

Paris, le 18 juin 2020

Décision-cadre du Défenseur des droits n°2020-136

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 la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu les Principes de Jogjakarta et notamment le principe n°3 ;

Vu la résolution 1728 (2010) du 29 avril 2010 et la résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ;

Vu la recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre du 31 mars 2010 ;

Saisi de nombreuses réclamations relatives au respect de l'identité de genre des personnes transgenres ;

Adopte la présente décision-cadre portant recommandations dans différents domaines.

Jacques TOUBON

L'identité de genre correspond à l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun et chacune, indépendamment de ses caractéristiques biologiques. Les personnes transgenres sont des personnes dont le genre ne correspond pas au sexe qui leur a été assigné à la naissance. Ces personnes peuvent, à tout moment au cours de leur vie, décider de s'engager dans un parcours de transition. Les parcours de transition sont d'une grande diversité. Si certaines personnes transgenres décident d'entamer une transition d'un genre à l'autre, d'autres refusent la binarité femme/homme. Il n'existe pas de parcours de transition type. Alors que certaines personnes modifient leur apparence physique ou utilisent un autre prénom et pronom pour les faire coïncider avec leur identité de genre (transition sociale), d'autres décident d'avoir recours à des traitements hormonaux ou des opérations chirurgicales pour modifier leur corps et parfois leur sexe (transition médicale). Les personnes transgenres peuvent également décider de modifier leur prénom ou la mention de leur sexe à l'état civil (transition juridique). Le Défenseur des droits tient à souligner que l'identité de genre comme les parcours de transition sont propres à chacun et chacune et relèvent de la vie privée et intime des personnes.

Si les notions de « transsexualisme », de « transsexuel », de « transsexuelle » ou encore d'« identité sexuelle » ont pu être employées par le passé, le Défenseur des droits recommande d'utiliser les termes « identité de genre » et « personnes transgenres » car la transidentité est une expérience indépendante de la morphologie et donc du sexe des personnes.

SOMMAIRE

I. ETAT CIVIL	4
La législation actuelle concernant les procédures de changement de prénom et de la mention du sexe à l'état civil	4
La jurisprudence de la CEDH et des éléments de droit comparé	6
La position du Défenseur des droits	8
II. EDUCATION	9
Le respect de l'identité de genre des mineurs et jeunes transgenres	9
L'inclusion des mineurs et jeunes transgenres dans le milieu scolaire et universitaire	10
La réédition des diplômes.....	12
III. EMPLOI	12
Créer un climat inclusif pour les personnes transgenres	13
Accompagner la transition	
IV. ACCES AUX BIENS & SERVICES	15
V. SANTÉ & PROTECTION SOCIALE	17
L'accès aux soins de transition pour les personnes transgenres.....	17
La prise en charge des transitions médicales.....	18
VI. DROITS SEXUELS & REPRODUCTIFS	21
L'autoconservation des gamètes	21
L'accès à l'assistance médicale à la procréation	23
Reconnaitre la double filiation maternelle ou paternelle	23
VII. PRIVATION DE LIBERTÉ	25
S Y N T H E S E D E S R E C O M M A N D A T I O N S D U DEFENSEUR DES DROITS	27

I. ETAT CIVIL

La législation actuelle concernant les procédures de changement de prénom et de la mention du sexe à l'état civil

Les procédures de changement de prénom(s) et de la mention du sexe à l'état civil ont été modifiées par le législateur français dans le cadre de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (loi J21).

Depuis l'adoption de cette loi, la procédure de changement de prénom est déjudiciarisée et toute personne peut demander à l'officier de l'état civil de changer de prénom en vertu de l'article 60 du code civil. Selon la circulaire du 17 février 2017 (NOR : JUSC1707863C) du ministère de la Justice précisant les modalités de cette procédure de changement de prénom, le demandeur ou la demandeuse remet à l'officier de l'état civil des pièces justifiant de son intérêt légitime à solliciter un tel changement. A titre indicatif, et sans condition cumulative, ces pièces peuvent toucher à l'enfance ou la scolarité de l'intéressé, à sa vie professionnelle, personnelle, ou administrative. Elle ajoute que des certificats émanant de professionnels de santé, faisant notamment état des difficultés rencontrées par l'intéressé porteur d'un prénom déterminé pourront utilement compléter la demande « *dans certaines hypothèses particulières* », sans autre précision. Elle dresse enfin un panorama de jurisprudences relatives à l'intérêt légitime et antérieures à la loi de 2016 : lorsque le motif invoqué tient à la « *transsexualité du demandeur* », la circulaire précise que, selon la jurisprudence, « *caractérise un intérêt légitime au changement de prénom, la volonté de mettre en adéquation son apparence physique avec son état civil en adoptant un nouveau prénom conforme à son apparence, et ce, indépendamment de l'introduction d'une procédure de changement de sexe* ».

La demande de changement de la mention du sexe est quant à elle portée devant le tribunal judiciaire, selon un cadre procédural déterminé par la loi J21. Désormais, « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre 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 peut en obtenir la modification* » en vertu du nouvel article 61-5 du code civil. Selon ce texte, les principaux faits peuvent être que la personne se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. La preuve de ces faits peut être rapportée par tous moyens, notamment par des attestations. L'article 61-6 du même code précise que « *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* ».

Si cette loi constitue une avancée pour les personnes transgenres, toutes les difficultés n'ont pas été levées. Bien que les procédures aient été simplifiées, les demandes de changement de prénom sont soumises à l'appréciation de l'officier d'état civil sous l'angle de l'intérêt

légitime. La caractérisation de l'intérêt légitime pour les personnes transgenres repose sur le décalage entre l'apparence physique et l'état civil. En application de cette circulaire, il appartient donc à l'officier d'état civil d'apprécier si l'apparence de la personne est masculine ou féminine. En cas de doute, il revient au procureur de la République saisi par l'officier de se prononcer pour qualifier l'apparence de masculine ou féminine et, selon cette qualification, de donner instruction de modifier ou non le prénom de la personne. Le Défenseur des droits a été saisi à plusieurs reprises concernant les difficultés rencontrées par plusieurs réclamants et réclamantes dans le cadre de leur demande de changement de prénom introduites auprès des officiers d'état civil compétents. Des décisions de rejet leur ont été opposées en raison d'un doute relatif à l'intérêt légitime de leur requête ou en raison du manque de production de preuves médicales, voire même de photographies.

Des différentes réclamations portées à la connaissance du Défenseur des droits, il apparaît que la lecture de la circulaire du 17 février 2017 diffère selon le lieu de domiciliation des demandeurs et demandeuses. Là où certaines mairies et/ou procureurs de la République estiment que la sollicitation de pièces médicales doit revêtir un caractère facultatif, à l'instar de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil devant le juge judiciaire, d'autres paraissent solliciter de façon systématique de telles pièces, sans prendre en considération dans leur décision les autres éléments produits pouvant attester de la légitimité de la demande.

Concernant le changement de la mention du sexe à l'état civil, le Défenseur des droits observe également que la procédure ne connaît pas une application uniforme sur le territoire. En dépit de la démedicalisation de la procédure, le Défenseur des droits a constaté, dans le cadre d'une réclamation portée à sa connaissance, qu'un tribunal de grande instance invitait les requérants, malgré les modifications apportées au code civil, à produire des « *pièces médicales de nature à établir la non concordance entre le sexe à l'état civil et le sexe revendiqué* ». À l'issue de l'instruction de ce dossier¹, le Défenseur des droits a rappelé la législation en vigueur² et le président du tribunal de grande instance a indiqué que la notice délivrée aux requérants lors du dépôt de leur dossier serait modifiée. Pour éviter que de telles situations ne se reproduisent, le Défenseur des droits a recommandé à la ministre de la Justice de « *veiller à ce que les demandeurs soient informés du caractère facultatif de la communication de pièces médicales à leur dossier, et que des instructions soient adressées dans ce sens* ».

La ministre a informé le Défenseur des droits qu'une notice destinée aux requérants préciserait les seules pièces utiles à produire avec la demande, à savoir « *la copie de la pièce d'identité ou de la carte de séjour du demandeur, la copie intégrale de moins de trois mois de son acte de naissance, la copie du livret de famille et tous témoignages, documents ou attestations utiles permettant de caractériser qu'elle est connue et qu'elle se réclame de ce sexe* ».

Toutefois, le Défenseur des droits continue d'être saisi de réclamations relatives à des refus d'accéder à une demande de modification de la mention du sexe à l'état civil. Par exemple,

¹ Décision du Défenseur des droits 2018-122 du 12 avril 2012.

