HAL
open science

Propositions de modification du commentaire de l'Ordre national des médecins sur l'article 41 du code de déontologie médicale

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Propositions de modification du commentaire de l'Ordre national des médecins sur l'article 41 du code de déontologie médicale. [Rapport Technique] Conseil national de l'Ordre des médecins. 2018. hal-02054456

HAL Id: hal-02054456

https://hal.science/hal-02054456v1

Submitted on 1 Mar 2019

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

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

Propositions de modification du commentaire de l'Ordre national des médecins sur l'article 41 du code de déontologie médicale[1]

Dr. Benjamin Moron-Puech
Université Panthéon-Assas
Laboratoire de sociologie juridique

Ces dernières années, l'appréhension du « transsexualisme » sur lequel se fonde le point 3 du commentaire de l'article 41 du code de déontologie médicale réalisé par l'Ordre, comme réalité sociale et comme concept juridique, a considérablement évoluée, en particulier sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la loi.

Cette évolution rend nécessaire celle des développements consacrés au « transsexualisme » par l'Ordre national des médecins dans son commentaire de l'article 41 du code de déontologie médicale.

Notre analyse aboutira donc à quelques propositions de modifications de ce commentaire (**PARTIE 1**), suivies d'une note explicative (**PARTIE 2**).

Pour être exhaustif, il serait également pertinent de réfléchir à ajouter à ce commentaire un nouveau point concernant une autre réalité sociologique, biologique et juridique, celles des personnes nées en état d'intersexuation, également appelées désignées comme les personnes présentant des variations du développement sexuel ou des différence du développement sexuel.

PARTIE 1 – PROPOSITION DE MODIFICATIONS DU POINT 3

Nous pouvons proposer les modifications suivantes dans le tableau ci-dessous, incluant en colonne de gauche la version actuelle du commentaire et, en colonne droite, nos propositions.

3 – TRANSSEXUALISME Le transsexualisme, transidentité, troubles de l'identité de genre, connu encore sous le terme de syndrome de Benjamin, tend à être plus souvent dénommé dysphorie de genre.	3 – ~~TRANSSEXUALISME~~ **Dysphorie de genre** ~~Le transsexualisme, transidentité, troubles de l'identité de genre, connu encore sous le terme de syndrome de Benjamin, tend à être plus souvent dénommé dysphorie de genre.~~ **La dysphorie de genre est la situation dans laquelle se trouvent placées certaines personnes transgenres.**

[1] Note de travail réalisée bénévolement à l'attention du Docteur Jean-Marie Faroudja, Président de la Section Éthique et Déontologie du Conseil National de l'Ordre des Médecins. Nous remercions Me Mila Petkova pour sa relecture et ses conseils avisés sur notre texte.

« *On entend par transsexuels les personnes qui tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre.* » (voir note 3)	~~« *On entend par transsexuels les personnes qui tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre.* » (voir note 3)~~ **On entend par personnes transgenres les personnes dont le genre assigné à la naissance (le plus souvent par l'inscription de la mention du sexe sur leur acte de naissance) ne correspond pas à leur identité de genre. Quant à la dysphorie de genre, elle désigne les différents troubles dont peuvent souffrir ces personnes du fait de la discordance entre leur genre assigné par autrui et leur identité de genre ressentie par eux. Cette souffrance n'affecte pas toutes les personnes transgenres. Pour celles affectées d'une dysphorie de genre, la souffrance ressentie peut être sensiblement réduite par un changement d'état civil mettant en accord la mention du sexe inscrit sur leur acte de naissance avec leur identité de genre et/ou par des actes médicaux de réassignation sexuée, dont certains peuvent constituer des interventions mutilantes au sens de l'article 41 (mammoplastie, gonadectomie, etc.).**
Il n'existe pas actuellement en France de législation spécifique sur ces questions, la jurisprudence prévaut.	~~Il n'existe pas actuellement en France de législation spécifique sur ces questions, la jurisprudence prévaut.~~ **La situation des personnes transgenre est en partie prévue par les textes légaux et réglementaires. Sont ainsi encadrés les conditions de changement de la mention du sexe à l'état civil (article 61-5 et suivants du code civil) et les conditions du remboursement des actes médicaux de réassignation sexuée (décret n° 2010-125 du 8 février 2010).**
Le transsexualisme, au regard des organismes d'assurance maladie, n'est plus actuellement abordé sous l'angle d'une pathologie psychiatrique. En effet, le décret n°2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la	~~Le transsexualisme, au regard des organismes d'assurance maladie, n'est plus actuellement abordé sous l'angle d'une pathologie psychiatrique. En effet, le décret n°2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la~~

