commence à être mieux pris en compte par l'Union Européenne. En 2006, une directive de refonte de la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, dite *Gender Recast Directive*, fut la première directive de l'Union européenne à mentionner également les personnes ayant l'intention d'entreprendre ou ayant entrepris une conversion sexuelle¹⁶⁰ et récemment, la notion d'identité de genre ("gender identity") a été intégrée dans certains textes de droit européen, notamment une directive sur l'asile¹⁶¹ et une autre sur les droits des victimes de criminalité¹⁶².

> **Sur les droits sociaux**

Outre les cas de discrimination, la CJUE va également s'intéresser à la question du versement des pensions de retraite et de révision dans deux arrêts : *K.B. c/ National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health* et *Sarah Margaret Rochards c/ Secretary of State for Work and Pensions*.

Le premier arrêt, *K.B. c/ National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*¹⁶³, s'interroge sur le bénéficiaire de la pension de réversion d'un conjoint survivant transidentitaire. En l'espèce, une infirmière, qui avait cotisé au régime de retraite du National Health Service durant toute sa carrière, souhaitait que son compagnon, né femme mais ayant subi une transition médicaux chirurgicale, puisse bénéficier d'une pension de veuf. Or, la législation du Royaume-Uni de l'époque ne permettait pas à une personne transidentitaire de se marier avec une personne du sexe opposé, puisqu'il était alors impossible de modifier l'acte de naissance mentionnant le sexe d'origine et que le mariage entre personnes du même sexe n'était alors pas autorisé. Cette interdiction de la loi privait donc le compagnon de l'infirmière de recevoir sa pension de conversion.

D'après le professeur de droit public Olivier Dubos¹⁶⁴, le juge communautaire procède à un raisonnement audacieux, constitué de l'enchaînement de deux syllogismes : le droit anglais

Luxembourg le 4 octobre 2004, procès-verbal, doc. no 13369/04 du 27 octobre 2004, p. 7.

160 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204, 26 juin 2006, p. 23-36, troisième «considérant».

161 Directive 2011/95/UE sur la qualification d'asile.

162 Directive 2012/29/UE sur les droits des victimes de la criminalité.

163 CJCE du 7 janvier 2004, affaire C-117/01.

164 DUBOS Olivier, « Le mariage, une femme, un homme : sur quelques nouvelles possibilités », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 21, du 17 mai 2004, page 715.

subordonne l'octroi d'une pension de réversion à la condition du mariage entre le travailleur et le bénéficiaire ; or le droit anglais n'autorise pas le mariage des personnes transidentitaires ; donc selon le droit anglais, une personne trans ne peut bénéficier d'une pension de réversion en tant que conjoint d'une personne de sexe opposé. Cette situation constitue une discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne¹⁶⁵ ; donc le droit anglais est contraire au droit communautaire.

Pour en venir à cette conclusion, la Cour de Justice se réfère à l'arrêt Goodwin que nous avons déjà évoqué. En effet, dans l'arrêt Goodwin, outre le revirement concernant le droit au respect de la vie privée, les juges de Strasbourg admettent le droit au mariage pour les personnes trans¹⁶⁶. Dans cet arrêt *K.B. c/ National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, c'est donc à son tour le juge communautaire qui affirme qu'une législation nationale qui, en ne reconnaissant pas l'identité de genre d'une personne trans, lui interdit l'accès au mariage, est contraire au droit communautaire ; d'autant plus si elle a pour conséquence de priver cette personne du bénéfice d'une pension de réversion.

Le second arrêt, *Sarah Margaret Rochards c/ Secretary of State for Work and Pensions*¹⁶⁷, posait la question de savoir si la directive relative à l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale¹⁶⁸ permettait de refuser le bénéfice d'une pension de retraite à une trans opérée ayant réalisé sa transition avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans, alors qu'elle aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme femme. La Grande-Bretagne avait elle-même

165 "1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle." Article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Nice) - Troisième partie: Les politiques de la communauté - Titre XI: Politique sociale, éducation, formation professionnelle et jeunesse - Chapitre 1: Dispositions sociales - Article 141 - Article 119 - Traité CE (version consolidée Maastricht) - Article 119 - Traité CEE.

166 "La Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier." Affaire Goodwin, § 103.

167 Arrêt Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, déjà cité.

168 Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

saisi la CJCE dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle portant sur l'interprétation de cette directive. En effet, cette affaire qui se déroule en 2006 pose la question de savoir si le *Gender Recognition Act* de 2004 que nous avons évoqué¹⁶⁹ peut avoir certains effets rétroactifs. Considérant que le *Gender Recognition Certificate* délivré sous certaines conditions aux trans qui en font la demande n'a d'effet que pour l'avenir, le ministère britannique en charge des pensions a refusé d'accorder à cette personne MtF le bénéfice de sa pension avant l'âge de 65 ans, considérant qu'elle avait travaillé sa vie durant en tant qu'homme.

La Cour de Justice, pourtant, s'inscrivant ainsi dans le prolongement de l'arrêt P c/ S. et Cornwall County Council, a considéré que cette inégalité de traitement devait être considérée comme une discrimination interdite par la directive.

L'Union Européenne et ses différents organes, quoiqu'*a priori* peu concernée par la question de la transidentité, a donc contribué à faire avancer quelque peu les droits des personnes trans en Europe, surtout en ce qui concerne le domaine de la lutte contre les discriminations. L'absence de législation relative aux infractions motivées par la transphobie dans les différents pays européens est en effet un combat important pour les trans. Pour l'instant, comme nous l'avons vu, la transphobie tombe généralement sous le coup de législations prévues pour lutter contre le sexisme ; parfois, elle se trouve également amalgamée à la lutte contre l'homophobie, mais l'adoption d'une législation spécifique serait bienvenue. Ce sont en tout cas les recommandations que Thomas Hammarberg fait aux États membres du Conseil de l'Europe en 2009.

B. Des évolutions de législations récentes, témoins d'un changement de mentalités

La défense des droits humains s'organise à de nombreux niveaux. Au niveau européen comme à une échelle internationale plus large, il existe de nombreux textes, issus de diverses institutions voire de la société civile, qui n'ont pas de réelle valeur juridique mais qui ont une influence politique telle que, peu à peu, ils permettent une évolution des mentalités et, dans un second temps, des législations.

169 Voir IB2 (p. 35-36).

1. En Europe : le rôle initiateur des organisations supra-étatiques

Au niveau européen, de nombreux acteurs, tant issus de grandes institutions –telles que le Conseil de l'Europe– que de la société civile, proposent des analyses et des recommandations sur la problématique de l'identité de genre. Ces textes, bien que sans force normative, ne semblent pas sans conséquences sur les législateurs.

> Les recommandations du Commissaire européen aux droits de l'Homme

Le Commissaire européen aux droits de l'Homme est une institution indépendante au sein du Conseil de l'Europe, créé en 1999. Sa mission est de promouvoir la prise de conscience et le respect des droits de l'Homme parmi les États membres. De 2006 à 2012, ce poste était occupé par le diplomate suédois Thomas Hammarberg. Ce dernier a publié en 2009 une brochure intitulée "*Droit de l'Homme et identité de genre*"¹⁷⁰, analysant les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes transidentitaires dans l'exercice de leurs droits.

Thomas Hammarberg considère en effet que la "*situation des personnes transgenres du point de vue des droits de l'Homme a été longtemps méconnue et négligée alors même que ces personnes font face à des problèmes graves*"¹⁷¹. Il dénonce dans son rapport "*le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou toute autre opération chirurgicale*" qu'il juge "*contraires au respect de l'intégrité physique de la personne*"¹⁷² et salue au passage la législation britannique, présentée comme exemplaire à l'exception de la question du divorce.

Outre les questions classiques de l'état civil et du parcours médical, Thomas Hammarberg passe en revue un large panel de situations dans lesquelles les droits humains de personnes trans peuvent être bafoués : les discriminations qui peuvent être rencontrées dans le cadre de l'accès à la santé, de la vie professionnelle, etc. Il aborde entre autres les conséquences familiales de la transidentité¹⁷³, la question des réfugiés et des migrants trans, et s'attarde sur la question de la transphobie qu'il définit comme "*la peur irrationnelle et/ou l'hostilité inspirées par les personnes transgenres ou celles qui transgressent d'une autre manière les normes traditionnelles en matière de genre*". Il rappelle que cette peur peut engendrer des violences et cite des statistiques indiquant que "72 % des personnes [trans] interrogées ont subi des formes de harcèlement en public, 46 %

170 HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'Homme et identité de genre*, document thématique, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, , 52 pages.

171 Rapport de T. Hammarberg, p. 6.

172 Rapport de T. Hammarberg, p.18.

173 Les questions du mariage et de la parentalité que nous avons déjà évoqué en IIA1 (p. 42-46).

affirment avoir essuyé des vexations dans leur quartier et 21 % disent éviter de sortir. De plus, 79% des personnes interrogées ont été insultées, menacées et abusées physiquement ou sexuellement en public."¹⁷⁴.

