

Paris, le 22 octobre 2015

Avis du Défenseur des droits MSP-2015-009

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le Code de la santé publique ;

Vu la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;

Vu la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique ;

L'attention du Défenseur des droits a été appelée en juin 2013 sur la situation des personnes transsexuelles de l'homme vers la femme, envisageant de s'engager dans un parcours de transition qui se sont vues opposer par des centres d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS), des décisions de refus à la suite des demandes d'autoconservation de leurs gamètes, qu'elles avaient formulées en application des dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique.

Les associations à l'origine de la saisine estiment que les dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique trouvent à s'appliquer de plein droit à la situation de ces personnes dès lors qu'il s'agirait de personnes dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée au sens du texte précité.

Le Défenseur des droits a recueilli les observations des Associations requérantes ainsi que celles des personnes concernées par les décisions de refus, puis il a demandé les observations du président de la Fédération française des CECOS et a sollicité la réflexion de l'Ordre national des médecins, de l'Agence de la biomédecine, de l'Académie nationale de médecine et du Comité consultatif national d'éthique (CCNE).

Le Défenseur des droits, se prononçant dans le strict cadre de sa saisine, formule un avis sur l'interprétation de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique.

Il transmet cet avis au garde des Sceaux, Ministre de la Justice et au Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes.

Il transmet également cet avis à la Fédération française des CECOS, à l'Ordre national des médecins, à l'Agence de la biomédecine, à l'Académie nationale de médecine et au Comité consultatif national d'éthique (CCNE), ainsi qu'aux associations auteures de saisines.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

I – La saisine du Défenseur des droits

Le Défenseur des droits a été saisi par des associations courant juin 2013.

Ces associations relatent que des personnes transsexuelles de l'homme vers la femme, envisageant de s'engager dans un parcours de transition qui comporte un traitement hormonal potentiellement stérilisant ainsi qu'éventuellement des actes de modification anatomique tels que l'orchidectomie, ont formulé des demandes d'autoconservation du sperme sur le fondement de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique auprès du centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme (CECOS) de Languedoc-Roussillon de l'hôpital Arnaud de Villeneuve à Montpellier, ainsi qu'auprès du CECOS de Midi-Pyrénées de l'hôpital Paule de Viguier à Toulouse.

Elles exposent que des décisions de refus ont été opposées à ces demandes, en raison du motif qu'elles invoquaient.

Elles estiment que des personnes transsexuelles de l'homme vers la femme, envisageant de s'engager dans un parcours de transition, devraient pouvoir bénéficier du cadre légal du recueil et de la conservation de leurs gamètes en vue de la réalisation ultérieure à leur bénéfice d'une assistance médicale à la procréation.

Les associations auteures de la saisine, demandent ainsi au Défenseur des droits de se prononcer sur l'application des dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique au bénéfice des personnes envisageant de s'engager dans un parcours de transition de l'homme vers la femme.

Selon l'article L.2141-11 du Code de la santé publique :

« Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle.

« Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. »

Le Défenseur des droits a recueilli les témoignages de personnes envisageant de s'engager dans un parcours de transition qui se sont vues opposer une décision de refus.

Le Défenseur des droits a pris connaissance des observations motivées de toutes les autres associations qui l'ont saisi.

Le Défenseur des droits a recueilli les observations du président de la Fédération française des CECOS.

Par lettres du 23 juillet 2013, Le Défenseur des droits a sollicité, sur la question posée par la saisine, la réflexion de l'Ordre national des médecins, de l'Agence de la biomédecine, de l'Académie nationale de médecine et du Conseil Consultatif National d'Éthique (CCNE). Le CCNE n'a pas, à ce jour, fait part de ses observations.

Des entretiens ont été menés avec les représentants de chacune de ces institutions.

Un représentant du Conseil de l'Ordre des médecins a été entendu le 30 janvier 2014 et l'Ordre national des médecins a transmis l'avis émis par sa section éthique et déontologie, sur la question posée.

Le Professeur Pierre JOUANNET, rapporteur du groupe de travail de la commission n°10 « reproduction et développement » de l'Académie nationale de médecine, et président du groupe de travail spécialement constitué pour répondre au Défenseur des droits, a été entendu et par lettre du 18 mars 2014, le secrétaire perpétuel de l'Académie a transmis au Défenseur des droits le rapport du groupe de travail constitué à cette fin.