définition de l'affection de longue durée : "affections psychiatriques de longue durée", a supprimé les mots " troubles précoces de l'identité de genre".	~~définition de l'affection de longue durée : "affections psychiatriques de longue durée", a supprimé les mots " troubles précoces de l'identité de genre".~~ **De ces textes légaux et réglementaires il découle que les personnes transgenre ne sont plus en tant que telles considérées par le droit français comme atteintes d'une affection psychiatrique. Pour autant, la dysphorie de genre dont souffrent certaines d'entre elles, notamment en raison de contraintes sociales pesant sur elles, continue à être prise en charge par les organismes d'assurance maladie en tant qu'affection longue durée dite hors liste (article D. 322-4 du code de la sécurité sociale) et non plus en tant qu'affection psychiatrique longue durée comme c'était le cas antérieurement au décret n° 2010-125 du 8 février 2010 précité.**
Pour autant les médecins comme les chirurgiens sont sollicités par des personnes qui désirent changer leur apparence afin de la mettre en conformité avec le sexe duquel elles se réclament.	~~Pour autant les médecins comme les chirurgiens sont sollicités par des personnes qui désirent changer leur apparence afin de la mettre en conformité avec le sexe duquel elles se réclament.~~
Le médecin et le chirurgien interviennent généralement dans un contexte de reconnaissance sociale demandée par ces personnes, qui souhaitent que soit indiqué, sur leur état civil, le sexe dont elles ont l'apparence.	Le médecin et le chirurgien**, sollicités par les personnes souffrant d'une dysphorie de genre,** ~~interviennent généralement~~ **peuvent intervenir** dans un contexte de reconnaissance sociale demandée par ces personnes, qui souhaitent que soit indiquée, sur leur état civil, ~~le sexe dont elles ont l'apparence~~ **une mention du sexe en adéquation avec leur identité de genre**.
Il convient de rappeler que la Cour de Cassation, à la suite d'une décision rendue le 25 mars 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme (note 4), a décidé le 11 décembre 1992 en Assemblée plénière (note 5) que *"lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le*	~~Il convient de rappeler que la Cour de Cassation, à la suite d'une décision rendue le 25 mars 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme (note 4), a décidé le 11 décembre 1992 en Assemblée plénière (note 5) que *"lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le*~~

principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence". De la décision de la Cour de Cassation, il ressort que trois conditions cumulatives sont nécessaires à la satisfaction de cette reconnaissance : • Le syndrome de dysphorie de genre doit avoir été médicalement constaté. • L'intéressé(e) doit avoir subi une opération de réassignation sexuelle • L'intéressé(e) doit avoir adopté, outre l'apparence physique du sexe opposé, le comportement social de celui-ci. Toutefois, dans sa circulaire DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, la Chancellerie rappelle que certaines juridictions du fond ont fait droit à des demandes de changement de sexe présentées par des personnes n'ayant pas subi l'opération de réassignation sexuelle mais rapportant la preuve de l'irréversibilité du processus de changement de sexe.	~~*principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence".*~~ ~~De la décision de la Cour de Cassation, il ressort que trois conditions cumulatives sont nécessaires à la satisfaction de cette reconnaissance :~~ ~~• Le syndrome de dysphorie de genre doit avoir été médicalement constaté.~~ ~~• L'intéressé(e) doit avoir subi une opération de réassignation sexuelle~~ ~~• L'intéressé(e) doit avoir adopté, outre l'apparence physique du sexe opposé, le comportement social de celui-ci.~~ ~~Toutefois, dans sa circulaire DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, la Chancellerie rappelle que certaines juridictions du fond ont fait droit à des demandes de changement de sexe présentées par des personnes n'ayant pas subi l'opération de réassignation sexuelle mais rapportant la preuve de l'irréversibilité du processus de changement de sexe.~~ **Jusqu'en 2016, le changement de sexe à l'état civil des personnes transgenre qui le souhaitaient était subordonné à la réalisation d'actes médicaux de réassignation sexuée.** **Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, la modification de la mention du sexe à l'état civil n'est plus subordonnée à la réalisation d'actes médicaux de réassignation sexuée. Ceux-ci peuvent assurément toujours être réalisés, mais ils ne sont plus une condition nécessaire dans le cadre d'un changement d'état civil.** **Comme le précise l'article 61-6 du code civil, introduit par la loi précitée, « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande [de modification de***

	la mention du sexe à l'état civil]. **»** **Si ce texte interdit donc de subordonner le changement d'état civil à des interventions souvent mutilantes de réassignation sexuée, il n'interdit nullement ces opérations. Au contraire, en les évoquant ici sans en condamner le principe, il souligne implicitement leur validité, à condition bien sûr de respecter les conditions communes à toute intervention médicale et posées par les autorités françaises, à savoir en principe une nécessité médicale et un consentement de l'intéressé (article 16-3 du code civil).**
Comme le précise la Haute Autorité de Santé, " le *chirurgien qui pratique une opération de réassignation sexuelle doit respecter les conditions de reconnaissance de la dysphorie de genre définies par les autorités.*" Aussi, avant d'accéder à la demande d'un transsexuel, il est recommandé de prendre les précautions suivantes : • observation clinique prolongée et compétente (expertise endocrinologique et psychiatrique notamment pour repérer d'éventuelles contre-indications) • période probatoire d'au minimum une année et psychothérapie d'essai avec le concours d'un spécialiste expérimenté dans les cas de transsexualisme ; • consultation de plusieurs spécialistes avant de retenir l'indication d'intervenir chirurgicalement. Bien que sur le plan pénal, la finalité thérapeutique de la chirurgie de réassignation sexuelle confère au chirurgien l'impunité légale, ce dernier doit argumenter soigneusement sa décision et prévoir d'avoir éventuellement à s'en justifier en cas de litige ultérieur.	Comme le précise la Haute Autorité de Santé, " le *chirurgien qui pratique une opération de réassignation sexuelle doit respecter les conditions de reconnaissance de la dysphorie de genre définies par les autorités.*" Aussi, avant d'accéder à la demande d'un transsexuel, il est recommandé de prendre les précautions suivantes : • observation clinique prolongée et compétente (expertise endocrinologique et psychiatrique notamment pour repérer d'éventuelles contre-indications) • période probatoire d'au minimum une année et psychothérapie d'essai avec le concours d'un spécialiste expérimenté dans les cas de transsexualisme ; • consultation de plusieurs spécialistes avant de retenir l'indication d'intervenir chirurgicalement. Bien que sur le plan pénal, la finalité thérapeutique de la chirurgie de réassignation sexu**elleée** ~~confère au chirurgien l'impunité légale~~ **constitue pour le chirurgien et son équipe une cause d'irresponsabilité pénale**, ce dernier doit argumenter soigneusement sa décision et prévoir d'avoir éventuellement à s'en justifier en cas de litige ultérieur.