De ces observations, il tire douze recommandations¹⁷⁵ simples et claires adressées aux États. Parmi elles, celle d'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*" ou encore d'adopter "*une législation relative aux infractions motivées par la haine offrant une protection spécifique aux personnes transgenres contre les infractions et les incidents inspirés par la transphobie*". Bien que sans force obligatoire, ces recommandations ont été bien accueillies par la communauté trans qui voit apparaître avec espoir un "*archipel naissant des supports juridiques favorables*"¹⁷⁶ et surtout, ne sont pas restées sans conséquence sur les autres institutions du Conseil de l'Europe : le conseil des ministres a salué ce travail et adopté le premier texte juridique traitant expressément des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre¹⁷⁷. Quelques temps plus tard, c'est l'Assemblée parlementaire qui vote une résolution relative à la "*discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*"¹⁷⁸ qui reprend à son compte la recommandation de Thomas Hammarberg invitant les États à ne plus subordonner la délivrance de "*documents officiels reflétant l'identité de genre choisie*" à "*l'obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale*" (point 16.11.2).

Par la suite, Thomas Hammarberg reprendra certaines de ses recommandations dans un rapport plus récent, rédigé en décembre 2011, sur les difficultés rencontrées dans leur exercice des droits humains par les personnes gay, lesbiennes, bisexuelles et transgenres¹⁷⁹. Il y renforce la portée des dites propositions en invoquant l'autorité des décisions de la CEDH en la matière, ainsi que des textes d'instances représentatives du Conseil de l'Europe.

Au niveau de la société civile également, on voit apparaître bon nombre de textes de recommandations, destinés à informer le public de la situation des personnes trans en Europe et à

174 *Ibidem* page 34.

175 Voir Annexe 2 : Recommandations du Commissaire européens aux droits de l'Homme.

176 ALESSANDRIN, Arnaud, ESPINEIRA, Karine et THOMAS, Maud-Yeuse. *La transyclopédie : Tout savoir sur les transidentités*, Éditions des Ailes sur un Tracteur, 2012, p. 157.

177 Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010, lors de la 1081e réunion des Délégués des Ministres) .

178 Résolution 1728 (2010) du Conseil de l'Europe.

179 *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg : Édition du Conseil de l'Europe, décembre 2011, 145 p.

inciter les États à adopter une législation plus respectueuse des droits de l'Homme. On pourrait citer un rapport récent d'Amnesty International sur l'insuffisance de la reconnaissance juridique de la transidentité en Europe¹⁸⁰ ou encore la brochure de la branche européenne de l'ILGA¹⁸¹. Tous ces documents, s'ils n'ont aucune valeur juridique, sont la preuve d'un changement général de mentalité qui constitue un terrain favorable pour des évolutions législatives.

> Des évolutions nationales récentes

À l'intérieur même des États, les mentalités changent également, amenant, à terme, des modifications dans les lois ou les jurisprudences nationales. Ces évolutions peuvent être impulsées par un élément extérieur, comme le *gender recognition act* britannique que nous avons déjà évoqué, mis en place après la condamnation de la CEDH dans l'arrêt Goodwin¹⁸², mais elles peuvent également venir de volontés internes. C'est le cas de l'Espagne qui, en 2007, adopte une loi encadrant le changement d'état civil de manière moins stricte que la plupart des autres pays européens car elle n'exige ni opération chirurgicale ni stérilisation définitive. Les trans espagnols ne sont pas pour autant entièrement démedicalisés car le changement d'état civil se fonde sur un diagnostic de "trouble de l'identité du genre" et un minimum de deux ans d'hormonothérapie.

Dans d'autres pays, ce sont les juges internes qui ont remis en question un cadre juridique archaïque. C'est le cas en Allemagne et en Autriche, où les cours suprêmes respectives de ces deux pays ont tenté de rendre les conditions de changement d'état civil plus conformes aux droits humains. En Allemagne, les deux procédures judiciaires datant de 1980 sont remises en question par une décision de la Cour suprême fédérale (*Bunderversfassungsgericht*) de janvier 2011¹⁸³ jugeant contraire à la Loi fondamentale allemande l'exigence de stérilisation afin d'obtenir le changement d'état civil. De même, en Autriche, la plus haute cour administrative a jugé en 2009 qu'une opération chirurgicale ne devait pas être imposée comme condition à un changement d'état civil¹⁸⁴.

Dans d'autres cas encore, c'est en prêtant oreille à la société civile qu'un gouvernement national demande aux juges de revoir leurs standards. En France, la jurisprudence de la cour de

180 Amnesty International, *The State decides who I am - Lack of legal gender recognition for transgender people in Europe*, Londres, Amnesty International, 2014, 103 pages.

181 AGIUS Silvan et al. *Human Rights and Gender Identity : Best Practice Catalogue*, Bruxelles, ILGA-Europe, décembre 2011, 68 pages. ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian and Gay Association) est la section européenne de l'ILGA (International Lesbian and Gay Association), fondée en 1978 et rassemblant des associations LGBT du monde entier.

182 Voir IB2 (p. 35-36).

183 La décision 1 BvR 3295/ 07 du 11 janvier 2011.

184 Cour constitutionnelle autrichienne, 27 janvier 2009, (VwGH) 2008/17/0054 et 3 décembre 2009, (VfGH) Case B 1973/08-13.

Cassation était, comme nous l'avons vu¹⁸⁵, l'objet de critiques, mais plusieurs changements récents sont venus l'adoucir pour la rendre plus conforme au respect des droits humains. Tout d'abord, le 14 mai 2010, une circulaire¹⁸⁶ de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau (DACS) du ministère de la Justice vient apporter quelques nuances favorables : elle précise que le traitement médico-chirurgical exigé ne doit pas nécessairement être entendu comme une opération chirurgicale de réassignation sexuelle mais qu'un traitement hormonal peut être suffisant, pour peu qu'un médecin atteste de son irréversibilité. De plus elle demande que l'expertise judiciaire ne soit exigée qu'en cas de doute sérieux sur la réalité du transsexualisme ; dans les autres cas les juges devront se satisfaire des attestations et comptes-rendus médicaux.

Ces mesures ont été bien accueillies par les associations et, malgré une certaine période de scepticisme dans l'année suivant sa publication, les juges du fond semblent avoir fini par les prendre en compte. Un an après la publication de la circulaire, le taux de demandes d'expertises par les juges n'était plus que de 17%¹⁸⁷ et l'on voit apparaître de plus en plus d'arrêts autorisant la rectification de l'état civil de trans n'apportant la preuve que de traitement hormonaux, par exemple un arrêt de 2011 de la Cour d'appel de Nancy¹⁸⁸ qui autorise la rectification de l'état civil d'une trans MtF dont deux médecins attestent qu'elle a reçu un *"traitement hormonal depuis quatre ans, et est en inversion de genre depuis cette date, et ceci de façon irréversible"* et que *"le traitement hormonal substitutif féminisant a induit des modifications corporelles féminines parfaitement avérées"*.

En 2012, c'est finalement la Cour de Cassation qui a fait évoluer quelque peu sa jurisprudence. Quatre arrêts fixent les conditions actuelles de modification de l'état civil, deux datés du 7 mars 2012 et deux autres, plus récents encore, du 13 février 2013. Dès à présent, *"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 de transsexualisme dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence"*¹⁸⁹. Les conditions exigées ne sont donc plus qu'au nombre de deux : le diagnostic de "transsexualisme" et l'existence de transformations physiques irréversibles. Si ces conditions sont un peu moins restrictives que les précédentes, elles n'en restent pas moins critiquées. En effet, exiger un diagnostic médical du "transsexualisme" revient à cautionner une vision psychiatrisée de la transidentité, aujourd'hui contestée, et l'exigence de modifications corporelles, même s'il n'est plus question de chirurgie, reste problématique, sans compter que la notion d'irréversibilité est mal définie et difficile à prouver.

185 Voir IB1 (p. 31-33).

186 Circulaire de la D.A.C.S. n° CIV/06/10 du 10 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

187 Rapport de l'IGAS déjà cité, p. 47 § 324.

188 Nancy, 3e ch. civ., 2 septembre 2011, n° 11/02099.

189 Cour de Cassation, 13 février 2013, n° 11-14515.

Un changement de mentalité concernant la transidentité semble donc assez largement amorcé au sein des pays européens, même si les autorités persistent pour la plupart dans une vision très médicalisée de la transidentité. Toutes les législations de la première vague¹⁹⁰ ont été révisées dans le sens d'une plus grande reconnaissance des droits de personnes transidentitaires et encore plus récemment, quelques États ont fait des pas encore plus importants dans cette direction.

Le 14 avril 2014, Malte devient le premier pays européen à nommer l'identité de genre dans sa Constitution comme motif interdit de discrimination et le Danemark a voté, le 11 juin 2014, une loi qui est entrée en vigueur au premier septembre et permet aux personnes transidentitaires de modifier la mention de leur sexe à leur état civil sur simple demande administrative après un délai de réflexion de six mois. Cette loi, saluée entre autre par Amnesty International¹⁹¹, fait du Danemark le pays européen le plus avancé en matière de respect des droits humains des personnes transidentitaires ; mais il n'est pas le premier pays au monde à adopter une loi allant dans ce sens.

En effet, avant le Danemark, l'Argentine avait déjà adopté une loi faisant de la modification de la mention du sexe à l'état civil une simple formalité administrative¹⁹². Au delà de l'Europe, on retrouve à travers le monde une multitude d'initiatives en faveur des droits des personnes transidentitaires.

2. Un changement de mentalité à l'échelle internationale

Si l'analyse développée dans ce mémoire se limite à l'Europe, il n'est cependant pas possible, dans un monde globalisé, de faire l'économie d'une mise en perspective. Des textes de recommandations et des législations originales existent de par le monde et méritent, sinon qu'on s'y attarde, du moins qu'on les mentionne.