La directrice générale de l'Agence de la biomédecine a été entendue et par lettre du 7 juillet 2014, a transmis au Défenseur des droits l'avis du conseil d'orientation de l'Agence en date du 26 juin 2014.

C'est en cet état que le Défenseur des droits émet l'avis suivant.

II - Positions exprimées

A - Position des associations requérantes

Les associations à l'origine de la saisine estiment toutes en substance, que les dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique trouvent à s'appliquer de plein droit à la situation des personnes envisageant de s'engager dans un parcours de transition, dès lors que selon elles, il s'agirait de personnes dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée au sens du texte précité.

Les associations estiment qu'un refus du bénéfice de ces dispositions, opposé aux personnes envisageant de s'engager dans un parcours de transition, alors qu'un tel bénéfice est accordé à d'autres personnes se trouvant en situations équivalentes susceptibles d'altérer leur fertilité, procède d'une fausse interprétation, ainsi que d'une application différenciée défavorable et donc inégale de la loi.

B - Position des institutions consultées

Ces réflexions sont émises par l'Ordre national des médecins, l'Agence de la biomédecine et l'Académie nationale de médecine.

- L'Ordre national des médecins

L'Ordre national des médecins a apporté une réponse dans un avis en date du 30 janvier 2014.

Il y exprime que « *dans le cadre strict des textes législatifs actuels, l'intervention des médecins doit se limiter à apporter à un couple homme-femme des propositions médicales susceptibles de répondre à une infertilité dont le caractère pathologique est dûment constaté* ».

Il estime qu'« *ainsi pourront être envisagées des solutions tendant à corriger, par des traitements et techniques appropriés, les causes ou les conséquences de pathologies parfaitement définies* ».

Pour l'Ordre national des médecins, « *le don et la conservation de gamètes notamment, doivent répondre à des demandes justifiées par une situation d'infertilité pathologique et conformes aux textes dans le respect de la dignité due à la personne et à l'embryon* ».

Selon l'avis du conseil de l'Ordre, « *toute autre demande de nature sociale ou de convenance personnelle ne relèverait pas de ce cadre pathologique et ne saurait trouver nécessairement une réponse auprès des médecins quels que soient les souhaits de la société* ».

- L'Agence de la biomédecine

Pour l'Agence de la biomédecine, l'article L.2141-11 du Code de la santé publique « combine des conditions relatives à la situation médicale de la personne avec des conditions relatives à l'usage ultérieur des gamètes ».

Elle estime que « s'agissant de la situation médicale, les personnes souhaitant avoir recours à une transformation médico-chirurgicale ou une stérilisation irréversible consécutive à une hormonothérapie, remplissent bien la première condition posée par l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, à savoir celle d'une prise en charge médicale susceptible d'altérer la fertilité ».

Elle estime toutefois qu'« en ce qui concerne les conditions relatives à l'usage ultérieur des gamètes, en l'état actuel du droit, la condition de la réalisation ultérieure à son bénéfice d'une assistance médicale à la procréation, ne peut être remplie ». Elle considère à cet égard que « compte tenu de l'interdiction de la gestation pour autrui en France et de l'impossibilité pour un couple de même sexe d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation, la conservation de ses gamètes ne pourrait légalement permettre une assistance médicale à la procréation ultérieure ».

Pour l'Agence, « l'autre condition posée par l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, à savoir la préservation et la restauration de la fertilité paraît en contradiction avec la démarche de changement de sexe induisant semble-t-il encore pour l'admission au changement d'état civil une certaine irréversibilité, sauf à évoquer un droit pour les personnes souhaitant initialement changer de sexe, à décider d'interrompre le processus en cours pour retrouver dans la mesure du possible, leur état antérieur et la fertilité qu'elles avaient avant le début des traitements ».

L'Agence suggère qu'« il pourrait être fait droit à la demande de ces personnes avant de commencer un traitement irréversible, en les informant du fait que, en l'état actuel du droit français, l'utilisation dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation des gamètes auto-conservées, sera impossible tout comme leur exportation, en dehors du territoire national ».

Un avis du conseil d'orientation de l'Agence du 26 juin 2014 développe cette position.

- L'Académie nationale de médecine

Enfin, l'Académie nationale de médecine a examiné « les modalités, les enjeux et les conséquences de l'utilisation éventuelle des cellules germinales auto-conservées, pour réaliser les différents types de projets de parentalité de couple que pourraient avoir les personnes transsexuelles ».

