

AVIS 27

**Avis relatif
à la diversité des genres**

Publié par la Commission Nationale d'Éthique (C.N.E.)

18-20, Montée de la Pétrusse
L-2327 Luxembourg

Tél. : +352 247 86628
Fax : +352 26 68 35 01

cne@mesr.etat.lu
www.cne.lu

Juillet 2017

Table des matières

1. Introduction	1
2. Considérations éthiques	3
3. Considérations de la phase prénatale à la phase adulte	6
3.1. Diagnostic prénatal et néonatal	6
3.1.1. Les attentes parentales et sociétales	6
3.2. Enfance	7
3.3. Adolescence	9
3.4. Âge adulte	10
4. Droit	12
4.1. Généralités	12
4.2. Encadrement juridique	13
4.3. Changement de sexe et/ou de nom	14
4.4. Jurisprudences étrangères	16
4.4.1. Arrêt de la Cour de cassation française	16
4.4.2. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH)	16
5. Recommandations	17
6. Annexes	19
6.1. La constitution luxembourgeoise	19
6.2. Le code civil luxembourgeois	19
6.3. Le code du travail	21
6.4. Jurisprudence	21
7. Bibliographie	23

1. Introduction

À ce jour, la vue sur le sexe et le genre se limite au « féminin » et « masculin ». Cette conception binaire ne représente cependant pas la diversité vécue et repose sur des stéréotypes normatifs sur « ce qui est une femme ou un homme ». Ceci nous amène à mettre en question l'omniprésence des classifications binaires du sexe et du genre.

En effet, les différences entre femmes et hommes sont fluctuantes, que ce soit au niveau du corps, des sentiments, des comportements ou des désirs sexuels, et rendent par conséquent cette catégorisation obsolète. De plus, toute différence d'âge, d'environnement de statut social ou d'origine ethnique, qui contribue, entre autres, à la construction de l'identité personnelle, repose sur une conception de l'identité évoluant tout au long de la vie et s'oppose donc à une conception figée de celle-ci.

Dès lors, « *transgénérisme* » et « *intersexuation* » ne sont pas à considérer comme des genres supplémentaires ni, respectivement, comme troisième ou quatrième sexe.¹ En effet, une approche non-binaire du genre permet de considérer la diversité comme une entité. Tout comme « la » femme ou « l' » homme n'existent pas, il n'y a personne qui soit tout à fait transgenre ou intersexuée. Il est tout à fait possible d'avoir plus de ressemblances entre une femme dite « *trans* » et un « *homme* » qu'entre deux femmes « *trans* » issues de milieux culturels divers ou d'âges différents.

Par ailleurs, une conception binaire risque de mettre les personnes dites intersexuées ou transgenres dans des situations particulièrement vulnérables et contribue à la violation de leurs droits fondamentaux. Les violations des droits des personnes intersexuées peuvent aller jusqu'à la mutilation corporelle par des interventions chirurgicales dites de « *normalisation* », sans leur consentement, en particulier quand ces interventions sont réalisées en bas âge. Ces enfants sont privés de leur intégrité physique ainsi que de leur droit au développement de leur identité du genre. Les enfants intersexués n'ayant pas subi un processus de « *normalisation* » risquent d'être confrontés à des discriminations sociales et à des obstacles administratifs puisque, jusqu'à présent, aucun espace administratif et social pour ces enfants n'existe. Quant aux personnes transgenres, au-delà de multiples discriminations sociales et administratives, elles

¹ L'expression *intersexuation* est privilégiée au terme *intersexualité* qui est trop facilement associé à l'orientation sexuelle. Cette expression inclut des variations du développement corporel au cours de la vie.

n'ont souvent pas accès aux modifications corporelles qu'elles souhaitent. Tout souhait de changement ou d'adaptation du genre, pouvant apparaître à tout moment de la vie, aboutit, jusqu'à présent un parcours du combattant.

2. Considérations éthiques

Rappelons tout d'abord les principes de bioéthique (*Principles of Biomedical Ethics*), initialement formulés en 1979 par Tom Beauchamp et James Childress, qui se révèlent appropriés pour illustrer les problèmes éthiques liées au transgénérisme et à l'intersexuation :

- le respect de l'autonomie,
- la non-malfaisance,
- la bienfaisance et
- la justice.

Bien que les principes de bioéthique ne soient pas hiérarchisés, *l'autonomie* en est clairement le principe directeur et en même temps une valeur clé de la bioéthique.

Le respect de l'autonomie d'une personne présuppose qu'elle se trouve en situation de pouvoir choisir et agir de façon autonome, sans pour autant subir un jugement moral concernant son choix ou son action. Ce choix est de la compétence du sujet et est exprimé par son consentement éclairé. L'autonomie de pouvoir exprimer son genre est primordiale pour l'identité d'une personne et devrait constituer une valeur essentielle dans notre société.