> Les principes de Jogjakarta

Comme nous l'avons déjà évoqué, les droits humains s'appliquent à tout les êtres humains, *a priori* sans distinction de genre. Cela implique qu'ils protègent de fait les personnes trans, ainsi que l'ensemble de la communauté LGBT. Pourtant, comme d'autres minorités particulièrement discriminées, la population trans voit ses droits souvent bafoués. Il apparaît donc nécessaire, non

190 Suède, Allemagne, Italie, Pas-Bas. Voir IA1 (p. 20-23).

191 Amnesty International, *World must follow Denmark's example after landmark transgender law*, Amnesty International, 12 juin 2014 (<http://www.amnesty.org/fr/node/47688>).

192 Loi argentine 26743 du 23 mai 2012. Voir ci-après.

pas de créer des droits particuliers pour cette population, mais simplement de reprendre les droits humains existants et de détailler leur implication en ce qui concerne cette population particulière ; c'est ce que tente de faire un collège d'une trentaine d'experts¹⁹³ dans les principes de Jogjakarta sur *"l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre"*, présentés à l'ONU le 26 mars 2007.

Ces principes n'ont bien sûr aucune force obligatoire, il ne s'agit que de recommandations faites aux États ; mais dans la mesure où les droits humains d'où ils sont tirés se trouvent, eux, dans des traités largement ratifiés¹⁹⁴, ils constituent un outil juridique puissant, favorable aux défenseurs des droits des personnes transidentitaires.

Dans leur préambule, les principes de Jogjakarta définissent l'identité de genre comme *"l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une 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 divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire"*¹⁹⁵. Dans cette simple définition, on constate que les rédacteurs de ces principes ont une compréhension bien plus grande de ce qu'est la transidentité que beaucoup de gouvernements nationaux. En effet, on constate qu'ils considèrent le traitement médical comme optionnel et justifié uniquement s'il est librement consenti.

Les principes qui suivent vont dans le même sens. Le principe 3, tout d'abord, aborde le *"droit à la reconnaissance devant la loi"* et se montre extrêmement clair en ce qui concerne les conditions de modification de la mention du sexe sur les documents administratifs : *"Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. Aucun statut, tels que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne."*¹⁹⁶ Le principe 13, ensuite, aborde le droit à la protection sociale et préconise entre autres le

193 Il s'agit d'hommes et de femmes de différentes nationalités, tous spécialisés dans les droits humains mais avec des parcours très différents : universitaires, juges, rapporteurs des Nations Unies, membres de la société civile, etc.

194 On retrouve par exemple certains des droits cités dans le Pacte international des Nations Unies sur les droits civils et politiques (PIDCP) du 16 décembre 1966, notamment les droits à l'égalité et à la non-discrimination (2ème principe de Jogjakarta) : *"Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation."* (art. 2.1 du PIDCP).

195 Principes de Jogjakarta, page 8.

196 *Ibidem*, p. 12.

remboursement des "*modifications corporelles liées à l'identité de genre*"¹⁹⁷, c'est-à-dire du traitement hormono-chirurgical du transsexualisme qui semble dans ces principes être considéré comme un droit. En effet, dans le principe 17, sur le "*droit au plus haut niveau possible de santé*", il est demandé aux États de "*faciliter l'accès des personnes désireuses de subir des modifications corporelles liées à une réassignation de sexe, à un traitement, des soins et un soutien compétents et non discriminatoires*"¹⁹⁸. Il ne s'agit cependant pas d'une étape considérée comme obligatoire, bien au contraire : le principe 18 protège contre les abus médicaux : "*Nul ne peut être forcé de subir une quelconque forme de traitement, de protocole ou de test médical ou psychologique, ou d'être enfermé dans un établissement médical, en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre.*"¹⁹⁹. Les rédacteurs en profitent pour souligner qu'ils ne considèrent pas l'identité de genre d'une personne comme une maladie et que, pas plus que l'homosexualité, elle ne doit ni ne peut être "*traitée, soignée ou supprimée*".

Ces principes de Jogjakarta, bien que dépourvus de force obligatoire, n'ont pas laissé la communauté internationale indifférente. Deux ans après la présentation des principes de Jogjakarta à l'ONU, le comité des droits économiques et culturels reconnaît l'identité de genre parmi les motifs de discrimination interdits par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et reconnaît que "*les personnes transgenres, transsexuelles ou intersexes sont souvent exposées à de graves atteintes à leur droits fondamentaux, notamment à du harcèlement dans les établissements d'enseignement ou sur leur lieu de travail*"²⁰⁰. Un peu plus tard, le 17 juin 2011, l'Afrique du Sud propose au Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies une résolution demandant au Haut Commissaire aux droits de l'Homme de rédiger un rapport sur la situation des citoyens LGBT dans le monde. Cette résolution sera le premier texte officiellement adopté par un organe des Nations Unies concernant les droits des personnes LGBT. Notons également que la même année, le 22 mars, 85 États ont signé une déclaration conjointe demandant la fin des violences relatives à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre²⁰¹. Il s'agit cette fois encore d'une déclaration simplement politique, mais tout ces textes qui apparaissent depuis ces cinq à dix dernières années tendent à témoigner de la préoccupation de plus en plus grande de la communauté internationale de ce type de discrimination.

197 *Ibidem*, p. 20.

198 *Ibidem*, p. 23.

199 *Ibidem*, p. 24.

200 Comité des droits économiques et culturels de l'ONU, Observation générale n° 20 sur la non-discrimination (E/C, 12/CG/20) 2 juillet 2009.

201 UN Human Rights Council, *Joint Statement on Ending Acts of Violence Related Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity*, 22 mars 2011. (<http://www.refworld.org/docid/4eb8f32e2.html>).

Ce changement de mentalité généralisé se traduit au niveau interne dans les pays européens, comme nous l'avons vu, mais également à travers le monde. Nous l'avons souvent répété, d'après les principes de Jogjakarta et de nombreux experts en droits humains, pour être en accord avec les droits humains, les États devraient reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes transidentitaires sans leur imposer quelque prise en charge médicale que ce soit. La plupart des États européens sont évidemment bien loin de ces recommandations, à l'exception récente et notable que nous avons déjà évoquée du Danemark qui, par sa loi du 11 juin 2014, permet aux personnes transidentitaires de modifier la mention de leur sexe à leur état civil sur simple déclaration. C'est une première en Europe, mais pas à l'échelle mondiale : c'est l'Argentine qui, un an plus tôt, a adopté la première loi de ce type.

> Quelques législations originales à travers le monde

C'est par une loi de 23 mai 2013²⁰² que l'Argentine est devenu le premier pays à permettre aux trans de changer la mention de leur sexe à l'état civil sans exiger d'eux ni traitement médical ni même diagnostic de "dysphorie du genre" ou de quelque autre pathologie mentale que ce soit. La loi est extrêmement claire : *"En aucun cas il ne sera nécessaire d'attester de la réalisation d'une procédure chirurgicale de réassignation génitale totale ou partielle, de thérapies hormonales, ou de tout autre traitement psychologique ou médical."* D'après la juriste Laurence Brunet cela marque *"une vraie rupture avec la manière classique et médico-psychiatrique d'aborder la transidentité, et plus largement l'identité sexuée"*²⁰³. D'après un militant trans vivant en Argentine, cette loi serait difficilement exportable dans le reste de l'Amérique latine où beaucoup de pays se montrent très conservateurs sur ce point, mais, comme l'atteste le cas danois elle peut *"être un exemple et avoir effectivement une influence"*²⁰⁴ sur les pays européens.

Quand on s'intéresse à la genèse cette loi argentine, il est intéressant de noter que certains militants trans demandaient également à pouvoir inscrire sur leurs papiers d'identité la mention "T" pour trans. La création d'une troisième catégorie légale de genre est en effet une solution qu'on retrouve dans quelques pays à travers le monde, notamment le sous-continent indien ou encore l'Australie.

202 Loi argentine 26743 du 23 mai 2012.

203 FORTIER C. et BRUNET L., *Ibidem*, p.82.

204 BLADOU Fred et LAFORGERIE Jean-François, *Trans : "Si c'est possible en Argentine, pourquoi pas ailleurs ?"*, Seronet, 15 juillet 2012 : <http://www.seronet.info/article/trans-si-cest-possible-en-argentine-pourquoi-pas-ailleurs-51727>.

On considère souvent que la division homme/femme s'impose d'elle-même, pourtant, au cours de l'Histoire et encore aujourd'hui, on rencontre de nombreuses cultures où les individus ne répondent pas à ce schéma strictement binaire. En Égypte ancienne, des poteries listent trois genres humains : homme, femme et "sekhet"²⁰⁵ ; dans les sociétés amérindiennes, on peut évoquer les "*two spirits*"²⁰⁶, et on peut encore multiplier les exemples à travers le monde de catégories sociales conçues en dehors de la division traditionnelle des genres : les vierges jurées d'Albanie, femmes qui, depuis le XV^{ème} siècle, peuvent adopter un rôle social masculin en échange de la promesse de ne jamais se marier²⁰⁷ ; les mahu tahitiens, plusieurs fois peints par Gauguin, décrits dès le XVIII^{ème} siècle comme des hommes adoptant un rôle social de femme²⁰⁸ ; les Muxhes du Mexique, considérés comme des représentants d'un troisième genre, physiquement hommes, vêtus et se comportant comme des femmes²⁰⁹ ; etc.