Il devra également, comme l'y oblige l'article 35 du code de déontologie délivrer une information loyale, claire et appropriée sur l'état de la personne, les investigations et les soins qu'il propose.	Il devra également, comme l'y oblige l'article 35 du code de déontologie délivrer une information loyale, claire et appropriée sur l'état de la personne, les investigations et les soins qu'il propose. **Dans ce cadre, il devra notamment souligner à la personne que ces opérations ne sont plus nécessaires pour obtenir une modification de la mention du sexe à l'état civil.**
Il devra recueillir le consentement libre et éclairé de la personne, et ce par écrit.	Il devra recueillir le consentement libre et éclairé de la personne, et ce par écrit.
Enfin, selon les circonstances, le médecin peut estimer se trouver dans la situation prévue à l'article 47 ; il en appliquera alors les dispositions.	Enfin, selon les circonstances, le médecin peut estimer se trouver dans la situation prévue à l'article 47 ; il en appliquera alors les dispositions.

PARTIE 2 – NOTES EXPLICATIVES

Les présentes propositions de modifications sont fondées sur les développements présentés ci-dessous, qui sont le fruit des plus récentes évolutions législatives et jurisprudentielles en France.

I. L'interdiction de principe des actes mutilants

A. Le principe de l'interdiction

L'article 41 du code de déontologie médicale dispose que « *aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement* ».

Cet article interdit donc en principe le actes ayant pour conséquences l'ablation ou la dégradation partielle ou totale d'un membre, organe ou partie du corps aux conséquences irréversibles qu'il qualifie d'interventions mutilantes.

En ce sens, ces mutilations sont en principe interdites par le code pénal, dont l'article 41 du code de déontologie médicale est une transposition. En droit pénal, toute atteinte à l'intégrité physique d'un individu constitue une violence prévue et réprimée par les articles 222-7 et suivants du code pénal.

Les mutilations de l'article 41 du code de déontologie médicale sont prévues et réprimées par l'article 222-9 du code pénal selon lequel « *les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.* »

Par conséquent, toute personne réalisant un acte mutilant — y compris un médecin — engage sa responsabilité pénale.

B. L'exemption de responsabilité du médecin

Le code pénal tient compte de la spécificité de l'intervention du médecin et prévoit que le médecin n'engage pas sa responsabilité si son action s'inscrit dans l'un des *faits justificatifs* prévus par les articles 122-1 et suivants du code pénal.

Parmi ces faits justificatifs figure l'*autorisation de la loi* prévue par l'article 122-4 alinéa 1er du code pénal selon lequel « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.* »

Précisément, le médecin bénéficie d'une telle autorisation de la loi qui découle de l'article 16-3 du code civil selon lequel (nous mettons en gras) :

> « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de* ***nécessité médicale*** *pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.*
>
> *Le* ***consentement*** *de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* »

Autrement dit, ce texte permet au médecin de porter atteinte à l'intégrité du corps humain — y compris pour un acte mutilant — sous deux conditions de principe : **une nécessité médicale et un consentement**[2], conditions que nous avons estimé opportun d'introduire plus haut dans les propositions de modifications du commentaire de l'article 41.

Si les conditions de nécessité médicale et de consentement sont respectées, le professionnel de santé n'engage donc pas sa responsabilité pénale, non en raison d'une « *impunité* » comme l'indique le commentaire de l'article 41 du code, mais en raison d'une cause d'irresponsabilité et plus précisément d'un fait justificatif légal.

À ce titre, une intervention médicale chirurgicale d'une personne transgenre, réalisée sans intérêt thérapeutique pour ce patient, a abouti à la condamnation pénale du médecin auteur de l'acte mutilant.[3]

C'est sans doute en raison de la gravité de la peine encourue en cas d'absence de ces deux conditions que l'article 41 du code de déontologie médicale recommande au médecin de ne pratiquer une intervention mutilante qu'en cas de « *motif médical très sérieux* ».

De même, quant au consentement, l'article 41 du code de déontologie médicale prévoit une garantie supplémentaire en exigeant le recueil du consentement éclairé de la personne par écrit.

---

[2] Sur cette analyse, cf. C. Cousin, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Université Rennes 1, 2016, n°.