Dans le cas des personnes transgenres et intersexuées, le respect de l'autonomie implique que les sujets majeurs devraient avoir le libre choix de décider de leur propre sexe respectivement de leur identité de genre.

Dans le cas de personnes mineures (ou bien de personnes majeures incapables), les décisions importantes sont prises par les parents respectivement les représentants légaux, tout en respectant le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant et en s'assurant que l'enfant, en fonction de son âge et de sa maturité, ait la possibilité de participer activement aux décisions.

Il faut cependant prendre en compte que l'autonomie des parents et leur capacité de prendre des décisions éclairées, risque d'être compromise dans des conditions de stress ou de détresse. Ainsi, même en présence d'une équipe multidisciplinaire, les parents, sous les effets d'une surabondance d'informations, courent le risque de prendre une décision hâtive, p.ex. dans le

cas d'une intervention chirurgicale (assignation sexuelle). D'autre part, la décision des parents pour ou contre un traitement chirurgical ou hormonal pourrait aussi être influencée par leur préférence pour un garçon ou une fille.

Ainsi, on est en présence de deux formes d'autonomie qui s'expriment sur deux niveaux temporels : l'une à la naissance, l'autre quand l'autonomie du sujet est suffisamment développée et permet à la personne de faire un choix éclairé quant au genre qu'elle décidera d'adopter.

Cependant, les préférences des enfants intersexués ne peuvent être constatés que lorsque les décisions cruciales ont déjà été prises et ce avant même que l'enfant ait développé sa propre autonomie. *A posteriori*, ce choix peut s'avérer erroné et incompatible avec l'identité du genre de la personne autonome adulte, et il est difficile de prévoir avec certitude comment l'enfant réagira quand il/elle commencera à s'interroger sur son genre.

Les principes de non-malfaisance et de bienfaisance s'appliquent avant tout aux médecins, au personnel paramédical etc. Principes traditionnels et universels, ils comptent parmi les principes de base de l'éthique médicale et visent à respecter et protéger l'intégrité physique et psychique des individus.

La *non-malfaisance*, « *primum non nocere* » implique de ne pas faire du mal dans le présent, ainsi que dans le futur. Pour les parents, cela signifie qu'ils devront essayer d'éviter que les décisions qu'ils prennent ne nuisent à l'enfant dans l'avenir immédiat ou lointain.

La *bienfaisance* implique qu'une action entreprise, telle que l'opération d'assignation sexuelle, est bénéfique tout en veillant à ce que le meilleur résultat soit obtenu en considérant le rapport bénéfice-risque. Or, la non intervention pourrait être préférable pour l'enfant puisqu'elle lui permettrait de choisir lui-même son identité le moment venu. Ainsi, le principe de bienfaisance peut, sous certaines conditions, entrer en conflit avec le principe d'autonomie de la personne concernée.

Finalement, le *principe de justice* analyse quelles personnes ont droit à un certain traitement et comment prodiguer des soins de façon équitable, compte tenu de ressources médicales et financières limitées. Concernant les personnes transgenres et intersexuées, le principe de justice

se manifeste surtout dans la prise en charge des traitements hormonaux/chirurgicaux et le (non)-remboursement de certaines prestations par les systèmes de sécurité sociale. Cet argument doit être discuté à la lumière du prix individuel (harcèlement, discriminations, suicide etc.) et aussi sociétal (puisque l'individu appartient à la société) à payer par rapport aux coûts purement financiers.

3. Considérations de la phase prénatale à la phase adulte

3.1. Diagnostic prénatal et néonatal

Le diagnostic de l'intersexuation se fait souvent au moment même de la naissance, surtout à cause de l'aspect ambigu des organes génitaux externes, bien que depuis peu le dépistage prénatal permet un examen plus détaillé des organes génitaux *in utero* au moyen d'une échographie et par un caryotype (dépistage des chromosomes sexuels).

Il arrive aussi que l'intersexuation soit seulement découverte lors de la puberté ou même encore plus tardivement.

Désigné longtemps comme *disorder of sex development*, ce terme est cependant de plus en plus remplacé par l'expression moins controversée *differences of sex development* (DSD) afin d'éviter autant que possible une connotation négative, la majorité des personnes intersexuées ne considérant pas leur condition comme anormale et pathologique.

Cependant, beaucoup d'organismes, dont l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), la Classification Internationale des Maladies (CIM), l'American Psychologists Association (APA) et le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM) continuent à classer l'intersexuation parmi les pathologies.

La prévalence de l'intersexuation varie considérablement selon les sources et le classement des différentes variations. Selon certains auteurs, un nouveau-né sur 4500 est susceptible de présenter une « anomalie » génitale (Hughes et al. 2006). D'autres estiment l'incidence entre 1:3000 et 1:5000 (Bosinski 2005).

Une des causes des plus connues de DSD est l'hyperplasie congénitale des surrénales (ou syndrome adrénogénital, SAG). Un traitement dès la naissance permet d'apporter les hormones manquantes et de freiner la production de celles produites en excès. D'autres étiologies comprennent l'hypoandrogénisme et les dysgénésies gonadiques.