² Nouvelles dispositions de la loi du 18 novembre 2016, décret n°2017-450 du 29 mars 2017 et circulaire du ministère de la Justice du 10 mai 2017.

une juridiction civile de première instance a refusé de faire droit à une demande au motif notamment que « *si les textes de loi n'exigent pas de traitement ou d'opération chirurgicale, la preuve d'un suivi régulier par un psychiatre et la décision de subir des opérations définitives empêchant toute grossesse pourrait permettre de s'assurer de la réalité de la volonté récente de changement de sexe de la part de l'intéressée, de façon stable, sans idée de retour en arrière* ». Il apparaissait que le juge de première instance avait sollicité du demandeur des pièces médicales afin d'apprécier sa requête et qu'il avait fondé sa décision de rejet par l'insuffisance de tels éléments à son dossier, pourtant non exigibles par les textes, et ce sans prendre en considération les autres éléments versés.

Le Défenseur des droits a estimé que l'obligation faite au requérant par la juridiction de verser des éléments attestant de sa volonté de subir une opération définitive, et par là même de rapporter la preuve de l'irréversibilité future de son apparence contrevenait tant à la jurisprudence européenne à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'aux dispositions législatives en vigueur et prévues aux articles 61-5 et 61-6 du code civil³.

Par un arrêt du 12 novembre 2019, la cour d'appel a été dans le sens des observations du Défenseur des droits et a infirmé le jugement de première instance. Considérant que l'ensemble des conditions légales étaient réunies, elle a ordonné que l'acte de naissance du requérant soit rectifié de sorte que la mention "sexe féminin" soit remplacée par celle de "sexe masculin", et que soit retranscrit le dispositif du jugement en marge de l'acte de naissance de l'intéressé⁴.

Si le Défenseur des droits salue les avancées prévues par la nouvelle législation, notamment la suppression de l'exigence de la preuve de l'irréversibilité de la transformation de l'apparence et donc de la stérilité, il regrette que les conditions de fond posées pour un changement de prénom ou de la mention du sexe à l'état civil ne soient pas pleinement satisfaisantes et que celles-ci soient toujours soumises à l'appréciation d'un juge⁵ ou d'un officier d'état civil. Il observe de surcroît que la législation actuelle et ses modalités d'application par certaines juridictions ou mairies sont susceptibles d'entraîner des procédures longues de plusieurs années obligeant les personnes transgenres à exposer leur vie privée et à justifier leur identité de genre à de multiples reprises, ce qui tend à les décourager à faire valoir leurs droits.

La jurisprudence de la CEDH et des éléments de droit comparé

Ces procédures pourraient ne pas répondre aux exigences posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) portant atteinte au droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention). En effet, comme la Cour a déjà eu

³ Décision du Défenseur des droits 2019-076 du 3 avril 2019.

⁴ Arrêt n°18/05109 du 12 novembre 2019 de la Cour d'appel de Versailles.

⁵ Décision cadre du Défenseur des droits MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016.

l'occasion de l'observer notamment dans un arrêt du 6 avril 2017⁶, « *la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, § 22), mais peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (Mikulic c. Croatie, arrêt du 7 février 2002, § 53) »*. A cet effet, depuis un arrêt de du 11 juillet 2002⁷, la Cour souligne que « *l'identité sexuelle est un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu, protégé par la Convention* ». De même, elle rappelle que « *la dignité et la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti* »⁸.

A plusieurs reprises, la CEDH a indiqué aux Etats membres du Conseil de l'Europe la nécessité de ne pas « *mettre en cause la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* »⁹. Dans un arrêt du 11 octobre 2018¹⁰, la Cour fait référence à la Recommandation CM/Rec (2010)¹¹ relative aux mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, dans laquelle le Comité des Ministres a préconisé aux Etats de permettre le changement de nom et de genre dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible¹². La Cour a rappelé ces exigences dans un arrêt du 17 janvier 2019.

Les nouvelles procédures instituées dans certains Etats européens semblent davantage respectueuses du droit à la vie privée. Par exemple, en Belgique, le changement de prénom des personnes transgenres s'effectue par demande, présentée à l'officier d'état civil, à laquelle est jointe une déclaration sur l'honneur du demandeur qui atteste qu'il ou elle a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement. De manière similaire, en Grande-Bretagne, la procédure dite du « *deed poll* » autorise un changement de prénom par déclaration. D'autres Etats européens ont complètement révisé les modalités de la reconnaissance juridique de l'identité de genre en optant pour une procédure de changement de prénom et de la mention du sexe déclaratoire auprès des autorités chargées de l'état civil, sans aucun recours à un médecin et/ou un juge. Le Danemark¹³ en 2014, puis Malte¹⁴ et l'Irlande¹⁵ en 2015, et la Norvège¹⁶ en 2016 ont mis en œuvre le principe d'auto-détermination des personnes transgenres en leur donnant la possibilité de modifier leur prénom et/ou la mention de leur sexe à l'état civil par une procédure déclaratoire. Ces procédures se basent sur des attestations sur l'honneur explicites déclarant que l'identité de genre ne correspond pas au sexe qui a été assigné à la naissance, mentionnant l'identité de genre et déclarant

⁶ CEDH, 6 avril 2017, A. P., Nicot et Garçon c. France, Req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

⁷ CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c. Royaume-Uni, Req. n°28957/95.

⁸ CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c. Royaume-Uni, Req. n°28957/95.

⁹ CEDH, 10 mars 2015, Y.Y. c. Turquie, Req. n° 14793/08.

¹⁰ CEDH, 11 octobre 2018, S.V. c. Italie, Req. n° 55216/08.

¹¹ Voir la Résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe et la Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010 lors de la 1081e réunion des Délégués des Ministres).

¹² Voir également le guide « Protection des droits de l'Homme des personnes transgenres » du Conseil de l'Europe, 2016.

¹³ Act on the Civil Registration System, 2014.

¹⁴ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015.

¹⁵ Gender Recognition Act 2015.

¹⁶ Lov om endring av juridisk kjønn, 2016.

vouloir vivre sous l'identité de genre avec tel sexe et/ou tel prénom.

La position du Défenseur des droits

A l'aune de la jurisprudence européenne et des réclamations qui lui sont portées, le Défenseur des droits considère que les procédures de changement de prénom et de la mention du sexe à l'état civil prévues par la législation actuelle restreignent encore de façon excessive l'exercice du droit au respect de la vie privée et à l'autodétermination des personnes transgenres. Le Défenseur des droits estime que la logique conduisant à permettre à la société, à travers un juge ou un officier d'état civil, de déterminer le genre d'une personne n'est pas satisfaisante et qu'il appartient à la personne à l'origine de la demande de déterminer son genre. Il estime en outre que les conditions d'ordre social qui se traduisent généralement par la production d'attestations liées au comportement social et/ou à l'expérience de vie dans le sexe revendiqué ne sont pas satisfaisantes : qu'est-ce qu'un comportement social attendu d'homme ou de femme ? Existe-t-il des standards de genre auxquels les caractéristiques physiques de chacun ou chacune pourrait se référer ? Ces éléments de preuve font l'objet d'une évaluation et d'une interprétation variables de la part des juges et des officiers d'état civil qui ont à en connaître. Si la caractérisation d'un intérêt légitime est pertinente pour changer de prénom, il n'appartient pas à l'officier d'état civil d'apprécier l'inadéquation entre l'apparence physique de la personne et son état civil, comme la loi l'exige actuellement.

Le Défenseur des droits considère que le fait d'imposer des justifications médicales et/ou sociales laissées à l'appréciation des autorités judiciaires et administratives en charge de statuer sur les situations individuelles des personnes transgenres est susceptible de constituer une violation du droit au respect de la vie privée des personnes transgenres au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En l'état actuel du droit, ni le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ni celui de l'immutabilité ne sont des principes absolus. Le législateur peut délimiter le périmètre de disponibilité de l'état civil et décider d'établir une procédure déclaratoire pour les demandes de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil. L'officier d'état civil pourrait donc enregistrer le changement de prénom et/ou la mention du sexe en se fondant sur la présentation d'une attestation sur l'honneur produite par la personne transgenre, tout comme il peut par exemple modifier l'état matrimonial des personnes lors de l'enregistrement de leur mariage. Ce document permettrait à la personne d'attester sur l'honneur qu'elle ne se reconnaît pas dans le sexe qui lui a été assigné à la naissance et qu'elle souhaite vivre pleinement et juridiquement sous son identité de genre. La condition d'intérêt légitime serait ainsi satisfaite par la production d'un tel formulaire.