Dans le sous-continent indien, il existe encore aujourd'hui une catégorie sociale traditionnelle et largement représentée²¹⁰ considérée ni comme homme ni comme femme : les hijras. Il s'agit d'une population encore stigmatisée mais qui occupe un rôle social traditionnel. Les hijras sont souvent présentés comme des personnes nées hommes et émasculées à l'adolescence, mais ils sont aussi parfois des personnes intersexuées ou nées femmes. Ils portent des habillement traditionnellement féminins et animent les fêtes, en particulier les mariages, où ils sont sensés attirer la fertilité sur le couple d'après la tradition hindoue.

Depuis 2008, l'état indien du Tamil Nadu a accordé une reconnaissance juridique à cette troisième catégorie de genre en permettant à ces personnes d'inscrire sur leur carte d'électeur la mention "T" plutôt que les traditionnels "M" ou "F". Ces personnes sont également administrativement reconnues au Pakistan depuis 2010 et au Népal depuis janvier 2011²¹¹.

205 Ce terme est parfois traduit par "eunuque", bien qu'il n'y ait aucune preuve que ces individus aient été castrés (FARIS Malik, *The Third Gender in Ancient Egypt*. - <http://www.well.com/user/aquarius/egypt.htm>).

206 On parle aussi de "bispiritualité" ou de "berdache" pour désigner des individus non conformes aux normes de genre de leur communauté dans les sociétés amérindiennes. Certaines nations amérindiennes considèrent qu'il existe au moins quatre genres : hommes masculins, hommes féminins, femmes féminines, femmes masculines.

207 YOUNG Antonia, *Women Who Become Men: Albanian Sworn Virgins*. 2000, ISBN 1-85973-335-2.

208 En 1789, William Bligh, intrigué, décrit un mahu : "*Les hommes avaient des rapports fréquents avec lui et il vivait comme les femmes, observait les mêmes cérémonies qu'elles et mangeait comme elles.*" Histoire de l'homosexualité, page 263.

209 CHINAS Beverly (1995). *Isthmus Zapotec attitudes toward sex and gender anomalies*, pp. 293-302 in MURRAY Stephen O. (ed.), "*Latin American Male Homosexualities*" Albuquerque: University of New Mexico Press, p. 294.

210 Aucun recensement fiable n'existe sur le nombre d'hijras en Inde, mais on estime qu'ils sont environ entre 500 000 et un million (CLEMENTIN-OJHA Catherine et al., *Dictionnaire de l'Inde*, Larousse, 25 mars 2009, p.237).

211 Le 10 juin 2013, la cour suprême népalaise a également demandé l'ajout d'une troisième catégorie de sexe sur les passeports.

L'Australie va plus loin encore qu'une reconnaissance d'une troisième identité sexuée réservée à une certaine catégorie de personnes : elle reconnaît le droit à l'indétermination avec la possibilité de demander la mention X pour indéterminé sur son passeport depuis 2011. Ce genre neutre peut "*intégrer non seulement certaines personnes trans, mais aussi des personnes intersexuées*"²¹². Cette évolution récente n'est pas, au contraire de l'Inde, la traduction administrative d'un héritage culturel, mais uniquement le résultat d'un combat juridique et d'un militantisme individuel, celui de Norrie May-Welbie.

Norrie May-Welbie, que nous désignerons au masculin faute de pronom neutre en langue française, est né de sexe biologiquement mâle mais, se sentant transidentitaire, suit un traitement hormonal et se fait opérer avant de prendre conscience que l'identité de genre féminine ne lui correspond pas davantage que la masculine. Dès lors, il milite pour se voir reconnaître un droit à l'indétermination, un droit à ne pas devoir se voir juridiquement attribuer l'un ou l'autre sexe qui ne lui correspondent ni psychologiquement, ni socialement, ni même physiquement, puisque, ayant subi une opération chirurgicale mais ayant cessé son traitement hormonal, il ne possède plus les caractéristiques physiques typiques ni d'un homme ni d'une femme. En 2010, l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud le reconnaît comme n'étant ni d'un sexe ni de l'autre, avant de revenir sur sa décision. Norrie porte alors plainte devant la commission australienne des droits de l'Homme et suite à son combat judiciaire, le gouvernement australien a annoncé en septembre 2011 que les nouveaux passeports comporteront trois catégories à la ligne sexe: M et F et X²¹³.

Au niveau de l'Australie, cette avancée ne concerne que les passeports, mais une décision de la Cour d'appel de l'état de Nouvelle-Galles du Sud du 31 mai 2013 va plus loin en reconnaissant l'existence de ce genre "neutre", donnant concrètement la possibilité aux trans opérés de cet état de ne plus être nécessairement enregistrés comme homme ou femme sur leur état civil²¹⁴. Ajoutons que, dans les pas de l'Australie, les néo-zélandais peuvent eux aussi faire la demande de cette mention de sexe indéterminé sur leur passeport depuis décembre 2012 et, plus lointain, le Canada a également envisagé cette possibilité²¹⁵.

212 C. FORTIER et L. BRUNET, *Ibidem*, p.66.

213 Pour l'obtention de cette mention "indéterminé" sur son passeport, un certificat médical reste nécessaire mais aucune opération chirurgicale n'est exigée.

214 "Australia's top court recognises 'gender neutral' sex category", *The Telegraph*, 2 avril 2014.

(<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/australiaandthepacific/australia/10738405/Australias-top-court-recognises-gender-neutral-sex-category.html>)

215 MAUPAS Claire, "X : le troisième sexe canadien", *Courrier International*, 16 mai 2012 (<http://www.courrierinternational.com/article/2012/05/16/x-le-troisieme-sexe-canadien>).

Pour la juriste Laurence Brunet, cette "*mention légale [...] de «sexe indéterminé»* vient contredire la notion juridique de fixité de l'identité sexuée, érigée en croyance."²¹⁶ mais pour le sociologue Arnaud Alessandrin, ce débat n'est "*pas transposable en France*"²¹⁷. En effet, la préoccupation de la plupart des trans n'est pas de voir apparaître un troisième genre officiel, mais uniquement de pouvoir modifier la mention de leur sexe à leur état civil sans avoir à remplir un panel de conditions strictes. Cette priorité étant posée, il ne faut pas pour autant nier l'existence de trans ne se reconnaissant pas dans une vision binaire du genre.

216 FORTIER C. et BRUNET L., *Ibidem*, p.87.

217 MESSINA Marine, *Genre neutre : le débat en Australie « pas transposable à la France »*, Le Monde, 3 avril 2014 (http://www.lemonde.fr/international/article/2014/04/03/genre-neutre-le-debat-norrie-n-est-pas-transposable-a-la-france_4394390_3210.html)

Conclusion

Comme nous venons de le voir, la situation des personnes trans a beaucoup évolué au cours de ce dernier quart de siècle, tant au niveau de leur acceptation par la société que du respect de leurs droits humains. Il reste cependant beaucoup à faire, et de nombreuses pistes méritent encore d'être explorées.

Un long combat pour la reconnaissance juridique

A la période des premières prises en compte juridiques de cette population, dans les années 70, peu d'États européens prévoyaient, dans leur droit ou leur jurisprudence, la possibilité de reconnaître juridiquement l'identité de genre de ces personnes. C'est donc la Cour européenne des droits de l'Homme qui est venue, en plusieurs étapes jurisprudentielles, inciter les États signataires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à admettre que cette reconnaissance découlait du droit au respect de la vie privée. Cependant, comme nous l'avons vu, la plupart des États européens ne proposent la possibilité de changer la mention de son sexe à l'état civil qu'au prix de conditions discutables du point de vue des droits humains : les conditions de prise en charge médico-chirurgicale et de stérilité, encore très répandues aujourd'hui, sont clairement contraires au respect de l'intégrité physique de la personne. C'est en tout cas l'opinion du Commissaire européen aux droits de l'Homme²¹⁸ et de bien des associations de défense des droits humains²¹⁹.

Ces conditions, qui semblaient un temps aller de soi, sont aujourd'hui de plus en plus largement remises en question et des États commencent à les prendre en compte dans leurs législations. La très récente loi danoise que nous avons évoquée va dans ce sens, permettant aux

218 "Ces conditions sont de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne. Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions." Rapport de T. Hammarberg, p. 19.

219 "Requiring transgender people to undergo unnecessary medical treatments to obtain legal gender recognition violates their right to the highest attainable standard of health, which is protected under international human rights law, including by the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR, Article 12)." Amnesty International, *The state decides who I am : Lack of legal recognition for transgender people in Europe*, Londres, Amnesty International, 2014, 103 pages.

trans de changer la mention de leur sexe à l'état civil sur simple démarche administrative.

En France, même si le climat actuel ne semble pas propice au débat sur la question²²⁰, des voix se font aussi entendre en ce sens : la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a publié un avis très clair le 27 juin 2013. D'après elle, non seulement la France doit reconnaître la notion juridique d'identité de genre pour se mettre "*en conformité avec le droit européen et international*"²²¹ et ainsi protéger efficacement les trans contre les nombreuses discriminations dont ils sont victimes, mais elle doit également modifier sa procédure concernant la modification de la mention du sexe à l'état civil. En effet, si la jurisprudence française admet à présent qu'une opération chirurgicale n'est pas indispensable pour modifier son état civil, elle exige toujours des modifications physiques irréversibles médicalement attestées à la suite d'un traitement hormonal de plusieurs années²²².