Depuis 2011, un dépistage systématique de l'hyperplasie congénitale des surrénales est effectué chez les nouveau-nés au Luxembourg.

3.1.1. Les attentes parentales et sociétales

La naissance d'un enfant constitue le plus souvent pour les parents un évènement plein d'espoir. Fréquemment, ils ont imaginé leur enfant et ont développé une préférence pour une fille ou un garçon et c'est aussi une des premières questions posées par les proches. Cela démontre bien la prédominance de la classification binaire dans notre société.

La révélation, suite à un diagnostic prénatal ou néonatal, que le nouveau-né ne correspondra pas à l'attente des parents sera le plus souvent ressenti comme un choc susceptible de les plonger dans le plus grand désarroi. Après avoir idéalisé les relations à venir avec l'enfant, la confrontation à la réalité du sexe ambigu ou atypique de leur enfant risque de dépasser leur capacité d'imaginer leur avenir et celui de l'enfant, ce qui implique que les parents peuvent être facilement tentés de céder à la pression sociale et préférer une intervention médicale d'assignation sexuelle dans l'espoir d'améliorer le bien-être psychologique futur de l'enfant. Le plus souvent, le sexe « atypique » n'a pas de conséquences d'un point de vue médical et l'intervention chirurgicale ne se justifie que par l'adaptation sociale. Aussi, toute intervention sur un nouveau-né est réalisée sans consentement du principal concerné et constitue de fait une mutilation du corps de l'enfant et les conséquences de ces interventions sont souvent dramatiques, menant certains même à l'exclusion permanente ou pire, au suicide.

Cependant, certaines interventions peuvent s'avérer nécessaires d'un point de vue médical, car mettant en jeu le pronostic vital (p.ex. risque de développement de tumeurs ou insuffisance surrénale).

3.2. Enfance

La construction sociale du genre commence dès la naissance.

Pour le nouveau-né, le sexe qui lui est assigné à la naissance devient un fait juridique et social qui l'accompagne, en principe, tout au long de la vie.

Lors de son développement pendant l'enfance, en passant par l'adolescence et ensuite à l'âge adulte, la société qui se réfère au modèle binaire établi tend à attendre de l'individu des comportements « normaux » du sexe qui lui a été assigné. Par conséquent, toutes les personnes qui sortent de la norme binaire préétablie, ont d'importantes difficultés à faire valoir leurs droits fondamentaux.

Les personnes transgenres/intersexuées peuvent être soumises dès leur plus jeune âge à des traitements médicaux et chirurgicaux. Ces pratiques, documentées depuis les années 1920, sont depuis largement remises en question. Malgré cela, les interventions chirurgicales demeurent une pratique courante.

Ces traitements invasifs, le plus souvent sans utilité médicale, sont réalisés en vue de faire correspondre l'apparence physique au sexe assigné à la naissance. Souvent réalisées en bas-âge en l'absence évidemment du consentement préalable et pleinement éclairé de la personne directement concernée, l'intérêt supérieur de l'enfant est subordonné aux attentes de la société. Les parents, souvent influençables et peu informés, tendent à suivre l'avis du médecin traitant sans nécessairement réfléchir aux conséquences des interventions sur le bien-être de leur enfant. Les personnes ayant subi de telles interventions se sentent par la suite souvent mutilées. La détresse psychologique due aux conséquences négatives d'une chirurgie n'est pas à négliger et peut conduire à des comportements d'automutilation et suicidaires.

La déclaration interinstitutionnelle des Nations Unies sur la stérilisation², adoptée en 2014, fait référence aux violations de l'intégrité corporelle de personnes transgenres/intersexuées et constitue à ce titre une étape fondamentale en faveur des approches associant médecine et droits humains.

Juan E. Méndez, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, a condamné ces interventions effectuées sur des personnes intersexuées, qu'il assimile à une forme de torture³.

Les attributions du genre ont aussi lieu par des interactions verbales et non verbales avec les parents, frères et sœurs, ami(e)s, voisin(e)s, professionnels médicaux, employé(e)s des services de conseil ainsi que par des jouets et des imagiers *genrés*.

² Eliminating forced coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, 2014.

³ Rapport du rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, articles 77 et 78, Nations Unies, Assemblée Générale, Conseil des droits de l'homme, 2013.

Il n'y a pas d'espace sociétal pour les enfants qui ne sont pas considérés (ou bien ne veulent pas être considérés) ni comme filles, ni comme garçons. Cela vaut également pour les enfants qui ne s'identifient pas avec le genre qui leur a été assigné à la naissance.

Le premier contact avec la société au sens large se matérialise, chez l'enfant, par le biais de structures de puériculture et autres structures socioéducatives, notamment les crèches. Les pratiques d'accompagnement et d'encadrement des enfants sont imprégnées de la conception binaire. Les jeux et matériels pédagogiques empruntent le plus souvent des stéréotypes traditionnels du genre en confinant les garçons à un rôle différent de celui des filles.