En cas de doute sur le consentement libre et éclairé du demandeur ou de la demandeuse, l'officier d'état civil pourrait saisir le procureur de la République conformément à d'autres procédures en matière d'état civil. A ce titre, le Défenseur des droits rappelle que l'officier d'état civil agit toujours sous le contrôle et l'autorité du procureur de la République et qu'il doit le saisir notamment en cas de fraude.

Le nécessaire équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, et de protection de la vie privée d'autre part, peut ainsi être satisfait par une procédure déclaratoire de changement de prénom et de la mention du sexe de la personne transgenre.

Recommandation n°1 : Le Défenseur des droits recommande au ministère de la Justice de mettre en place des procédures de changement de prénom(s) et de la mention du sexe à l'état civil qui soient déclaratoires, accessibles et rapides, par la production auprès des officiers d'état civil d'une attestation sur l'honneur circonstanciée caractérisant un intérêt légitime, afin de garantir les droits fondamentaux et la dignité des personnes transgenres.

II. EDUCATION

Le respect de l'identité de genre des mineurs et jeunes transgenres

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle pose également des difficultés pour les mineurs transgenres. En effet, un mineur ou une mineure ne peut pas demander un changement de prénom ou de sexe à l'état civil, à moins d'être émancipé, si ses représentants légaux s'y opposent.

Or, l'impossibilité de voir leur identité de genre pleinement reconnue est source de nombreuses difficultés pour les mineurs ou jeunes transgenres. Les recherches démontrent que ces jeunes sont plus à risque de vivre des situations de détresse psychologique et des expériences de violence verbale, psychologique ou physique notamment à l'école. L'enquête

« Santé LGBTI » de 2017 montre que le climat scolaire ressenti par les jeunes transgenres est particulièrement dégradé. Plus de 80% des moins de 25 ans interrogés disent avoir vécu une scolarité « mauvaise » ou « très mauvaise » en raison de leur identité de genre¹⁷. Les diverses manifestations transphobes (rejet, injure, harcèlement, discrimination, violence) concourent bien souvent à un décrochage scolaire et durable.

Au-delà de la transphobie de certains élèves, les jeunes transgenres se heurtent à des obstacles pour faire accepter leur identité par leur établissement scolaire. L'enquête « Santé LGBTI » précitée révèle que seul 13 % des jeunes transgenres ont réussi à faire respecter leur identité choisie par leur établissement¹⁸. Le Défenseur des droits a ainsi été saisi par un lycéen transgenre car l'équipe enseignante de son établissement scolaire refusait de prendre en compte son identité de genre et de l'appeler par son prénom masculin, considérant qu'il demeurait une fille juridiquement. L'intervention du Défenseur des droits a

¹⁷ Enquête « Santé LGBTI » J. Dagorn, & A. Alessandrini, « La santé des élèves LGBTI », L'école des parents, 627(2), pp.28-29, 2017.

¹⁸ Enquête précitée.

permis de sensibiliser l'équipe éducative sur cette question et de l'amener à appeler le lycée concerné selon l'identité choisie. Le Défenseur des droits a également été saisi par un étudiant transgenre concernant les difficultés qu'il rencontrait au sein de son université. Ici encore le président de l'établissement refusait de permettre l'usage d'un prénom dit d'emprunt à l'étudiant. En raison de la discordance entre son apparence physique et le prénom qui figurait sur tous les documents publiés par l'université (carte étudiante, liste d'inscription aux examens, relevé de présence etc.), l'étudiant a été exposé à de nombreux propos vexatoires et questions intrusives de la part des professeurs et des autres étudiants.

Or, « *tout agissement lié à l'identité de genre subi par une personne (...) et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant, ou offensant* » caractérise une discrimination prohibée au sens de la loi du 27 mai 2008. Les mesures de harcèlement fondées sur l'identité de genre sont susceptibles de constituer en droit, soit une discrimination, soit une source de perturbations dans le déroulement de la vie quotidienne d'une personne transgenre portant atteinte à sa vie privée et familiale, au sens des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Comme rappelé précédemment, l'article 8 de la Convention dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Selon une jurisprudence constante de la Cour, la liberté des personnes de définir leur identité de genre constitue l'un des aspects les plus intimes de la vie privée qui est ainsi reconnue comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination¹⁹.

Par ailleurs, l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». L'article 12 garantit à un enfant capable de discernement le droit « d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

L'inclusion des mineurs et jeunes transgenres dans le milieu scolaire et universitaire

Le Défenseur des droits, à l'instar d'autres organisations européennes et internationales, recommande aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche de favoriser l'inclusion des jeunes transgenres en utilisant le prénom et le marqueur de genre choisi, en respectant leurs choix liés à l'habillement et en prenant en considération leur identité de genre pour l'accès aux espaces non mixtes existants (toilettes, vestiaires, dortoirs)²⁰.

A cet égard, il importe de relever que divers Etats (Malte, Irlande, Royaume-Uni, Pays-Bas,

¹⁹ CEDH, 12 juin 2003, Van Kück c. Allemagne, Req. n°35968/97 et CEDH, 10 mars 2015, YY c/Turquie, Req. n°14793/08.

²⁰ Avis du Défenseur des droits n°18-21 du 18 septembre 2018.

Canada, Australie, Japon) ont établi des politiques inclusives à l'égard des élèves et étudiants ou étudiantes transgenres²¹. Certains établissements d'enseignement supérieur français facilitent déjà le changement de leur prénom des étudiants et étudiantes transgenres au cours de leur scolarité (carte étudiante, attestation de scolarité, messagerie électronique, liste d'appel ou d'examen etc.) ou sur leurs diplômes. Le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche conformément à la politique gouvernementale de prévention des violences sexistes et sexuelles et de lutte contre la haine et les discriminations LGBT, a invité l'ensemble des établissements à respecter le prénom choisi. Il apparaît que ces bonnes pratiques devraient être généralisées en France afin de prévenir des situations de souffrance, de harcèlement discriminatoire et de violence.

Recommandation n°2 : Le Défenseur des droits recommande aux chefs d'établissement scolaire et d'enseignement supérieur de permettre aux mineurs et jeunes transgenres de se faire appeler par le prénom choisi, d'employer les pronoms correspondants (féminins, masculins ou non-binaires) et de respecter les choix liés à l'habillement, et en prenant en considération leur identité de genre pour l'accès aux espaces non mixtes existants (toilettes, vestiaires, dortoirs)²².

Le Défenseur des droits recommande aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche d'établir un guide de bonnes pratiques et des formations à destination des équipes éducatives et de mener des campagnes de prévention auprès des élèves et des étudiants pour favoriser l'inclusion des jeunes personnes transgenres.

Le Défenseur des droits rappelle que chaque situation doit faire l'objet d'une appréciation in concreto au regard de l'intérêt de l'enfant ou du jeune adulte concerné. Il importe de tenir compte de la volonté du mineur et de celle de ses représentants légaux, pour éviter qu'il ou elle se sente mis à part et stigmatisé davantage et que sa prise en charge au quotidien (famille, école, internat, vie sociale) soit cohérente.

La mise en place de telles mesures nécessite que le personnel de l'établissement soit préalablement formé et sensibilisé, puis vigilant, afin que l'identité de genre des enfants et jeunes transgenres soit respectée par toutes et tous. Alors que l'ampleur de la transphobie à l'école est démontrée par de nombreuses enquêtes²³ et que la responsabilité des autorités françaises pourrait être engagée, le Défenseur des droits regrette que la communauté éducative soit encore trop peu sensibilisée et mobilisée sur ce sujet. Il conviendrait que les ministères de l'Éducation nationale de l'Enseignement supérieur et de la recherche mettent en place un véritable plan d'action pour prévenir et lutter contre la transphobie en milieu scolaire et universitaire afin de garantir le respect des droits fondamentaux des enfants et des jeunes transgenres. Dans ce cadre, il est notamment nécessaire de relancer les

²¹ UNESCO, Réponses du secteur de l'éducation à la violence fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre, 2016, p. 83.

²² Avis du Défenseur des droits n°18-21 du 18 septembre 2018.

²³ Voir notamment l'enquête de l'IFOP réalisée en juin 2018 pour la Fondation Jean Jaurès en partenariat avec la DILCRAH.

campagnes de prévention et de lutte contre la transphobie à destination des élèves et étudiants, de former les personnels de la communauté éducative à la transidentité, et d'établir un cadre de référence en matière d'éducation à la sexualité et au genre. Le Défenseur des droits se réjouit du lancement en 2019 de la campagne de sensibilisation et de prévention « Collèges et lycées engagés contre l'homophobie et la transphobie : tous égaux, tous alliés » et encourage le ministère de l'Education nationale à poursuivre dans cette voie.

