

# L'enregistrement officiel du sexe

Considérations éthiques sur l'inscription du sexe  
dans le registre de l'état civil

# Table des matières

<b>1. Introduction</b>	<b>4</b>
<b>2. Contexte</b>	<b>7</b>
2.1 Définitions	8
2.2 Évolutions pertinentes	10
2.3 Implications pour les personnes concernées	11
2.3.1 Vie quotidienne	11
2.3.2 Pression pour subir une opération de réassignation sexuelle	12
2.3.3 Violence	13
2.3.4 Santé	13
<b>3. Cadre juridique et politique</b>	<b>15</b>
3.1 Situation juridique en Suisse	15
3.1.1 L'inscription du sexe dans le droit des registres	15
3.1.2 La révision du code civil	16
3.2 Expériences et situation dans d'autres pays	16
<b>4. Considérations éthiques</b>	<b>19</b>
4.1 Orientations et pondérations	19
4.1.1 Reconnaissance	19
4.1.2 Respect de la dignité humaine	20
4.1.3 Autodétermination	20
4.1.4 Égalité de traitement	21
4.1.5 Protection de la vie privée	22
4.1.6 Protection de l'intégrité personnelle	22
4.2 Intérêts publics et sociaux	23
<b>5. Évaluation des options</b>	<b>25</b>
5.1 Renonciation à tout enregistrement officiel du sexe au moment de la naissance et après celle-ci (a posteriori)	25
5.2 Abandon général de tout enregistrement officiel du sexe	26
5.3 Introduction de nouvelles catégories sexuelles	28
5.4 Conséquences d'une mise en œuvre des options	29
<b>6. Résumé et recommandations</b>	<b>32</b>
<b>7. Bibliographie</b>	<b>35</b>
<b>8. Liste des abréviations</b>	<b>42</b>

# Avant-propos

Le registre suisse de l'état civil ne conçoit que deux sexes : féminin et masculin. Les personnes intersexuées, celles d'identité de genre non binaire et nombre de personnes trans\* n'ont pas la possibilité de choisir une option à laquelle elles peuvent s'identifier. La reconnaissance de leur identité de genre leur est proprement refusée. En Suisse, mais aussi au niveau international, on débat de réglementations alternatives qui permettraient de prendre en considération la diversité des identités de genre lors de l'enregistrement officiel du sexe. Les propositions envisagées vont de la renonciation (temporaire) à enregistrer le sexe à l'abandon général de toute inscription officielle du sexe, en passant par l'introduction d'une troisième catégorie sexuelle. Toutes ces solutions font actuellement l'objet de débats politiques en Suisse, cadre dans lequel s'insère la présente prise de position de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (CNE), émise à la demande de l'Office fédéral de la justice.

Ce débat est empreint de différentes représentations de l'identité, attitudes et visions culturelles. Il porte également sur la question de savoir ce que signifie, dans le fond, la catégorie « sexe » pour chaque individu et la société. Les opinions sont également légion quant au rôle joué par l'ordre binaire tel qu'il est établi aujourd'hui, à savoir la distinction absolue entre « féminin » et « masculin ». Ce questionnement ébranle en substance des normes consacrées par la tradition et confronte tout un chacun avec la perception de soi-même dans un domaine très personnel. La CNE espère que les réflexions qui suivent et sa recommandation préconisant un élargissement graduel des options d'inscription du sexe contribueront au développement d'une approche sociale et politique différenciée de ce thème aux multiples facettes.

**Andrea Büchler**

Présidente de la CNE

# 1. Introduction

Ces derniers temps, la question de savoir si, à quel moment et sous quelle forme un enregistrement officiel du sexe est pertinent a notamment été discutée, sur le plan éthique, en lien avec la thématique de l'intersexualité (voir, p. ex., Conseil d'éthique allemand 2012). La Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (NEK-CNE) a, elle aussi, traité ce sujet dans sa prise de position no 20/2012 « Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel : questions éthiques sur l'intersexualité ». Jusqu'à présent, la discussion a porté, d'une part, sur la question du traitement, du conseil et de l'accompagnement des personnes présentant des variations du développement sexuel et, d'autre part, sur celle des évolutions qu'il serait judicieux, du point de vue éthique, d'imprimer au droit de l'état civil. Il convient de souligner que la thématique de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil ne concerne pas uniquement un groupe restreint de personnes, mais soulève la question fondamentale de la fonction normative des catégories sexuelles. La réglementation à adopter doit, par conséquent, aussi être considérée sous l'angle de ses conséquences possibles sur les structures fondamentales de la société et de sa capacité à rendre les relations entre les sexes plus justes à long terme.

Dans sa prise de position no 20/2012, la commission a estimé que les deux catégories sexuelles existantes devraient être maintenues pour le moment en raison de leurs profondes racines culturelles et sociales. Elle a en outre souligné que les personnes présentant des variations du développement sexuel souhaitent souvent trouver leur place dans la société en tant que femmes ou en tant qu'hommes. La NEK-CNE a également estimé que l'ajout de nouvelles catégories sexuelles pourrait conduire à une stigmatisation accrue des personnes concernées (NEK-CNE 2012).

Ses recommandations ont été reprises et prises en compte dans le message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), actuellement en discussion au Parlement<sup>1</sup>. Le 20 septembre 2018, dans sa réponse à la consultation sur l'avant-projet de cette modification, la NEK-CNE a préconisé la poursuite rapide des travaux sur l'ajout d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires. Elle a ainsi défendu l'idée que l'existence d'autres options serait plus respectueuse des droits des personnes concernées, reconnaissant par là même les évolutions intervenues depuis sa précédente prise de position de 2012.

Dans le contexte du débat public actuel sur l'ajout d'une troisième possibilité d'inscription, l'Office fédéral de la justice (OFJ), en la personne de M. Michael Schöll, sous-directeur, chef du Domaine de direction Droit privé, a demandé à la commission, par courrier du 5 novembre 2019, de se prononcer sur les questions suivantes concernant d'autres modalités d'enregistrement officiel du sexe :

«1. Renonciation à toute inscription du sexe officiel à la naissance :

- Est-il opportun de permettre au(x) titulaire(s) de l'autorité parentale de renoncer à l'inscription du sexe d'un nouveau-né et le cas échéant est-il opportun de soumettre cette faculté à conditions et le cas échéant, à quelles conditions (p. ex. attestation médicale relative à une variation du développement sexuel, durée de l'absence d'enregistrement du sexe, etc.) ?
- L'absence d'inscription du sexe devrait-elle le cas échéant être complétée d'office, p. ex. au moment où il serait possible de déterminer le sexe médicalement, pour le cas où la personne concernée ou le/s titulaire/s de l'autorité parentale ne l'auraient pas requis spontanément ?

<sup>1</sup> Voir objet no 19.081 (CC. Changement de sexe à l'état civil), <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190081> [consulté le 5.10.2020].

2. Renonciation à toute inscription du sexe officiel après la naissance (a posteriori) :

- Est-il opportun qu'une personne ait la faculté de demander a posteriori à ce que l'inscription de son sexe soit radiée de sorte à ce qu'elle n'ait aucune mention de sexe inscrite au registre de l'état civil (rubrique laissée vide) ?

3. Abandon général de toute inscription officielle du sexe :

- De l'avis de la commission, est-il opportun de renoncer de manière générale à toute inscription du sexe au registre de l'état civil ?
- Le cas échéant, dans quel délai et à quelles conditions ?

4. Création de nouvelles catégories sexuelles :

- Est-il opportun d'introduire une troisième catégorie sexuelle à côté de « féminin » et « masculin » ?
- Est-il opportun d'introduire d'autres catégories sexuelles encore ?
- Ces rubriques doivent-elles s'ajouter le cas échéant à la faculté de laisser la rubrique du sexe non renseignée (voir questions 1 et 2 ci-dessus). Le cas échéant, veuillez indiquer quelles désignations il conviendrait de donner à ces nouvelles catégories sexuelles (« divers », « autre » ?).

5. Conséquences de l'abandon de la binarité des sexes sur la législation.»<sup>2</sup>

Par ailleurs, trois postulats parlementaires demandent d'introduire une troisième possibilité d'inscription ou de renoncer complètement à l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil : Arslan (17.4121), Ruiz (17.4185) et Flach (18.3690). Ils chargent, par exemple, le Conseil fédéral d'examiner dans un rapport quelles adaptations l'introduction d'une troisième possibilité d'inscription requiert d'apporter au registre informatisé de l'état civil. Le Conseil national a adopté les deux premiers postulats le 17 septembre 2018 et rejeté le troisième le 13 juin 2019.

Les questions et les modalités d'enregistrement mentionnées par l'OFJ touchent certains problèmes éthiques fondamentaux qui sont au centre des considérations de la NEK-CNE exposées dans la présente prise de position. La commission saisit l'occasion de cette demande pour réexaminer et développer ses réflexions de 2012 et de 2018 à la lumière des évolutions sociales et politiques concernant la visibilité et l'acceptation des diverses identités de genre. À cette fin, les membres de la commission ont auditionné Deborah Abate et Alecs Recher lors de la séance plénière du 27 janvier 2020. Fondateur de Transgender Network Switzerland (TGNS), Alecs Recher a co-présidé l'organisation jusqu'en 2012 et y a mis en place une consultation juridique professionnelle destinée aux personnes trans\*, consultation pour laquelle il travaille aujourd'hui encore en tant que conseiller juridique ; il a également été membre du comité de Transgender Europe (TGEU). Deborah Abate est une militante et co-fondatrice d'InterAction Suisse (Association suisse pour les intersexes) ; elle s'engage en faveur de divers projets et organisations de lutte pour l'égalité des droits des femmes, des minorités sexuelles, des personnes intersexuées, des personnes trans\*<sup>3</sup> et des personnes ayant une identité de genre non binaire<sup>4</sup>.

L'enregistrement officiel du sexe représente un aspect d'un débat plus vaste concernant les structures binaires dominantes et leurs conséquences. La NEK-CNE considère que la discussion sur l'enregistrement du sexe ne saurait être menée indépendamment de ce débat plus large. Il existe une interdépendance entre la façon dont l'État et la façon dont la société règle la question du genre. Il est incontestable que l'attitude de la société à ce sujet se reflète dans la manière dont l'État traite la question du genre, y compris l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil. Inversement, on peut supposer que les prescriptions légales exercent une influence normative sur la société. La façon dont la société aborde la question du genre est par ailleurs

2 Les questions ont été soumises à la NEK-CNE en français.

3 L'ajout de l'astérisque à trans\*, met l'accent sur l'inclusion des genres sociaux, identités de genre et pratiques de genre non binaires et non normatifs. D'autres possibilités d'inclusion linguistique existent

4 Une explication des termes pertinents pour la prise de position suit au ch. 2.1.

influencée par une diversité de représentations de l'identité, de pratiques culturelles, de contextes historiques et d'expériences biologiques, ainsi que par les attitudes qui en résultent. La présente prise de position ne saurait traiter de manière exhaustive le développement et la légitimation de ce positionnement social. Elle n'accorde pas non plus une importance centrale à l'analyse des interactions entre la façon dont l'État procède à l'enregistrement du sexe et la réalité vécue par les personnes concernées. Il existe à ce sujet un large éventail d'opinions et d'appréciations, y compris au sein de la commission. Cette diversité se manifeste, entre autres, dans les attentes différentes à l'égard des opportunités et des risques d'une suppression de l'enregistrement officiel du sexe et de ses conséquences sur la manière dont la société traite la question du genre. Alors que certains voient dans une telle décision la perspective de se libérer des contraintes et des discriminations imposées par la société, d'autres doutent qu'un tel changement puisse réellement réduire, et encore moins dépasser, les désavantages actuels et les discriminations existantes. Au contraire, la tentative de supprimer l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil pourrait, selon eux, s'accompagner de nouvelles formes de discrimination

sans garantir que les désavantages subis par certaines personnes (voir ch. 2.3) soient effectivement surmontés. Pour traiter cette thématique marquée par des tensions contraires, il est important de discuter dans quelle mesure l'État a un intérêt légitime à maintenir la binarité des sexes, en tenant aussi compte du fait que la pratique actuelle d'attribution d'un sexe est perçue par beaucoup comme adéquate et allant de soi. Des différences d'appréciation s'expriment non seulement au sujet des interdépendances entre l'attitude de l'État et celle de la société à l'égard du sexe, mais aussi au sujet de l'ordre binaire lui-même. Certes, les enseignements des sciences sociales qui insistent sur le caractère socialement construit de la binarité des sexes sont largement acceptés. Mais pour nombre de personnes, ce constat ne change rien au fait que cette binarité est fermement ancrée dans leur réalité vécue et, surtout, qu'elle est pour elles une source d'identité et de protection. D'autres soulignent au contraire que la binarité des sexes exerce une influence normative inappropriée, a un effet contraignant pour de nombreuses personnes et vient restreindre le choix des modes de vie possibles. Cette diversité de points de vue est également présente au sein de la NEK-CNE, et toute réglementation future devra en tenir compte.

## 2. Contexte

Au plus tard à sa naissance, mais le plus souvent dès les examens prénataux, une personne se voit attribuer un sexe. À partir de ce moment, ce sexe devient pour elle un fait social et juridique (Hammarberg 2010). Cette pratique d'attribution d'un sexe repose sur la conviction sociale qu'il existe une distinction entre les personnes de sexe féminin et celles de sexe masculin. Si cette conviction est le résultat d'une évolution historique, elle est aujourd'hui profondément enracinée et se manifeste dans nos façons de penser et d'agir. Un corollaire de cette conviction est l'attente que les individus se conforment à certains rôles. Les personnes qui ne s'identifient pas en tant que femmes ou en tant qu'hommes viennent remettre en question cette structure binaire de la reconnaissance sociale et juridique des sexes.

L'idée d'une différence fondamentale entre les femmes et les hommes ne s'est développée dans l'espace européen qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. Auparavant, l'homme et la femme étaient considérés comme formant un seul et même genre, le premier en étant perçu comme une expression plus « accomplie » que la seconde. Il n'est toutefois pas possible de parler d'égalité entre les sexes dans ce modèle. La femme, en particulier au sein du foyer, voyait son rang et son rôle définis par sa position sociale telle qu'elle était attribuée à son mari, à son père et à la société domestique (Gender-Portal der Universität Duisburg-Essen). Le passage d'un modèle fondé sur un sexe unique à un modèle fondé sur une dualité des sexes est le résultat d'une transformation sociale et idéologique à plusieurs niveaux, qui s'est notamment traduite par un intérêt pour l'individu et par une remise en question des visions théologiques du monde et des ordres de domination existants. Des revendications demandant d'émanciper la femme du pouvoir de son mari et de son père et de l'intégrer sur un pied d'égalité au sein de la société bourgeoise ont accompagné ces évolutions. Elles ont été perçues comme une menace pour l'ordre établi, en particulier pour les relations au sein de la famille, et ont rendu nécessaire le développe-

ment d'une nouvelle forme de légitimation du rang et du rôle de la femme. La volonté de concilier les relations conjugales et familiales jugées souhaitables avec les évolutions des idées et de la société a conduit à identifier, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, un ensemble de talents naturels divisant la personnalité humaine en un pôle féminin et un pôle masculin (Hausen 1976). Les sciences humaines et les sciences naturelles ont contribué à fournir des raisons à une telle distinction en attribuant aux femmes et aux hommes des rôles sociaux distincts qui s'expliqueraient principalement par des différences de nature anatomique et physiologique (Büchler et Cottier 2012). Bien qu'elle était censée impliquer une égalité de valeur, la construction de cette opposition s'est traduite dans les faits par l'attribution de positions et d'espaces sociaux distincts (foyer contre sphère publique) et par une restriction des droits et des possibilités de participation à la politique (Hausen 1976). Aujourd'hui encore, cette dichotomie des sexes, associée à l'idée que l'hétérosexualité représente la norme, constitue un élément structurel central et continue de façonner le droit en vigueur.

Dans les études de genre, il est admis que le genre ne doit pas être compris comme un fait biologique, mais comme une construction sociale. Selon cette façon de voir, le genre ne constitue pas une catégorie prédéterminée, mais correspond au produit d'une interaction sociale fondée sur une dépendance réciproque entre représentation et attribution du genre (Heintz et Nadai 1998). Les différences de genre et le « sexe » sont, en tant que tels, des réalités construites, reproduites et consolidées sur la base d'attentes de rôles et de comportements individuels acquis et socialement déterminés. La reproduction des différences de genre est également assurée par les comportements et les structures institutionnalisés existants (Goffman 2002). Il est possible de voir dans le droit non seulement comment le genre est construit, mais aussi comment des représentations sociales à son sujet peuvent façonner des normes qui prétendent à une

validité générale (Baer 2008). Ainsi, le droit en vigueur assimile généralement le sexe biologique à l'identité de genre d'une personne et présuppose non seulement la binarité mais encore l'immuabilité du sexe (Büchler et Cottier 2012 ; Cannoot et Decoster 2020). Le sexe est considéré comme une entité donnée et immuable, profondément enracinée dans la personnalité d'un individu et comme un élément clé pour l'attribution de prérogatives, de protections et de droits (Venditti 2020). Mais l'enregistrement officiel du sexe façonne également la réalité collective et contribue à déterminer quelles expériences et incarnations du genre bénéficient d'une reconnaissance et d'une acceptation sociales (Braunschweig 2020). Il existe donc une relation de dépendance réciproque entre le droit et la pratique sociale. Ce constat soulève la question de savoir dans quelle mesure une suppression de la binarité des sexes dans la loi contribuerait à saper les conceptions hiérarchiques des sexes historiquement établies (Baer 2008). À ce titre, le débat sur l'enregistrement officiel du sexe conduit également à se demander quelle réponse appelle, sur le plan juridique et social, la prise de conscience du fait que la diversité des identités de genre n'est pas suffisamment prise en compte par la binarité qui caractérise l'ordre juridique et, dans une large mesure, les pratiques sociales.