Le personnel éducatif n'est pas forcément outillé pour adopter les meilleures pratiques à l'égard de la diversité. Au cours de leur formation, les futures enseignantes et enseignants sont à peine familiarisés avec le sujet de la diversité des genres. Les conceptions éducatives et les programmes accordent peu d'importance à la réalité de cette diversité.

Les parents ne disposent souvent pas non plus d'informations scientifiquement fondées au sujet de la diversité des genres et sont souvent désemparés si leur enfant ne s'identifie pas au genre assigné.

Les personnes travaillant dans le milieu psycho-socio-éducatif, mais aussi les juristes, médecins et professions de santé ainsi que les décideurs politiques ne disposent pas de connaissances ni de formation relatives à la diversité des genres.

3.3. Adolescence

Le développement de la maturité sexuelle est un élément particulier de l'adolescence. A nouveau, concernant les enfants transgenres/intersexués, différents types d'interventions ont lieu sans nécessairement leur consentement. Cela va de traitements hormonaux à des interventions plus invasives afin de faire rentrer la personne dans le moule du sexe assigné à la naissance. Pour les enfants transgenres, les problèmes sont liés aux discriminations imposées par la société. S'ils décident de montrer des traits différents par rapport à ceux considérés comme « normaux » et attribués au sexe leur assigné, ils sont souvent victimes d'harcèlement physique et psychologique. Si au contraire, ils décident de se « cacher », ils sont alors condamnés à vivre dans le silence et trouveront difficilement l'épanouissement nécessaire à leur construction identitaire.

Les questions relatives au bien-fondé du traitement hormonal de l'adolescent empêchant le développement des caractères sexuels du genre rejeté (seins, pilosités, voix) ou de l'administration d'hormones pour construire les caractéristiques sexuelles désirées doivent être résolues.

A partir de quel moment le traitement hormonal et/ou les opérations chirurgicales de réassignation sexuelle devraient-elles être autorisées ou recommandées afin de répondre au droit de l'adolescent de décider de sa réassignation sexuelle morphologique tout en tenant compte tant de son intérêt que de ses capacités de discernement ?

3.4. Âge adulte

La complexité de l'attribution du genre persiste tout au long de l'âge adulte.

En effet, le manque de reconnaissance de la diversité en matière d'identité du genre se manifeste notamment lors de l'établissement de l'état civil et par rapport à la couverture sociale dans le milieu du travail, pour ne citer que ces exemples.

Le droit à la vie privée est un droit fondamental protégeant les personnes vis-à-vis de toute ingérence dans leur sphère privée ce qui devrait permettre aux personnes concernées de ne pas être obligées de révéler leur identité du genre.

Le fait que la société n'octroie pas la possibilité aux personnes intersexuées et transgenres de manifester une identité du genre différente de celle qui leur a été attribuée à leur naissance, ni de faire correspondre leur état civil à l'identité du genre de leur choix est en contradiction avec leur droit à l'autodétermination et au développement personnel.

Cette opposition des textes législatifs empêche la jouissance d'une série d'autres droits civils et sociaux, comme le droit à l'identité, le droit à l'éducation, le droit au travail, le droit à la santé physique, mentale, sexuelle et génésique (Droit du citoyen) etc. En effet, un certain nombre de normes internationales consacrent le principe de non-discrimination basées sur le genre, il n'existe cependant pas de disposition spécifique contraignante qui vise à garantir la protection des personnes intersexuées et transgenres.

Enfin, les personnes transgenres ou intersexuées, par peur d'être stigmatisés et socialement exclues, risquent de vivre repliées sur elles-mêmes, limitant *de facto* leur jouissance d'une vie sociale et culturelle.

4. Droit (lois, projets de loi, propositions de loi, procédures administratives et législatives)

4.1. Généralités

Les tribunaux ont à connaître des difficultés des personnes transgenres/intersexuées à l'occasion de la demande de rectification d'un acte de l'état civil, qui peut être faite par les personnes concernées.

Ainsi le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a statué que le « transsexualisme se caractérise par la conviction profonde d'une personne de sexe physiquement bien déterminé d'appartenir au sexe opposé, le composant psychologique étant en totale contradiction avec les autres composants d'ordre physique ayant permis de désigner le sexe à la naissance. »

La jurisprudence doit ainsi « faire œuvre créative » face à l'absence de texte juridique spécifique et même si « la transsexualité est un phénomène reconnu par la jurisprudence luxembourgeoise », faute de dispositions législatives spécifiques en matière de transgenre et d'intersexualité, les tribunaux luxembourgeois doivent se fonder sur les principes généraux du droit civil et du droit des personnes luxembourgeois en s'inspirant le plus souvent de la jurisprudence et de la doctrine belges et françaises pour résoudre les problèmes y relatifs.