Au terme de son analyse, l'Académie nationale de médecine estime que « bien qu'elles soient peu nombreuses, les demandes de préservation de la fertilité des personnes recevant des traitements médicaux pour changer de sexe ne peuvent être ignorées ».

Pour l'Académie, « les personnes transsexuelles devraient être informées des conséquences des traitements médicaux qu'elles reçoivent, sur leur fertilité. En cas de projet parental éventuel, la prise en charge médicale des parcours de transition devrait exclure des actes de stérilisation chirurgicale et devrait favoriser des traitements hormonaux compatibles avec une réversibilité de la gamétogénèse. Dans ces conditions, il n'y aurait pas d'indication médicale à procéder à une autoconservation de gamètes ou de tissus germinaux chez les personnes transsexuelles. En outre selon l'Académie, aucune utilisation ne serait possible dans le cadre de la législation française actuelle ».

« En cas de demande d'autoconservation de gamètes, le type de projet parental envisagé devrait être évoqué avec les intéressés sans ignorer le défaut de cohérence pouvant se manifester entre identité de la personne, identité parentale et identité procréative. Ce projet ne saurait d'autre part ignorer ses conséquences pour le bien-être de l'enfant ».

« Les intérêts de l'enfant devraient être pris en compte ainsi qu'ils le sont dans les recommandations existantes pour l'ensemble des actes d'assistance médicale à la procréation ».

L'Académie nationale de médecine estime en outre qu'« étant donné l'absence presque totale de connaissances et les incertitudes existantes, les questions relatives à la procréation et à la parentalité des personnes ayant changé de sexe ou de genre devraient faire l'objet de recherches qui devraient notamment évaluer le développement et le vécu des enfants et des adolescents conçus dans ces circonstances ».

Pour l'Académie, « les demandes de conservation de gamètes (...) avant un traitement potentiellement stérilisant ne peuvent être refusées par principe, elles ne peuvent non plus être réalisées automatiquement ».

L'Académie émet l'avis que « la conservation éventuelle de gamètes ne peut être entreprise sans considérer leur utilisation potentielle en fonction des possibilités médicales et législatives existantes. Dans tous les cas, ce serait au médecin d'en assurer ou non la mise en œuvre au cas par cas en fonction des situations des personnes qui le sollicitent et de leurs projets parentaux potentiels ».

L'Académie exprime enfin le vœu que « les conditions réglementaires encadrant la conservation des gamètes et des tissus germinaux soient précisées, sans se substituer à la responsabilité médicale relative à ses indications et à sa mise en œuvre ».

III - Avis du Défenseur des droits

Il doit d'abord être observé que les personnes s'engageant dans un parcours de transition de l'homme vers la femme se trouvent dans une situation admise par la loi et dont la jurisprudence tire des conséquences au plan des droits de la personne.

Il s'agit donc d'une aspiration qui n'est pas contraire à l'ordre public et qui fait même l'objet d'une prise en compte étatique accompagnée, notamment par la couverture des assurances sociales.

Compte tenu de cette situation, il convient donc de s'assurer que le bénéfice de dispositifs existants, revendiqué comme une mesure d'accompagnement du parcours de transition, n'est pas refusé aux personnes concernées pour des motifs autres que ceux envisagés par le législateur.

Selon l'article L.2141-11 du Code de la santé publique :

« Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle.

« Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. »

Le libellé de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique impose que la réunion des conditions qu'il fixe, soit appréciée au jour où la demande d'autoconservation des gamètes est formulée par l'intéressé.

Cette observation liminaire implique que ne soient appréhendées que, d'une part la situation certaine de l'intéressé au moment où il formule sa demande ainsi que, d'autre part la préoccupation qu'il exprime alors, sans pouvoir donner lieu à une spéculation sur des intentions futures ou sur une situation personnelle à venir, qui ne peuvent en aucun cas être présumées.

A- Applicabilité du dispositif aux personnes s'engageant dans un parcours de transition de l'homme vers la femme

Il est acquis que les personnes s'engageant dans un parcours de transition de l'homme vers la femme, envisagent nécessairement d'abord le recours à l'administration massive d'hormones, puis seulement de manière éventuelle le recours à une transformation médico-chirurgicale qui ne peut d'ailleurs s'effectuer sans l'expression nouvelle d'une volonté.