[3] Pour une illustration à propos d'une opération sur une personne transgenre jugée comme n'ayant « pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien », cf. Cass., crim., 30 mai 1991, n° 90-84.420, *Bull. crim.*, n° 232, p. 591 (https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007067159).

Deux cas particuliers d'interventions mutilantes nous semblent mériter un éclairage particulier en raison de leur complexité. Tel est le cas des personnes transgenre et des personnes mineures, en particulier intersexuées. Néanmoins, dans le cadre de cette note, nous nous concentrerons sur la seule situation des personnes transgenres.

II. Les interventions mutilantes sur les personnes en situation de « transsexualisme »

La dernière rubrique du commentaire de l'article 41 du code de déontologie médicale est consacrée au « transsexualisme ». Cette rubrique nécessite quelques modifications pour tenir compte des récentes évolutions du droit français et du droit européen. Celles-ci concernent la terminologie employée (A), le caractère pathologique ou non de la situation des personnes en situation de « transsexualisme », dites transgenre (B) et les règles sur l'état civil (C).

A. La question de terminologie

Le commentaire de l'article 41 se réfère à titre principal à l'expression de « transsexualisme » pour désigner la situation des personnes qui, « *tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre* ».

L'expression « transsexualisme » n'est plus aujourd'hui appropriée compte tenu des évolutions dans notre société qui a progressivement dissocié les questions de sexualité, de caractéristiques sexuées (biologiques) et d'identité de genre.

En effet, le terme « transsexualisme » repose sur deux confusions.

D'une part, le préfixe *–sexuel* (transsexuel) ou *–ualisme* (transsexualisme) laisse entendre qu'il s'agirait d'une question de sexualité. Or, tel n'est pas le cas : les personnes que l'on prétend désigner par ce terme sont d'abord insatisfaites du genre qui leur a été assigné à la suite de l'inscription de leur sexe sur leur acte de naissance. Elle ne cherchent pas nécessairement à agir sur leur sexualité.

D'autre part, l'expression « transsexualisme » repose sur une confusion du sexe et du genre, confusion est particulièrement manifeste dans la définition précitée du « transsexualisme » que fait sienne le commentaire de l'article 41. En effet, si l'on parle de « transsexualisme », c'est pour désigner un passage (d'où le préfixe *–trans*) d'un sexe à un autre (d'où l'usage — certes maladroit — du morphème *–sexualisme*). Or, si ce passage correspond encore à la volonté et au vécu de *certaines* personnes, tel n'est pas *toujours* le cas. De plus en plus de personnes ne souhaitent plus se soumettre à des actes médicaux en vue d'obtenir leur changement d'état civil ou à tout le moins ne sont en demande que de certains actes médicaux, une mammectomie ou une hormonothérapie par exemple. En revanche, chez toutes ces personnes, il y a une volonté de quitter le genre qui leur a été assigné à la naissance afin de le faire correspondre à leur identité de genre réelle. Voilà pourquoi, si l'on souhaitait regrouper l'ensemble de ces personnes, mieux vaudrait parler de personnes transgenre — et éventuellement de transgendérisme si véritablement le besoin de ce mot était ressenti — que de transsexualisme.

Le changement de terminologie présente également l'avantage de ne pas postuler en soi le caractère pathologique des personnes transgenre. Au contraire, le terme

« transsexualisme » est historiquement associé au terme de syndrome et suggère donc encore que les personnes transgenres seraient atteintes d'une pathologie.

Cette modification n'est en rien anecdotique mais permet de rendre compte de l'évolution la plus récente de la société française sur ce point et montrer que les médecins, et leur Ordre, comprennent le vécu des personnes transgenres qu'ils peuvent être amenés à prendre en charge.

B. La question du caractère pathologique des personnes transgenres

Dans sa version actuelle le commentaire de l'article 41 est quelque peu ambigu sur le caractère pathologique ou non du « transsexualisme », notamment en raison d'une analyse discutable de la législation existante. Une fois cette ambiguïté levée (1), il conviendra d'en tirer les conséquences quant au vocabulaire employé.