## 2.1 Définitions

Les besoins de l'enregistrement du sexe amènent à réduire fortement la diversité et la complexité des identités de genre et à les faire entrer dans des catégories dans lesquelles la plupart des individus, mais de loin pas tous, peuvent se retrouver.

Le concept **d'identité de genre** fait référence à l'expérience intime et personnelle de son genre. Cette expérience peut être en accord avec le sexe biologique,

mais elle ne l'est pas nécessairement (entièrement). L'identité de genre peut également inclure l'expression du genre à travers le langage, l'habillement et le comportement ainsi que la conscience personnelle de son propre corps (Principes de Jogjakarta 2007). L'identité de genre est aujourd'hui comprise comme un spectre qui s'étend entre les deux pôles que sont le « féminin » et le « masculin ». La manière dont une personne se situe elle-même à l'intérieur ou à l'extérieur de ce spectre définit son identité de genre (Monro 2019 ; Silbermayr 2016 ; Thorne et al. 2019).

On parle **d'identité de genre non binaire**<sup>5</sup> lorsque l'identité de genre d'une personne ne s'inscrit pas dans la binarité du « féminin » et du « masculin », et donc lorsque cette personne ne s'identifie ni (exclusivement) en tant que femme ni (exclusivement) en tant qu'homme. Le terme « identité de genre non binaire » doit être compris comme un terme générique recouvrant un large éventail d'identités de genre différentes (Thorne et al. 2019)<sup>6</sup>. Dans la plupart des cas, les personnes ayant une identité de genre non binaire peuvent être rattachées à l'une des trois catégories suivantes : (1) les personnes qui se situent entre le « féminin » et le « masculin » ou à l'extérieur de ce système binaire (*genderqueer*) ; (2) les personnes qui s'identifient à deux genres ou plus à la fois (*polygender*) ou qui s'identifient plus étroitement à l'un ou l'autre genre à différents moments (*genderfluid*) ; (3) les personnes qui se perçoivent intérieurement en tant que (partiellement) agenrées ou qui ne veulent pas s'identifier au genre ou par rapport à lui (*agender*) (Monro 2019 ; Thorne et al. 2019).

Le fait de se situer en dehors de la binarité des sexes est façonné par un ensemble d'expériences personnelles, sociales et vécues du genre. Cette diversité d'expériences conduit souvent les personnes concernées à utiliser les termes en question avec des conno-

5 Différents termes sont utilisés pour décrire l'éventail des identités de genre non binaires. Outre cette dernière expression, les termes de « diversité de genre » (*gender diversity*), « gender queer », « non-conformité de genre » (*gender nonconforming*) et les initiales NBGQ (*non-binary, gender queer*) sont souvent employés. L'expression « identité de genre non binaire » étant actuellement répandue dans l'espace francophone, c'est elle qui est utilisée ici.

6 Il est important de reconnaître à chaque personne la possibilité de choisir librement la désignation spécifique qui, parmi celles que recouvre ce terme générique, lui paraît la plus en adéquation avec sa propre identité (Thorne et al. 2019).

tations différentes ou à privilégier des désignations qui pointent de manière nuancée vers une identité et une expérience de genre très spécifique et très personnelle (Thorne et al. 2019). Les personnes intersexuées et les personnes trans\*<sup>7</sup> peuvent, en particulier, s'identifier à une identité de genre non binaire<sup>8</sup>.

À la naissance ou dès la phase prénatale, une personne se voit attribuer un **sexe biologique** : « féminin », « masculin » ou « intersexué ». Le sexe biologique est déterminé sur la base de caractéristiques telles que les chromosomes sexuels, les organes sexuels primaires, les hormones sexuelles et les autres caractéristiques sexuelles qui en résultent (Whyte et al. 2018). Les **personnes intersexuées** naissent avec des caractéristiques sexuelles qui ne peuvent pas être strictement attribuées à la catégorie du féminin ou à celle du masculin, ou qui appartiennent à ces deux catégories et se présentent sous des formes différentes (FRA 2020<sup>9</sup> ; voir aussi Conseil d'éthique allemand 2012 et NEK-CNE 2012). On estime à 1,7 % la proportion de personnes intersexuées dans la population mondiale (Blackless et al. 2000 ; Fausto-Sterling 2000), ce qui, rapporté à la population suisse, représenterait quelque 140 000 personnes. Ces personnes peuvent avoir une identité de genre binaire ou non binaire. Dans l'enquête réalisée par la FRA, 20 % des 1398 personnes intersexuées interrogées ont déclaré avoir une identité de genre non binaire (FRA 2020).

Enfin, la **transidentité** est un terme générique désignant les diverses identités de genre des personnes qui ne se reconnaissent pas, ou seulement de façon

limitée, dans le sexe biologique qui leur a été attribué à la naissance. Les personnes trans\* peuvent s'identifier à l'un des sexes binaires et vivre en tant que femmes ou en tant qu'hommes, mais elles peuvent également s'inscrire en dehors de cette binarité (Silbermayr 2016). Le nombre de personnes trans\* n'a jamais été recensé en Suisse (TGNS information). Dans l'enquête de la FRA, 51 % des 19 572 personnes trans\* interrogées ont déclaré avoir une identité de genre non binaire (FRA 2020). Si de nombreuses personnes ayant une identité de genre non binaire s'identifient comme des personnes trans\*, ce n'est pas le cas de l'ensemble d'entre elles. La notion de transidentité peut être associée à une « expérience de transition » impliquant l'existence d'un processus qui, à un moment donné, conduit à une identité de genre fixe et immuable. Or, une telle conception ne saurait être considérée comme adéquate par les personnes qui insistent sur le caractère dynamique plutôt que fixe de leur identité de genre (Conlin et al. 2019).

Les hypothèses concernant le nombre total de personnes ayant une identité de genre non binaire varient<sup>10</sup>. Selon une enquête représentative, 2 à 3 % de la population allemande s'inscrit dans le champ de la transidentité, qui comprend les personnes trans\*, les intersexués et d'autres personnes ayant une identité de genre non binaire. 60 % de ces 2 à 3 % ne s'identifient ni en tant que femmes ni en tant qu'hommes. Rapporté à la population suisse, cela représenterait environ 103 000 à 154 000 personnes ayant une identité de genre non binaire (Recher 2018)<sup>11</sup>.

7 Voir plus loin les explications des termes utilisés.

8 Des personnes dont le corps correspond à la norme médicale du féminin ou du masculin et qui s'identifient à leur corps peuvent se situer elles-mêmes en dehors de la binarité des sexes.

9 L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) a publié en 2020 le rapport « EU LGBTI II – A Long Way to Go for LGBTI Equality », qui présente les résultats d'une enquête réalisée en 2019 auprès de personnes lesbiennes, homosexuelles, bisexuelles, trans\* et intersexuées âgées de 15 ans et plus dans 28 États membres de l'UE, en Macédoine du Nord et en Serbie. Au total, 139 799 personnes ont participé à l'enquête, dont 1398 étaient intersexuées et 19 572 trans\*. 20 % des personnes intersexuées et 51 % des personnes trans\* ont indiqué avoir une identité de genre non binaire. Les personnes interrogées considèrent que leurs droits fondamentaux sont bafoués dans l'UE et qu'elles restent exposées à la haine, à la violence et à la discrimination. Les résultats de l'enquête fournissent aux décideurs politiques les données nécessaires à l'élaboration de mesures ciblées visant à garantir, au sein de l'UE, le respect des droits fondamentaux des personnes concernées. Pour de plus amples informations, voir aussi <https://fra.europa.eu/en/data-and-maps/2020/lgbti-survey-data-explorer> [consulté le 16.7.2020].

10 Dans l'enquête de la FRA réalisée auprès de 19 572 personnes trans\*, 51 % ont indiqué avoir une identité de genre non binaire (FRA 2020). Une analyse de la littérature réalisée par Nieder et al. (2018) arrive pourtant à la conclusion que seulement 20 % environ des personnes trans\* s'identifient à un genre non binaire.

11 Le nombre approximatif de personnes intersexuées correspond presque au nombre de personnes ayant une identité de genre non binaire. Les personnes intersexuées ne s'identifient toutefois pas toutes à un genre non binaire.

## 2.2 Évolutions pertinentes

Ce n'est que ces dernières années que les personnes déclarant avoir une identité de genre non binaire ont acquis une certaine visibilité au sein des sociétés occidentales (Meadow 2018 ; Richards et al. 2019). La connaissance des variations du sexe biologique (intersexualité) et de l'identité de genre n'a pourtant rien de nouveau et se retrouve depuis longtemps dans différentes cultures. La figure du dieu grec Hermaphrodite et celle des prêtres gala des anciennes cités mésopotamiennes comptent parmi les représentations les plus anciennes d'individus qui ne peuvent pas être facilement identifiés en tant que femmes ou en tant qu'hommes. Les communautés indigènes d'Amérique du Nord qualifient de « bispirituelles » les personnes dotées à la fois d'une âme féminine et d'une âme masculine, tandis qu'en Inde, l'identité *hijra* est comprise comme n'étant ni féminine ni masculine et est officiellement reconnue par la loi en tant que « troisième sexe » (Thorne et al. 2019)<sup>12</sup>. L'Europe a, elle aussi, connu des règles spécifiques pour les personnes qui ne pouvaient pas être clairement attribuées à l'un des deux sexes. L'*Allgemeines Landrecht* prussien de 1794, par exemple, contenait des dispositions pour ceux que l'on appelait alors les « hermaphrodites » (Büchler et Cottier 2005).

Jusqu'au début du XXI<sup>e</sup> siècle, l'idée selon laquelle la dichotomie sexuelle constitue un phénomène naturel était encore dominante dans une perspective médicale et psychologique. Les personnes présentant une identité de genre non binaire ou les transidentités de manière générale étaient par conséquent considérées comme des déviations par rapport à cette norme et étaient le plus souvent pathologisées. Les sciences médicales ont récemment pris leurs distances par rapport à cette façon de voir (Balzer, Suess et Sauer dans Hammarberg 2010). Cette évolution se manifeste, par exemple, dans la 11<sup>e</sup> révision de la classification

internationale des maladies (CIM-11), qui a été adoptée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) le 25 mai 2019 et dans laquelle les transidentités ont été retirées du chapitre consacré aux troubles mentaux et comportementaux (Jacke 2019 ; WHO 2019). Ce dernier changement est considéré comme une étape importante vers la dépathologisation des identités de genre non binaires et des transidentités. Les personnes intersexuées continuent néanmoins d'être pathologisées, y compris dans la CIM-11 (OII Europe 2018 ; WHO 2019).

Des décisions ont également été prises au niveau juridique pour améliorer la protection et la reconnaissance des personnes ayant une identité de genre non binaire, des personnes intersexuées et des personnes trans\* (van den Brink et Dunne 2018). Ainsi, le 17 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a adopté la résolution « Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre » (Conseil des droits de l'homme 2011), qui appelle à mettre fin à la discrimination étatique fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les Principes de Jogjakarta et les Principes de Jogjakarta plus 10<sup>13</sup>, qui définissent en 31 principes les droits fondamentaux pertinents en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, ont également une portée internationale. Les principes 3 et 31 traitent spécifiquement du droit des personnes concernées à la reconnaissance juridique (Principes de Jogjakarta 2007 ; Principes de Jogjakarta plus 10 2017). Dans sa résolution no 2048 de 2015, le Conseil de l'Europe recommande d'envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les documents d'identité des personnes qui le souhaitent (Conseil de l'Europe 2015). L'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), une agence spécialisée des Nations unies, autorise l'utilisation d'un « X » (sexe non spécifié) en plus d'un « F » (féminin) et d'un « M » (masculin) dans les passeports internationaux. L'inscription du sexe reste néanmoins

12 Malgré la reconnaissance sociale et juridique, les *hijras* ont souvent un statut social inférieur, et leur rôle et leur importance changent avec les structures de la société (Thorne et al. 2019).

13 Élaborés par un groupe d'experts des droits de l'homme, les Principes de Jogjakarta constituent le document international le plus influent en ce qui concerne les droits des minorités sexuelles, des personnes trans\*, des personnes intersexuées et des personnes ayant une identité de genre non binaire (Holzer 2020).

obligatoire (OACI 2015)<sup>14</sup>. Enfin et surtout, la question de la diversité des identités de genre a récemment fait l'objet d'une attention croissante dans les médias et le débat public.

Cette évolution des mentalités est également perceptible en Suisse, dans le corps médical comme dans d'autres domaines. Les personnes intersexuées, trans\* ou présentant une identité de genre non binaire sont de plus en plus visibles, notamment dans des campagnes politiques comme celle en faveur du « mariage pour tous ». L'évolution des mentalités se manifeste aussi dans l'utilisation d'un langage non binaire par quantité d'acteurs publics et privés. La plupart des administrations publiques, des universités et des hautes écoles suisses (Tagblatt 2019), des organisations du secteur privé ou l'Église évangélique réformée de Suisse (Evangelischer Kirchenbund 2018) ont notamment adopté des règles de formulation non sexiste. L'évolution se reflète également dans l'adoption par le Conseil national des postulats Arslan (17.4121) et Ruiz (17.4185) (voir ch. 1).

Une disposition adoptée récemment dans le canton de Zurich peut servir d'exemple : depuis 2019, ce canton accorde la possibilité d'adapter le prénom ou la terminaison spécifique de certains noms de famille et noms intermédiaires à l'identité de genre qu'une personne a librement choisie. Le choix d'un prénom neutre ou de plusieurs prénoms renvoyant à des genres différents est également possible. Comme le canton de Zurich l'indique expressément, cette modification du prénom ou du nom n'a toutefois pas d'incidence sur le sexe tel qu'il est officiellement enregistré (Gemeindeamt Kanton Zürich 2019).

Ces évolutions en Suisse témoignent d'une prise de conscience accrue des identités de genre non binaires au sein de la société. Des défis doivent néanmoins en-

core être relevés pour assurer la visibilité et la reconnaissance de ces identités. Ces défis sont pertinents dans la perspective de l'élaboration des politiques, de la conception des pratiques sociales et médicales et de la conception des réglementations juridiques.

## 2.3 Implications pour les personnes concernées

Ce sont principalement les personnes ayant une identité sexuelle non binaire et les personnes intersexuées qui subissent les conséquences négatives d'un enregistrement officiel du sexe défini de façon binaire. De manière plus générale, ces personnes sont souvent exposées à des expériences négatives, quelle que soit la façon dont l'État traite l'enregistrement du sexe. En effet, l'identification à l'un des sexes binaires constitue encore souvent un présupposé tacite au sein de la société, et les définitions binaires des sexes restent visuellement et linguistiquement omniprésentes. De nombreuses personnes souffrent par conséquent d'une pression sociale considérable, de comportements discriminatoires et d'un sentiment d'invisibilité (Brubaker 2016 ; Jones et al. 2019 ; Shuster et Lamont 2019 ; Silbermayr 2016)<sup>15</sup>. Les paragraphes qui suivent décrivent quelques-unes de ces conséquences négatives sans prétendre à l'exhaustivité. La NEK-CNE tient néanmoins à préciser que toute discussion portant sur les catégories sexuelles et sur une éventuelle extension ou dissolution de ces catégories touche les intérêts de toute personne en raison de leurs conséquences potentielles sur les structures sociales (de pouvoir) et sur les libertés du développement personnel.