Les propositions sont nombreuses pour changer cette situation. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme françaises étudie à cet égard trois possibilités. La première est une procédure en référé, écartée car, d'après la CNCDH, elle ne ferait qu'alourdir la procédure. Les deux suivantes vont dans le sens d'une déjudiciarisation de la procédure, soit totale, comme le prévoit la loi danoise, soit partielle, où une déclaration auprès d'un officier d'état civil serait ensuite homologuée par un juge. D'autres propositions existent également, notamment de la part de juristes s'étant intéressés à la question : la juriste Laurence Brunet, par exemple, propose d'utiliser la notion de possession d'état, fondée sur l'apparence²²³. Les partis politiques ne sont pas non plus en reste puisque, en mai dernier, le groupe Europe Écologie les Verts a déposé au Sénat une proposition de loi pour faciliter la modification de la mention du sexe à l'état civil. Le groupe espère que le texte pourra être examiné à la rentrée.

Ainsi, si la plupart des États européens ont admis la nécessité de reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes transidentitaires, peu le font encore dans un réel respect des droits humains, il reste donc de nombreux progrès à faire dans ce domaine. Mais la question de la reconnaissance juridique n'est qu'un aspect, peut-être le plus visible, des difficultés que les trans rencontrent dans l'exercice de leurs droits les plus fondamentaux.

220 La grande présence des opposants à la prétendue "théorie du genre" parasite l'essentiel des débats publics touchant aux questions relatives à l'égalité des genres et aux droits des personnes LGBT.

221 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*, 27 juin 2013, 10 pages., p. 3 § 11.

222 Voir IIB1 (p.53-55).

223 La possession d'état est une présomption légale établie par une apparence utilisée en droit français pour établir la nationalité et la filiation.

Des droits humains encore bafoués

Nous l'avons évoqué, les personnes transidentitaires doivent souvent faire face à des préjugés et une discrimination très répandue. Souvent due à l'ignorance du grand public, teintée d'homophobie et de sexisme, cette transphobie fait de nombreuses victimes. Lutter contre ces actes de violence et de discrimination ordinaire est d'autant plus délicat que l'identité de genre n'est généralement pas citée dans les motifs de discriminations interdits dans les législations anti-discriminations. Certains pays européens, cependant, avancent dans ce sens, comme l'État de Malte qui a inscrit l'identité de genre comme motif de discrimination interdit dans sa Constitution le 14 avril dernier.

Mais la situation délicate des trans au regard des droits humains n'est pas seulement due à un manque de protection en termes de lois anti-discrimination. Elle vient également des États eux-mêmes qui ont internalisé durant tout le vingtième siècle une vision très médicalisée et psychiatisée de la transidentité. Le fait que les trans soient encore souvent considérés comme des malades mentaux, au même titre que les homosexuels il y a encore quelques décennies, laisse planer sur les demandes légitimes de cette population un soupçon de manque de sérieux ou de réalisme. C'est également cette vision médicalisée de la transidentité qui a poussé plusieurs législateurs et juges à faire aux trans des demandes incompatibles avec le droit au respect de l'intégrité physique des personnes : exigence de stérilité, de modifications physiques irréversibles...

La démedicalisation et, dans un premier lieu, la dépsychiatisation de la transidentité sont donc un combat essentiel pour la population trans. Pour certaines associations défendant les droits des trans, une crainte subsiste cependant dans cette entreprise : et si les États profitaient de cette démedicalisation pour supprimer le remboursement des soins de réassignation sexuelle suivis par ceux qui le désirent ?²²⁴ Cette crainte, cependant, semble peu justifiée, du moins en Europe où il semble y avoir consensus autour de la question du remboursement de ces soins²²⁵ même si les modalités de remboursements et l'étendue des ceux-ci²²⁶ sont souvent floues et très variables d'un pays à l'autre.

224 Cette crainte a poussé certains militants trans argentins à s'apposer à la loi de 23 mai 2012 dont nous avons parlé. De même en France : quand Roselyne Bachelot, alors ministre de la Santé, a promis, en 2009, une future dépsychiatisation de la transidentité, certaines associations de défense des droits des trans y ont vu les prémices d'un futur déremboursement.

225 Comme en témoigne la résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, du 12 septembre 1989, que nous avons évoqués en IIA1 (p. 38).

226 Surtout en ce qui concerne les soins esthétiques (épilation au laser, chirurgie plastique du visage, etc.).

Mais au delà de la vision médicalisé de la transidentité, c'est aussi la question de la place des genres qui est en jeu. Si les législateurs et les juges sont si mal à l'aise face aux demandes des trans, si cette population est si souvent victime d'actes de violences motivés par la haine, c'est avant tout que la transidentité dérange parce qu'elle remet en question des rôles sociaux masculins et féminins considérés comme acquis et allant de soi.

Ce malaise face à la remise en question des normes sociales de genre est d'autant plus visible dans les cas où des personnes trans, par leur mode de vie ou par certains choix personnels, ne correspondent pas au rôle social traditionnellement attribué à leur sexe de destination. Nous avons évoqué les difficultés que des personnes trans ayant eu des enfants avant leur transition peuvent rencontrer dans leur parcours et, plus encore, les réactions d'incompréhension parfois violentes qu'on peut observer à chaque fois qu'un homme trans encore doté de ses organes reproducteurs féminins fait le choix personnel de porter un enfant. Nous avons également abordé la question du mariage et des divorces forcés, beaucoup de législations et de jurisprudence n'ayant pas admis, dans un premier temps, qu'une union d'apparence hétérosexuelle au moment de sa conclusion se change en union homosexuelle.

Allant de paire avec une évolution des mentalités dans le domaine de l'égalité entre homme et femme, ainsi que la progression des droits des couples de même sexe, les trans semblent peu à peu moins soumis à ces stéréotype de genre : on admet qu'il puissent rester mariés à leur conjoint²²⁷ et exprimer des désirs homosexuels après leur transition, qu'il aient pu avoir des enfants, qu'ils puissent encore en désirer, et ce même si cela questionne le modèle familial le plus traditionnel, formé d'un couple nécessairement hétérosexuel et de leurs enfants. Mais le chemin à parcourir reste encore long, d'autant plus lorsqu'on voit les réactions transphobes qui peuvent éclater partout en Europe lorsque des personnes ne répondant pas au strict schéma homme/femme s'affichent publiquement²²⁸.

227 Voir IIB1 (p. 42-44).

228 Nous pouvons notamment songer aux réactions violentes qui ont suivi la victoire de l'Eurovision 2014 par un chanteur travesti en femme à barbe, Conchita Wurst. En France, Christine Boutin a estimé que c'était "*l'image d'une société en perte de repère*" ; en Russie Vadimir Jirnowski, politicien nationaliste et président du Parti libéral-démocrate, a déclaré : "*C'est la fin de l'Europe. Elle est devenue dingue. Ils n'ont plus de femmes et d'hommes là-bas, mais un "ça" à la place.*" ; en Turquie Volkan Bozkir, président de la commission parlementaire des Affaires étrangères et député du Parti de la justice et du développement (AKP) : "*Quand je vois le candidat de l'Autriche qui a remporté le concours de chanson de l'Eurovision, je suis ravi que nous n'y participions plus*" ; etc.

La binarité des genres en question

Accepter de respecter les droits humains des trans à la condition *sine qua non* que ceux-ci se fondent dans le cadre d'un genre strictement binaire, c'est oublier tout une partie de la population trans. En effet, si certains trans se reconnaissent dans une division stricte homme/femme et désirent simplement emprunter un chemin linéaire, médicalement balisé, pour rejoindre, physiquement et socialement, la catégorie à laquelle ils n'appartiennent pas biologiquement, ce n'est pas le cas de tous. Phénomène auparavant peu visible, la communauté trans prend de plus en plus en compte ceux qui choisissent de faire des transitions non-binaires. Ces personnes, parfois appelées FtX/MtX ou FtI/MtI (I pour Intergenre) ou encore FtU/MtU (U pour Unknown), sans vouloir rejoindre le "sexe opposé", peuvent parfois désirer des modifications corporelles de leurs caractères sexuels secondaires grâce à une hormonothérapie²²⁹.

Ces personnes, telles que Norrie May Welbie, que nous avons évoquée²³⁰, passent souvent auprès du grand public pour des originaux, cherchant à véhiculer un message particulier. Pourtant le phénomène est loin d'être marginal et est reconnu par de nombreux professionnels ayant travaillé sur la question. Le Commissaire européen aux droits de l'Homme, dans son rapport de 2009, rappelle l'existence "*d'autres personnes qui n'entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme*"²³¹ et la Société Américaine de Psychiatrie²³² précise, dans le DSM V, que le patient souffrant de "dysphorie du genre" peut s'identifier au masculin, au féminin ou à "*tout autre genre alternatif*". Certains États, comme nous l'avons vu, ont même adapté leur législation pour offrir une reconnaissance juridique à ces personnes²³³.