La réédition des diplômes

Concernant la réédition des diplômes, le Défenseur des droits a été saisi par une personne transgenre qui s'était vue refuser la réédition de son diplôme après avoir obtenu un changement de prénom et de sexe à l'état civil. Pourtant, à la suite de l'intervention du Défenseur des droits dans une affaire similaire²⁴, le ministère de l'Education nationale, de l'Enseignement supérieur et de la recherche avait élargi le droit à la réédition des diplômes dans les cas de changement d'état civil (nom, prénom, sexe etc.)²⁵ puisque la délivrance d'un diplôme par un établissement d'enseignement supérieur est attachée à la personne, et non à son état civil. La circulaire 2015-0012 du 24 mars 2015 est venue préciser que « *toute personne ayant bénéficié d'un changement d'état civil (nom(s), prénom(s), sexe, etc.) peut demander la délivrance d'un diplôme conforme à son nouvel état civil* ».

III. EMPLOI

Les difficultés rencontrées par les personnes transgenres sont en partie dues à la discordance entre leur apparence physique et leur identité juridique. Lorsque leur apparence ne coïncide pas avec l'identité figurant sur leurs documents officiels (pièces d'identité, documents administratifs ou autres), les personnes transgenres peuvent être contraintes de révéler leur transidentité pour expliquer la discordance. Ce décalage fait souvent des personnes transgenres la cible d'insultes, de harcèlement, de violences physiques et psychologiques transphobes en particulier dans le monde du travail. Elles se trouvent également particulièrement exposées au risque de discriminations lors d'une recherche d'emploi²⁶. Le Défenseur des droits a ainsi conclu au caractère discriminatoire d'une rupture de promesse d'embauche qui est intervenue après que l'employeur a découvert la transidentité de sa future salariée au vu du sexe mentionné sur les documents officiels qu'elle avait présenté pour officialiser son embauche²⁷. Les conclusions du Défenseur des droits ont été suivies par le Conseil de prud'hommes de Tours qui, dans son jugement²⁸, reconnaît que le critère de l'identité sexuelle²⁹ revêt un caractère discriminatoire, que la requérante a été victime de discrimination et condamne l'association à verser des

²⁴ Décision du Défenseur des droits MLD-2012-111 du 27 juillet 2012.

²⁵ Circulaire 2012-0015 du 22 août 2012 du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

²⁶ L'enquête de l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne publiée en 2014 montre que 44% des personnes transgenres ont déclaré avoir été discriminées dans la recherche d'un emploi et 35% au travail au cours des 12 derniers mois.

²⁷ Décision du Défenseur des droits MLD-2013-203 du 4 novembre 2013.

²⁸ Jugement du Conseil de prud'hommes de Tours, 4 juin 2015, n°14/00448.

²⁹ Remplacé depuis la loi du 18 novembre 2016 par « identité de genre ».

dommages et intérêts.

Le Défenseur des droits souligne également que la période pendant laquelle les documents d'identité de la personne ne coïncident pas avec son apparence peut-être particulièrement longue, eu égard au caractère judiciaire de la procédure et aux éléments de preuves qui doivent être mobilisés à l'appui d'une telle demande, et qu'il incombe alors à l'employeur de créer un climat inclusif pour les personnes transgenres et de les accompagner dans leur transition.

Créer un climat inclusif pour les personnes transgenres

Les comportements de genre stéréotypés restent prégnants dans le monde du travail comme dans les autres sphères sociales. Or, les personnes transgenres peuvent s'écarter de ces normes. Le Défenseur des droits considère que la détermination forte de codes portant sur l'apparence physique des employés au sein de l'environnement de travail est susceptible de créer un climat hostile pour les personnes transgenres souhaitant entamer une transition.

Le Défenseur des droits est saisi par de nombreuses réclamations au sujet d'exigences relatives à l'apparence physique lors de l'embauche ou au cours de la vie professionnelle. Il tient à rappeler que ces exigences, lorsqu'elles ne correspondent pas à des règles et codes d'hygiène, de sécurité ou de présentation légitimes et nécessaires dans certains secteurs d'activités, peuvent être constitutives de discriminations liées notamment à l'identité de genre ou au sexe, et ainsi porter atteinte aux droits et au respect des libertés des personnes.³⁰

Avant même l'engagement d'une démarche de changement de prénom, d'identité ou d'état civil, les personnes en réflexion sur leur identité de genre ou sur une éventuelle transition peuvent de façon de plus ou moins marquée commencer à modifier leur apparence physique. Ces transgressions, parfois progressives, des normes sociales par les personnes peuvent les exposer à des réactions de rejets, de harcèlement et de discriminations. Il est donc essentiel que le monde du travail soit plus inclusif et se départisse des stéréotypes de genre concernant l'apparence physique.

Le Défenseur des droits recommande aux employeurs de veiller à définir dans un document écrit (règlement intérieur, contrat de travail, note de service, circulaire etc.) toutes les contraintes et restrictions éventuelles en matière d'apparence physique et de présentation justifiées par la nature de l'emploi. Les prescriptions spécifiques en matière d'apparence physique qui sont liées à l'appartenance à un sexe donné devraient ainsi être supprimées en raison de leur objet ou de leur effet discriminatoire mais également du sexisme qu'elles peuvent véhiculer.

Par ailleurs, quand la transidentité d'une personne est connue de son environnement de travail, elle peut donner lieu à des réactions de rejet plus ou moins marquées. Rumeurs malveillantes, moqueries, évitement, mise à l'écart de la part de collègues ou de la

³⁰ Décision-cadre du Défenseur des droits 2019-205 du 2 octobre 2019.

hiérarchie sont autant de comportements qui portent atteinte à la dignité des personnes concernées. L'employeur doit veiller à la bonne intégration de l'ensemble des salariés ou agents au sein de l'organisation et de l'équipe de travail. Cette attention doit être redoublée lorsqu'il s'agit de personnes transgenres, et se traduire par un accompagnement concret en plusieurs étapes afin qu'il ou elle soit accepté au mieux par son environnement de travail.

Pour favoriser un climat inclusif pour les personnes transgenres et ainsi lutter contre les discriminations et le harcèlement moral, il est donc nécessaire de prendre des mesures, en commençant par l'engagement général de l'organisation. Cette prise de position de l'employeur en faveur de la lutte contre les discriminations à raison de l'identité de genre peut se formaliser à travers la signature d'une charte éthique, d'un accord cadre ou la diffusion d'un guide de bonnes pratiques.

Ensuite, les organisations gagneront à traduire cet engagement contre la transphobie en mesures concrètes et pérennes : réaliser un diagnostic auprès du personnel, assurer l'égalité de traitement dans les processus de recrutement ou de déroulement de carrière, sensibiliser et former l'ensemble du personnel. Le Défenseur des droits recommande également à l'employeur de traiter les propos et agissements transphobes à travers la mise en place d'un dispositif d'alerte pour recueillir, enregistrer et traiter les plaintes des salariés et des agents. Ce dispositif comprendra des voies de recours internes effectives pour les victimes avec obligation de diligenter une enquête et de sanctionner les auteurs³¹.

Accompagner la transition

Lorsqu'une personne révèle qu'elle a entamé ou souhaite entamer une démarche de transition, il est important de la rassurer sur sa situation dans l'organisation. Savoir l'écouter avec respect et considérer sa démarche sans moquerie est la condition *sine qua non* d'un dialogue qui permettra de poursuivre son activité professionnelle dans les meilleures conditions. Souvent, la personne exposera sa situation à sa hiérarchie avant d'entamer la transition mais d'autres préféreront l'exposer une fois leur démarche engagée et les premiers changements visibles. Le Défenseur des droits recommande aux employeurs de dialoguer avec la personne transgenre pour trouver des modalités de travail satisfaisantes.

Après avoir parlé de sa situation, la personne transgenre doit être reçue par son supérieur hiérarchique et/ou avec les ressources humaines pour évoquer les principaux changements qui s'imposeront : arrêt de travail suite à une intervention chirurgicale, modifications administratives, usage des espaces non mixtes (vestiaires, toilettes) etc. Un calendrier peut éventuellement être décidé avec la personne transgenre, en fonction du parcours et des contraintes opérationnelles de l'organisation. Si certaines questions concernent l'organisation, ce n'est pas le cas des traitements hormonaux, des opérations chirurgicales et de leurs détails qui relèvent de la vie privée.

³¹ Décision du Défenseur des droits MLD-2015-151 du 2 juillet 2015.