### 2.3.1 Vie quotidienne

L'absence dans le registre de l'état civil de catégorie spécifique pour les personnes ayant une identité

14 L'OACI définit des normes internationales et des pratiques et procédures recommandées en matière de douane et d'immigration (<https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx> [consulté le 28.8.2020]). Le sexe est l'un des quatre identifiants personnels obligatoires qui doivent figurer dans un passeport (OACI 2015)

15 Dans l'enquête réalisée en 2018 par le Bureau britannique pour l'égalité, 76 % des 7567 personnes interrogées ayant une identité de genre non binaire ont déclaré qu'elles éviteraient de donner des informations sur leur identité de genre par crainte de réactions négatives (Government Equalities Office 2018).

de genre non binaire et les personnes intersexuées peut occasionner une lourde charge émotionnelle et morale pour celles-ci. En effet, elle signifie que ces personnes ne sont pas reconnues dans leur identité de genre ou leur intersexualité par l'État et, en partie, par leur environnement, et donc – ou c'est du moins ainsi qu'elles peuvent le ressentir – qu'elles n'existent pas pour l'État ou qu'elles sont considérées comme illégales (Braunschweig 2020). La norme binaire dominante façonne la vie des personnes concernées et rend plus difficiles les modes de vie qui s'écartent de cette norme. Elle s'exprime, par exemple, dans la conception des toilettes publiques et des uniformes, qui impose d'opter quotidiennement pour l'un des deux sexes, dans l'utilisation peu répandue d'un langage non binaire, mais aussi dans la conception des formulaires d'enregistrement dans le secteur public et médical, qui ne reconnaissent généralement que deux sexes (Agius 2015 ; Conseil d'éthique allemand 2012 ; Herman 2013 ; Monro 2019 ; Scottish Trans Alliance 2015 ; Taylor et al. 2018). La discordance entre les catégories sexuelles utilisées dans les documents d'identité et l'identité de genre, le sexe biologique ou l'expression de genre constitue un fardeau pour les personnes trans\* et intersexuées. Elle les oblige quotidiennement à devoir révéler à des étrangers des informations concernant leur identité de genre ou leur intersexualité, ainsi que des aspects connexes de leur vie privée (Agius 2015 ; Government Equalities Office 2018 ; Holzer 2020 ; Human Rights Watch 2011). L'expérience du rejet et de la discrimination, qui alimente la crainte d'être à nouveau confronté à de telles situations, peut conduire les personnes concernées à (devoir) renoncer à des possibilités professionnelles et sociales ou à subir un isolement social ou émotionnel (Conlin et al. 2019 ; Conseil d'éthique allemand 2012 ; James et al. 2016). Le fait d'avoir continuellement à apporter des rectifications, par exemple dans la façon de s'adresser à elles ou dans les documents d'identité, demande aux personnes concernées beaucoup d'énergie et peut conduire à de nouvelles discriminations et violences (Taylor et al. 2018). En outre, les

personnes ayant une identité de genre non binaire ne sont souvent pas reconnues comme telles, ce qui peut entraîner un sentiment d'invisibilité.

Il est également établi que les personnes ayant une identité de genre non binaire et les personnes trans\* sont souvent victimes de discriminations, par exemple dans l'accès à l'emploi et à la formation. Dans une enquête réalisée par Transgender Network Switzerland (TGNS 2018), 20 % des personnes trans\* participant à l'enquête ont indiqué être au chômage, ce qui représente un taux presque cinq fois plus élevé que celui de la population suisse dans son ensemble<sup>16</sup>. Dans l'enquête réalisée en 2015 aux États-Unis sur les personnes trans\*, 16 % des enfants et adolescents ayant une identité de genre non binaire ont déclaré avoir été agressés physiquement à l'école en raison de leur identité de genre et 10 % ont quitté l'école en raison de mauvais traitements (James et al. 2016 ; Liszewski et al. 2018).

### 2.3.2 Pression pour subir une opération de réassignation sexuelle

Les interventions chirurgicales ou les traitements hormonaux visant à mettre le corps en adéquation avec l'un des deux sexes n'ont souvent pas d'indication médicale chez les personnes ayant une identité de genre non binaire ou les personnes intersexuées. Nombre de ces personnes ne souhaitent pas subir une telle intervention. Cependant, elles se trouvent souvent soumises à une forte pression sociale en ce sens, car l'idée d'une congruence entre l'identité de genre et le corps sexuel visible jouit d'un fort ancrage culturel (Brubaker 2016 ; Jacket 2019 ; Streuli et al. 2013).

La situation des enfants intersexués pose un défi particulier. Des opérations de chirurgie génitale reconstructive, qui ne sont pas nécessaires et qui enfreignent donc le principe de non-malfaisance, continuent d'être pratiquées sur des enfants incapables de discernement, ce qui est considéré comme une

16 De même, dans l'enquête de la FRA, 35 % des 19 572 personnes trans\* et 32 % des 1398 personnes intersexuées ont rapporté des expériences de discrimination sur le lieu de travail ou lors de la recherche d'un emploi au cours de l'année précédant l'enquête (FRA 2020 ; pour des informations concernant l'identification à un genre non binaire, voir la note 10, p. 9).

atteinte aux droits de l'homme<sup>17</sup>. En Allemagne, un débat public sur les opérations d'assignation sexuelle pratiquées sur les enfants intersexués a lieu depuis 2005. Il a d'abord conduit, en 2013, à la possibilité de suspendre l'inscription du sexe dans le registre, puis, en 2018, à l'ajout d'une « troisième option » dans la loi sur l'état civil (voir ch. 3.2) et à la révision des directives médicales. Il reste que les opérations de chirurgie génitale reconstructive ne sont toujours pas interdites et que, malgré ces évolutions récentes, le nombre de ces opérations pratiquées sur des enfants intersexués incapables de discernement n'a pas diminué entre 2005 et 2016 (Hoenes et al. 2019 ; Klöppel 2016 ; Oll Deutschland 2013). Cette situation s'explique notamment par le fait que les parents et les professionnels de santé sont souvent convaincus qu'un enfant intersexué sera victime de discrimination en raison de sa différence (Klöppel 2016 ; Streuli et al. 2013). En outre, les décisions des parents dépendent fortement des informations et des conseils que leur donnent les professionnels de santé (de Clercq et Streuli 2019 ; Streuli et al. 2013). Il n'est pas encore possible de déterminer si l'ajout d'une option « divers », tel qu'il a été décidé en Allemagne à la fin de l'année 2018 (voir ch. 3.2), aura une influence sur ces chiffres.

### 2.3.3 Violence

Il n'existe pas de données sur la violence exercée contre les personnes ayant une identité de genre non binaire, car celle-ci ne fait pas l'objet d'un recensement distinct dans les statistiques. Les enquêtes réalisées auprès des personnes trans\* et intersexuées donnent néanmoins un aperçu de l'ampleur de cette violence<sup>18</sup>.

Les personnes trans\* et intersexuées sont confrontées à une discrimination répandue, qui comprend le harcèlement, les agressions sexuelles et la violence physique (Conlin et al. 2019). Le projet de recherche « Transrespect versus Transphobia Worldwide » (TvT) de l'organisation Transgender Europe (TGEU) recense la violence à motivation transphobe à l'échelle mondiale<sup>19</sup>. Le terme « transphobie » fait référence à la peur que peuvent ressentir des gens lorsque les rapports entre les genres qui leur servent de cadre de référence sont remis en question. Cette peur se transforme souvent en agression (Silbermayr 2016). Ainsi, de 2009 à 2014, des cas de violence physique extrême comme la torture et le viol de personnes trans\* ont été documentés dans 28 pays. Des cas d'agression physique ont été recensés dans 50 pays, tandis que des violences psychologiques ont été signalées dans 30 pays et des discours de haine, dans 21 pays. En Suisse aussi, des cas d'agressions physiques, de violence psychologique et de discours de haine sont rapportés (TvT 2014)<sup>20</sup>. Entre 2008 et 2014, 1700 meurtres de personnes trans\* ont été recensés dans le monde (TGEU 2015). Les personnes intersexuées sont, elles aussi, exposées à des agressions sexuelles ou physiques, au harcèlement et à des menaces (FRA 2020). Les chiffres réels sont certainement bien plus élevés, car ces agressions sont rarement signalées (FRA 2020 ; Government Equalities Office 2018).

### 2.3.4 Santé

Le manque de reconnaissance ainsi que la dévalorisation par l'environnement social et les structures sociales binaires peuvent avoir des répercussions importantes sur la santé des personnes concernées (Conseil d'éthique allemand 2012 ; Jones et al. 2019 ;

17 Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'interdiction de la stérilisation, des interventions entraînant une incapacité reproductive et des interventions modifiant de manière permanente l'apparence extérieure se réfèrent à l'art. 8 CESDH (droit au respect de la vie privée et familiale).

18 Pour des informations sur les personnes trans\* et intersexuées ayant une identité de genre non binaire, voir ch. 2.1.

19 Les données disponibles datent de 2014 et couvrent 116 pays. Aucun chiffre n'est explicitement cité, sauf pour les homicides.

20 Selon l'enquête de la FRA, 17 % des 19 572 personnes trans\* et 22 % des 1398 personnes intersexuées interrogées ont subi des violences sexuelles et physiques motivées par la haine (FRA 2020).

Silbermayr 2016). Les personnes ayant une identité de genre non binaire présentent des taux plus élevés de problèmes chroniques, de handicaps, de maladies et de dépressions que les personnes qui s'identifient au genre qui leur a été attribué (Burgwal et al. 2019). Les jeunes présentent en particulier des taux plus élevés de dépression, de tendances suicidaires, de violence et d'abus de substances telles que l'alcool et les drogues (Newcomb et al. 2020 ; Rimes et al. 2017).

Par ailleurs, des expériences négatives dans les établissements de soins ou la crainte de vivre de telles expériences conduisent souvent les personnes trans\* et des personnes intersexuées ayant une identité de genre binaire ou non binaire à retarder leur visite dans ces établissements ou à se soustraire aux mesures de dépistage précoce (Agius 2015 ; FRA 2020 ; Houben et al. 2019)<sup>21</sup>. L'accès de ces personnes aux services de santé publique est également plus difficile (Agius 2015 ; FRA 2020 ; Government Equalities Office 2018). En Suisse, il a ainsi été démontré que les personnes trans\* ayant une identité de genre non binaire ont une santé et une qualité de vie<sup>22</sup> nettement plus mauvaises que les personnes trans\* qui s'identifient à un genre binaire ou qui se considèrent comme bisexuelles (Jellestad et al. 2018)<sup>23</sup>. La qualité de vie plus faible des personnes ayant une identité de genre non binaire et des personnes intersexuées est également liée aux difficultés rencontrées pour changer l'inscription officielle du sexe et au manque de soutien de la société (Jones et al. 2019).

---

21 Dans l'enquête de la FRA, environ 59 % des 1398 personnes intersexuées et 55 % des 19 572 personnes trans\* interrogées ont déclaré avoir déjà vécu des expériences de discrimination dans le système de santé (FRA 2020 ; pour des informations concernant l'identification à un genre non binaire, voir la note 10, p. 9).

22 Par qualité de vie, on entend l'évaluation de la vie dans ses dimensions physiques, psychologiques, relationnelles et environnementale (Jones et al. 2019).

23 Certaines études réalisées dans l'espace anglophone indiquent néanmoins que la qualité de vie et la santé psychique des personnes trans\* ayant une identité de genre binaire sont plus faibles que celles des personnes ayant une identité de genre non binaire. Une explication possible est que les premières ont tendance à souffrir d'un degré plus élevé de dysphorie de genre et d'insatisfaction par rapport à leur corps que les secondes (Jones et al. 2019 ; Newcomb et al. 2020).

## 3. Cadre juridique et politique

### 3.1 Situation juridique en Suisse

#### 3.1.1 L'inscription du sexe dans le droit des registres

La Constitution fédérale précise que nul ne doit subir de discrimination du fait de son sexe (art. 8, al. 2, Cst.). Le sexe continue néanmoins de servir de critère de différenciation dans toute une série de domaines, notamment en ce qui concerne les obligations militaires, le droit des assurances sociales et le droit de la famille. En outre, il est inscrit dans le registre de l'état civil à des fins d'identification, au même titre que, par exemple, l'état civil, le nom ainsi que le lieu et l'heure de naissance (art. 8, OEC).

Le droit suisse repose actuellement sur le principe de la binarité des sexes. Le sexe est traité dans le registre de l'état civil (art. 8, let. d, OEC). Le sexe de l'enfant doit être précisé lors de l'annonce de la naissance à l'office de l'état civil compétent, laquelle doit intervenir dans un délai de trois jours (art. 8, 34, 35 et 91 OEC). Il n'y a ni troisième option d'inscription ni possibilité de renoncer à l'inscription. Jusqu'à très récemment, le refus d'une éventuelle ambiguïté par rapport au sexe de l'enfant se manifestait non seulement lors de l'inscription dans le registre de l'état civil, mais aussi par le recours à des interventions chirurgicales d'assignation sexuelle. Cette pratique médicale a été et est aujourd'hui encore fortement critiquée, notamment par la NEK-CNE.

Une inscription « erronée » du sexe à la naissance peut être corrigée (art. 43, CC). En l'absence d'erreur, l'inscription ne peut être rectifiée que sur plainte de la personne concernée ou, le cas échéant, de son représentant légal par une action en justice (art. 42 CC). En ce qui concerne l'attribution à l'un des deux sexes lors de l'enregistrement, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) a repris une recommandation de la NEK-CNE et a publié, le 1er février 2014, une communication officielle dans laquelle il demande aux autorités de l'état

civil de faciliter la rectification de ces informations sur la base d'un certificat médical (OFEC 2014). Si un lien temporel ou thématique existe entre la mention du sexe du nouveau-né lors de l'annonce de la naissance et la modification du sexe inscrit dans le registre de l'état civil, il devrait être possible de procéder à la rectification de manière simplifiée « sur la base d'une annonce de naissance rectifiée, émanant du personnel médical » (OFEC 2014 : 4). Il est souligné dans la communication officielle que « des examens médicaux appropriés peuvent prendre un certain temps (voir [sic] dans certains cas même plusieurs années) » (OFEC 2014 : 4).

Bien que cette règle facilite les démarches pour les personnes concernées, elle reste fondée sur le principe qu'il n'existe que deux sexes, le « féminin » et le « masculin », et que l'appartenance à l'un ou à l'autre est une question qui peut être tranchée sur le plan médical. L'existence d'identités de genre non binaires n'est pas prise en compte. En outre, la Suisse ne dispose pas d'une définition légale du sexe ni de recommandations quant à la façon de le déterminer. Cette dernière décision est laissée à l'appréciation des professionnels de santé.

Si l'identité de genre d'une personne ne correspond pas au sexe qui lui a été attribué à la naissance et qui est inscrit dans le registre de l'état civil, une modification de cette inscription n'est actuellement possible que par la voie judiciaire. Pendant longtemps, le changement de sexe a été conditionné à la fois à une opération de réassignation sexuelle et à la preuve que la capacité reproductive du sexe d'origine est abolie. Étant donné que l'identité de genre correspond à l'un des intérêts protégés par les droits fondamentaux, les personnes concernées étaient ainsi placées devant l'obligation d'avoir à choisir entre l'exercice de deux droits fondamentaux : elles ne pouvaient exercer leur droit à l'identité de genre qu'en acceptant une interférence avec leur droit au respect de leur intégrité physique et de leur autonomie reproductive.

Cette pratique a été et continue d'être critiquée à l'étranger. En 2017, la Cour européenne des droits de l'homme a statué qu'elle est contraire à l'art. 8 CES-DH<sup>24</sup>. Un changement de jurisprudence s'opère par conséquent depuis près d'une décennie en Suisse. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2011, le Tribunal cantonal de Zurich a considéré pour la première fois qu'aucune opération de réassignation sexuelle n'avait à être exigée pour modifier l'inscription officielle du sexe<sup>25</sup>. D'autres tribunaux ont rendu des arrêts allant dans le même sens. Un nombre croissant de tribunaux de première instance ont récemment décidé que non seulement une intervention chirurgicale, mais aussi les autres preuves de l'incapacité reproductive ne constituent pas des conditions nécessaires pour modifier l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil. Une telle modification devrait être possible dès lors que la personne vit le sexe souhaité de manière convaincante et est perçue par des tiers comme appartenant à ce sexe<sup>26</sup>.

### 3.1.2 La révision du code civil

Un projet de révision propose de débureaucratiser la modification, dans le registre de l'état civil, du sexe et du prénom des enfants et des adultes concernés par l'intersexualité ou la transidentité (Conseil fédéral suisse 2019). La révision couvre toutes les situations de nature à entraîner une modification de l'inscription du sexe, et une déclaration devant l'officier de l'état civil devrait suffire pour obtenir la modification demandée. L'accent est mis sur l'autodétermination de la personne concernée : sa conviction intime d'appartenir à un certain sexe doit être suffisante pour procéder à une modification de l'inscription dans le registre.

Des conditions telles que des interventions chirurgicales ou des preuves médicales ne seraient plus exigées, même si, selon le message du Conseil fédéral, l'office de l'état civil devrait refuser la validité juridique des déclarations « abusives ». Le Conseil des États et le Conseil national ont déjà approuvé pour l'essentiel le projet de révision d'ici la session d'automne 2020. Un désaccord subsiste néanmoins sur la question de savoir si les mineurs doivent obtenir le consentement de leurs parents ou des personnes responsables de leur éducation pour changer de sexe.

Le projet ne propose pas l'introduction d'un « troisième sexe » ni la possibilité de renoncer à une inscription. Lors de la procédure de consultation, de nombreux participants se sont déclarés favorables à de telles extensions en Suisse, comme il en existe déjà dans d'autres pays.

## 3.2 Expériences et situation dans d'autres pays

Étant donné les défis que pose la binarité des sexes sur le plan juridique et l'acceptation croissante des identités non binaires au sein de la société, des solutions visant à tenir compte de ces identités sont de plus en plus souvent recherchées. Le Népal a été le premier pays à introduire, en 2007 et en réponse à une pétition lancée par plusieurs ONG luttant pour les droits des minorités sexuelles, des personnes trans\* et des intersexués, une troisième possibilité d'inscription fondée sur l'auto-identification<sup>27</sup>. Plusieurs pays ont suivi l'exemple du Népal, dont trois sont brièvement évoqués ci-dessous<sup>28</sup>.