Pourtant, il demeure une peur irraisonnée face à la confusion des genres, qu'on retrouve également dans le traitement des personnes intersexuées. Les enfants nés intersexués se voient en effet souvent attribuer arbitrairement un sexe à leur naissance et subissent des opérations et des traitements parfois lourds, comme si un état d'indifférenciation sexuelle pouvait avoir de graves conséquences. En réalité, il y a rarement des justifications médicales à ces opérations et seul le malaise présumé de la société face à cette indifférenciation justifie la mutilation dont sont victimes ces enfants. C'est à la suite de ces constatations que le Rapporteur spécial sur la torture et autres

229 Notons également que certaines personnes, qui ne définissent pas forcément comme trans, peuvent prendre des hormones du sexe opposé pour des raisons non médicales, qu'elle soient esthétiques (des hommes utilisant des oestrogènes pour adoucir leur peau) ou à titre d'expérimentations (la féministe Beatriz Preciado, qui raconte son expérience dans son livre *Testo Junky*).

230 Voir IIB2 (p. 59-61).

231 Rapport de Thomas Hammarberg, p.5.

232 American Psychiatric Association, APA.

233 Voir IIB2 (p. 58-61).

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU "demande instamment à tous les États d'abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles, notamment la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital imposée, la stérilisation involontaire, ainsi que les expérimentations non conformes à l'éthique, les atteintes à la confidentialité des patients et les « thérapies réparatrices » ou « thérapies de conversion » pratiquées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée."²³⁴

Le juriste Phillippe Reigné, de son côté, s'étonne "de la faible place tenue, dans la jurisprudence contemporaine, par l'intersexuation; celle-ci n'apparaît plus dans les prétoires du fait des traitements médicaux souvent appliqués en vue de modifier les organes génitaux des nouveaux-nés intersexués afin d'insérer plus facilement ceux-ci dans l'une ou l'autre des catégories de sexe admises par le droit. Le corps est maintenant placé sous la contrainte du sexe juridique."²³⁵. On retrouve bien ici ce que Michel Foucault appelle le biopouvoir, qui plie les corps à la volonté du droit.

Michel Foucault rappelle d'ailleurs lui-même dans *Herculine Barbin dite Alexina B.*²³⁶ qu'on "a mis bien longtemps à postuler qu'un hermaphrodite devait avoir un seul, un vrai sexe. Pendant des siècles, on a admis tout simplement qu'il en avait deux." Il raconte d'ailleurs qu'au Moyen-Âge, quand un enfant naissait intersexué, les règles de droit indiquaient que son père ou son parrain retenait un sexe au moment du baptême mais, une fois arrivé à l'âge adulte, "l'hermaphrodite était libre de décider lui s'il voulait toujours être du sexe qu'on lui avait attribué ou s'il préférait l'autre" à la condition qu'il ne revienne plus sur son choix. Foucault relève donc avec quel "entêtement, les sociétés de l'Occident moderne"²³⁷ imposent à chaque individu un seul "vrai sexe". À l'heure actuelle, peu de droits permettent en effet aux parents d'enfants intersexués d'inscrire leur enfant comme tel à l'état civil. En Europe, on peut souligner les exceptions notables de la Suisse, où un moratoire contre les opérations systématiques à la naissance des bébés intersexués a été mis en place par les médecins, et de l'Allemagne qui, depuis novembre 2013 permet aux parents d'enfants intersexes d'inscrire la mention indéterminé sur les certificats de naissance.

234 MENDEZ Juan E. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Conseil des Droits de l'Homme, Nations Unies, 26 pages.

235 REIGNE Phillippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine juridique*, éd. gén., n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp. 1883-1890, p.1887.

236 FOUCAULT Michel, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Gallimard, 1978.

237 FOUCAULT M., *Ibidem*.

S'interroger sur le respect des droits humains des personnes transidentitaires revient donc à s'interroger plus largement sur la place des genres et des corps sexués dans la société et le droit et ce sujet n'est donc qu'une parcelle d'une problématique plus vaste, incluant les questions du respect des droits humains des personnes homosexuelles, des personnes intersexuées, de tous les représentants de la communauté LGBT dans son sens le plus large²³⁸, le tout étroitement lié à la lutte contre le sexisme, car si la société considérait comme acquise l'égalité entre homme et femme, la plupart de ces questions n'auraient peut-être pas lieu de se poser.

238 On parle parfois de communauté LGBTIQ pour "Lesbienne, Gay, Bi, Tras, Intersexe, Queer", ou encore LGBT+ pour inclure toutes les personnes questionnant les normes actuelles d'identité de genre et d'orientation sexuelle, y compris les personnes cis-genre et hétérosexuelles qui soutiennent ces combats.

Annexes

- **Annexe 1 : Liste des textes juridiques et arrêts européens cités au cours de ce mémoire**

Liste brièvement commentée des textes juridiques et arrêts de jurisprudence cités au long de ce mémoire, provenant d'organes du Conseil de l'Europe, de l'Union Européenne ou de droits internes.

- **Annexe 2 : Recommandations du commissaire européens aux droits de l'Homme**

Recommandations faites par le Commissaire européen aux droits de l'Homme Thomas Hammarberg en conclusion de sa brochure *Droit de l'homme et identité de genre* (document thématique, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, 52 pages.)

- **Annexes 3 : "Les personnes transgenre face au changement d'état civil dans le monde"**

Carte actualisée, réalisée par l'Association Nationale Transgenre (association française) donnant un aperçu de la situation de la reconnaissance juridique des personnes trans au niveau mondial.

Annexe 1 : Liste des textes juridiques et arrêts européens cités au cours de ce mémoire

Au niveau du Conseil de l'Europe :

- **Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales**, communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme, 4 novembre 1950 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).
- Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010, lors de la 1081^e réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution 1728 (2010) du Conseil de l'Europe relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

> Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme :

- **Affaire Rees c/ Royaume-Uni, 10 octobre 1986, requête n°9532/81.**
Première affaire liée à la transidentité traitée par la CEDH. Une marge d'appréciation est laissée aux États.
- *Cossey c/ Royaume-Uni, 27 septembre 1990, requête n° 10843/84.*
Confirmation de Rees c/ RU.
- **Affaire B. c/ France, 25 mars 1992, requête n° 13343/87.**
Pose les limites de la jurisprudence Rees. Condamnation de la France au motif que "le sort des transsexuels apparaît, à l'examen, beaucoup plus dur en France qu'en Angleterre" (§ 49).
- *Affaire Sheffield et Horsham du 30 juillet 1998, requête n° 31-32/1997/815 et 816/1018-1019.*
Confirmation de Rees c/ RU.
- **Affaire Christine Goodwin c/ Royaume-Uni du 11 juillet 2002, requête n° 28957/95** et affaire I. c/ Royaume-Uni du 11 juillet 2002, requête 25680/94.
Revirement de jurisprudence : *les États signataires de la Convention doivent à présent reconnaître juridiquement l'identité de genre des personnes trans au nom du droit au respect de la vie privée (article 8).*
- *Kück c. Allemagne (Requête no 35968/97) du 12 juin 2003.*
Accès aux soins. Il "apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsque est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée".
- *L. c. Lituanie (Requête no 27527/03) du 11 septembre 2007.*
Accès aux soins.

- Schlumpf c. Suisse (req. no 29002/06) du 8 janvier 2009
Accès aux soins. Le parcours doit être adapté aux cas individuels.

Au niveau de l'Union Européenne :

- La Charte des droits fondamentaux, déclaration des droits adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne.

- Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

- Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

- Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels.

Texte déclaratoire, sans valeur juridique, mais le premier à proposer un cadre sur la question.

- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

- Directive 2011/95/UE sur la qualification d'asile et directive 2012/29/UE sur les droits des victimes de la criminalité.

Premiers textes européens intégrant la notion d'identité de genre (gender identity).

> Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes/de l'Union Européenne :

- Cour de Justice des Communautés Européennes C-13/94, P c/ S. et Cornwall County Council du 30 avril 1996.

Pour condamner la discrimination liée à l'identité de genre, la CJCE utilise les dispositifs prévus pour garantir l'égalité homme/femme.

- Cour de Justice des Communauté Européennes, 7 janvier 2004, affaires C-117/01, K.B. c.National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health et du 27 avril 2006, C-423/04, Sarah Margaret Richards c.Secretary of State for Work and Pensions.

Versement des pensions de retraite et de révision.

- Cour de Justice de l'Union Européenne, 5 octobre 2010, affaire C-512/08.

Soins programmés transfrontaliers.

Au niveau du droit interne :

> Allemagne :

- Loi du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers, dite loi TSG (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen [Transsexuellengesetz - TSG] vom 10 September 1980, BGBl. I s.1654*).
- Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*), 16 mars 1982, BVerfGE 60, 123.
La limite d'âge à 25 ans posée par la loi TSG est inconstitutionnelle.
- Cour constitutionnelle allemande, 27 mai 2008, BVerfG, 1BvL 10/05.
Exiger le divorce pour accorder le changement d'état civil est inconstitutionnel.
- Cour constitutionnelle allemande, 11 janvier 2011, décision 1 BvR 3295/ 07.
Exiger la stérilisation pour accorder le changement d'état civil est inconstitutionnel.

> Autriche :

- Cour constitutionnelle autrichienne, 18 juillet 2006, BverfG, 1 BvL 1/04.
La rectification du sexe sur l'acte de naissance ne peut être empêchée par le mariage.
- Cour constitutionnelle autrichienne, 27 janvier 2009, (VwGH) 2008/17/0054 et 3 décembre 2009, (VfGH) Case B 1973/08-13.
Une opération chirurgicale n'est pas nécessaire pour accorder le changement d'état civil.