Le recours à ces techniques les place évidemment en situation d'envisager la perte de leur faculté de procréation.

Il y a donc lieu d'abord d'examiner si la première condition posée par l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, à savoir celle d'une prise en charge médicale susceptible d'altérer la fertilité, leur est applicable.

1) La liaison du bénéfice de l'autoconservation des gamètes avec l'existence du traitement d'une pathologie n'est pas exprimée dans la loi

A plusieurs reprises il a été objecté que faute de s'exprimer dans le cadre du traitement d'une pathologie, la demande ne pourrait être regardée comme légitime.

Or, la liaison du bénéfice de l'autoconservation des gamètes avec l'existence du traitement d'une pathologie n'est pas exprimée dans la loi qui emploie à dessein le terme neutre de prise en charge médicale.

Il n'y a donc pas lieu pour l'application de la loi, de se placer sur le terrain de la recherche d'une pathologie particulière et de son traitement, sauf à ajouter au texte une condition qu'il ne prévoit pas.

2) Le risque d'infertilité apprécié au jour de la demande peut être regardé comme un évènement aléatoire

Il apparaît de la lettre du texte, que celui-ci a pour objet de parer à l'existence d'un risque d'infertilité présenté comme la survenue d'un évènement aléatoire.

Cet objet est traduit par les termes « *susceptible d'altérer* » et « *risque d'être prématurément altérée* ».

Il n'a donc pas une vocation spontanée à préparer un évènement délibérément recherché pour les effets qu'il va entraîner avec certitude.

Appliqué aux parcours de transition tels qu'ils ont été décrits au Défenseur des droits par les auteurs de la saisine et par les hautes instances qui ont été consultées, cet objet du texte doit poser la question de son applicabilité à un parcours incluant un acte médico-chirurgical (l'orchidectomie particulièrement), qui constitue par hypothèse, un acte accompli de pleine volonté impliquant avec certitude l'infertilité consécutive de celui qui en fait l'objet.

L'intervention médico-chirurgicale stérilisante ne procède évidemment pas de l'aléa traduit par « *la prise en charge médicale susceptible d'altérer la fertilité* » et celui qui en fait l'objet n'est pas une personne « *dont la fertilité risque d'être prématurément altérée* ».

Dès lors, la condition de l'aléa inhérente au droit ouvert par l'article L.2141-11 du Code de la santé publique pourrait paraître faire défaut et l'applicabilité du texte aux personnes désireuses de s'engager dans un parcours de transition apparaître incertaine.

Toutefois, la réalité des situations qui ont été présentées au Défenseur des droits au cours de l'instruction de sa saisine, montre qu'il existe une diversité dans les parcours de transition qui, s'ils débutent tous par l'administration massive d'hormones dans le cadre d'une prise en charge médicale, ne se poursuivent pas nécessairement par une intervention médico-chirurgicale stérilisante.

L'expertise recueillie auprès des praticiens, permet d'avancer en l'état des connaissances acquises, que la mise en œuvre de traitements hormonaux massifs peut entraîner un risque d'infertilité non réversible selon les sujets concernés, en l'absence même d'intervention médico-chirurgicale stérilisante dont la réalisation reste à l'état d'hypothèse, en début de parcours de transition.

Dès lors, il doit être considéré que la seule certitude exprimée par l'intéressé à l'instant où il formule la demande d'autoconservation de ses gamètes en début de parcours, reste celle d'être médicalement pris en charge en vue de l'administration massive d'hormones destinées à entraîner sur sa personne des modifications féminisantes.

Etant acquis que la mise en œuvre de traitements hormonaux est de nature à entraîner un risque d'infertilité non réversible selon les sujets concernés, l'aléa présumé par l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, doit être regardé comme caractérisé au jour où la demande est formulée.

En l'absence d'autre constatation objective imposée par le texte et susceptible d'être effectuée à l'instant où la demande est formulée, il n'est pas possible d'en exclure l'applicabilité aux personnes s'engageant dans un parcours de transition de l'homme vers la femme, au seul motif de l'hypothèse d'un acte chirurgical futur aux conséquences non aléatoires.

La circonstance qu'une intervention chirurgicale serait aujourd'hui regardée en jurisprudence comme une condition du changement d'état civil de la personne, ne peut être regardée comme déterminante à cet égard, dès lors que la modification de l'état civil reste elle aussi un événement futur et incertain, au jour où la demande d'autoconservation des gamètes est formulée.