24 Cour EDH, 6.4.2017, requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13

25 Arrêt du 1.2.2011 du Tribunal cantonal de Zurich, NC090012/U, consid. 3.6

26 P. ex. Tribunal de première instance du Jura, décision du 3.9.2012, CIV/1420/2012, <https://www.tgns.ch/wp-content/uploads/2011/09/Zivilgericht-Jura-Urteil-vom-3.9.2012.pdf> [consulté le 11.6.2020] ; Regionalgericht Bern-Mittelland, Entscheid vom 12.9.2012, CIV 12 1217, FamPra.ch 1/2015, p. 196 ss ; Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, Entscheid vom 26.2.2015 - HEE, FamPra.ch 3/2015, p. 671 ss ; avec une justification détaillée et convaincante : Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 25.7.2016, EP160012-L/I, [https://www.tgns.ch/wp-content/uploads/2011/09/PA%cc%88\\_BGZ\\_2016\\_anonym.pdf](https://www.tgns.ch/wp-content/uploads/2011/09/PA%cc%88_BGZ_2016_anonym.pdf) [consulté le 11.6.2020] ; Regionalgericht Oberland Bern, Entscheid vom 22.8.2016, CIV 16 1920 SCN, FamPra.ch 1/2017, p. 286 ss ; Regionalgericht Oberland Bern, 23.8.2017, CIV 172249, FamPra.ch 1/2018, p. 204 ss.

27 Voir aussi Pant vs Nepal (<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/07/Sunil-Babu-Pant-and-Others-v.-Nepal-Government-and-Others-Supreme-Court-of-Nepal.pdf>) [consulté le 9.9.2020] ainsi que Bochenek et Knight (2012).

28 Pour des informations sur les possibilités de changer de sexe et de prénom dans d'autres pays européens, voir Conseil fédéral suisse 2019, p. 800-807.

En Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral a statué, le 10 octobre 2017, que l'impossibilité de choisir un autre sexe que le sexe féminin ou masculin n'est pas compatible avec la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne et que la possibilité, accordée en 2013, de simplement suspendre l'enregistrement du sexe des nouveau-nés intersexués et de laisser vide le champ réservé au sexe dans le registre des naissances n'est pas suffisante. En effet, le droit général de la personnalité, qui garantit la protection de l'identité de genre et la protection contre la discrimination en raison du sexe, s'applique aussi aux personnes qui ne s'identifient de manière durable ni au sexe féminin ni au sexe masculin. En obligeant une personne à enregistrer son sexe sans lui donner la possibilité d'opter pour une autre inscription positive que le « féminin » ou le « masculin », le droit allemand de l'état civil ne respecterait pas le droit de la personnalité des individus qui ne s'inscrivent pas eux-mêmes dans une telle binarité. En réponse à cette décision, le Bundestag a adopté, le 18 décembre 2018, la loi modifiant les informations à inscrire dans le registre des naissances et a introduit la nouvelle catégorie « divers ». La condition pour l'inscription « divers » est un certificat médical attestant, par exemple, d'interventions chirurgicales, de thérapies ou d'une variation du développement sexuel (intersexualité) (Bundesamt für Justiz 2020 ; Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018)<sup>29</sup>. Depuis 2018, le nouvel art. 45b de la loi allemande sur l'état civil (Personenstandsgesetz) donne en outre aux personnes de plus de 14 ans la possibilité, sur la base d'une déclaration devant l'office de l'état civil, de faire modifier l'inscription de leur sexe et de leur prénom dans le registre des naissances ou d'obtenir la suppression de cette information<sup>30</sup>. Si la législation allemande ne prévoit pas de limite d'âge pour la possibilité de suspendre l'inscription du sexe dans le registre, le statut juridique des personnes faisant usage de cette possibilité à l'égard des lois qui prévoient des droits ou des obligations spécifiques en fonction du sexe doit encore être précisé (Holzer 2020).

À Malte, la loi du 1<sup>er</sup> avril 2015 sur l'identité de genre, l'expression du genre et les caractéristiques sexuelles (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* ; GIGESC) permet aux citoyens de faire modifier leur sexe et leur prénom sur leur certificat de naissance et sur d'autres documents officiels de façon à ce qu'ils correspondent à leur identité de genre. Si les jeunes de moins de 16 ans doivent pour cela engager une procédure judiciaire, une déclaration solennelle devant un notaire suffit lorsque les personnes concernées sont plus âgées. L'inscription du sexe d'un enfant dans l'acte de naissance peut en outre être différée jusqu'à son 18<sup>e</sup> anniversaire, tandis que les opérations d'assignation sexuelle sur les nourrissons et les jeunes enfants sont explicitement punissables. Un « U », qui peut être lu comme *undetermined* pour les enfants et *unspecified* pour les adultes, est alors inscrit dans le registre de l'état civil. Le sexe binaire est toujours enregistré dans le registre des naissances afin de pouvoir être utilisé lors de l'application des lois qui prévoient des droits ou des obligations spécifiques en fonction du sexe. La loi GIGESC interdit également toute forme de discrimination fondée sur le sexe et l'identité de genre (Maltese Parliament 2015). Elle confère un droit à toute personne et ne s'adresse pas uniquement aux personnes intersexuées. La possibilité semble être utilisée : neuf mois après l'entrée en vigueur de la loi en avril 2015, on recensait déjà quelque 40 modifications de l'identité de genre, alors qu'il n'y avait eu que 17 cas au cours des quinze années précédentes (Queeramnesty 2016). En raison des difficultés pouvant survenir lors de l'entrée dans certains pays lorsqu'un « X » est inscrit dans le passeport, Malte offre depuis 2018 aux personnes concernées la possibilité de demander un passeport avec un « X » et un second avec un marqueur binaire du sexe (Holzer 2018).

En avril 2019, la Tasmanie est devenue le premier État australien à rendre facultative l'indication du sexe sur les actes de naissance en vertu du *Justice and Related*

29 Sous certaines conditions, la preuve de l'existence d'une variation du développement sexuel peut également être apportée en faisant une déclaration sur l'honneur (Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2018).

30 Ce point a été clarifié par divers arrêts de tribunaux au cours des cinq dernières années, y compris la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 10.10.2017 (Bundesverfassungsgericht 2017).

*Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act 2019.*<sup>31</sup> La réforme prévoit que le sexe de l'enfant n'est plus automatiquement mentionné sur l'acte de naissance et qu'il ne l'est que si les parents y consentent explicitement (*opt-in*). De plus, une personne de plus de 16 ans a la possibilité de faire changer le sexe qui figure sur son acte de naissance au moyen d'une déclaration. Outre « masculin » et « féminin », elle peut opter pour les catégories « *indeterminate gender* », « *non-binary* » et « *a word or a phrase, that is used to indicate a person's perception of the person's self* ». Aucune intervention ou confirmation médicale n'est exigée pour l'inscription du sexe ou la modification de cette inscription (Tasmanian Government 2019). Dans le passeport et les autres documents officiels australiens, une troisième possibilité d'inscription « *indetermined / intersex / unspecified* » – indiquée par un « X » – peut être choisie. Un certificat médical ou psychologique confirmant le genre est requis pour modifier la catégorie du sexe dans le passeport. Une modification du sexe dans l'acte de naissance ou de citoyenneté n'est pas nécessaire pour qu'un document de voyage soit délivré avec l'indication du genre préféré (Australian Passport Office 2020).

---

31 En Australie, le système de santé et la délivrance des passeports sont réglementés par le gouvernement fédéral, tandis que les actes de naissance sont délivrés par les différents États.

## 4. Considérations éthiques

Un certain nombre de considérations éthiques sont fondamentales pour l'évaluation des différentes options identifiées et, par conséquent, pour savoir comment traiter l'enregistrement du sexe d'une personne. Les développements qui suivent sont consacrés à l'examen de chacune de ces considérations et de leurs relations avec les options en présence. La discussion tient compte, dans chaque cas, à la fois des aspects éthiques les plus importants et du cadre légal pertinent.

L'attention accordée aux avantages éventuels d'un élargissement des possibilités d'enregistrement ou d'une suppression de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil est la conséquence des questions qui ont été adressées à la NEK-CNE et qui font l'objet de la présente prise de position. La discussion doit également tenir compte du fait que la binarité sexuelle qui structure aujourd'hui nos sociétés ne repose pas uniquement sur des définitions juridiques, mais représente aussi pour de nombreuses personnes un cadre de référence qu'elles jugent important pour leur identité. Si la décision de ne plus inscrire le sexe dans le registre de l'état civil devait être prise au nom d'un dépassement de cette binarité non seulement sur le plan juridique, mais aussi sur celui de la pratique quotidienne, elle viendrait, à la différence de la décision d'étendre les possibilités d'inscription, alimenter chez de nombreuses personnes la crainte de voir disparaître un cadre de référence considéré comme important et justifié. Le ch. 5.4 traite précisément des conséquences de la mise en œuvre des différentes options et examine les relations entre un élargissement de ces options et la réglementation actuelle.

### 4.1 Orientations et pondérations

#### 4.1.1 Reconnaissance

Une grande importance est accordée, dans une perspective éthique, au principe de la *reconnaissance* de la diversité des formes de vie, d'apparence et d'exis-

tence. Le principe de la reconnaissance se fonde notamment sur celui de la dignité humaine et joue un rôle dans nombre de domaines de l'ordre juridique qui garantissent le libre choix de son mode de vie ou la protection des minorités. Le concept de reconnaissance est riche de nombreux présupposés et fait l'objet, dans la philosophie contemporaine, d'un débat qui touche aussi bien aux théories de la justice qu'aux théories de la différence (voir, par exemple Fraser et Honneth 2003 ; Lash et Featherstone 2002). La reconnaissance joue un rôle important pour la cohésion sociale, à la fois parce qu'elle permet de rendre compte des évolutions de la société et parce qu'elle favorise un perfectionnement des normes morales et juridiques.

Bien entendu, reconnaître que les identités de genre sont diverses et qu'elles peuvent se situer sur un spectre non binaire ne signifie pas seulement accepter ce fait, mais aussi le percevoir comme légitime et donc reconnaître la nécessité d'en tenir compte. La reconnaissance constitue, de ce point de vue, un besoin humain fondamental et revêt une dimension normative (Taylor 1992). Pour pouvoir mener leur vie en tant que sujets libres et moraux, les êtres humains ont besoin que les qualités qui sont essentielles à leurs yeux soient reconnues par autrui. En tant que relation fondée sur la réciprocité, la reconnaissance constitue, en ce sens, une condition indispensable à une vie réussie. Dans le même temps, la possibilité pour un individu de montrer ou de refuser sa reconnaissance fait également partie d'une vie réussie. Dans les débats sur la reconnaissance, l'attention s'est récemment concentrée sur la question de savoir quels groupes sociaux ne sont pas suffisamment reconnus ou devraient être considérés comme tels. La lutte pour la reconnaissance concerne moins, dans ce contexte, la question de la distribution des biens, c'est-à-dire de la justice distributive, que celle de la prise en compte normative des identités considérées comme importantes.

L'aspect de la reconnaissance est pertinent pour le traitement de la diversité des identités de genre, car la binarité des sexes, telle qu'elle est actuellement pré-supposée par les modalités d'inscription du sexe dans le registre de l'état civil, peut être conçue comme l'expression d'un manque de reconnaissance des identités de genre non binaires et de l'importance que celles-ci peuvent revêtir pour les personnes concernées. Un système qui contraint des individus à se rattacher à un groupe qui ne correspond pas à leur identité ne rend pas justice à la diversité des identités de genre. À l'inverse, la décision d'étendre les possibilités d'inscription du sexe ne serait pas en contradiction avec le besoin de nombreuses personnes d'être reconnues en tant que femmes ou en tant qu'hommes, car elle ne restreindrait en rien ces possibilités.

#### 4.1.2 Respect de la dignité humaine

En tant que principe juridique et éthique fondamental, le *respect de la dignité humaine* revêt une importance de premier plan dans le présent contexte. Il fonde l'exigence que tous les êtres humains doivent être traités et respectés comme étant libres et égaux en droits. Cette exigence inclut celle de donner à chaque personne la possibilité de vivre en accord avec sa propre identité. Les dispositions relatives au droit des registres qui font obstacle à cette exigence générale doivent être révisées. Le principe du respect de la dignité humaine est au fondement des autres principes éthiques qui sont discutés dans ce qui suit.

#### 4.1.3 Autodétermination

Le principe de *l'autodétermination* est, lui aussi, essentiel pour savoir comment traiter les identités de genre. Il reconnaît à toute personne le droit fondamental de prendre, sans contraintes ni influences extérieures, les décisions qui concernent ses intérêts strictement personnels. Or, il est incontestable que l'identité de genre d'une personne et son éventuelle transformation dans le temps font partie de ces intérêts strictement personnels.

Il en résulte que toute obligation imposée par l'État de procéder à l'inscription du sexe dans le registre

de l'état civil, et ainsi d'avoir à choisir une attribution claire du sexe, doit être justifiée. Une telle obligation implique en effet que chaque personne est tenue de révéler son identité de genre et d'y être confrontée. Or, l'autodétermination en matière d'identité de genre suppose au contraire la possibilité de se soustraire à une telle catégorisation et de ne pas avoir à déclarer d'identité particulière. Cette tension entre l'autodétermination en matière d'identité de genre et l'obligation d'enregistrement imposée par un tiers est encore plus vive dès lors que cette obligation implique une attribution claire dans le cadre de la binarité sexuelle et que la personne concernée ne peut pas choisir l'un des deux sexes prévus, ne le veut pas ou n'est pas encore en mesure de le faire. L'autodétermination présuppose en effet l'existence d'options entre lesquelles une décision autonome peut être prise. Or, même lorsque les options en présence garantissent une certaine possibilité de choix, le principe de l'autodétermination requiert que les modalités d'exercice de ce choix soient respectées. Il implique en l'espèce que l'attribution à un sexe puisse par la suite être modifiée facilement et sans restrictions. À l'inverse, imposer des obstacles sur la base de critères médicaux – par exemple, en faisant dépendre la modification de l'inscription du sexe dans le registre d'un certificat médical attestant d'une intersexualité – revient à restreindre le choix d'une manière qui n'est pas compatible avec le principe de l'autodétermination. En effet, ce principe requiert, en fin de compte, que l'on respecte la capacité de la personne concernée à décider par elle-même de l'identité de genre qu'elle souhaite inscrire (Venditti 2020).

Il convient de préciser qu'une décision juridique comme le choix d'une catégorie sexuelle peut également être confiée à un mineur, du moins à partir d'un âge compatible avec la capacité de discernement. Cependant, plus l'on demande que de telles décisions soient prises tôt, plus il devient évident qu'elles ne seront pas le fait des personnes concernées elles-mêmes, mais des titulaires de l'autorité parentale. Il appartient alors aux parents de prendre une décision non pas en fonction de leurs propres préférences, mais en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe de l'autodétermination implique de ce point

de vue l'exigence d'aider les parents ou les titulaires de l'autorité parentale à reconnaître que d'autres options que l'attribution univoque à l'un des deux sexes binaires sont compatibles avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

Un autre élément mentionné dans le contexte du droit des enfants et des adolescents à l'autodétermination est ce que l'on appelle le droit à un avenir ouvert (voir Feinberg 1980). L'idée est que l'éventail des possibilités d'action, des projets et des modes de vie doit rester aussi ouvert que possible jusqu'à ce que les enfants et les adolescents puissent prendre eux-mêmes leurs décisions de façon autonome. Or, le fait de définir à un stade précoce l'identité de genre d'une personne déterminera dans une large mesure, par le biais des pratiques sociales, les attentes de rôle dont celle-ci fera l'objet. La question de savoir à quel moment, sous quelle forme et en fonction de quelles possibilités il convient de procéder à l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil doit donc aussi être examinée à la lumière du droit à un avenir ouvert si l'on entend honorer le principe de l'autodétermination.

#### 4.1.4 Égalité de traitement

La reconnaissance de la diversité des formes de vie, d'apparence et d'existence s'exprime notamment dans le principe de *non-discrimination* ou l'*interdiction de la discrimination*, que l'on retrouve dans de nombreux systèmes juridiques. La discrimination doit être comprise comme une inégalité de traitement injustifiée et donc comme un manque de respect moralement inacceptable à l'égard de certaines personnes en raison de certaines de leurs caractéristiques. Cette inégalité de traitement revient à défavoriser les porteurs de ces caractéristiques. En ce sens, la discrimination peut être vécue comme un refus de reconnaissance dès lors que des personnes, au motif qu'elles présentent certaines caractéristiques, sont empêchées d'exercer certains droits ou n'ont pas la possibilité de vivre en accord avec leur identité sans subir des désavantages auxquels les autres ne sont pas exposés.

Les discussions sur l'identité de genre et sur l'inscription du sexe mettent en lumière un aspect important

du débat sur les discriminations, à savoir la question des critères qui, en fin de compte, servent à mesurer le caractère *injustifié* d'une inégalité de traitement. Le fait de traiter différemment des personnes de sexe différent ne constitue pas nécessairement une forme de discrimination, même dans le cadre de la binarité sexuelle. Ainsi, le fait que certaines parties de l'espace public soient réservées aux personnes du même sexe peut être fondé sur l'aspiration justifiée à pouvoir disposer d'espaces protégés en certaines circonstances. Traiter tous les sexes exactement de la même manière pourrait même souvent s'avérer discriminatoire, comme l'illustre le débat sur les toilettes séparées pour les hommes et les femmes dans l'espace public.