Ainsi, pour pouvoir rectifier la mention dans l'acte de l'état civil indiquant le sexe, la jurisprudence exige des personnes transgenres un traitement médical et psychologique.

Pour les changements de prénom dans l'état civil, les personnes transgenres doivent suivre la procédure judiciaire commune prévue pour tout changement de prénom.

L'intersexuation n'a pas du tout été abordée par la jurisprudence luxembourgeoise à l'heure actuelle, à l'inverse de la France, où le Tribunal de Grande Instance de Tours a pris, en date du 20 août 2015, une décision dans laquelle il a statué que faute de pouvoir « rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe et de constater que la mention qui figure sur son acte de naissance est simplement erronée », il convient d'ordonner « que soit substituée dans son acte de naissance à la mention de "sexe masculin", la mention "sexe neutre", qui peut se définir comme n'appartenant à aucun des genres masculin ou féminin, préférable à "intersexe" qui conduit à une catégorisation qu'il convient d'éviter (ne s'agissant pas de reconnaître un nouveau genre) et qui apparaît plus stigmatisante ».

4.2. Encadrement juridique

Aucun texte de loi en vigueur ne prévoit actuellement spécifiquement les personnes transgenres/intersexuées, mais les textes consacrent le principe de la binarité, tant au niveau de la Constitution qu'au niveau des autres dispositions législatives.

Ainsi le principe de l'égalité de tous devant la loi, de la liberté individuelle, de l'égalité des sexes y sont garanties, mais l'exigence de la déclaration de sexe dès la naissance rend la consécration du système binaire totale.

Si le Code civil prévoit la rectification de l'acte civil par décision judiciaire, seule une déclaration de sexe masculin ou féminin n'est prévue. Le mariage également n'est possible qu'entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent.

Une rectification de l'état civil par le Procureur d'Etat n'est possible que pour des erreurs ou omissions matérielles.

Le droit du travail prévoit « l'interdiction de traiter les femmes de manière moins favorable que les hommes, ou inversement », donc l'égalité entre sexes et l'interdiction de toute forme de discrimination.

Les discriminations qui se basent sur les critères de non-discrimination sont appelés discriminations directes et sont définies comme des « situations dans lesquelles une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur base d'un des critères énoncés ci-dessous. »

Ces critères de non-discrimination comprennent celui du « sexe ».

« Toute distinction fondée sur le fait que l'on soit un homme ou une femme ou que l'on ait ou veuille changer de sexe, est dès lors interdite. »

« L'interdiction de discriminer une personne en raison de son sexe résulte du principe d'égalité entre les femmes et les hommes. » Cette interdiction inclut en outre « l'interdiction de discriminer en raison d'un changement de sexe. » Ainsi l'employeur est tenu, par exemple, de respecter le choix de la personne transgenre de changer son état civil.

Ainsi le principe de non-discrimination ne joue pas seulement entre homme et femme, mais aussi sur « tout passage d'un état vers l'autre ». Ainsi « l'égalité en matière de sexes implique la non-discrimination en raison d'une conversion sexuelle. » Ceci est confirmé au niveau de la jurisprudence communautaire déjà depuis 1996.

4.3. Changement de sexe et/ou de nom

1. Changement du prénom

Toute personne adulte, de nationalité luxembourgeoise, qui veut changer son nom ou son prénom doit introduire personnellement ou par le biais d'un avocat, une demande écrite et motivée au Ministre de la Justice en y joignant une copie certifiée conforme de son acte de naissance.

La demande doit contenir des motifs sérieux et suffisamment graves justifiant cette demande de changement de nom ou de prénom.

S'il s'agit d'un mineur, il faut que ce dernier soit aussi de nationalité luxembourgeoise et il faut que les parents adressent une demande signée par eux au Ministre de la Justice. Il faut aussi annexer une copie certifiée conforme de l'acte de naissance de l'enfant.

Dans le cas où un des parents exerce la garde sur l'enfant, il faut joindre à la demande l'avis de l'autre parent.

Dans le cadre d'une demande d'autorisation en changement de prénom pour cause de changement de sexe, l'intéressé doit présenter sa demande au Ministre de la Justice accompagnée d'une copie certifiée conforme de l'acte de naissance en marge duquel a été inscrite la mention du changement de sexe.

Avant de statuer le Ministère de la Justice doit demander l'avis des Parquets et du Conseil d'Etat.

En cas d'autorisation à changer de nom, une copie de l'arrêté grand-ducal est remise au demandeur contre paiement d'une taxe d'enregistrement.

La décision sera publiée au Mémorial et l'autorisation de changer de nom entre en vigueur après un délai de 3 mois à compter du jour de son insertion au Mémorial à condition qu'aucune opposition n'ait été introduite auprès du Ministère.

L'intéressé doit alors, muni du certificat de non-opposition et d'une copie de l'arrêté grand-ducal, se rendre auprès de l'officier d'état civil compétent qui inscrira le nouveau nom en marge de l'acte de naissance

En cas de refus, une copie de l'arrêté grand-ducal est adressée à l'intéressé qui pourra introduire un recours devant le tribunal administratif endéans les 3 mois après notification par l'intermédiaire d'un avocat.