Recommandation n°3 : Le Défenseur des droits recommande aux employeurs privés et publics, lorsque la personne transgenre en exprime le souhait, d'utiliser le prénom choisi et de modifier son titre de civilité sur tous les documents administratifs y compris les bulletins de salaire, ou supports (messageries électroniques, annuaires internes, intraweb etc.) que son prénom et son sexe aient été ou non modifiés à l'état civil, afin de respecter son droit à la vie privée et de ne pas l'exposer à des réactions de rejet et des discriminations fondées sur le décalage entre son apparence et son identification au sein de l'organisation. L'employeur doit également prendre en considération l'identité de genre de la personne pour l'accès aux vestiaires ou toilettes non mixtes.

Le principe du respect de la vie privée implique pour un employeur de garder confidentielle l'identité passée d'une personne qui a changé de sexe/genre. Cette information ne peut venir que de la personne concernée elle-même.

IV. ACCES AUX BIENS & SERVICES

Le Défenseur des droits constate que l'identité de genre des personnes transgenres n'est pas toujours respectée même lorsque celles-ci obtiennent un changement de prénom ou du sexe à l'état civil. Ainsi, il est régulièrement saisi de réclamations relatives au refus par des établissements privés (banques, opérateurs téléphoniques etc.) de prendre en considération les changements de prénom ou de titre de civilité des personnes transgenres.

Ces situations peuvent être vécues comme une forme de déni d'identité. Ceci expose également les personnes transgenres à devoir divulguer à de nombreuses personnes, dans leur vie quotidienne, les raisons du décalage existant entre leur apparence physique et leur état civil, portant ainsi atteinte au respect de leur vie privée.

Le Défenseur des droits a également été saisi, d'une réclamation³² relative au refus de souscription d'un contrat d'abonnement à un service de téléphonie mobile en raison de l'identité de genre. Ce refus était motivé par une discordance entre l'apparence physique de la personne et sa carte d'identité qui n'avait pas été actualisée et qui mentionnait son ancien état civil, modifié par décision de justice. Pourtant, la réclamante possédait d'autres pièces justificatives notamment un extrait d'acte de naissance comportant la mention de changement de sexe, un justificatif de domicile et un relevé d'identité bancaire établis avec sa nouvelle identité. Le fait de refuser d'établir un contrat sous la nouvelle identité, prenant en compte son changement de genre, constitue un refus discriminatoire de prestation de service à une personne à raison de son identité de genre.

Le Défenseur des droits tient à rappeler les termes des articles 225-1 et 225-2 du code pénal interdisant de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur le sexe et/ou sur l'identité de genre, la notion de fourniture de biens ou

³² Décision du Défenseur des droits MLD-2016-247 du 29 septembre 2016.

de services étant entendue largement et recouvrant la totalité des activités économiques. Parallèlement, l'article 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations dispose que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe et/ou l'identité de genre est interdite en matière d'accès aux biens et services et de fourniture de biens et services.

L'acte d'état civil est un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, les principaux événements dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes³³. L'inscription de ces informations sur le registre par l'officier de l'état civil, dans les conditions de forme et de fond prévues par la loi, et notamment par les articles 34 à 39 du code civil, leur confère le caractère d'acte authentique, au sens de l'article 1317 de ce même code. La mention marginale, notamment un changement de sexe et/ ou de prénom, comme l'acte dans lequel elle s'insère, a une valeur authentique et partage avec lui la même valeur probatoire. L'acte d'état civil dressé dans les formes légales fait foi de façon exclusive et permanente de l'état d'une personne.

Par ailleurs, le titre de civilité n'est pas un élément de l'état civil et aucun obstacle technique ou juridique ne peut s'opposer à ce que cette mention soit retirée des documents contractuels courants (décomptes des consommations, facturation etc.). Le fait notamment de maintenir le titre de civilité ancien alors que le prénom de la personne a été modifié est susceptible de relever de la qualification de harcèlement discriminatoire fondé sur le sexe et l'identité de genre au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Recommandation n°4 : Le Défenseur des droits recommande aux établissements privés de respecter l'identité des personnes transgenres en faisant droit à leurs demandes de modification du prénom, du sexe ou du titre de civilité conformément à l'article 60 du code civil, d'élargir la liste des pièces justificatives d'identité exigées pour l'ouverture ou la souscription à tout contrat, afin notamment de couvrir les cas des personnes transgenres dont l'apparence physique et les pièces d'identité peuvent être discordantes.

Comme indiqué précédemment, le Défenseur des droits constate que les personnes transgenres se voient souvent refuser l'accès à des biens ou des services pour des motifs discriminatoires. Il a notamment été saisi d'une réclamation relative à un refus de location en raison de l'identité de genre. Dans sa décision³⁴, le Défenseur des droits a rappelé les termes de la loi au propriétaire et lui a recommandé de réparer le préjudice subi par le réclamant. Ainsi, conformément à l'article 1er alinéa 3 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, « aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225-1 du code pénal ».

³³ Arrêt n°82-13.247 du 14 juin 1983 de la Cour de Cassation, 1ère chambre civile.

³⁴ Décision du Défenseur des droits n°2019-026 du 31 janvier 2019.

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation d'une femme transgenre, qui ne peut pas accéder aux vestiaires féminins d'un club de sport et qui s'estime victime de discrimination fondée sur son identité de genre. S'il n'apparaît pas nécessairement inapproprié qu'un club de sport se fonde sur l'état civil de ses adhérents pour leur donner accès à certains vestiaires séparés selon le sexe, le fait de refuser l'accès à une adhérente transgenre, de sexe masculin à l'état civil, à un vestiaire du sexe opposé peut également être susceptible de caractériser une forme de harcèlement en lien avec son identité de genre au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008. La délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT sensibilise les clubs et fédérations à la lutte contre les LGBTphobies en diffusant et faisant largement signer une charte pour l'inclusion des personnes transgenres dans le sport³⁵. Cette charte, prône l'inclusion des personnes transgenres dans les structures sportives (associations, clubs et fédérations) comme une nécessité sportive, morale, sociale et politique. Elle prévoit en particulier que les personnes transgenres doivent pouvoir accéder aux vestiaires qui leur correspondent.

V. SANTÉ & PROTECTION SOCIALE

L'accès aux soins de transition pour les personnes transgenres

Le Défenseur des droits se félicite de l'appui du gouvernement français à la révision de la classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes de l'Organisation mondiale de la santé, qui déclassifie la transidentité de la catégorie des troubles mentaux et psychiatriques³⁶.

En 2010, le ministère de la Santé avait retiré « les troubles précoces de l'identité de genre » de la liste des affectations psychiatriques de longue durée³⁷. La transidentité ou « dysphorie de genre » a été reclassée dans la catégorie des affections de longue durée dites « hors liste » (ALD HL) assurant ainsi la dépsychiatriation du parcours de soins des personnes transgenres tout en leur garantissant une prise en charge à 100% de leur transition médicale par les organismes de Sécurité Sociale.

Cependant, le Défenseur des droits déplore que les pratiques médicales ne respectent pas la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe³⁸. En effet, plusieurs autorités publiques³⁹ et associations représentant les personnes transgenres font état d'« exigences déraisonnables » à l'œuvre au sein d'équipes médicales dans les parcours de soins, en particulier hospitaliers. Ce parcours de soins est fondé sur les dispositions du

³⁵ Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT, DILCRAH, 2017.

³⁶ La CIM-11 a été adopté à l'Assemblée mondiale de la Santé par les États Membres en mai 2019. Elle entrera en vigueur le 1er janvier 2022. La classification actuellement disponible est un aperçu préalable qui aidera les pays à planifier leur utilisation de la nouvelle version, à en établir des traductions et à former les professionnels de la santé.

³⁷ 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 ».

³⁸ Voir Résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et la Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres précitées.

³⁹ Voir notamment ZEGGAR H., DAHAN M., Evaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme, Inspection Générale des Affaires Sociales, décembre 2011.

protocole de la Haute autorité de santé (HAS) élaboré en 1989 par le Conseil national de la Haute autorité de santé, et repris dans son rapport du mois de novembre 2009, intitulé « *situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge du transsexualisme en France* ». Ce protocole de 1989 prévoit notamment le suivi pendant au moins deux ans, par une équipe spécialisée composée d'un psychiatre, d'un endocrinologue et si possible d'un chirurgien et la rédaction d'un certificat co-signé par ces spécialistes mentionnant le diagnostic, leur accord sans réserve pour les actes chirurgicaux et les motifs médicaux justifiant la réalisation de ces actes. Le rapport de la HAS⁴⁰ recommandait la création de centres de références, sur le modèle dont se réclame aujourd'hui la *French Professional Association for Transgender Health* (FPATH) anciennement Société Française d'Etudes et de prise en Charge du transsexualisme (SoFECT)⁴¹. Le parcours de soins « protocolaire » contient ainsi des expertises psychiatriques et repose sur des exigences liées à des stéréotypes de genre et/ou des examens médicaux (intimes) contestés par les personnes transgenres. Ces dernières déplorent également la durée du parcours de soins, l'absence d'information sur les délais et sur les droits, les convocations des parents ou encore l'atteinte au principe général de libre choix du médecin.