Il est évident que le principe de non-discrimination a une portée générale et revêt une grande valeur tant pour les personnes ayant une identité de genre non binaire que pour celles pour lesquelles l'attribution à un sexe joue un rôle important dans leur vie. Ces dernières ne doivent pas être empêchées de vivre leur vie en tant que « femmes » ou en tant qu'« hommes », tout comme les personnes ayant une identité de genre non binaire ne doivent pas être empêchées de vivre en accord avec cette identité. Le cadre légal actuel implique, de ce point de vue, une inégalité de traitement : les personnes ayant une identité de genre non binaire n'ont pas la possibilité d'exprimer cette identité en utilisant les canaux juridiquement pertinents et se voient au contraire contraintes de déclarer leur appartenance à l'un des deux sexes prévus. À l'inverse, les personnes dont l'identité de genre est conforme à l'ordre binaire, c'est-à-dire qui se conçoivent comme « femmes » ou comme « hommes », ne ressentent pas une telle contrainte. Cela ne serait pas non plus le cas si les personnes ayant une identité de genre non binaire disposaient d'une autre possibilité d'inscription.

S'il est incontestable que la pratique actuelle de l'enregistrement officiel du sexe implique une inégalité de traitement, il reste à examiner si celle-ci est injustifiée et si elle s'accompagne de certains désavantages pour les personnes concernées. La réponse à cette question peut intervenir à deux niveaux au moins. Le

premier niveau concerne la dimension normative de la binarité sexuelle dans de nombreux domaines de la vie organisés autour de cette notion. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est important que ces domaines soient réglementés d'une manière qui permette d'éviter toute discrimination, même à l'intérieur d'un cadre binaire. Le fait que certaines identités de genre ne soient pas reconnues sur le plan juridique rend cette exigence encore plus urgente. Le second niveau est que le caractère injustifié d'une inégalité de traitement peut également tenir au fait que l'identité de genre revêt une importance constitutive pour l'identité d'une personne. Alors que la réglementation actuelle donne aux personnes qui se situent à l'intérieur de l'ordre binaire la possibilité d'exprimer leur identité et de la rendre juridiquement effective, une telle possibilité est refusée aux personnes ayant une identité de genre non binaire.

Enfin, il est important de noter que ni le maintien d'une catégorisation binaire ni l'ouverture de nouvelles possibilités d'inscription ne saurait éviter complètement toute discrimination. Par exemple, le fait qu'une personne trans\* se voit refuser l'accès à une position professionnelle ou à un espace réservé aux personnes d'un certain sexe en raison de caractéristiques extérieures associées au sexe biologique auquel elle ne s'identifie pas est discriminatoire, mais peut se produire quelle que soit la réglementation adoptée en matière d'inscription du sexe. Une distinction doit être faite entre la discrimination juridique, qui dépend des restrictions apportées aux possibilités d'inscription du sexe dans les registres, et la discrimination sociale, qui ne dépend que de façon indirecte de ces possibilités légales. Si une modification des dispositions légales permet de s'attaquer à la première forme de discrimination, la lutte contre la discrimination sociale au quotidien suppose des efforts supplémentaires, et il n'est pas possible de déterminer clairement dans quelle mesure les changements apportés à l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil sont de nature à y contribuer.

#### 4.1.5 Protection de la vie privée

Le principe de la *protection de la vie privée* revêt également une grande importance, en particulier eu égard aux restrictions et aux contraintes persistantes auxquelles sont exposées les personnes concernées (voir ch. 2.3). Alors que l'identité de genre fait partie de la sphère privée d'une personne, cette dernière est tenue de la dévoiler lorsqu'elle doit procéder à l'inscription du sexe ou lorsqu'elle souhaite modifier cette inscription. Cela est en contradiction avec le principe de la protection de la vie privée. La solution consiste par conséquent à éviter autant que possible les situations qui imposent à une personne de divulguer son identité de genre et de les limiter aux circonstances dans lesquelles la confidentialité peut être garantie.

#### 4.1.6 Protection de l'intégrité personnelle

L'absence de reconnaissance de la diversité des identités de genre peut porter atteinte à l'intégrité personnelle. La protection de cette intégrité revêt par conséquent une importance fondamentale dans le présent contexte. L'intégrité personnelle protège l'intégrité physique, psychique et morale d'une personne. Le *mobbing*, l'exclusion, la discrimination ou le harcèlement sexuel sont autant d'exemples d'atteintes à l'intégrité personnelle. Le droit du travail accorde une place de choix à la protection de l'intégrité personnelle, et des obligations correspondantes sont prévues dans les entreprises.

On peut supposer qu'une reconnaissance juridique de la diversité des identités de genre, par exemple au moyen d'un élargissement des possibilités d'inscription, donnerait davantage de visibilité aux désavantages structurels et aux atteintes à l'intégrité personnelle que subissent les personnes trans\*, intersexuées ou ayant une identité de genre non binaire. Il apparaît néanmoins que la simple introduction d'une troisième possibilité d'inscription ne suffirait pas à garantir la protection de l'intégrité personnelle. Dans

le Land allemand de Hesse, par exemple, le nombre de personnes ayant opté pour la nouvelle inscription « divers » est resté faible jusqu'à présent<sup>32</sup>. Cela s'explique, entre autres, par le fait que les personnes concernées craignent les conséquences sociales négatives qui pourraient être associées à ce choix. Outre la reconnaissance juridique de la diversité des identités de genre, d'autres impulsions sociales sont par conséquent nécessaires si l'on entend lutter contre la stigmatisation et l'exclusion, et permettre ainsi à chaque individu de définir de manière autonome son identité de genre et de vivre en accord avec cette dernière.

## 4.2 Intérêts publics et sociaux

Afin de déterminer quel modèle d'inscription du sexe dans le registre de l'état civil doit être privilégié, il convient d'examiner, en plus des aspects éthiques qui viennent d'être mentionnés, quels intérêts publics ou sociaux sont, le cas échéant, de nature à justifier une obligation d'inscription du sexe dans le registre ou une restriction des possibilités d'inscription au sexe féminin et au sexe masculin.

Les données personnelles inscrites dans le registre de l'état civil « servent à l'identification personnelle ainsi qu'à la preuve de l'appartenance d'un individu à une communauté juridique<sup>33</sup>. » L'état civil enregistre ainsi une série d'informations (naissance, décès, situation familiale) auxquelles sont associées certaines conséquences juridiques. Comme c'est également le cas du sexe, qui fonde des conséquences juridiques distinctes dans certains domaines de l'ordre juridique, il existe un intérêt à ce que cette caractéristique soit inscrite dans le registre de l'état civil. Un équilibre doit par conséquent être trouvé entre l'atteinte aux droits de la personnalité que représente, pour les personnes intersexuées, trans\* ou ayant une identité de genre non binaire, une inscription obligatoire du sexe binaire

dans le registre de l'état civil et les éventuels intérêts publics et sociaux qui pourraient légitimer une telle atteinte<sup>34</sup>. Pour déterminer cet équilibre, il est nécessaire d'opérer une distinction entre les intérêts qui sont de nature à justifier une inscription du sexe dans le registre de l'état civil en général et ceux qui sont de nature à justifier que cette inscription du sexe se fasse dans les limites de la binarité des sexes en particulier.

Le maintien de l'ordre binaire dans les modalités de l'enregistrement officiel du sexe permet d'assurer une certaine stabilité dans l'organisation de la société et de perpétuer une tradition fortement marquée par la binarité des sexes (couleurs, espaces non mixtes, obligations différenciées, exercice de certaines professions, etc.). L'intérêt à maintenir ce dispositif tient donc principalement aux droits et aux devoirs que l'ordre juridique attribue de manière spécifique aux personnes appartenant à un certain sexe. Un exemple évident est la réglementation actuelle des obligations militaires, qui suppose une attribution binaire univoque du sexe. Un autre exemple est celui des droits et des devoirs spécifiques au sexe dans le droit des assurances sociales, notamment pour ce qui est de l'âge de la retraite et de certaines dispositions relatives aux rentes. D'autres exemples pertinents comprennent l'accès à la procréation médicalement assistée ou au mariage, lequel est réservé aux couples de sexe opposé et suppose donc une référence à la binarité des sexes.

Les intérêts à maintenir le principe même d'une inscription du sexe dans le registre de l'état civil sont plus nombreux. Il est ainsi possible de faire valoir un tel intérêt en ce qui concerne le maintien de l'ordre et de la sécurité publics. L'inscription du sexe constitue, par exemple, la base de la séparation des sexes dans le régime pénitentiaire. La séparation entre personnes du même sexe, qui est généralement opérée sur la base de l'inscription officielle du sexe, est dans ce

32 Voir, par exemple, FAZ du 17.11.2019, <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/wenige-antraege-auf-eintragung-des-dritten-geschlechts-16489647.html> [consulté le 22.6.2020].

33 <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/zivilstand.html> [consulté le 15.7.2020].

34 Sur ce point, voir aussi Conseil d'éthique allemand 2012 : 132 ss et, pour le traitement des intérêts pertinents, Deutsches Institut für Menschenrechte 2017 : 30 ss.

contexte considérée comme indispensable à la protection des détenus. Il semble pourtant possible d'assurer cette protection même en renonçant à l'ordre binaire. L'aménagement des espaces publics peut, lui aussi, présupposer une inscription du sexe dans le registre de l'état civil, car c'est cette inscription qui détermine l'accès aux services et aux espaces (publics) qui sont réservés aux personnes appartenant au même sexe de façon à favoriser leur bien-être. Cet aspect peut notamment jouer un rôle dans la planification et la conception des établissements de soins ou des établissements de formation.

Une inscription du sexe dans le registre de l'état civil peut également se justifier au nom d'intérêts sociaux et d'objectifs de politique sociale, par exemple en ce qui concerne la mission de l'État de garantir l'approvisionnement en soins pour tous les groupes de population. Il est en effet prouvé que certains risques médicaux, mais aussi l'accès à certains traitements médicaux et aux données de la recherche médicale, ne sont pas répartis de manière uniforme entre les sexes. Dans une perspective de santé publique, il est par conséquent dans l'intérêt de la société et de chaque individu de continuer à promouvoir des mesures visant à réduire les inégalités dans l'accès aux traitements et dans la disponibilité des résultats de la recherche. Il existe aussi un intérêt à pouvoir concevoir des traitements différenciés en fonction du sexe et à classer les risques médicaux en conséquence.

La promotion de l'égalité entre les sexes constitue, elle aussi, un intérêt public de nature à justifier le maintien de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil. La connaissance des différentes façons dont s'expriment les inégalités de traitement entre les sexes et des mesures spécifiques de protection et de promotion qui doivent être prises joue un rôle essentiel pour la politique de l'égalité entre les sexes. On citera, par exemple, le problème de la collecte des données sur la violence fondée sur l'appartenance sexuelle. L'accès à de telles données est indispensable si l'on entend prendre des mesures de protection adéquates et lutter contre cette violence. Il en va de même pour les mesures de protection contre la discrimination des personnes ayant une identité de genre non binaire, des personnes trans\* et des personnes intersexuées ayant une identité de genre binaire.

## 5. Évaluation des options

Les régimes d'enregistrement officiel du sexe sont actuellement en pleine mutation, et peu d'enseignements peuvent être tirés pour l'instant des expériences faites en matière de suppression de cet enregistrement. Dans ce chapitre, la NEK-CNE examine, à la lumière des considérations qui précèdent, les différentes options présentées dans la demande qui lui a été adressée. Elle répond ensuite à la question de savoir lesquelles de ces solutions devraient être privilégiées si l'on entend modifier la pratique actuelle d'inscription du sexe dans le registre de l'état civil. La NEK-CNE tient dès à présent à souligner que chacune des options envisagées lui paraît préférable au régime actuel, celui-ci n'accordant pas une reconnaissance suffisante à la diversité des identités de genre.

### 5.1 Renonciation à tout enregistrement officiel du sexe au moment de la naissance et après celle-ci (a posteriori)

Les deux options mentionnées séparément par l'OFJ, à savoir renoncer à tout enregistrement officiel du sexe à la naissance et renoncer à tout enregistrement après la naissance (*a posteriori*), soulèvent des questions identiques du point de vue éthique : toutes deux font référence à des situations dans lesquelles le champ réservé au sexe pourrait être laissé vide, de façon soit temporaire soit durable. Dans le premier cas, le champ laissé vide devrait être rempli à une date ultérieure dans les limites de la binarité des sexes. En d'autres termes, chaque personne devrait, tôt ou tard, inscrire soit le sexe féminin soit le sexe masculin. Dans le second cas, la possibilité d'un choix non binaire serait garantie, dans la mesure où chaque personne pourrait inscrire le sexe féminin ou le sexe masculin, mais aussi renoncer durablement à une inscription. Trois possibilités de mise en œuvre peuvent être envisagées :

1. renoncer à l'enregistrement systématique du sexe des nouveau-nés ;
2. renoncer à l'enregistrement systématique du sexe des nouveau-nés, mais donner aux parents ou aux titulaires de l'autorité parentale la possibilité de procéder à l'inscription du sexe (*opt-in*), ou
3. enregistrer systématiquement le sexe des nouveau-nés, mais donner aux parents ou aux titulaires de l'autorité parentale et, ultérieurement, aux personnes concernées elles-mêmes la possibilité de renoncer à cet enregistrement ou de laisser vide le champ correspondant (*opt-out*).

Les possibilités de mise en œuvre supposent ainsi qu'une inscription sous la forme de l'attribution fixe à un sexe doit intervenir après un certain temps. Si l'idée est que le champ réservé au sexe ne peut pas rester vide indéfiniment ou si aucune nouvelle catégorie sexuelle n'est créée, alors la limitation à deux sexes – et donc à la binarité sexuelle – est maintenue. La reconnaissance de la diversité des identités de genre, qui supposerait au contraire de pouvoir laisser ouverte l'attribution du sexe dans le cas des personnes ayant une identité de genre non binaire, ne serait pas possible dans ce cas<sup>35</sup>. La question centrale est donc celle des conditions qui doivent être remplies pour pouvoir laisser vide le champ réservé au sexe, c'est-à-dire celle de savoir si de telles conditions devraient tout simplement être formulées.

L'option consistant à ne rendre obligatoire l'inscription du sexe qu'à partir d'un âge où la personne concernée est capable de discernement, pleinement informée et en mesure de décider librement si elle souhaite procéder à cette inscription et, le cas échéant, à laquelle, contribuerait à renforcer l'autodétermination. Plus la procédure qui doit être suivie pour pouvoir inscrire le sexe ou supprimer une inscription existante (modèle *opt-out*) est simple et exempte de conditions

35 Une circonstance que le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, par exemple, a qualifiée d'inconstitutionnelle (voir ch. 3.2).

– comme la présentation d’un certificat médical attestant d’une intersexualité –, moins elle restreint le droit à l’autodétermination. L’exigence d’éviter autant que possible de fixer des conditions restrictives pour pouvoir renoncer à l’inscription du sexe est également une conséquence du droit à la vie privée : pourquoi imposer des conditions restrictives obligeant la personne concernée à dévoiler des caractéristiques strictement personnelles dès lors que la possibilité de laisser vide le champ réservé au sexe est fondamentalement reconnue ? Le fait d’exiger la présentation d’un certificat médical peut en outre avoir pour effet de limiter cette option à un groupe particulier de personnes. Une telle condition tend par ailleurs à favoriser une pathologisation des personnes intersexuées et trans\*, car les personnes qui ne souhaitent pas subir d’intervention médicale ou qui ne sont pas intersexuées se verraient refuser cette possibilité. Enfin, une extension significative du délai d’attente serait pertinente dans le cadre des modèles *opt-in* et *opt-out* pour permettre aux parents ou aux titulaires de l’autorité parentale d’obtenir suffisamment d’informations au sujet de l’enfant.

La possibilité de laisser en suspens l’inscription du sexe doit être associée à des mesures d’accompagnement pour l’entourage des enfants concernés, notamment dans un souci de prévenir les discriminations et les atteintes à l’intégrité personnelle. Dans le contexte scolaire, par exemple, il faut tenir compte du fait que certains élèves ne sont pas tous à l’aise avec la binarité de lieux tels que les vestiaires ou les toilettes. Comme cela a été mentionné précédemment, la manière de concevoir les documents d’identité internationaux nécessiterait également d’être adaptée.

Pour garantir la possibilité de renoncer *a posteriori* à tout enregistrement officiel du sexe, il faudrait prévoir que les titulaires de l’autorité parentale et la personne concernée puissent supprimer l’inscription à tout moment. Une demande de suppression peut notamment être formulée lorsque les titulaires de l’autorité parentale n’avaient pas réalisé ou pas pu réaliser, au moment de procéder à cette inscription, que la catégorisation binaire du sexe n’était pas adéquate pour leur enfant ou lorsqu’un enfant ou un adolescent capable de discernement considère que son identité de genre

ne correspond pas à celle retenue par les titulaires de l’autorité parentale au moment où ils ont pris une décision au nom de l’enfant.