Une requête en changement de prénom devant l'autorité administrative pourrait *a priori* être fondée sur la conviction du requérant d'appartenir au sexe opposé, sentiment qui pourrait constituer un intérêt légitime au sens de la loi des 11 et 21 Germinal An XI relative aux prénoms, modifiée par une loi du 18 mars 1982, mais aucune demande en ce sens n'a abouti devant les tribunaux. D'après les informations disponibles, plusieurs demandes auraient été acceptées par le Ministère si le changement de nom portait sur un prénom neutre.

2. Changement de sexe

Afin de pouvoir autoriser le changement de sexe dans l'acte de l'état civil, les juges doivent conclure que dans le cas spécifique qui leur a été soumis, il s'agit d'un cas de « transsexualisme » véritable.

Pour que ce « transsexualisme » puisse être considéré comme véritable, la jurisprudence statue traditionnellement qu'il faut entre autres « *que la mutation révélée chez l'individu résulte d'un déterminisme échappant à sa libre volonté, si bien que ce dernier ne peut plus, personnellement et socialement, assumer son sexe physiologique* » et que « *la demande du transsexuel vrai a pour objet la constatation de cette discordance et sa prise en considération sur le plan juridique* ».

En pratique, le juge requiert dès lors que le diagnostic de « transsexualisme » soit formellement posé par des experts médicaux. Ce diagnostic doit porter sur la transformation physique, réalisée par des traitements hormonaux, la stérilisation et des interventions chirurgicales (mastectomie bilatérale, hystérectomie totale), et sur la psychologie de la personne concernée, en général établie par un psychiatre.

Si tous ces éléments sont réunis, les tribunaux statuent qu'il s'agit d'un « *cas de transsexualisme véritable* » et qu'il « *est fait droit à la demande.* »

Une jurisprudence récente semble marquer un revirement en la matière. Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, en date du 1^{er} juin 2016, a retenu que « *eu égard à l'évolution internationale incitant les Etats à abolir la stérilisation et aux principes posés par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le tribunal estime que le principe de l'irréversibilité de la transformation du changement de sexe par une opération de réassignation*

sexuelle entraînant la stérilisation ne peut être maintenu» et « que l'irréversibilité doit dès lors uniquement porter sur la transformation de l'apparence de la personne (...) ». (T.A. n°173/2016)

4.4. Jurisprudences étrangères

4.4.1. Arrêt de la Cour de cassation française

Le 4 mai 2017, la Cour de cassation française a refusé la mention « sexe neutre » pour l'état civil d'une personne intersexuée. Le plaignant avait saisi, en 2015, un juge des affaires familiales, afin que la mention « sexe masculin » soit substituée par « sexe neutre ». Cette requête fut acceptée, puis rejetée en appel une première fois en 2016.

La Cour de cassation précisa que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » et que « la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ». La personne plaignante a annoncé saisir la Cour européenne des Droits de l'Homme.

4.4.2. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme (CEDH)

La France fut condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, en avril 2017, pour avoir obligé les personnes transgenres à subir une intervention stérilisante pour obtenir un changement de sexe à l'état civil. La CEDH avait été saisie par trois requérants de nationalité française dont les requêtes avaient été jointes.

La CEDH jugea, notamment, que « conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention ».

5. Recommandations

Compte tenu des observations précédentes, la C.N.E. a élaboré les recommandations suivantes :

- A. La C.N.E. recommande au législateur d'abolir les marqueurs d'identification sexuelle sur l'état civil et les documents d'identité. Il faudrait adapter les textes juridiques en conséquence et supprimer les restrictions binaires.
- B. Il faut ancrer la diversité des genres dans la Constitution : Tous les genres sont égaux devant la loi. La diversité des genres doit être considérée comme normale, indépendamment de leur représentativité sociétale.
- C. Le législateur doit veiller à ce que les pratiques d'intervention chirurgicales invasives, sans le consentement éclairé de la personne concernée, soient bannies et soient considérées comme une atteinte à l'intégrité physique et psychique des personnes.
- D. Toute initiative législative doit être guidée, de manière transversale, par le respect absolu des principes d'égalité de tous devant la loi et de non-discrimination. Le législateur doit, par conséquent, identifier et anticiper les différentes possibilités de traitements discriminatoires envers des personnes transgenres / intersexuées tout au long de leurs cycles de vies respectifs.
- E. Chaque initiative pédagogique et chaque formation du personnel socio-éducatif, médical, administratif, juridique, législatif et exécutif doit avoir pour objectif l'acceptation de la diversité des genres. Ces mesures doivent promouvoir la lutte contre les tabous concernant les personnes et les groupes de personnes concernés jusqu'à présent marginalisés. Des environnements protégés leur permettant une libre expression doivent être créés comme solution transitoire.
- F. La C.N.E. recommande de créer des lieux dans les garderies, crèches, écoles maternelles etc. qui répondent aux exigences de la diversité des genres (toilettes, vestiaires...) et diversifier les offres et le matériel pédagogique. La C.N.E. recommande la création de services de consultation pour répondre aux interrogations des mineurs et majeurs concernés et de leur entourage.
- G. Les structures socio-culturelles et sportives et de la vie associative ainsi que le milieu professionnel doivent être en mesure d'intégrer les mineurs et majeurs dans toute leur diversité.
- H. La C.N.E. recommande la promotion de recherches sur le transgénérisme et l'intersexuation ayant une approche interdisciplinaire dans les divers domaines tels que