Les organismes de Sécurité sociale conditionnent la prise en charge financière des soins liés à transidentité au respect des exigences contenues dans le protocole de la HAS mis en œuvre par la FPATH. Cependant, comme l'a souligné la HAS dans son dernier rapport de 2009 : « *or, bien qu'il représente le seul outil disponible sur lequel s'appuie la caisse, ce protocole ne repose sur aucune base légale* ». De plus, un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales en 2011⁴² ne reconnaît aucune base légale, juridique ou médicale, aux protocoles de soins actuellement mis en place par les équipes de la FPATH. Il souligne même que ce protocole est « *unaniment considéré comme obsolète* ». Le Défenseur des droits conteste donc la légitimité de telles pratiques.

La prise en charge des transitions médicales

Le Défenseur des droits constate, dans le cadre des réclamations dont il est saisi, que les personnes transgenres se voient refuser leur inscription en affection longue durée hors liste (ALD HL) au motif de non-conformité au protocole de soins de la HAS, ou bien se voient refuser la prise en charge d'acte chirurgical par les organismes de Sécurité Sociale dans le cadre d'une affection longue durée hors liste (ALD HL). Ces personnes étaient engagées dans un parcours de soins de transition médicale et elles avaient obtenu l'accord de leur chirurgien pour réaliser leurs opérations. La Commission de recours amiable des organismes de Sécurité sociale a confirmé les rejets des organismes de Sécurité sociale de prise en charge au motif que les personnes n'avaient pas respectées le protocole de soins de la HAS.

Les refus de prise en charge des organismes de Sécurité sociale sont fondés sur le protocole de la HAS qui n'a pas de base juridique. En l'espèce, la condition supplémentaire

⁴⁰ Haute Autorité de Santé, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2010.

⁴¹ 41 Réseau qui représente les équipes médicales spécialisées dans la prise en charge médicale des personnes transgenres en France.

⁴² ZEGGAR H., DAHAN M., précité.

selon laquelle les réclamants devraient produire un certificat cosigné d'une équipe médicale tel que prévu par le protocole pour l'examen de leur demande de prise en charge n'est pas juridiquement fondée.

Par un arrêt en date du 27 janvier 2004, (n° 02-30.613), la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a jugé « *qu'aucune base légale ou réglementaire n'interdit la prise en charge d'actes médicaux pour la raison qu'ils sont liés au transsexualisme, sans rechercher si les actes pratiqués sur M. X... figuraient en tout ou en partie à la nomenclature générale des actes professionnels (...)* ».

Ainsi, le Tribunal des affaires de Sécurité sociale a récemment ordonné⁴³ à la Caisse primaire d'assurance maladie du Finistère de prendre en charge la mammectomie d'un homme transgenre n'ayant pas suivi ce protocole. Le tribunal a estimé « *qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit la prise en charge financière par les organismes de sécurité sociale d'actes médicaux réalisés pour le traitement du syndrome du transsexualisme* » et que : « *seules deux conditions doivent être réunies pour que la prise en charge de la personne transsexuelle soit assurée ; à savoir : « (...) que soit reconnu le caractère thérapeutique des actes réalisés, d'une part, et que les actes pratiqués figurent sur la nomenclature générale des actes professionnels, d'autre part (...)* ».

Or, les actes chirurgicaux dont souhaitent bénéficier les personnes transgenres, notamment la mammectomie et la mastoplastie d'augmentation, sont indiqués dans les reconstructions, réductions ou les augmentations mammaires et sont pris en charge selon la classification commune des actes médicaux (CCAM) prévue à l'article L.162-1-7 du code de la sécurité sociale⁴⁴. Ainsi, les femmes cisgenres⁴⁵ peuvent avoir recours à ce type d'opération et à sa prise en charge par les organismes de Sécurité Sociale.

Or, les organismes de Sécurité sociale ne demandent pas aux femmes cisgenres de produire un certificat médical co-signé par une équipe médicale pluridisciplinaire pour la prise en charge d'une augmentation mammaire. La production de documents supplémentaires pour les femmes transgenres par rapport aux femmes cisgenres pour une même opération chirurgicale est constitutive d'une inégalité de traitement en matière de santé et d'une discrimination à raison de l'identité de genre conformément à l'article 225-1 du code pénal.

Plus globalement, le respect du protocole de 2009 de la HAS, soumettant la prise en charge d'opérations chirurgicales (augmentation ou réduction mammaire par exemple) à l'exigence de la production d'un certificat médical co-signé par un chirurgien, un endocrinologue et un psychologue, est constitutif d'une discrimination, puisqu'il est de nature à créer une inégalité de traitement en matière d'accès à la santé en fonction de l'identité de genre.

⁴³ Jugement n°248-18 du 21 mai 2018 du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de Quimper.

⁴⁴ Cet article dispose notamment que « *la prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé, (...) est subordonné à leur inscription sur une liste établie dans les conditions fixées au présent article. L'inscription sur la liste peut elle-même être subordonnée au respect d'indications thérapeutiques ou diagnostiques, à l'état du patient ainsi qu'à des conditions particulières de prescription, d'utilisation ou de réalisation de l'acte ou de la prestation (...)* ».

⁴⁵ Une personne cisgenre est une personne dont l'identité de genre correspond à celle qui lui a été assignée à la naissance.

En effet, le dispositif issu du protocole de 2009 de la HAS entraîne une différence de traitement entre les personnes transgenres et cisgenres, ces dernières étant favorisées car elles n'ont pas à présenter un document médical cosigné par une équipe pluridisciplinaire (endocrinologie, psychologue et chirurgien) pour obtenir la prise en charge de leur opération chirurgicale. Les organismes de Sécurité sociale renforcent la stigmatisation et la discrimination des personnes transgenres.

Ainsi, le Défenseur des droits a conclu que l'application des recommandations de la HAS de 2009, qui a pour effet d'ajouter une condition supplémentaire à la prise en charge d'opérations chirurgicales et qui a pour conséquence de priver les personnes transgenres de soins nécessaires à leur transition médicale, porte atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes transgenres, tel que protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par ailleurs, le Défenseur des droits souhaite attirer l'attention sur les difficultés rencontrées par certaines personnes transgenres pour obtenir le remboursement des soins médicaux reçus à l'étranger. Il tient à rappeler qu'en vertu des accords européens et notamment de l'article R.332-2 du code de la sécurité sociale, les frais médicaux peuvent être pris en charge par la Sécurité sociale lorsqu'ils sont pratiqués dans les pays de l'Union européenne. Les personnes transgenres qui souhaitent réaliser une opération dite de réassignation sexuelle ont souvent recours à des opérations chirurgicales à l'étranger entraînant d'importantes difficultés de remboursement⁴⁶. Ce choix est guidé par la « faiblesse de l'offre de chirurgie de réassignation » en France mais surtout par les « critiques sur sa qualité »⁴⁷. En outre, même dans le cadre d'un parcours « protocolaire », plusieurs soins associés à la transition ne sont pas pris en charge comme les chirurgies associées (abrasion de la pomme d'Adam, rhinoplastie, blépharoplastie, chirurgie maxillo-faciale etc.) et la rééducation orthophonique par exemple. Dès lors, les personnes les moins aisées auront davantage de difficultés à accéder aux traitements hormonaux et/ou à une ou des opérations.

En définitive, la diversité des interprétations retenues par les organismes de Sécurité Sociale concernant le remboursement des frais médicaux pour les personnes transgenres est à l'origine d'une véritable cartographie médicale, les obligeant à rechercher le ressort le plus avantageux et leur domiciliation auprès de l'organisme de Sécurité Sociale le plus favorable. De plus, de telles pratiques portent atteinte au droit de choisir librement son médecin garanti par l'article R4127-6 du code de sécurité sociale.

Le Défenseur des droits recommande donc une simplification et une uniformisation de l'accès aux soins médicaux associés au parcours de transition et à leur prise en charge pour les personnes transgenres. Le protocole de soins de la HAS est obsolète et doit être révisé au regard de loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle. Les conditions supplémentaires que rajoutent les organismes de Sécurité Sociale pour que les personnes transgenres puissent obtenir des droits sont dépourvues de force légale et constituent des discriminations en raison de l'identité de genre.