1. L'analyse du droit français

Notre première remarque concerne l'analyse du droit français qui est faite dans le commentaire de l'article 41 sur le caractère pathologique du « transsexualisme ».

Le commentaire de l'article 41 énonce que «*le transsexualisme, au regard des organismes d'assurance maladie, n'est plus actuellement abordé sous l'angle d'une pathologie psychiatrique* » et s'appuie sur le décret n° 2010-125 du 8 février 2010 qui a retiré de la liste des affections psychiatriques de longue durée les « *troubles précoces de l'identité de genre* ».

En réalité, le régime juridique y afférent est plus complexe car la dysphorie de genre — qualifiée de « *trouble de l'identité de genre* » par le décret n° 2010-125 du 8 février 2010 [4] — continue à être considérée comme une affection longue durée. Sans quoi, les personnes transgenres souffrant d'une dysphorie de genre ne pourraient bénéficier d'aucune prise en charge financière par les organismes de sécurité sociale des actes de réassignation sexuée auxquelles elles se soumettent. Le remboursement a alors lieu sur le fondement des ALD dites hors listes (article L. 322-4 du code de la sécurité sociale) et les caisses de sécurité sociale ont été incitées par le gouvernement à accepter systématiquement les demandes d'ALD hors listes pour dysphorie de genre qui leur seraient demandées[5]

En résumé, si le décret du 8 février 2010 a entendu dépsychiatriser les personnes transgenres en général, il n'a nullement remis en cause la pathologisation de la dysphorie de genre qui permet le remboursement des soins.

2. Le vocabulaire

Les propos liminaires du commentaire de l'article 41 sur le « transsexualisme » mettent sur le même plan des termes médicaux (troubles de l'identité de genre / syndrome de Benjamin / dysphorie de genre) et des termes renvoyant à des identité (transsexualisme et transidentité)[6].

---

[4] Sur le choix du vocable dysphorie de genre plutôt que celui de trouble de l'identité de genre, cf. la note de bas de page précédente.

[5] Art. 2 du décret du 8 févr. 2010, précité.

[6] Cette confusion est répandue également au niveau international puisque par exemple la 11e version provisoire de la classification internationale des maladies (CIM 11) propose le terme d'incongruence de genre. Or, ce

Cette assimilation est regrettable car elle laisse entendre que les personnes ayant une identité de genre ne correspondant pas au genre qui leur a été assigné à la naissance seraient nécessairement atteintes d'une pathologie.

Or, si ces personnes s'écartent de la norme statistique selon laquelle les individus se satisfont très majoritairement du genre qui leur est assigné à la naissance, cela n'implique pas qu'elles soient atteintes d'une pathologie. En effet, toutes les personnes transgenre ne sont pas dans une situation de souffrance psychique — associée notamment à des dépressions ou tentative de suicide — les conduisant à demander des actes de réassignation sexuée. Au sein des personnes transgenre, il convient de distinguer celles en souffrance et celles qui ne le sont pas. Ce n'est qu'à propos des premières qu'un diagnostic médical peut être posé, celui-ci pouvant être désigné par le terme de dysphorie de genre, préférable à celui de troubles de l'identité de genre[7].

Dès lors, il importe dans le commentaire de l'article 41 de bien dissocier les termes étrangers à un discours médical et ceux qui lui sont propres. Voilà pourquoi, pour désigner les personnes dont le genre assigné ne correspond pas au genre ressenti il convient d'user du terme non médical de *transgenre*, tandis que pour désigner au sein de ces personnes celles qui sont en souffrance et qui se tournent vers les professionnels de santé il est préférable d'user de l'expression médicale *dysphorie de genre*.

C. La question du lien entre l'état civil et les actes chirurgicaux

Depuis la dernière mise à jour du commentaire de l'article 41 par l'Ordre le 11 octobre 2012, des évolutions juridiques importantes sont intervenues concernant l'état civil, lesquelles impliquent de mettre à nouveau à jour les développements consacrés sur ce point par ledit commentaire.