médecine, droit, économie, statistiques, santé, éducation, philosophie, égalité des chances, droits de l'homme.

- I. Le projet de loi N° 7146 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil qui vient d'être déposé est un élément important apportant une solution à des situations spécifiques dans un système binaire. Il conviendrait de tenir compte de la diversité des genres soutenue par le présent avis.

6. Annexes

6.1. La constitution luxembourgeoise

Art. 10bis. (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

...

Art. 11. (Révision du 29 mars 2007)

«(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.» (Révision du 13 juillet 2006)

«(2) Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs. L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.» (Révision du 29 mars 2007)

«(3) L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi.

(4) La loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit. La loi garantit les libertés syndicales et organise le droit de grève.

(5) La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap.

...

Art. 12. La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. - Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté.

La Constitution luxembourgeoise part donc très clairement d'un système binaire distinguant entre femmes et hommes.

L'article 11 (2) de la Constitution luxembourgeoise consacre le principe d'égalité des sexes.

Ce principe d'égalité est un principe fondamental garanti par de nombreux textes nationaux, communautaires et internationaux.

6.2. Le Code civil luxembourgeois

Art. 57. (L. 4 juillet 2014) L'acte de naissance énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, le nom et les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, sexe et

domicile des parents ainsi que les lieux et les dates de leur naissance pour autant qu'ils sont connus. (L. 4 juillet 2014) Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses parents. L'officier de l'état civil ne peut recevoir dans l'acte de naissance des prénoms pouvant nuire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers.

...

Art. 76. (L. 4 juillet 2014) On énonce, dans l'acte de mariage: Ministère de la Justice du Grand-Duché de Luxembourg 1) les prénoms, noms, sexes, lieux et dates de naissance et domicile des conjoints; 2) les prénoms, noms, sexes et domiciles des parents; 3) le consentement des parents, celui du conseil de famille, celui du tuteur ad hoc et, le cas échéant, l'accord du juge des tutelles, dans les cas où ils sont requis; 4) les prénoms et nom du précédent conjoint de chacun des conjoints; 5) les publications dans les divers domiciles; 6) la déclaration des contractants de se prendre pour conjoint, et le prononcé de leur union par l'officier public.

Art. 99. (L. 16 mai 1975) Lorsque la rectification de l'acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'appel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du procureur d'Etat. Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu. Le procureur d'Etat peut procéder à la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes de l'état civil. A cet effet il donne directement des instructions utiles aux dépositaires des registres.

Art. 100. Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées.

Art. 101. (L. 16 mai 1975) Le dispositif des jugements de rectification sera inscrit sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'il lui aura été remis et mention en sera faite en marge de l'acte réformé.

Le dispositif des jugements de rectification est transmis immédiatement par le procureur d'Etat à l'officier de l'état civil du lieu où se trouve inscrit l'acte réformé ; mention de ce dispositif est faite en marge de l'acte de naissance et, éventuellement, de l'acte de mariage de l'intéressé et des actes concernant l'état civil de ses descendants légitimes mineurs. Aucune expédition de l'acte ne peut plus être délivrée qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de l'amende édictée par l'article 50 du Code pénal et de tous dommages-intérêts contre le dépositaire des registres.

...

Art. 143. (L. 4 juillet 2014) Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage. Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 312 n'est pas applicable.

Le Code civil luxembourgeois prévoit également un système binaire, exigeant la déclaration du sexe lors de la déclaration de naissance et dans l'acte de mariage. Le mariage est prévu pour

deux personnes de sexe différent ou de même sexe, reprenant le système binaire homme-femme.

Seule l'article 99 du Code civil prévoit la modification de l'acte de l'état civil sur demande par devant le tribunal compétent, le Procureur d'Etat n'étant compétent que pour la rectification des erreurs et omissions purement matérielles.

6.3. Le Code du travail

Ni le Code du travail luxembourgeois, ni la jurisprudence luxembourgeoise ne consacrent un principe général d'égalité.

En effet, toute distinction opérée par l'employeur, éprouvée comme injuste par le salarié, n'est pas automatiquement une discrimination.

Selon le droit luxembourgeois, « l'employeur reste libre de fonder ses choix et décisions sur des propres critères, à l'exception des critères de non-discrimination. Les salariés affectés de manière défavorable par ces choix n'auront pas de moyens pour agir ».