Une telle option est néanmoins en tension avec l’exigence de protection de la vie privée, car elle implique que les personnes concernées doivent contester activement une catégorisation binaire préexistante et en demander la suppression, ce qui les oblige à révéler leur identité de genre. Or, les personnes concernées peuvent préférer ne pas avoir à le faire devant leurs parents ou les titulaires de l’autorité parentale ou devant les représentants de l’autorité publique. Les personnes qui ne souhaitent pas que leur sexe soit enregistré ou qui prévoient de supprimer une inscription préexistante reçoivent également le signal, lorsqu’elles font usage de cette possibilité, qu’elles se situent en dehors de la norme qui suppose généralement qu’une personne peut être attribuée à l’un ou à l’autre sexe. Cette division entre les personnes qui sont dans la norme et celles qui s’en écartent ouvre la voie à de nombreuses possibilités de stigmatisation, d’atteinte à l’intégrité personnelle, voire de discrimination sur la base de l’identité de genre.

## 5.2 Abandon général de tout enregistrement officiel du sexe

Si l’option discutée à l’instant constitue une amélioration par rapport au maintien du statu quo, elle soulève également des problèmes éthiques importants et conduit dès lors à se demander si l’enregistrement officiel du sexe est réellement nécessaire ou si le sexe est une catégorie à laquelle il serait possible de renoncer. Il importe de souligner à ce stade que l’abandon de la catégorie juridique du sexe ne supprimerait pas, en tant que telle, une binarité des sexes qui est fortement enracinée dans le corps social. Une suppression de la binarité des sexes – à supposer qu’elle soit souhaitable – demanderait des transformations en profondeur de larges pans de la société. À cet égard, et notamment dans la perspective de prévenir les effets discriminatoires de l’ordre binaire actuel, il faut toujours se demander comment l’adaptation des dispositions légales peut réellement modifier les mentalités et les pratiques sociales.

À notre connaissance, aucun pays n'a, à ce jour, entièrement renoncé à l'enregistrement du sexe. Les appels à reconsidérer la pertinence de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil occupent toutefois une place toujours plus importante dans le débat international (voir, par exemple, Third International Intersex Forum 2013). Ainsi, le principe 31 des Principes de Jogjakarta plus 10 (2017) demande aux États de supprimer progressivement les informations relatives au sexe dans les documents d'identité et de reconnaître que l'enregistrement du sexe n'est pas pertinent pour l'état civil. Les Pays-Bas ont déjà examiné cette possibilité et sont arrivés à la conclusion qu'aucune norme juridique internationale ne s'oppose à l'abandon de l'enregistrement du sexe<sup>36</sup>. Le pays prévoit par conséquent de renoncer à mentionner le sexe sur les cartes d'identité à partir de 2024<sup>37</sup>.

Renoncer complètement à l'enregistrement officiel du sexe et remettre ainsi en question la « signification du sexe en tant que caractéristique réglementaire » (Büchler et Cottier 2005 : 125) permettrait de tenir compte de certains des aspects éthiques discutés précédemment. En accord avec l'exigence de reconnaissance, cette option garantirait notamment que toutes les variantes de l'identité de genre puissent être prises en considération et qu'aucune justification ne soit requise de la part de personnes dont l'identité de genre s'écarte de la norme binaire. Empêcher une personne qui ne trouve pas sa place dans une catégorisation binaire d'exprimer son identité de genre reviendrait à ne pas respecter sa demande justifiée de reconnaissance. Parallèlement, une telle option serait compatible avec l'exigence de protection de la vie privée, dans la mesure où elle n'obligerait personne à déclarer sans le vouloir une identité de genre particulière.

Du point de vue de la protection contre la discrimination, le fait de renoncer à l'enregistrement officiel du sexe pourrait contribuer à réduire les situations dans

lesquelles des personnes font l'objet d'inégalités de traitement injustifiées sur la base de leurs caractéristiques sexuelles. Il est néanmoins important de garder à l'esprit qu'une telle mesure ne revient pas, en tant que telle, à réduire les formes de discrimination qui sont ancrées dans la pratique quotidienne. Il faut également souligner que des dispositions qui visent à réduire une inégalité de traitement pour les uns peuvent avoir des conséquences discriminatoires pour les autres. Cela pourrait notamment être le cas si la suppression de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil conduisait à nier le besoin de toute catégorisation sur la base du sexe, par exemple en ne proposant plus d'espaces protégés réservés aux personnes ayant la même identité de genre.

Il convient par ailleurs de rappeler que le sexe joue un rôle dans la protection de certains droits de l'homme et qu'il sert de référence pour déterminer certains statuts juridiques (voir ch. 5.4 ; Braunschweig 2020 ; Holzer 2020). La mise en œuvre de l'option considérée – de même, bien sûr, que celle d'une troisième possibilité d'inscription – nécessiterait par conséquent de discuter de la forme que pourraient prendre les documents d'identité pour remplacer ceux qui comportent aujourd'hui l'indication du sexe. Il faudrait notamment déterminer quels documents seraient concernés et quel délai devrait être respecté pour procéder aux adaptations nécessaires. L'abandon de tout enregistrement officiel du sexe impliquerait en outre de modifier les conditions d'accès à certains services et à certains espaces (Holzer 2018). Enfin, il faudrait veiller à ce que l'abandon de la catégorie du sexe dans les documents officiels devienne, à défaut d'une obligation, du moins une possibilité reconnue au niveau international afin que les citoyens des pays qui souhaitent renoncer à cette catégorie ne soient pas pénalisés<sup>38</sup>.

Les raisons qui s'opposent en l'état à une suppression complète et générale à la catégorie du sexe sont donc

36 Résultat d'une étude sur la possibilité d'abandonner l'enregistrement du sexe, réalisée dans le cadre d'une motion du Parlement néerlandais (Van den Brink et Tigchelaar 2014).

37 Voir, par exemple, Die Zeit du 4.7.2020, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-07/gernder-mainstreaming-niederlande-geschlecht-ausweis-lgbt> [consulté le 23.7.2020].

38 Selon Holzer 2018, l'OACI se serait déjà montrée ouverte à des propositions allant dans ce sens.

en partie de nature pragmatique (voir aussi ch. 5.4). À la lumière des considérations éthiques exposées plus haut, la NEK-CNE estime que ces raisons ne sont pas suffisantes pour rejeter complètement cette option. C'est pourquoi elle recommande, outre l'introduction d'une troisième possibilité d'inscription, d'examiner plus en détail les modalités et les conséquences d'un abandon général de l'enregistrement officiel du sexe (voir ch. 6).

### 5.3 Introduction de nouvelles catégories sexuelles

Moins ambitieuse que l'abandon complet de l'enregistrement du sexe, cette proposition vise à introduire des catégories sexuelles supplémentaires et à créer les possibilités d'inscription correspondantes. Différentes solutions sont envisageables : 1) création d'une seule nouvelle catégorie ; 2) création d'une seule nouvelle catégorie avec un ou plusieurs compléments optionnels ; 3) création de plusieurs nouvelles catégories, 4) création d'une seule nouvelle catégorie à des fins d'identification. Si la solution retenue consiste à ne créer qu'une seule catégorie « non binaire », il serait intéressant d'examiner l'opportunité de la différencier par l'ajout d'un complément optionnel. La quatrième option prévoit d'introduire une troisième possibilité d'inscription pour certains documents d'identité, tandis que seules les catégories sexuelles binaires continueraient d'être utilisées dans le registre de l'état civil. L'inscription d'un sexe binaire dans le registre aurait pour fonction de permettre l'attribution des droits et des devoirs spécifiquement réservés aux personnes appartenant à un certain sexe (mariage, système de santé, obligations militaires, p. ex.). La troisième possibilité d'inscription serait utilisée uniquement à des fins d'identification et n'aurait pas de conséquences sur l'ensemble des aspects légaux.

L'introduction d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires donnerait aux personnes concernées la possibilité de choisir positivement une catégorie échappant à la structure binaire au lieu de restreindre leur choix aux deux catégories binaires ou de simplement les dispenser de ce choix. S'il serait souhaitable, dans un souci de reconnaissance de la diversité des

identités de genre, que cette option couvre un spectre suffisamment large de classifications, cette aspiration se heurte toutefois à des difficultés de mise en œuvre, par exemple lorsqu'il s'agit de tenir compte des personnes qui ne s'identifient à aucun genre ou dont l'identité de genre est fluide. Chaque nouvelle catégorie s'accompagne en effet de nouvelles conceptions de la normalité, et donc de nouvelles exclusions, certaines identités étant perçues comme légitimes et d'autres comme illégitimes. Même les classifications fondées sur l'autodétermination n'ont guère d'effet sur la compréhension du sexe comme un signe distinctif indispensable et non négociable (Holzer 2020).

La création d'une catégorie supplémentaire avec un complément optionnel ou de plusieurs catégories serait néanmoins de nature à assurer la protection de la vie privée, car elle reviendrait à traiter ces nouvelles possibilités d'inscription comme des « cas standard » pour lesquels aucune justification ne serait exigée. Par contre, elle ne garantirait pas, en tant que telle, la protection contre les atteintes à l'intégrité personnelle ou contre les discriminations fondées sur l'appartenance sexuelle. Une possibilité d'inscription supplémentaire est certes de nature à garantir aux personnes concernées un accès à certains droits fondamentaux, mais elle revient aussi à leur attribuer une identité qui peut avoir une incidence sur d'autres réglementations juridiques ou sociales, par exemple en leur refusant l'accès à la parentalité ou à un mariage légalement reconnu (Braunschweig 2020). Il n'est pas exclu – notamment sur la base des expériences faites en Allemagne – que l'introduction d'une troisième catégorie renforce la volonté de catégoriser toutes les appartenances et ne parvienne pas à atténuer l'expérience d'un manque de reconnaissance sociale (Braunschweig 2020 ; Venditti 2020), ce qui, contrairement au but recherché, pourrait encourager les discriminations. Des efforts et des dispositions légales supplémentaires seraient nécessaires pour l'éviter, une remarque qui s'applique d'ailleurs aussi aux autres options examinées.

En ce qui concerne la situation des nouveau-nés et des enfants intersexués, le risque de pratiquer des opérations d'assignation sexuelles qui ne sont médicalement pas indiquées reste présent. Or, de telles

interventions constituent des atteintes aux droits de l'homme et doivent être empêchées. Des études menées en Allemagne (voir ch. 2.3) montrent que l'introduction d'une troisième possibilité d'inscription ne parvient pas à endiguer cette pratique. C'est pourquoi, parallèlement à l'introduction d'une troisième ou de plusieurs nouvelles catégories, il faudrait interdire de pratiquer, en l'absence d'indication médicale, des opérations d'assignation sexuelle sur des enfants intersexués incapables de discernement, comme c'est par exemple le cas à Malte.

Compte tenu des limitations qui viennent d'être mentionnées, la seule introduction d'une nouvelle catégorie sexuelle ne permettrait pas d'assurer une mise en œuvre satisfaisante de l'option considérée. Inscrire un « X » à la place de « féminin » ou de « masculin » n'apporterait pas une reconnaissance suffisante à certaines identités de genre, en particulier celles qui sont dynamiques et non binaires<sup>39</sup>. La désignation « autre » ne semble pas non plus satisfaisante de ce point de vue, car elle met, elle aussi, l'accent sur la norme et sur l'écart par rapport à celle-ci. Étant donné que les personnes concernées ont souvent une façon clairement définie de se catégoriser elles-mêmes, la désignation « indéterminé » ne semble pas davantage adéquate (Ansara et al. 2015). Le recours à d'autres désignations que « X » se heurte en outre au problème qu'elles ne sont pas reconnues au niveau international en l'état actuel des directives de l'OACI. Et l'inscription « X » dans un passeport peut, elle aussi, s'avérer problématique, par exemple lors de l'utilisation des systèmes d'enregistrement en ligne de certaines compagnies aériennes, lors de demandes de visa<sup>40</sup> ou lors de l'entrée dans certains pays (Holzer 2018). D'autres catégories peuvent être discriminatoires dès lors qu'elles attribuent une identité aux

femmes et aux hommes, mais ne permettent pas aux personnes couvertes par la troisième possibilité d'inscription d'exprimer leur identité propre. Parallèlement, l'État continue de définir l'étendue de la reconnaissance possible (Venditti 2020).

Un élément important doit néanmoins être pris en compte pour ce qui est de l'option examinée : du point de vue de la reconnaissance et de l'autodétermination, l'aspect pertinent n'est pas l'introduction d'un « troisième sexe », mais la création d'une troisième possibilité d'inscription. La solution consisterait en pratique soit à suivre la voie, empruntée par l'Allemagne, d'une formulation ouverte (« divers ») soit à proposer, en plus du féminin et du masculin, plusieurs catégories sexuelles qui tiennent compte de l'étendue des différentes appartenances. Un autre aspect positif de l'introduction de nouvelles catégories sexuelles est qu'elles favorisent la visibilité des personnes intersexuées et des personnes ayant une identité de genre non binaire au sein de la société, ce qui peut contribuer à leur acceptation et promouvoir la réflexion sur le caractère binaire de la société.

#### 5.4 Conséquences d'une mise en œuvre des options

Maintenir la réglementation actuelle de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil n'apporterait aucune réponse au problème fondamental posé par la catégorisation binaire, à savoir l'absence de reconnaissance des personnes ayant une identité de genre non binaire. Étant donné que l'ordre juridique et social en Suisse est fortement influencé par la binarité des sexes, la mise en œuvre des options examinées aurait à l'évidence des répercussions considérables sur les pratiques sociales et le cadre légal existant. Elle soulève-

39 On notera toutefois que dans une enquête non représentative sur l'enregistrement du sexe réalisée par Transgender Network Switzerland en octobre et en novembre 2019 auprès de 197 personnes ayant une identité de genre non binaire, 54 % des participants ont indiqué préférer l'absence d'inscription du sexe à l'ajout d'une catégorie non binaire. Parmi les cinq désignations suggérées par TGNS, les personnes interrogées ont exprimé leur préférence pour un « X », la désignation « NB » (non binaire) arrivant en deuxième position. « Les réponses montrent un besoin extrêmement clair de reconnaissance de l'identité de genre non binaire par l'État. Les deux options privilégiées sont l'absence d'inscription du sexe et l'ajout d'un "X" comme troisième possibilité d'inscription. » (TGNS 2019 : 1)

40 À la fois en raison de la politique du pays concerné et lorsque les systèmes électroniques ne peuvent pas traiter les documents comportant des désignations autres que « X ». Des difficultés peuvent également surgir lorsque le détenteur d'un document d'identité sur lequel la troisième catégorie sexuelle n'est pas désignée par un « X » coche une catégorie sexuelle binaire sur une demande de visa. Il peut en résulter des données contradictoires entre le visa et le passeport (Holzer 2018).

rait également de nombreuses questions concernant la manière de traiter ces répercussions. Ces éléments, qui doivent être pris en compte lors de l'évaluation des options, sont résumés dans ce qui suit.

a. Conséquences communes à l'ensemble des options

L'introduction d'une troisième possibilité d'inscription ou l'abandon de l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil aurait des répercussions sur les différents domaines de la législation qui continuent de faire référence au sexe. Dans chacune de ces situations, il s'agit d'examiner quel est le bien protégé ou l'objectif poursuivi par la réglementation considérée et dans quelle mesure le sexe représente réellement le critère pertinent auquel cette réglementation doit faire référence. L'utilisation du sexe comme critère de différenciation requiert de toute façon une justification distincte, ne serait-ce qu'en raison de l'interdiction constitutionnelle de la discrimination. La présente prise de position n'a pas pour objet de passer en revue l'ensemble des domaines concernés. Seuls quelques-uns d'entre eux sont abordés ici à titre d'exemples.

Dans le droit de la filiation, les termes « mère » et « père » font clairement référence à l'identité sexuelle, dans la mesure où ils renvoient à la dichotomie homme / femme. L'hypothèse est toutefois que la « mère » est la personne qui a donné naissance à l'enfant. L'élément déterminant est donc ici la naissance, et une désignation du sexe de la personne n'est en réalité pas nécessaire. Un exemple similaire est, dans le droit des assurances sociales, celui de la rente de veuve, qui renvoie à la conception de rôle qui place l'épouse sous la dépendance économique de son mari pour la couverture de ses besoins vitaux. L'élément déterminant est ici le mariage, et non le sexe du bénéficiaire de la rente. Une réglementation qui mettrait l'accent sur la fonction de la rente pourrait s'appuyer sur la division des rôles ou sur la réalisation d'un travail non rémunéré dans le cadre d'un partenariat pour définir les droits sans faire référence au sexe.

Les dispositions légales qui régissent les obligations militaires sont également concernées, dans la mesure où c'est l'inscription officielle du sexe qui détermine

quelles personnes sont assujetties au service militaire. Une adaptation des dispositions pertinentes serait dès lors inévitable. Un défi de taille qui doit être traité de façon urgente concerne l'exécution des peines. Dans ce contexte aussi, il vaudrait la peine d'examiner si une autodéclaration ne serait pas suffisante pour assurer la protection des détenus.

Des adaptations au nouveau cadre légal seraient également nécessaires en matière de coopération internationale. En l'état actuel, les règles internationales de l'OACI applicables aux passeports restreignent les possibilités de renoncer de manière générale ou facultative à l'inscription du sexe ou d'introduire des catégories supplémentaires autres que « X ». Il faudrait veiller, après un changement du régime d'inscription du sexe en Suisse, à ce que les personnes concernées puissent toujours disposer de documents de voyage reconnus au niveau international. Des accords multilatéraux avec d'autres pays seront nécessaires si la situation dans ce domaine continue d'évoluer. Il est également important que les personnes concernées puissent avoir accès à des informations sur la situation juridique et l'acceptation sociale des personnes ayant une identité de genre non binaire dans les pays de destination.