> Italie :

- Loi n°164 du 14 avril 1982 (*Legge 14 aprile 1982, n. 164*) sur la "rectification de l'attribution de sexe", modifiée le 3 novembre 2000.
- *Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Arrêt n° 170 de 2014, déposé le 11 juin 2014 et publié au J. O. le 18 juin 2014.
La dissolution automatique du mariage prévue en cas de modification de la mention du sexe à l'état civil est inconstitutionnelle.

> France :

- Cour de Cassation, 1^{er} chambre civile, 16 décembre 1975, n° 73-10.615, JCP 1976. II. 18503.
"le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles [obtenues à la suite d'un traitement médical de réassignation sexuelle]"

- Cour de Cassation, 1^{er} chambre civile, 21 mai 1990, pourvoi N° 88-12829.
"le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe"
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992, pourvoi no 91-11.900, Bull. civ. 1992, o 13, 2713.
Revirement de jurisprudence. *A la suite de sa condamnation par la CEDH la France accepte de modifier la mention du sexe à l'état civil.*
- Cour de Cassation, Chambre sociale, n° 99-14.657 d u 8 mars 2001.
Refus de rembourser des soins considérés comme esthétiques.
- Circulaire de la D.A.C.S. n° CIV/06/10 du 10 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.
Le ministère de la Justice français demande aux juges d'assouplir leurs exigences.
- Cour de Cassation, 7 mars 2012 et 13 février 2013, n° 11-14515.
Prise en compte par la cour de Cassation de la circulaire citée ci-dessus.

> Pays-Bas

- Loi du 21 décembre 2000, section 13 du livre 1^{er} du code civil, consacrée à "*la décision judiciaire tendant à la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance*" (articles 28 à 28c).

> Royaume-Uni

- The Gender Recognition Act 2004
Première législation européenne n'exigeant pas de modifications physiques irréversibles pour accorder le changement d'état civil.

> Suède

- Loi suédoise n° 1972 : 119 sur la détermination des sexes.
Première législation sur la reconnaissance juridique des personnes transidentitaires.

Recommandations aux Etats membres du Conseil de l'Europe

Les Etats membres du Conseil de l'Europe devraient :

1. Mettre en oeuvre 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. Cette mise en oeuvre au niveau national devrait s'inspirer des principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ;
2. Adopter une législation relative aux infractions motivées par la haine offrant une protection spécifique aux personnes transgenres contre les infractions et les incidents inspirés par la transphobie ;
3. 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 ;
4. Dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, 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 ;
5. Rendre les procédures de conversion de genre, telles que le traitement hormonal, la chirurgie et le soutien psychologique, accessibles aux personnes transgenres et en garantir le remboursement par le régime public d'assurance maladie ;
6. Supprimer les dispositions portant atteinte au droit des personnes transgenres à demeurer mariées à la suite d'un changement de genre reconnu ;
7. Elaborer et mettre en oeuvre des politiques de lutte contre la discrimination et l'exclusion auxquelles font face les personnes transgenres sur le marché du travail, dans l'éducation et dans le système de santé ;
8. Consulter les personnes transgenres et leurs organisations et les associer à l'élaboration et à la mise en oeuvre de politiques et de dispositions juridiques les concernant ;
9. Promouvoir les droits humains des personnes transgenres et lutter contre la discrimination fondée sur l'identité de genre au moyen de l'éducation aux droits de l'homme, de programmes de formation et de campagnes de sensibilisation ;
10. Dispenser aux professionnels de santé, notamment aux psychologues, psychiatres et médecins généralistes, une formation sur les besoins et les droits des personnes transgenres et l'obligation de respecter leur dignité ;

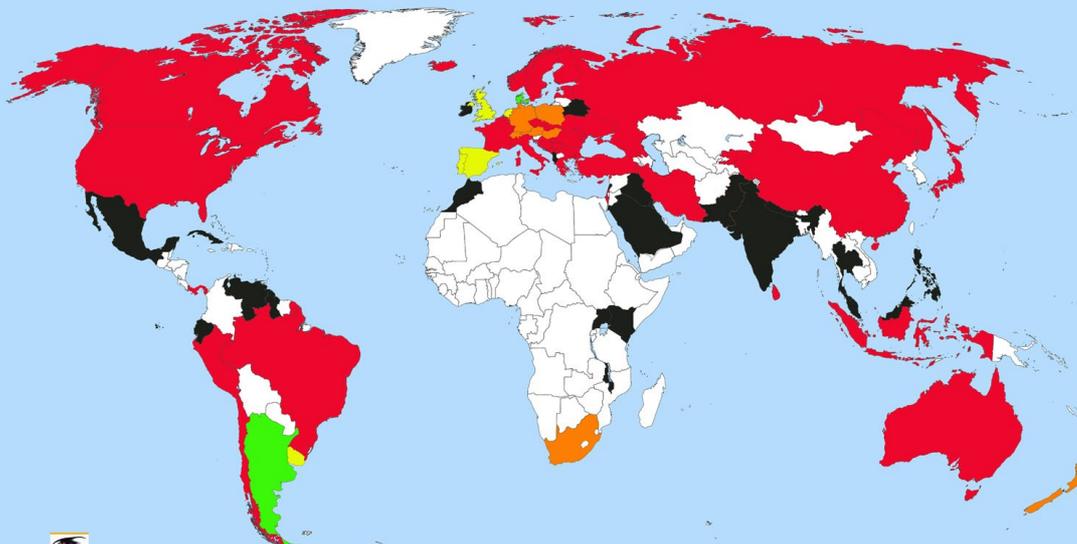
11. Intégrer les questions relatives aux droits humains des personnes transgenres dans les activités des organes de promotion de l'égalité et des structures nationales des droits de l'homme ;

12. Développer des projets de recherche pour recueillir et analyser des données sur la situation des personnes transgenres au regard des droits de l'homme, y compris sur les problèmes de discrimination et d'intolérance, et ce sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes concernées.

HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'homme et identité de genre*, document thématique, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, 52 pages.

Annexes 3 : Carte

LES PERSONNES TRANSGENRES FACE AU CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL DANS LE MONDE



© Association nationale transgenre (A.N.T.) - juin 2014 - Association loi 1901 - Enregistrée à la préfecture de Meurthe et Moselle sous le n° W543003345 - SIRET 530 483 734 00014

CONDITIONS POUR OBTENIR UN CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL, PRÉNOM ET SEXE

- LIBRE ET GRATUIT, SANS CONTRAINTES MÉDICALES OU JURIDIQUES.**
Ces pays respectent les critères définis par le document international « Les Principes deJogyakarta, principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre » : www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm.
Pays : Argentine, Danemark.
- UNIQUEMENT POUR "MOTIFS THÉRAPEUTIQUES", AVEC EXPERTISES MÉDICALES ET PSYCHIATRIQUES.**
Pays : Espagne, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Uruguay.
- POUR "MOTIFS THÉRAPEUTIQUES" AVEC OBLIGATION DE FOURNIR UNE PREUVE DE MODIFICATION CORPORELLE IRRÉVERSIBLE.**
(chirurgie esthétique, traitement hormonal de longue durée)
Pays : Afrique du Sud, Allemagne, Autriche, Hongrie, Nouvelle-Zélande, Pologne, Suisse.
- POUR "MOTIFS THÉRAPEUTIQUES" AVEC OBLIGATION DE STÉRILISATION.**
Pays : Australie, Bahreïn, Belgique, Bosnie-Erzégovine, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Croatie, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Indonésie, Israël, Italie, Iran, Islande, Japon, Kirghizistan, Lettonie, Luxembourg, Moldavie, Monténégro, Norvège, Panama, Pérou, République Tchèque, Roumanie, Serbie, Sri Lanka, Slovaquie, Suède, Turquie, Ukraine.
- PAS DE CHANGEMENT AUTORISÉ.**
Pays : Albanie, Arabie Saoudite, Biélorussie, Cuba, Inde, Equateur, Irak, Irlande, Kenya, Koweït, Liban, Malaisie, Malawi, Maroc, Mexique, Népal, Ouganda, Pakistan, Philippines, Thaïlande, Vénézuéla.
- AUCUNE INFORMATION FIABLE DISPONIBLE.**
Généralement les droits des personnes LGBT y sont restreints, voir inexistants.

NOTA 1 : Pour les pays ayant une législation sur l'enregistrement de l'état civil (Birth certificate) décentralisé au niveau des régions ou des états, la carte prend en compte la région ou l'état ayant la législation la plus défavorable.

NOTA 2 : Le changement d'état civil n'est valide qu'à partir du moment où les mentions du sexe et du prénom sont modifiées. Malgré tout, de nombreux pays conservent l'ancienne identité dans leurs fichiers d'état civil et se gardent le droit d'en disposer et de la divulguer, pour certains actes administratifs, sans autorisation de la personne transgenre.

PRÉCISIONS CONCERNANT CERTAINES NATIONS :

Pour le Mexique, seule la région du « District federal » (Mexico) autorise le changement d'état civil, mais avec obligation de stérilisation chirurgicale.

Pour l'Australie, seuls deux états (South Australia et Western Australia) ne demandent pas de fournir une preuve de stérilisation chirurgicale. Dans ces états, on exige soit une opération chirurgicale ou une modification des caractères sexuels secondaires.

Pour les États-Unis, le changement d'état civil (birth certificate) dépend de chaque état. Tous réclament une stérilisation chirurgicale, sauf les états suivants :

- L'état de New York n'a pas de procédure de changement d'état civil.

- Les états d'Idaho, du Tennessee et de l'Ohio n'effectuent pas de changement complet de l'état civil, la mention du sexe n'est pas changée dans le "Birth certificate".