⁴⁶ L'enquête réalisée par Alain GIAMI et son équipe révèle que « Parmi les individus ayant eu recours à une ou plusieurs interventions chirurgicales génitales, 32,1 % en ont réalisé au moins une dans un hôpital public en France, 12,1 % dans une clinique privée en France et 66,4 % à l'étranger ». In GIAMI A., BEAUBATIE E., LE BAIL J., « Caractéristiques sociodémographiques, identifications de genre, parcours de transition médico-psychologiques et VIH/sida dans la population trans. Premiers résultats d'une enquête menée en France en 2010 », BEH, n° 42, 2011, pp. 433-438.

⁴⁷ ZEGGAR H., DAHAN M., précité, p.5.

Recommandation n°6 : Le Défenseur des droits recommande au ministère des Solidarités et de la Santé de modifier le protocole de la Haute Autorité de Santé concernant la prise en charge des parcours de transition afin que les frais médicaux liés à la transidentité soient uniformément pris en charge sur l'ensemble du territoire, quel que soit le parcours de soins choisi par la personne transgenre. Il insiste sur la nécessité de mettre au cœur de ce parcours de soins les personnes transgenres, qui n'ont actuellement que peu de pouvoir décisionnel. Il recommande la création de centres médicaux spécialisés avec des professionnels formés pour les personnes transgenres.

Le Défenseur des droits tient à souligner l'action positive de plusieurs structures de santé comme celle de la Maison de santé dispersée de Lille qui, s'inspirant des centres de santé communautaires canadiens, proposent une offre de soins élaborée conjointement par un collectif de professionnels de santé et d'associations de personnes transgenres⁴⁸.

Le Défenseur des droits, saisi de plusieurs réclamations, a constaté que certains établissements publics ne respectent pas l'identité de genre de personnes transgenres en ne prenant pas en considération les changements de prénom et/ou de sexe à l'état civil. A l'instar de ce qu'il a observé ci-dessus pour les établissements privés (téléphonie, banque etc.), le Défenseur des droits recommande également aux établissements publics (établissements de santé, Caisses d'allocations familiales, Pôle Emploi, Caisse nationale d'assurance vieillesse etc.) de respecter l'identité des personnes transgenres en faisant droit à leurs demandes de modification du prénom, du sexe ou du titre de civilité conformément à l'article 60 du code civil, et de sensibiliser leurs personnels à la transidentité.

VI. DROITS SEXUELS & REPRODUCTIFS

Le projet de loi relatif à la bioéthique a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019.

L'autoconservation des gamètes

Le Défenseur des droits se félicite des avancées législatives prévues par l'article 2 du projet de loi qui ont suivi ses recommandations⁴⁹ consacrant un droit général à l'autoconservation des gamètes pour raisons non médicales. Pour autant, il regrette qu'en l'état actuel de la loi, les frais d'autoconservation ne soient pas pris en charge par les organismes de Sécurité Sociale⁵⁰, portant ainsi atteinte aux droits des personnes les plus précaires.

⁴⁸ Association Espace santé trans, « Un dispositif de santé communautaire à destination des personnes trans », *Dossier Genre et Santé*, Santé Publique France, n°441, septembre 2017.

⁴⁹ Avis n°19-11 et 19-13 du Défenseur des droits du 5 septembre 2019 et du 20 décembre 2019.

⁵⁰ Avis n°19-11 du Défenseur des droits du 5 septembre 2019.

Recommandation n°7 : Le Défenseur des droits recommande la modification de l'article L.160-8 alinéa 7 du code de la sécurité sociale afin que les frais liés non seulement à l'acte de prélèvement mais également à l'autoconservation soient intégralement pris en charge par les organismes de Sécurité Sociale en vue de garantir l'égalité de tous et toutes.

La législation actuelle prévoit la prise en charge des frais liés à la conservation des gamètes pour des personnes atteintes d'une pathologie altérant leur fertilité relevant de l'article L. 2141-11 du code de santé publique.

Le Défenseur des droits tient à rappeler qu'en 2015, il s'était déjà prononcé en faveur d'une interprétation de l'article L. 2141-11 du code de santé publique qui permette aux personnes transgenres de se prévaloir de ces dispositions⁵¹. A l'époque, le Défenseur des droits avait été saisi par plusieurs associations qui constataient que les personnes transgenres se voyaient refuser leurs demandes d'autoconservation de leurs gamètes dans certains Centres d'études et de conservation des œufs et du sperme (CECOS). Dans le cadre de son instruction, le Défenseur des droits avait recueilli les observations du président de la fédération française des CECOS et sollicité les avis 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).

L'expertise recueillie auprès des praticiens a permis d'attester que le début d'un parcours de transition et la mise en œuvre de traitements hormonaux massifs peut, en l'état des connaissances acquises, entraîner un risque d'infertilité, en l'absence même d'intervention médico-chirurgicale de réassignation sexuelle forcément stérilisante. Etant donné que la prise en charge médicale des personnes transgenres est susceptible d'altérer leur fertilité, le Défenseur des droits a considéré que les dispositions de l'article L.2141-11 du Code de la santé publique, notamment sur le recueil et la conservation des gamètes, devaient s'appliquer de plein droit aux personnes transgenres.

Selon le projet de loi adopté en première lecture, les personnes transgenres peuvent faire recueillir leurs gamètes dans les CECOS au même titre que l'ensemble des citoyens. Le Défenseur des droits tient à rappeler la prise en charge financière de la conservation des gamètes s'applique de plein droit aux personnes transgenres puisque leur prise en charge médicale est susceptible d'altérer leur fertilité.

Recommandation n°8 : Le Défenseur des droits recommande au ministère des Solidarités et de la Santé de diffuser une circulaire visant à garantir le recueil, la conservation et la prise en charge financière des gamètes des personnes transgenres dans l'ensemble des CECOS du territoire.

⁵¹ Décision du Défenseur des droits MSP-2015-009 du 22 octobre 2015.

L'accès à l'assistance médicale à la procréation

Le Défenseur des droits constate que le projet de loi relatif à la bioéthique adopté par l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019 ne fait pas spécifiquement mention de la situation des hommes transgenres souhaitant procréer et ayant eu recours à la procédure de changement de sexe à l'état civil.

Depuis la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, la preuve médicale attestant du « syndrome de dysphorie de genre » et de l'irréversibilité de l'apparence physique (opérations de réassignation sexuelle stérilisantes) n'est plus une condition *sine qua non* à l'obtention de la modification de la mention de sexe à l'état civil. Des lors, des personnes transgenres, avec un sexe juridique et un sexe anatomique distinct, peuvent procréer dans leur sexe d'origine⁵².

Le projet de loi actuel prévoit que l'assistance médicale à la procréation est accessible pour « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée* »⁵³, excluant ainsi les hommes transgenres. Le Défenseur des droits considère qu'une réflexion devra être engagée sur ce sujet.

Reconnaitre la double filiation maternelle ou paternelle

Le Défenseur des droits constate les lacunes et les vides juridiques de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle en matière de filiation pour des parents transgenres. La loi demeure en effet silencieuse quant à l'incidence d'un changement de sexe intervenu antérieurement à une naissance ou aux répercussions sur les personnes transgenres ayant modifié leur sexe à l'état civil et n'ayant pas eu recours à une opération de réassignation sexuelle, pouvant alors procréer dans leur sexe d'origine. Si l'article 61-8 du code civil précise que la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est

« *sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* », aucune disposition spéciale relative à la déclaration à l'état civil d'un enfant né postérieurement au changement juridique de sexe de l'un de ses parents n'a été prévue par la loi du 18 novembre 2016.

Avant même l'entrée en vigueur de la loi, la doctrine avait déjà souligné cette difficulté. Astrid Marais avait ainsi relevé qu'en « *l'absence d'opération de conversion sexuelle, il n'est pas exclu que le transsexuel, après avoir obtenu son changement juridique de sexe, procréé dans son sexe d'origine* », que « *le Parlement, en omettant de fixer les règles de la filiation applicables à la suite d'un changement de sexe, reporte sur le juge le soin de les déterminer* », et que « *ce faisant, le législateur s'est placé dans une situation d'« incompétence négative » pour ne pas avoir exercé pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution en matière d'état des personnes* »⁵⁴.

A la suite du contrôle de constitutionnalité du projet de loi de modernisation de la justice du

⁵² Avis n°19-13 du Défenseur des droits du 20 décembre 2019.

⁵³ Article L.2141-2 du code de la santé publique.