Un autre exemple est l'accès à des traitements médicaux et la collecte de données de recherche spécifiques au sexe. En pratique, l'inscription du sexe dans le registre de l'état civil ne joue quasiment aucun rôle dans ce contexte, car c'est plutôt l'identité de genre à laquelle se rattache une personne qui est perçue comme l'élément déterminant dans ce cadre. L'abandon de l'inscription du sexe ou la création d'une troisième possibilité d'inscription ne changerait rien à cet état de fait. Il convient toutefois de veiller à ce que les personnes intersexuées et trans\* puissent avoir accès aux mesures médicales qui sont spécifiquement pertinentes pour les membres de chaque sexe.

La NEK-CNE considère qu'aucune des options discutées ne vient *a priori* entraver les droits et les préférences des personnes qui trouvent leur place dans la binarité des sexes et qui souhaitent vivre en tant que « femmes » ou en tant qu'« hommes ». Il est néan-

moins utile de garder cette éventualité à l'esprit et de la considérer comme un défi à relever lors de la mise en œuvre des différentes options. Il est important de souligner ce point, car une forme adéquate d'enregistrement officiel du sexe doit aussi être évaluée à la lumière de sa capacité à accorder aux personnes auxquelles elle a jusqu'à présent été refusée la possibilité d'exprimer l'identité de genre qu'elles vivent et qu'elles ressentent, sans restreindre pour autant de manière injustifiée cette possibilité aux personnes qui trouvent leur place dans le régime actuel.

b. Possibilité de renoncer à l'inscription du sexe et introduction de nouvelles catégories sexuelles

Les options examinées aux ch. 5.1 et 5.3, qui consistent à laisser en suspens l'inscription du sexe ou à introduire une ou plusieurs catégories supplémentaires, peuvent contribuer à accroître la visibilité des personnes ayant une identité de genre non binaire et des personnes intersexuées, et améliorer ainsi leur acceptation sociale. Il faut néanmoins souligner qu'une adaptation des modalités d'inscription du sexe ne garantit pas nécessairement une meilleure protection contre la discrimination. Il existe notamment un risque que le message envoyé aux personnes qui optent pour la troisième possibilité d'inscription ou qui renoncent à l'inscription de leur sexe mette davantage l'accent sur le fait qu'elles dérogent à la norme sociale attendue. La mise en œuvre des options examinées pourrait, dans ce cas, renforcer la pression en faveur de la catégorisation et de la renaturalisation du genre au lieu de l'atténuer, ce qui marginaliserait encore davantage les personnes concernées (Braunschweig 2020). Par conséquent, et comme semblent le confirmer les expériences d'autres pays, il est relativement probable qu'une troisième possibilité d'inscription ne serait pas ou que peu utilisée. Un autre élément important est que seul un très large éventail d'inscriptions possibles – et non une troisième possibilité unique – serait en mesure de rendre justice à la diversité des identités de genre. La mise en œuvre d'une telle exigence se heurterait néanmoins à de nombreuses difficultés pratiques, notamment dans la façon d'aménager les espaces publics. De plus, même un large éventail de possibilités d'inscription ne permettrait pas de tenir compte des identités de genre dans toute leur diver-

sité. Enfin, il faudrait examiner l'opportunité de fixer des limites à la fréquence des modifications de l'inscription du sexe.

c. Abandon général de l'enregistrement officiel du sexe

La suppression de l'enregistrement officiel et obligatoire du sexe ferait disparaître la justification qui est actuellement exigée des personnes ayant une identité de genre non binaire. Elle pourrait dans le même temps contribuer à réduire les inégalités de traitement observées aujourd'hui. Cette option pose néanmoins des défis particuliers en ce qui concerne la collecte de données à des fins médicales et la lutte contre les discriminations ou les inégalités liées au sexe. L'abandon de l'enregistrement officiel du sexe obligerait à redéfinir les modalités de l'encouragement des femmes dans les domaines où elles sont encore défavorisées (égalité de salaire, rentes, etc.). La collecte de données relatives à l'identité de genre ne nécessite toutefois pas nécessairement une inscription du sexe dans le registre de l'état civil, dans la mesure où des informations personnelles et souvent pertinentes sur le plan statistique, telles que l'appartenance religieuse, l'origine ethnique, le genre ou l'orientation sexuelle, sont déjà collectées aujourd'hui sur la base d'une autodéclaration. Les personnes et les organisations qui réalisent des enquêtes devraient en outre réfléchir aux aspects liés au sexe (identité de genre, caractéristiques biologiques liées au sexe, expression de genre, tâches assignées et acceptées, etc.) qui sont pertinents pour l'objectif visé. Cela pourrait aider à obtenir des résultats plus précis, mais aussi à privilégier la qualité et la pertinence des données à leur quantité. Il faudrait également tenir compte de la valeur symbolique de la reconnaissance publique de la diversité des identités de genre telle qu'elle s'exprime dans un mode d'enregistrement officiel qui tient dûment compte de cette diversité. Une telle reconnaissance pourrait être bénéfique à l'acceptation sociale de ces identités. Enfin, il faut souligner que l'abandon d'une classification par sexe poserait une série de questions concernant l'organisation des espaces et des services publics différenciés en fonction au sexe et concernant l'environnement des enfants et des jeunes, notamment dans les établissements de formation.

## 6. Résumé et recommandations

La présente prise de position est consacrée à la question de savoir dans quelle direction l'exigence d'un enregistrement officiel du sexe devrait évoluer en Suisse. Différentes options sont discutées actuellement. Elles vont de la simple possibilité de laisser en suspens l'inscription du sexe à l'abandon complet de l'enregistrement officiel en passant par la création d'une troisième possibilité d'inscription. La NEK-CNE considère que ces discussions devraient s'inscrire dans le cadre d'un débat plus large sur la binarité sexuelle. Profondément ancrée dans la culture, cette binarité façonne aussi bien les structures sociales et la vie quotidienne que le système juridique.

L'obligation actuelle de faire figurer soit le sexe « féminin » soit le sexe « masculin » dans le registre de l'état civil peu de temps après la naissance est une expression de cette binarité sexuelle. Si cette dernière doit certes être conçue comme une construction sociale, elle doit aussi, comme le rappelle la NEK-CNE, être prise au sérieux en raison à la fois de son ancrage traditionnel dans le monde vécu et du rôle fondamental qu'elle joue pour de larges pans de la société. Le fait que la thématique de l'inscription du sexe ne puisse pas être dissociée de la discussion sur la binarité sexuelle signifie aussi qu'elle ne concerne pas uniquement un groupe restreint de personnes. Au contraire, toute nouvelle réglementation de cette question devra également être évaluée à la lumière des répercussions qu'elle pourrait avoir sur les structures sociales existantes. La commission est convaincue qu'il existe des interdépendances – même si elles sont complexes et donc ambiguës – entre la façon dont l'État traite la question du sexe et la réalité sociale vécue : si la vision de la société sur le sexe et les identités de genre s'incarne dans le système juridique, ce dernier influence aussi en retour la façon dont la société traite la diversité des identités de genre et exerce sur elle un effet normatif. C'est pourquoi les effets potentiels de toute réglementation concernant l'inscription du sexe et les questions qu'elle laisse en suspens doivent être examinés avec soin.

La NEK-CNE considère que la réglementation et la pratique actuelles de l'enregistrement officiel du sexe ne sont pas satisfaisantes, dans la mesure où elles ne tiennent pas suffisamment compte de la diversité des identités de genre et ignorent les intérêts fondamentaux des personnes ayant une identité de genre non binaire, des personnes trans\* et des personnes intersexuées. Celles-ci se trouvent ainsi confrontées à de graves restrictions qui affectent leur autodétermination, le libre choix de leur mode de vie, mais aussi leur protection contre la discrimination.

La commission arrive à la conclusion que chacune des options discutées est préférable à la situation actuelle : toutes reflètent une meilleure reconnaissance de la diversité des identités de genre et permettent de renforcer les droits des personnes concernées sans restreindre de manière injustifiée les droits de celles qui s'identifient à la binarité des sexes. Certes, chacune de ces options présente aussi des insuffisances et des difficultés que toute nouvelle réglementation devra s'efforcer de prendre en compte. Si la possibilité de laisser en suspens l'inscription du sexe – pour une période déterminée ou indéterminée – dispense les personnes concernées de l'obligation d'enregistrement, elle ne remet nullement en cause la dimension normative de la binarité sexuelle et signale aux individus qui ne s'inscrivent pas dans cette binarité qu'ils se situent en dehors de la norme. Ce constat ouvre de nouveaux espaces à la stigmatisation, aux atteintes à l'intégrité personnelle et à la discrimination. Cette remarque s'applique également à l'option consistant à introduire une troisième possibilité d'inscription en plus du « féminin » et du « masculin ». Certes, à la différence de la précédente, cette option exprime l'idée que d'autres catégories sexuelles constituent un « cas normal » d'enregistrement officiel du sexe n'appelant aucune justification de la part des personnes concernées. À ce titre, elle supprime des obstacles importants dans la manière dont l'État traite la question de l'enregistrement du sexe. Dans le même temps, elle est confrontée à la difficulté de concevoir une possibi-

lité d'inscription qui soit suffisamment large pour tenir compte des identités de genre dans toute leur diversité. En outre, il serait illusoire de penser que la création de catégories officielles supplémentaires peut résoudre le problème de la discrimination et du manque de reconnaissance des différentes identités de genre. Au contraire, la catégorisation supplémentaire qu'implique cette troisième possibilité d'inscription pourrait, en l'absence de mesures d'accompagnement suffisantes, venir renforcer les stigmatisations et les discriminations existantes.

L'option consistant à renoncer entièrement à l'enregistrement du sexe revient pour l'État à ne plus se référer à la binarité des sexes. À ce titre, elle se heurte au problème que la binarité sexuelle continue de bénéficier d'un fort ancrage culturel et d'une large acceptation, ce qui en fait un sujet particulièrement sensible. Si la NEK-CNE reconnaît explicitement cette difficulté, les considérations qui précèdent l'amènent néanmoins à conclure que l'abandon de l'enregistrement officiel du sexe représente la solution qui doit être privilégiée du point de vue éthique. Certes, un tel changement aurait des répercussions considérables, et pertinentes sur le plan éthique, qui ne concerneraient pas uniquement des intérêts publics actuels dans ce domaine et la nécessité d'adapter le cadre juridique en vigueur, mais aussi les conditions sociales que le franchissement d'une telle étape favoriserait. La commission considère qu'il est nécessaire à ce stade d'examiner plus en profondeur ces implications.

Pour ces différentes raisons, la commission recommande une approche en plusieurs étapes. Une base légale introduisant une troisième possibilité d'inscription devra tout d'abord être créée. Plusieurs catégories sexuelles supplémentaires ou une nouvelle catégorie accompagnée d'un complément optionnel devraient être prévues. La solution retenue devra pouvoir inclure autant d'identités de genre différentes que possible. Il serait par conséquent préférable d'éviter une solution restrictive telle que l'inscription « X » et de privilégier une possibilité d'inscription ouverte correspondant au moins à la catégorie « divers » telle qu'elle a été introduite en Allemagne. Même si cette troisième possibilité d'inscription représente, selon la

commission, une amélioration substantielle par rapport à la situation actuelle, il est à prévoir que ses insuffisances, et notamment son incapacité à résoudre le problème de la discrimination, deviendront rapidement manifestes. C'est pourquoi la commission recommande de lancer en parallèle un processus visant à examiner de manière plus approfondie l'option d'un abandon général de l'inscription du sexe. Même si elle nécessitera à n'en pas douter un travail considérable d'adaptations législatives, le défi principal que devra relever cette option ne sera pas de nature juridique ou politique, mais consistera à pouvoir compter sur une acceptation sociale suffisante. Il est d'autant plus important de procéder au préalable à une évaluation approfondie des conditions et des effets concrets d'un abandon de l'enregistrement officiel du sexe. Cette évaluation devrait prendre comme point de départ les interdépendances déjà mentionnées entre la réglementation juridique et la norme sociale, identifier les besoins d'adaptation concrets et montrer comment cette étape s'inscrit dans le contexte des évolutions internationales en cours. La suite du processus politique devra être analysée sur cette base.

Soucieuse de renforcer l'autodétermination, la protection de la vie privée et l'intégrité personnelle, la commission considère que le choix d'une troisième possibilité d'inscription – mais aussi, le cas échéant, l'abandon de l'enregistrement du sexe – ne devrait pas être conditionné à des critères particuliers, notamment médicaux. La modification d'une inscription existante devrait, elle aussi, être régie par des procédures rapides, simples et transparentes, ne nécessitant pas la présentation de rapports médicaux. Enfin, la commission tient à rappeler, dans ce contexte, que les opérations d'assignation sexuelle sur des enfants intersexués incapables de discernement devraient être interdites en l'absence d'indication médicale.

Comme cela a été souligné à plusieurs reprises, la réglementation de l'enregistrement officiel du sexe ne représente qu'un élément parmi d'autres de la lutte contre les atteintes encore nombreuses à la dignité humaine et contre les discriminations fondées sur l'identité de genre. La commission invite donc toutes les instances compétentes, indépendamment de la ques-

tion de l'enregistrement du sexe, à redoubler d'efforts et, le cas échéant, à renforcer l'arsenal législatif pour lutter contre ces discriminations, par exemple sur le marché du travail ou dans le domaine de la formation. L'enjeu est notamment de concevoir les espaces et les services publics de manière à ce qu'ils puissent répondre aux besoins des personnes ayant une identité de genre non binaire, des personnes trans\* et des personnes intersexuées.

## 7. Bibliographie

Agius, Silvan (2015) : *Human Rights and Intersex People. Issue Paper*, Council of Europe Commissioner for Human Rights.

Ansara, Gävi, Sue Webeck, Morgan Carpenter, Peter Hyndal und Sally Goldener (2015): Commonwealth Attorney-General's Department Review of the Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, Sydney, [online] <https://lgbtihealth.org.au/wp-content/uploads/2015/10/FOR-DISTRIBUTION-AGD-Sex-and-Gender-Guidelines-Review-Advisory-Group-Endorsement-Letter.pdf> [2020.05.05].

Australian Passport Office (2020) : Sex and Gender Diverse Passport Applicants, [online] <https://www.passports.gov.au/passports-explained/how-apply/eligibility-citizenship-and-identity/sex-and-gender-diverse-passport> [consulté le 5.5.2020].

Baer, Susanne (2008) : Recht. Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung – Gender-Studies zum Recht, in : Ruth Becker et Beate Kortendiek (dir.), *Handbuch frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie*, 2<sup>e</sup> édition, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, 547-556.

Blackless, Melanie, Anthony Charuvastra, Amanda Derryck, Anne Fausto-Sterling, Karl Lauzanne et Ellen Lee (2000) : How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis, in : *American Journal of Human Biology*, 12(2), 151-166.

Bocheneck, Michael et Kyle Knight (2012) : Establishing a Third Gender Category in Nepal : Process and Progress, in : *Emory International Law Review*, 26, 11-41.

Braunschweig, Lila (2020) : Abolishing Gender Registration. A Feminist Defence, in : *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 76-97.

Brubaker, Rogers (2016) : *Trans : Gender and Race in an Age of Unsettled Identities*, Princeton et Oxford : Princeton University Press.

Büchler, Andrea et Michelle Cottier (2012) : *Legal Gender Studies. Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung*, Zurich, Saint-Gall et Baden-Baden : Dike Verlag et Nomos Verlag.

Büchler, Andrea et Michelle Cottier (2005) : Intersexualität, Transsexualität und das Recht. Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, in : *Freiburger FrauenStudien*, 17, 115-140.

Bundesamt für Justiz (2019) : Personenstandsgesetz (PStG), [online] <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html> [consulté le 16.7.2020].

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (2018) : Zusätzliche Geschlechtsbezeichnung «divers» für Intersexuelle eingeführt – Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, Pressemitteilung vom 14. Dezember 2018, [online] <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2018/12/drittes-geschlecht.html> [consulté le 14.4.2020].

Bundesverfassungsgericht (2017) : 1BvR 2019/16 [online] [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010\\_1bvr201916.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html) [consulté le 2.6.2020]

Burgwal, Aisa, Natia Gvianishvili, Vierge Hård, Julia Kata, Isidro García Nieto, Cal Orre, Adam Smiley, Jelena Vidic et Joz Motmans (2019) : Health Disparities Between Binary and Non binary Trans People. A Community-Driven Survey, in : *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 218-229.

Cannoot, Pieter et Mattias Decoster (2020) : The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination. An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis, in : *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 26-55.

De Clercq, Eva et Jürg Streuli (2019) : Special Parents for « Special » Children ? The Narratives of Health Care Providers and Parents of Intersex Children, in : *Narrative Inquiry in Bioethics*, 9(2), 133-147.

Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (NEK-CNE) (2012) : *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel : Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, prise de position n° 20, Berne.

Conlin, Sarah E., Richard P. Douglass, Dylan M. Larson-Konar, Melissa S. Gluck, Cassandra Fiume et Martin Heesacker (2019): Exploring Nonbinary Gender Identities. A Qualitative Content Analysis, in : *Journal of LGBT Issues in Counseling*, 13(2), 114-133.