- Les états du Mississippi, du New Jersey ne demandent pas de stérilisation chirurgicale obligatoire.

Bibliographie

Rapports, avis et autres documents de sources officielles :

CASTAGNOLI Cristina, *Transgender persons' rights in the EU member states*, Bruxelles, European Parliament, 2010, 32 pages.

HAMMARBERG Thomas, *Droit de l'homme et identité de genre, document thématique*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, 52 pages.

Conseil de l'Europe, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, décembre 2011, 145 pages.

Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne, *Homophobia and Discrimination on the ground of sexual orientation in the EU Member States : Part 1 – Legal Analysis*, Vienne, European Union Agency for Fundamental Rights, 2009, 174 pages.

> http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/192-FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2011, 180 pages.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observation générale n°20 sur la non-discrimination (E/C.12/GC/20), 2 juillet 2009.

> http://www.cetim.ch/fr/documents/bro13-discrim-A4-fr_000.pdf

MENDEZ Juan E. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/HRC/22/53, Conseil des Droits de l'Homme, Nations Unies, 26 pages.

> http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_FR.pdf

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*, 27 juin 2013, 10 pages.

> http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_cncdh_identite_de_genre_27_juin_2013_1.pdf

Haute Autorité de Santé (HAS), Service évaluation des actes professionnels. *Situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, Saint-Denis La Plaine : HAS, 2009, 223 pages.

DAHAN Muriel & ZEGGAR Hayet, *Évaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme*, Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS), 2011, 107 pages.

Brochures et recommandations issues de la société civile :

Principes de Jogjakarta, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 2007, 38 pages.

AGIUS Silvan et al. *Human Rights and Gender Identity : Best Practice Catalogue*, Bruxelles, ILGA-Europe, décembre 2011, 68 pages.

Amnesty International, *The state decides who I am : Lack of legal recognition for transgender people in Europe*, Londres, Amnesty International, 2014, 103 pages.

Travaux universitaires et autres études :

ALESSANDRIN Arnaud , *Du « transsexualisme » aux devenirs Trans* , Thèse de doctorat : sociologie, Université de Bordeaux Segalen : 2012, 372 pages.

PLATERO Raquel, « Outstanding challenges in a post-equality era : The same-sex marriage and gender identity laws in Spain », in *Open Forum on Spain*, Université de Madrid, 2008.

Socio-démographie, parcours de transition médico-psychologique et VIH/sida dans la population trans. Résultats préliminaires d'une enquête menée en France, 2010, Inserm, CESP Centre de recherche en Épidémiologie et Santé des Populations, U1018, Équipe Genre, santé sexuelle et reproductive, F-94276, Le Kremlin Bicêtre, France.

Livres :

Observatoire Des Transidentités (ODT), *Transidentité : histoire d'une dépathologisation*, Paris, L'Harmattan, 2013, Cahiers de la transidentité, 134 pages.

ALDRICH Robert et al. *Une histoire de l'homosexualité*. Seuil, 2006, p. 132/136.

ALESSANDRIN Arnaud, ESPINEIRA Karine & THOMAS Maud-Yeuse, *La transyclopédie : Tout savoir sur les transidentités*, Paris, Éditions des Ailes sur un Tracteur, 2012, 338 pages.

BENJAMIN Harry, *The Transsexual Phenomenon*, 1966, Human Outreach & Achievement Institute, 1966 - 286 pages.

BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2002, 940 pages.

BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, 423 pages.

CARBONNIER Jean, *Droit civil : Les Obligations – Introduction – Les personnes – La famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, 534 pages.

CAULDWELL David, "Psychopathia transsexualis", *Sexology*, décembre 1949.

- CHEVRIER Alain, *Histoire de Mademoiselle Rosetta*, Paris, Gallimard, 2007.
- CHINAS Beverly (1995). *Isthmus Zapotec attitudes toward sex and gender anomalies*, pp. 293-302 in MURRAY Stephen O. (ed.), "Latin American Male Homosexualities" Albuquerque: University of New Mexico Press, p. 294.
- CLEMENTIN-OJHA Catherine et al., *Dictionnaire de l'Inde*, Larousse, 25 mars 2009, p.237
- CORNU Gérard, *Droit civil : Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, coll. «Domat droit privé», 2007, 13e éd., p. 262.
- DE DECKER Michel, *Madame le Chevalier d'Éon*, Perrin, Paris, 1987.
- DEKKER Rudolf et VAN DE POL Lotte, *The Tradition of Femal Transvestism in Early Modern Europ*, Basingstoke, 1989.
- DESROCHES NOBLECOURT Christiane, *La Reine mystérieuse Hatchepsout*, Paris, Pygmalion, 2002, 500 p.
- DILLON Michael, *Self: A Study in Endocrinology and Ethics*, 1946.
- ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et medico-légal*, Tome 1, JB Baillière, 1838, p. 522.
- FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité, Tome 1, La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1976.
- FOUCAULT Michel, *Herculine Barbin dite Alexina B*, Gallimard, 1978.
- HAMMARBERG Thomas, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, décembre 2011, 145 pages.
- LACAN Jacques, *Le séminaire livre XIX... ou pire*, Seuil, Paris, 1972, 262 p.
- MEYEROWITZ Joanne, *How Sex Changed : A History of Transsexuality in the United States*, Harvard University Press, 2002, 400p.
- OZDEN Melik, *Le droit à la non-discrimination*, Genève, CETIM, 2011, 64 pages.
- PRECIADO Beatriz, *Testo junkie – Sexe, drogue et biopolitique*, Paris, Grasset, 2008, 389 pages.
- REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », in *La Semaine Juridique*, édition G., n° 42, pages 1883 à 1890, réédition du 17 octobre 2011.
- SALAS Denis, *Sujet de chair sujet de droit. La justice face au transsexualisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, 156 pages.
- YOUNG Antonia, *Women Who Become Men: Albanian Sworn Virgins*. 2000, ISBN 1-85973-335-2.

Articles :

BENJAMIN Harry, "Travestim and Transsexualism", *International Journal of Sexology*, 1953, vol 1, n° 7, p 12-13.

BOTTINI Eleonora et PASETTO Sarah , « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », in *Revue des droits de l'homme*, 5 août 2014 (Lien : <http://revdh.revues.org/859>).

DUBOS Olivier, « Le mariage, une femme, un homme : sur quelques nouvelles possibilités », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 21, du 17 mai 2004, page 715.

FORTIER Corinne et BRUNET Laurence, *Changement d'état civil des personnes trans en France : du transsexualisme à la transidentité*, Anthemis, septembre 2012, p.70.

MARGUÉNAUD JP, « Transsexualisme : la CEDH fait le saut de l'ange », RTDC 2002, page 862.

REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique*, éd. gén., n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp.1883-1890, p. 1886.

Sources journalistiques :

BLADOU Fred et LAFORGERIE Jean-François, Trans : "Si c'est possible en Argentine, pourquoi pas ailleurs ?", *Seronet*, 15 juillet 2012.

> <http://www.seronet.info/article/trans-si-cest-possible-en-argentine-pourquoi-pas-ailleurs-51727>

GOODMAN Helen, "Deux en un – Mon père est aussi ma mère", *Courrier International*, 11 février 2012.

> <http://www.courrierinternational.com/article/2008/08/01/mon-pere-est-aussi-ma-mere>

HALL Allan, "Transgender German man becomes first in Europe to have a baby", *Daily Mail*, 9 septembre 2013

> <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2416088/Transgender-German-man-Europe-baby-boy-following-home-birth.html>

MAUPAS Claire, "X : le troisième sexe canadien", *Courrier International*, 16 mai 2012.

> <http://www.courrierinternational.com/article/2012/05/16/x-le-troisieme-sexe-canadien>

MESSINA Marine, *Genre neutre : le débat en Australie « pas transposable à la France »*, *Le Monde*, 3 avril 2014.

> http://www.lemonde.fr/international/article/2014/04/03/genre-neutre-le-debat-norrie-n-est-pas-transposable-a-la-france_4394390_3210.html

OMRI Efrain, "State recognizes 2 biological fathers for first time", 15 septembre 2013.

> <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4430009,00.html>

SOULLIER Lucie et ROUCAUTE Delphine, "Masculin-féminin : cinq idées reçues sur les étude de genre", *Le Monde*, 25 mai 2013.

> http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/05/25/masculin-feminin-cinq-idees-recues-sur-les-etudes-degenre_3174157_3224.html

"Australia's top court recognises 'gender neutral' sex category ", *The Telegraph*, 2 avril 2014.

> <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/australiaandthepacific/australia/10738405/Australias-top-court-recognises-gender-neutral-sex-category.html>

Autres ressources disponibles sur internet :

Amnesty International, *World must follow Denmark's example after landmark transgender law*, Amnesty International, 12 juin 2014.

> <http://www.amnesty.org/fr/node/47688>

FARIS Malik, *The Third Gender in Ancient Egypt*.

> <http://www.well.com/user/aquarius/egypt.htm>

Lettre envoyée au ministre de l'éducation, Luc Chatel, en août 2011 par 80 députés UMP :

> http://asset.rue89.com/files/lettre_commune_gender.doc.pdf

Highlights of Changes from DSM-IV-TR to DSM-5, APA (*American Psychiatric Association*) :

> <http://www.dsm5.org/Documents/changes%20from%20dsm-iv-tr%20to%20dsm-5.pdf>