Sur ce point, il apparaît au total que l'initiation d'un parcours de transition de l'homme vers la femme doit pouvoir être regardée comme l'une des hypothèses auxquelles l'article L.2141-11 du Code de la santé publique doit pouvoir répondre, dès lors que ce texte a pour objet de parer à l'existence d'un risque d'infertilité présenté comme la survenue d'un événement aléatoire constitué au jour de la demande par le risque généré par l'administration massive d'hormones.

Cette conclusion est par d'autres motifs, concordante, avec celle de l'Agence de la biomédecine. Elle est également en partie concordante avec celle de l'Académie de médecine.

B- Lien entre l'ouverture du droit à l'autoconservation et l'objet futur de la conservation

Les dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique lient d'une certaine manière l'objet de la conservation et l'ouverture du droit à l'autoconservation.

Le texte dispose que l'autoconservation est réalisée « *en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation* ».

A cet égard, l'objection formulée par l'Agence de la biomédecine pour laquelle, en l'état actuel du droit, la condition de la réalisation ultérieure au bénéfice de l'intéressé d'une assistance médicale à la procréation ne peut être remplie, doit être examinée.

Cette objection est également soulevée par l'Académie nationale de médecine en d'autres termes.

L'objection renvoie aux dispositions de l'article L.2141-2 du Code de la santé publique qui réserve l'assistance médicale à la procréation à « *l'homme et la femme formant le couple* ».

Toutefois, si l'objet de la conservation et l'ouverture du droit à l'autoconservation sont effectivement liés par le législateur, le texte implique seulement de se projeter dans l'avenir à la date où la demande d'autoconservation des gamètes est exprimée, pour évoquer à la fois les intentions futures de l'intéressé et la situation du couple qu'il pourrait alors former avec une autre personne.

Le texte n'a ni pour objet ni pour effet de limiter la faculté d'autoconservation aux personnes se trouvant au jour où elles en formulent la demande, dans une situation de vie de couple telle qu'envisagée par l'article L.2141-2 du Code de la santé publique.

Il est impossible d'exclure par présupposé, que la personne qui s'engage dans un parcours de transition ne puisse pas à terme former un couple tel que prévu par l'article L.2141-2 du Code de la santé publique.

Les situations qui peuvent advenir à terme sont multiples, que la personne souhaite ou non obtenir une modification de son état civil, qu'elle fasse ou non le choix de former un couple avec une personne du même sexe biologique ou du sexe biologique opposé ou avec une personne du même sexe d'état civil ou du sexe d'état civil opposé.

La diversité de ces situations ne permet pas d'affirmer par anticipation que la condition juridique de l'existence d'un couple constitué d'un homme et d'une femme exigée en l'état des textes, pour la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation, ne sera pas dans le futur remplie par une personne transsexuelle s'engageant dans un parcours de transition.

Dans ces conditions, il est impossible d'affirmer par avance que fera défaut, à terme, la condition prévue par l'article L.2141-2 du Code de la santé publique qui réserve l'assistance médicale à la procréation à « *l'homme et la femme formant le couple* » et d'exclure du bénéfice de l'article L.2141-11, pour ce motif, les personnes s'engageant dans un parcours de transition de l'homme vers la femme.

Sans pouvoir mettre obstacle aux demandes d'autoconservation de gamètes, l'intérêt de l'enfant qui est central dans la mise en œuvre des textes relatifs à la procréation, devrait être pris en compte lors d'une éventuelle assistance médicale à la procréation, rendue possible par l'autoconservation, au cas par cas, en fonction des situations particulières des personnes qui sollicitent les professionnels de santé et de leurs projets parentaux.

*
* *

En conséquence, le Défenseur des droits émet l'avis suivant :

L'article L.2141-11 du Code de la santé publique doit pouvoir être interprété comme permettant aux personnes qui s'engagent dans un parcours de transition de l'homme vers la femme, de se prévaloir de ses dispositions.

Transmissions :

Le Défenseur des droits adresse cet avis au Garde des sceaux Ministre de la Justice et au Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes.

Le Défenseur des droits décide d'adresser cet avis pour information à la Fédération française des CECOS, à l'Ordre national des médecins, à l'Agence de la biomédecine, à l'Académie nationale de médecine et au Comité consultatif national d'éthique (CCNE) ; ainsi qu'aux associations auteures des saisines.