Conseil de l'Europe (2015) : La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe (résolution 2048), Strasbourg, [online] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21736&lang=FR> [consulté le 2.5.2020].

Conseil des droits de l'homme (2011) : Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre (résolution A/HRC/17/L.9/Rev.1), [online] <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/77/PDF/G1114877.pdf> [consulté le 2.5.2020].

Conseil d'éthique allemand (2012) : *Intersexualité*, avis du 23 février 2012, Berlin.

Conseil fédéral suisse (2019) : Message du 6 décembre 2019 concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), FF 2020 779 <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/779.pdf> [consulté le 28.9.2020].

Deutsches Institut für Menschenrechte (2017): *Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*. Verfasst von Nina Althoff, Greta Schabram, Petra Follmar-Otto. Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität, Bd. 8, Berlin: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, [online] <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/8a02a557eab695bf7179ff2e92d0ab28/imag-band-8-geschlechtervielfalt-im-recht-data.pdf> [2020.07.25].

European Agency for Fundamental Rights (FRA) (2020) : *A Long Way to Go for LGBTI Equality* (EU-LGBTI II), Luxembourg : Publications Office of the European Union.

Evangelischer Kirchenbund (2018) : Leitfaden für eine gendergerechte Sprache, [online] <https://www.ref.ch/news/kirchenbund-spricht-empfehlungen-fuer-eine-gendergerechte-sprache-aus/> [consulté le 19.4.2020].

Fausto-Sterling, Anne (2000) : *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York : Basic Books.

Feinberg, Joel (1980) : The Child's Right to an Open Future, in : William Aiken et Hugh LaFollette (dir.) : *Whose Child ? Children's Rights, Parental Authority and State Power*, Totowa NJ : Rowman and Littlefield, 124-153.

Fraser, Nancy und Alex Honneth (2003): *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Gemeindeamt Kanton Zürich (2019) : Namensangleichung an Geschlechtsidentität, [online] [https://gaz.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/gaz/de/namensaenderung/namensangleichung\\_geschlechtsidentitaet.html](https://gaz.zh.ch/internet/justiz_inneres/gaz/de/namensaenderung/namensangleichung_geschlechtsidentitaet.html) [consulté le 14.4.2020].

Gender-Portal der Universität Duisburg-Essen : Geschichte der Zweigeschlechtlichkeit, Universität Duisburg Essen, [online] <https://www.uni-due.de/genderportal/geschlechtergeschichte> [consulté le 10.9.2020].

Goffman, Erving (2002) : *L'arrangement des sexes*. Paris : La Dispute (« Le genre du monde »).

Government Equalities Office (2018) : National LGBT Survey : Research Report, [online] [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/721704/LGBT-survey-research-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/721704/LGBT-survey-research-report.pdf) [consulté le 24.4.2020].

Hammarberg, Thomas (2010) : *Menschenrechte und Geschlechtsidentität* (Tvt-Schriftenreihe, Bd. 2), Berlin : TransInterQueer e. V.

Hausen, Karin (1976) : Die Polarisierung der « Geschlechtscharaktere ». Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben, in : Werner Conze (dir.), *Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas. Neue Forschungen*, Stuttgart : Ernst Klett Verlag, 363-393.

Heintz, Bettina et Eva Nadai (1989) : Geschlecht und Kontext. De-Institutionalisierungsprozesse und geschlechtliche Differenzierung, in : *Zeitschrift für Soziologie*, 27(2), 75-93.

Herman, Jody (2013) : Gendered Restrooms and Minority Stress. The Public Regulation of Gender and Its Impact on Transgender People's Lives, in : *Journal of Public Administration and Social Policy*, 19(1), 65-80.

Hoenes, Josch, Eugen Januschke et Ulrike Klöppel (2019) : Häufigkeit normangleichender Operationen « uneindeutiger » Genitalien im Kindesalter. Follow Up-Studie, Ruhr-Universität Bochum, [online] <https://www.bmfsfj.de/blob/136860/54ea839a1a2894a58ba75db04c7be43b/studie-zu-normangleichenden-operationen-uneindeutiger-genitalien-im-kindesalter-data.pdf> [consulté le 27.5.2020].

Holzer, Lena (2020) : Smashing the Binary ? A New Era of Legal Gender Registration in the Yogyakarta Principles Plus 10, in : *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 98-133.

Holzer, Lena (2018) : *Non-Binary Gender Registration Models in Europe : Report on Third Gender Marker or No Gender Marker Options*, ILGA Europe.

Houben, Malin, Gabriele Dennert, Muriel González Athenas et Constance Ohms (2019) : Gesundheit « jenseits der Mann/Frau-Binarismen ». Bedarfe an eine nicht-normative Versorgung in Bezug auf Körper, Geschlecht und sexuelle Orientierung, in : Max N. Appenroth et María do Mar Castro Varela (dir.), *Trans & Care. Trans Personen zwischen Selbstversorgung, Fürsorge und Versorgung* (Gender Studies), Bielefeld : Transcript, 103-123.

Human Rights Watch (2011) : *Controlling Bodies, Denying Identities. Human Rights Violations Against Trans People in the Netherlands*, [online] <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/netherlands0911webwcover.pdf> [consulté le 5.5.2020].

Jacke, Katharina (2019) : Medizinische Trans Konzepte im Wandel, in : Max N. Appenroth et María do Mar Castro Varela (dir.), *Trans & Care. Trans Personen zwischen Selbstversorgung, Fürsorge und Versorgung* (Gender Studies), Bielefeld : Transcript, 55-74.

James, Sandy E., Jody L. Herman, Susan Rankin, Mara Keisling, Mottet, Lisa, et Ma'ayan Anafi (2016) : *The Report of the 2015 U.S. Transgender Survey*, Washington, DC : National Center for Transgender Equality.

Jellestad, Lena, Tiziana Jäggi, Salvatore Corbisiero, Dirk J. Schaefer, Josef Jenewein, Andres Schneeberger, Anette Kuhn et David Garcia Nuñez (2018) : Quality of Life in Transitioned Trans Persons : A Retrospective Cross-Sectional Cohort Study, in : *BioMed Research International*.

Jones, Bethany A., Alter P. Bouman, Emma Haycraft und Jon Arcelus (2019): Mental Health and Quality of Life in Non-binary Transgender Adults: A Case Control Study, in: *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 251-262.

Jones, Tiffany et Lynne Hillier (2013) : Comparing Trans-Spectrum and Same-sex-Attracted Youth in Australia : Increased Risks, Increased Activisms, in : *Journal of Medical Ethics* 10 (4), 287-307.

Klöppel, Ulrike (2016) : Zur Aktualität kosmetischer Operationen « uneindeutiger » Genitalien im Kindesalter, in : *Bulletin Texte*, Zentrum für Transdisziplinäre Geschlechterstudien, Humboldt-Universität zu Berlin, 42, 3-85.

Lash, Scott und Mike Featherstone (2002): *Recognition and Difference. Politics, Identity, Multiculture*, London: Sage Publications.

Liszewski, Walter, J. Klint Peebles, Howa Yeung et Sarah Arron (2018) : Persons of Nonbinary Gender – Awareness, Visibility, and Health Disparities, in : *New England Journal of Medicine*, 379, 2391-2393.

Maltese Parliament (2015) : Gender Identity, Gender Expression, and Sex Characteristics Act, 14.4.2015, [online] <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1> [consulté le 14.4.2020].

Meadow, Tey (2018) : *Trans Kids. Being Gendered in the Twenty-First Century*, Oakland : University of California Press.

Monro, Surya (2019) : Non-binary and Genderqueer. An Overview of the Field, in : *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 126-131.

Newcomb, Michael E., Ricky Hill et Kathleen Buehler (2020) : High Burden of Mental Health Problems, Substance Use, Violence, and Related Psychosocial Factors in Transgender, Non-Binary, and Gender Diverse Youth and Young Adults, in : *Archive of Sexual Behavior*, 49, 645-659.

Nieder, Timo O., Guy T'Sjoen, Walter P. Bouman et Joz Motmans (2018) : Transgender Healthcare for Non-binary or Genderqueer People. Interdisciplinary Perspectives in a Clinical Challenge, in : *International Journal of Transgenderism*.

Office fédéral de l'état civil (OFEC) (2014) : *Intersexualité : inscription et modification du sexe et des prénoms dans le registre de l'état civil*. Communications officielles OFEC, no 140.15 du 1er février 2014.

OII Deutschland (2013) : Aus aktuellem Anlass : Verpflichtende Offenlassung der Geschlechtszugehörigkeit tritt am 1.11.2013 in Kraft, [online] <https://oiigermany.org/aus-aktuellem-anlass-verpflichtende-offenlassung-geschlechtszugehoerigkeit-tritt-am-1-11-2013-in-kraft/> [consulté le 2.6.2020].

OII Europe (2018) : WHO publishes ICD-11 – and No End in Sight for Pathologisation of Intersex People, du 19 juin 2018, [online] <https://oiieurope.org/who-publishes-icd-11-and-no-end-in-sight-for-pathologisation-of-intersex-people/> [consulté le 22.7.2020].

Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) (2015) : Documents de voyage lisibles à la machine. Partie 4 : Spécifications pour les passeports lisibles à la machine (PLM) et autres DVLM de format TD3 (Doc 9303), 7<sup>e</sup> édition, 2015 [online] [https://www.icao.int/publications/Documents/9303\\_p4\\_cons\\_fr.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/9303_p4_cons_fr.pdf) [consulté le 23.7.2020].

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

Principes de Jogjakarta plus 10 (2017) : *Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta*, Genève.

Queeramnesty (2016) : Intersex : Malta geht voran, du 26.4.2016, [online] <https://queeramnesty.ch/intersex-malta-geht-voran/> [consulté le 28.9.2020].

Recher, Alecs (2018) : Kritik an Transmenschen-Gesetzesentwurf : « Der Bundesrat signalisiert : Ihr existiert nicht », Watson du 24.5.2018, [online] <https://www.watson.ch/schweiz/interview/190564726-kritik-an-transmenschen-gesetzesentwurf-der-bundesrat-signalisiert-ihr-existiert-nicht> [consulté le 8.5.2020].

Richards, Christina, Walter P. Bouman, Leighton Seal, Meg J. Barker, Timo O. Nieder et Guy T'Sjoen (2016) : Non-binary or Genderqueer Genders, in : *International Review of Psychiatry*, 28(1), 95-102.

Rimes, Katharine A., Nicola Goodship, Greg Ussher et Dan Baker (2017) : Non-binary and Binary Transgender Youth. Comparison of Mental Health, Self-harm, Suicidality, Substance Use and Victimization Experiences, in : *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 1-11.

Scottish Trans Alliance (2015) : *Non-binary People's Experiences in the UK*, Edinbourg : Scottish Trans.

shuster, stef m. et Ellen Lamont (2019) : Sticks and Bones Break Our Bones, and Words Are Damaging. How Language Erases Non-binary People, in : Ruth Pearce, Igi Moon, Kat Cuepta et Deborah Lynn Steinberg (dir.), *The Emergence of Trans : Cultures, Politics and Everyday Lives* (Gender, Bodies and Transformation), Londres et New York : Routledge, Taylor & Francis Group, 103-115.

Silbermayr, Ernst (2016) : Trans-Identitäten, in : *Zeitschrift für Psychodrama und Soziometrie* (Suppl 2), 15, 61-73.

Streuli, Jürg C., Effy Vayena, Yvonne Cavicchia-Balmer et Johannes Huber (2013) : Shaping Parents. Impact of Contrasting Professional Counseling on Parents' Decision Making for Children with Disorders of Sex Development, in : *The Journal of Sexual Medicine*, 10(8), 1953-1960.

Tagblatt (2019) : Stern des Anstosses, [online] <https://www.tagblatt.ch/schweiz/stern-des-anstosses-ld.1093495> [consulté le 15.4.2020].

Tasmanian Government (2019) : Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act 2019, No. 7 of 2019, [online] <https://www.legislation.tas.gov.au/view/pdf/asmade/act-2019-007> [consulté le 16.7.2020].

Taylor, Charles (1992) : *Multiculturalisme : différence et démocratie*. [Paris] : Aubier.

Taylor, Jessica, Agnieszka Zalewska, Jennifer J. Gates et Guy Millon (2019) : An Exploration of the Lived Experiences of Non-binary Individuals Who Have Presented at a Gender Identity Clinic in the United Kingdom, in : *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 195-204.

TGEU (2015) : Trans Murder Monitoring, [online] <https://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/> [consulté le 3.5.2020].

TGNS Information : Combien de personnes trans\* vivent en Suisse ?, [online] <https://www.tgns.ch/fr/information-2/> [consulté le 3.5.2020].

TGNS(2019): Nicht binäre Geschlechtseinträge in der Schweiz: Bedürfnisse und Präferenzen nicht binärer Menschen, [online] [https://www.tgns.ch/wp-content/uploads/2019/11/19-11-26\\_Bericht-Umfrage-Geschlechtseintrag-dt.pdf](https://www.tgns.ch/wp-content/uploads/2019/11/19-11-26_Bericht-Umfrage-Geschlechtseintrag-dt.pdf) [consulté le 7.5.2020].

TGNS (2018) : Les personnes trans au travail, [online] <https://www.transwelcome.ch/fr/informationen/arbeitsituation-von-trans-menschen-frz/> [consulté le 3.5.2020].

Third International Intersex Forum (2013): Malta Declaration, [online] <https://oii-europe.org/malta-declaration> [2020.05.06].

Thorne, Nat, Andrew Kam-Tuck Yip, Walter P. Bouman, Ellen Marshall et Jon Arcelus (2019) : The Terminology of Identities Between, Outside and Beyond the Gender Binary – A Systematic Review, in : *International Journal of Transgenderism*, 20(2-3), 138-154.

TvT (2014) : Legal and Social Mapping – World #3. Community/Movement, Good Practices, Reports of Transphobic Incidents, [online] [https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/web\\_tvt\\_mapping\\_3\\_EN.pdf](https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/web_tvt_mapping_3_EN.pdf) [consulté le 26.5.2020].

Van den Brink, Marjolein et Peter Dunne (2018) : *Trans and Intersex Equality Rights in Europe – a Comparative Analysis (European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination)*, European Commission, Luxembourg : Publications Office of the European Union.

Van den Brink, Marjolein und Jet Tigchelaar (2014): *English Summary. M/F and Beyond Gender Registration by the State and the Legal Position of Transgender Persons*, Ministerie van Veiligheid & Justitie.

Venditti, Valeria (2020) : Gender Kaleidoscope : Diffracting Legal Approaches to Reform Gender Binary, in : *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 1(1), 56-75.

World Health Organization (WHO) (2019) : ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics, Version 4, [online] <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/90875286> [consulté le 24.7.2020].

Whyte, Stephen, Robert Brooks et Benno Torgler (2018) : Man, Woman, “Other” : Factors Associated with Non-binary Gender Identification, in : *Archive of Sexual Behavior*, 47, 2397-2406.

## 8. Liste des abréviations

CC	Code civil suisse
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CIM	Classification internationale des maladies
Cst.	Constitution fédérale la Confédération suisse
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
GIGESC Bill	Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (Malta)
NEK-CNE	Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEC	Ordonnance sur l'état civil (Suisse)
OFEC	Office fédéral de l'état civil
OFJ	Office fédéral de la justice (Suisse)
OMS	Organisation mondiale de la santé
PStG	Loi sur l'état civil (Personenstandsgesetz) (Allemagne)
TGEU	Transgender Europe
TGNS	Transgender Network Switzerland
TvT	Transrespect versus Transphobia Worldwide (projet de recherche de TGEU)

Ce document a été approuvé à l'unanimité par la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine le 5 octobre 2020

Membres de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine :

**Présidente**

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler

**Vice-président**

Prof. Dr. theol. Markus Zimmermann

**Membres**

Dr. phil. Christine Clavien, Prof. Dr. med. Samia Hurst, Prof. Dr. med. Dr. phil. Ralf Jox; Prof. Dr. iur. Valérie Junod, Prof. Dr. med. Dipl. Soz. Tanja Krones, Dr. med. Roberto Malacrida, Prof. Dr. theol. Frank Mathwig, Dr. med. Benno Röthlisberger, Prof. Dr. iur. Bernhard Rüttsche, Prof. Dr. Maya Zumstein-Shaha FAAN, Prof. Dr. iur. Brigitte Tag, PD Dr. med. Dorothea Wunder.

**Graphisme et mise en page**

Terminal8 GmbH, Monbijoustrasse 99, 3007 Bern, [www.terminal8.ch](http://www.terminal8.ch)

**Bureau**

Nadine Brühwiler, Dr. iur. Tanja Trost, Dr. theol. Jean-Daniel Strub, Dr. phil. Simone Romagnoli

**Commission nationale d'éthique  
dans le domaine de la médecine humaine**

**CH-3003 Berne**

**Tél. +41 58 480 41 07**

**Fax +41 31 322 62 33**

**[info@nek-cne.admin.ch](mailto:info@nek-cne.admin.ch)**

**[www.nek-cne.ch](http://www.nek-cne.ch)**

Cette prise de position est publiée en français, en allemand et en anglais.  
La version en allemand est la version d'origine.

© 2020 Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine, Berne. Reproduction autorisée avec mention de la source.