« Cependant les règles de non-discrimination lient l'employeur dans l'exercice de l'ensemble de ses prérogatives patronales. »

Si l'employeur recourt à un des « critères de non-discrimination » limitativement énumérés par la loi dans les articles L. 241-1 (2) et L. 251-1 (2), il faut que le traitement défavorable soit lié directement ou indirectement à ces critères pour qu'il y ait discrimination.

6.4. Jurisprudence

Dans un premier jugement du 19 février 1979 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour rejeter la demande de changement de sexe d'un prétendu transsexuel a affirmé que K. est resté en défaut de rapporter la preuve que dès sa naissance, il présentait des caractéristiques physiques du sexe féminin ou même des tendances à la transsexualité et que partant la mention du sexe dans son acte de naissance procède d'une erreur. Par contre, le même tribunal par un jugement postérieur du 25 mai 1988 a à l'égard du même demandeur accueilli sa demande suite à une expertise médicale ordonnée en cause en disant que K. devra à partir du présent jugement être dit de sexe féminin, qu'en conséquence dans son acte de naissance les mots « sexe masculin » seront remplacés par ceux de « sexe féminin ».

En 2009⁴, le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a statué que « *pour que ce transsexualisme puisse être considéré comme véritable, il faut entre autre que la mutation révélée chez l'individu résulte d'un déterminisme échappant à la libre volonté. Si bien que ce dernier ne peut plus, personnellement et socialement, assumer son sexe physiologique. La demande du transsexuel vrai a pour objet la constatation de cette discordance et sa prise en considération sur le plan juridique.*

En raison du traitement hormonal suivi depuis plusieurs années et de la mastectomie effectuée en 2009, Mme T. ne présente plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant du sexe masculin auquel correspond son comportement social. Selon les médecins traitants, la demanderesse est déterminée à se soumettre aux interventions chirurgicales modifiant de manière irréversible son identité sexuelle morphologique,

Il est établi au vu des rapports et certificats médicaux versés aux débats que depuis plusieurs, années l'apparence physique, le psychisme et le comportement social de Mme T ne sont plus ceux du sexe féminin, mais correspondent au sexe masculin revendiqué. Les médecins traitants préconisent, après le traitement hormonal et la mastectomie pratiqués en mars 2009, l'intervention chirurgicale au niveau des organes génitaux (phalloplastie). Mme T. présentant le syndrome de transsexualisme n'ayant plus l'apparence physique du sexe féminin, mais ayant pris une apparence physique la rapprochant du sexe masculin, auquel correspond son comportement social, sa détermination de changer de sexe et sa souffrance psychologique liée à la discordance entre son apparence, son comportement social et intellectuel et son état civil justifient que l'état civil de la demanderesse mentionne désormais le sexe masculin. Au vu de l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de faire droit à la demande de Mme T. et d'ordonner la rectification dans son acte de naissance de la mention relative à son sexe. »⁵

⁴ TA Lux 3009/2009 n°188/2009 (rectification d'un acte d'état civil)

⁵ Discrimination au travail, Jean-Luc PUTZ, Guide Pratique, Editions Promoculture 2010, page 155.

7. Bibliographie

Tom L. Beauchamp, James F. Childress / New York : Oxford University Press , cop. 1979.

Discrimination au travail, Jean-Luc Putz, Guide Pratique, Editions Promoculture 2010, page 155.

Projet de loi relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil (2017).

Proposition de loi 6955 relative à la transsexualité et modifiant le Code civil (2016).

Hughes, I. A., Houk, C., Ahmed, S. F., Lee, P. A., & Group, L. C. (2006). Consensus statement on management of intersex disorders. *Archives of Disease in Childhood*, 91(7), 554–563.

Bosinski H.A.G. (2005): «Psychosexuelle Probleme bei Intersex-Syndrom», in: *Sexuologie* 12 (1/2), 31-59.

Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe? Une perspective. Conseil de l'Europe, 2013.

Rapport du rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, articles 77 et 78, Nations Unies, Assemblée Générale, Conseil des droits de l'homme, 2013.

Erik Schneider, Christel Balthes-Löhr (Hg.): Normierte Kinder. Effekte der Geschlechternormativität auf Kindheit und Adoleszenz, Bielefeld: transcript, Gender Studies, zweite Auflage 2015.

Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO, 2014.

Membres de la Commission Nationale d'Éthique

Julie-Suzanne Bausch, présidente

Serge Haag*, vice-président

Christel Baltes-Löhr*

Deirdre Du Bois*

Manon Gantenbein

Nathalie Koedinger*

Brigitte Konz

Carole Linster

Joaquim Monteiro*

Jean-Paul Nilles*

Robert Wagener

Christiane Weitzel

Frank Wies

*(*membres du groupe de travail « Diversité des genres »)*

Chargé d'études

Jean-Claude Milmeister