Ces évolutions importantes procèdent des sources suivantes :

- la *loi de modernisation de la justice du XXIe siècle* du 18 novembre 2016, laquelle a introduit dans le code civil des articles 61-5 et suivants relatifs à la procédure de « *modification de la mention du sexe à l'état civil* » ;

- l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 6 avril 2017 concernant les conditions du changement de la mention du sexe à l'état civil.

Il résulte de ces différentes sources que le changement d'état civil a été démédicalisé[8], c'est-à-dire que les traitements de réassignation sexuée — traitements pouvant conduire à des

---

terme, qui par son vocable se veut détaché de toute référence pathologique, est néanmoins présent dans une classification des maladies, ce qui suggère qu'il est bien une maladie.

[7] En effet ce dernier terme peut laisser penser que le *trouble* viendrait de l'identité de genre elle-même, alors qu'existent de sérieuses raisons de penser que ce trouble est induit plutôt par la société dans laquelle ces personnes évoluent, société qui n'admettrait guère qu'on puisse être d'un genre féminin sans avoir un corps féminin. On utilisera donc ici plutôt l'expression dysphorie de genre, utilisée au demeurant dans la 10e version de la Classification internationale des maladies (CIM 10).

[8] Sous la réserve énoncée plus bas.

interventions mutilantes relevant de l'article 41 du code de déontologie médicale — ne sont plus une condition du changement de la mention du sexe à l'état civil. Le changement d'état civil ne nécessite plus de traitement mutilant.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt précité, a estimé que subordonner un changement de la mention du sexe à l'état civil à une condition de stérilisation méconnaissait le droit au respect de la vie privée résultant de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour la Cour, l'exigence de stérilisation plaçait les personnes transgenre devant un « *dilemme insoluble : soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisants ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique, qui relève notamment du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit* » (§ 132 de l'arrêt).

En revanche, comme nous l'avons souligné dans les commentaires que nous avons donnés de cette affaire dans les revues spécialisées[9], la Cour européenne des droits de l'homme n'a — de manière discutable — pas totalement démédicalisé la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, puisque la Cour a validé les exigences de psychodiagnostic et d'expertises médicales préalables. Seule la condition de stérilisation est donc expressément condamnée par la Cour.

Le législateur français, anticipant cette condamnation, est allé plus loin que la Cour dans la démédicalisation et, suivant notamment les recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[10] et du Défenseur des droits[11], il a énoncé à l'article 61-6 alinéa 3 que *« [l]e fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande [de changement de la mention du sexe].* »

Par ce texte, le législateur a donc interdit au juge de subordonner le changement de sexe à la réalisation d'acte mutilants et a mis fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui exigeait depuis 1992 une intervention médicale préalable au changement légal de sexe.

Aujourd'hui, la seule condition désormais exigée pour la modification de la mention du sexe est pour la personne qui en fait la demande de démontrer « *par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* » (article 61-5).

Si ce texte permet au demandeur transgenre de présenter des certificats médicaux attestant avoir subi des actes de réassignation sexuée et cela afin de prouver que son genre est distinct de son sexe inscrit à l'état civil, ces certificats ne sont plus obligatoires en raison de l'article 61-6 précité.

---

[9] « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des Droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2017, http://journals.openedition.org/revdh/3049 et « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 994-995, https://goo.gl/5HkRKZ.

[10] Résolution 2048 (2015), *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avr. 2015, § 6.2.2, http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21736&lang=FR.

[11] Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_cadre_mld-msp-2016-164.pdf.

*

* *

Tels sont les éléments que nous pouvons vous soumettre aux termes de l'analyse de la situation juridique et sociale des personnes transgenres. Nous nous tenons à votre disposition pour les détailler ensemble en étendant éventuellement la réflexion à la situation des personnes intersexuées.

Paris, le 3 janvier 2018.