⁵⁴ A. Marais, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », La semaine juridique, Edition générale n°45, 7 novembre 2016.

XXI^e siècle et de la décision du Conseil Constitutionnel⁵⁵ qui relève la conformité de l'article 56 de la loi à la Constitution, Benjamin Moron-Puech s'était interrogé également sur les difficultés d'application dans l'avenir de cette nouvelle loi quant aux règles du droit de la filiation dans l'hypothèse où un enfant serait conçu *à l'aide d'un gamète associé au sexe qui était anciennement inscrit à l'état civil de la personne du géniteur* »⁵⁶.

Tout comme Astrid Marais, il rappelait que les modes d'établissement de la filiation variaient selon le sexe des parents, la mère étant désignée par son accouchement selon la règle du « *mater semper certa est* » aux termes des articles 311-25 et 325 alinéa 2 du code civil, la paternité étant présumée à raison du mariage au visa de l'article 312 du code civil. Les règles de la filiation telles qu'elles sont traduites dans le code civil demeurent fidèles à une logique homme/femme. L'article 310 du code civil introduisant le titre VII du code civil « De la filiation » prévoit ainsi expressément que « *tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* ». Les nouvelles configurations familiales remettent en cause les représentations dites « classiques » de la parenté, et les règles du droit de la filiation « *construites à une époque où les notions de sexe, de genre, d'expression de genre ou d'identité de genre n'étaient pas distinguées* »⁵⁷. Forte de ce constat, la doctrine s'accorde à dire que le droit de la filiation se révèle « inefficace » et nécessite d'être réformé pour répondre à ces nouvelles formes de parentalité.

Une affaire, portant sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation d'un enfant né d'un couple marié, dont l'un des parents a obtenu préalablement à cette naissance, le changement de son sexe à l'état civil, actuellement pendante devant la Cour de cassation, illustre ce vide juridique. Le Défenseur des droits a rappelé⁵⁸ que l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que ce dernier soit rattaché juridiquement à ses deux parents, afin qu'il puisse bénéficier de la protection et de l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et affectifs et d'une intégration complète dans sa famille.

Ce silence des pouvoirs exécutifs et législatifs place les enfants des personnes transgenres dans une situation d'incertitude juridique, ce qui apparaît susceptible d'aller à l'encontre du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant protégés respectivement par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Dans son avis n°15-18 du 3 juillet 2015, le Défenseur des droits se disait déjà favorable à l'ouverture d'accès à l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes, et proposait ainsi deux modalités de filiation pour garantir une sécurité juridique à l'enfant, notamment l'instauration d'une « *filiation automatique* » à l'image de la Belgique qui permet à la mère de bénéficier d'une présomption de co-maternité. Dans son avis n°18-23 du 10 octobre

⁵⁵ Conseil constitutionnel, décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁵⁶ B.Moron-Puech, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », RDLF 2016, chron. n°28.

⁵⁷ B.Moron-Puech, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », RDLF 2018, chron.n°26.

⁵⁸ Avis du Défenseur des droits n°19-13 du 20 décembre 2019.

2018, le Défenseur des droits a réitéré son positionnement, prônant l'instauration d'une double filiation maternelle. Le Conseil d'Etat⁵⁹, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme⁶⁰ et plus récemment la Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique⁶¹ préconisent de reconnaître *ab initio* la maternité de la compagne ou de la conjointe de la mère légale.

En Suède, depuis le 1^{er} janvier 2019, une loi reconnaît juridiquement l'identité de genre des personnes trans dans les actes de naissance des enfants, « *les hommes trans étant désignés en qualité de « père », et les femmes trans en qualité de « mère »* »⁶². Cette loi est la première en Europe à reconnaître aussi clairement la parenté transgenre, faisant suite à la demande de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de « *veiller à ce que l'identité de genre des parents transgenres soit correctement enregistrée sur l'acte de naissance de leurs enfants et à veiller à ce que les personnes qui utilisent des marqueurs de genre légaux autres que « masculin » ou « féminin » puissent faire reconnaître leurs partenariats et leurs relations avec leurs enfants sans discrimination* »⁶³.

Recommandation n°9 : Le Défenseur des droits, considérant les nouvelles réalités familiales, recommande au législateur de procéder à une révision des règles de la filiation et d'intégrer la double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les parents, notamment transgenres, de même sexe.

VII. PRIVATION DE LIBERTÉ

Si certaines personnes sont privées de leur liberté d'aller et venir, elles ne sauraient toutefois être privées de l'ensemble de leurs droits. L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits⁶⁴. Le Défenseur des droits remarque que l'identité de genre et les droits des personnes transgenres privées de liberté ne sont pas toujours respectés par l'administration pénitentiaire.

D'abord, certaines personnes se voient privées de leur traitement médical alors que l'article 46 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 dispose que « *la qualité et la continuité des soins sont garanties aux personnes détenues dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population* ». Il est donc primordial que l'administration pénitentiaire assure la continuité des traitements médicaux des personnes transgenres tout au long de l'incarcération.

⁵⁹ Conseil d'Etat, Etude « Révision de la loi bioéthique : quelle option pour demain ? », 28 juin 2018.

⁶⁰ 60 Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation du 20 novembre 2018.

⁶¹ Rapport de la Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique, 15 janvier 2019, n°1572.

⁶² Source : <https://tgeu.org/sweden-recognises-trans-parenthood/>.

⁶³ Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « Vie privée et familiale : parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle », 4.6, 2018.

⁶⁴ Article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

Ensuite, l'affectation des personnes transgenres ne s'effectue pas toujours dans le secteur adéquat. Le Défenseur des droits rappelle que le choix de l'affectation en cellule relève du chef d'établissement et que cette décision doit être prise en tenant compte des éléments relatifs à la personnalité du ou de la détenu (âge, orientation sexuelle, identité de genre, situation médicale etc.).

À titre d'exemple, le Défenseur des droits a récemment été saisi par une femme transgenre étrangère qui a été incarcérée dans le quartier des hommes pendant 2 ans alors qu'elle avait obtenu un changement de la mention du sexe à l'état civil dans son pays d'origine. Cela a eu pour conséquence de l'exposer à des brimades et d'être fouillée par des surveillants de sexe masculin tout au long de sa détention. L'article R.57-7-81 du code de procédure pénale prévoit pourtant que « *les personnes détenues ne peuvent être fouillées que par des agents de leur sexe et dans des conditions qui, tout en garantissant l'efficacité du contrôle, préservent le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ». À cet égard, la cour administrative d'appel de Nantes est venue confirmer dans un arrêt du 2 juillet 2015 que seule la fouille intégrale d'une personne détenue réalisée par un surveillant de son sexe tel qu'établi par l'état civil était conforme à l'article R.57-7-81 du code de procédure pénale.

Dans ce contexte, le Défenseur des droits se félicite de l'instruction interministérielle du 19 décembre 2017 relative à la publication du guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice. Le livre 2 de ce guide consacre une fiche aux « *Droits s'appliquant à des personnes présentant une dysphorie de genre* » (p. 123 à 125). Néanmoins, cette fiche contient peu de recommandations opérationnelles concernant la gestion de la détention et la prise en charge médicale des personnes transgenres. Il est nécessaire que le personnel pénitentiaire soit sensibilisé et formé à la transidentité. Les solutions apportées qui consistent à enfermer les personnes transgenres à l'isolement constituent des atteintes aux droits puisque, placé à l'isolement, le ou la détenue ne peut se rendre aux activités collectives, cantiner et subir une aggravation de peine.

Recommandation n°10 : Le Défenseur des droits recommande que les personnes transgenres incarcérées soient affectées dans un établissement ou un quartier correspondant à leur identité de genre dès lors que ces dernières en expriment la volonté et sont engagées dans un parcours de transition sans attendre que le changement d'état civil soit intervenu. Les fouilles devraient alors être réalisées par des agents du même genre, préalablement sensibilisés à la transidentité.

Enfin, le Défenseur des droits rappelle que les personnes détenues qui manifestent leur sentiment d'appartenir à l'autre sexe doivent pouvoir bénéficier d'une prise en charge médicale adaptée et que l'administration pénitentiaire doit garantir la continuité et la régularité des extractions médicales aux personnes déjà engagées dans un parcours de soins.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS DU DEFENSEUR DES DROITS

- Dans le domaine de l'état civil :

Recommandation n°1 : Le Défenseur des droits recommande à la ministre de la Justice de mettre en place des procédures de changement de prénom(s) et de la mention du sexe à l'état civil qui soient déclaratoires, accessibles et rapides, par la production auprès des officiers d'état civil d'une attestation sur l'honneur circonstanciée caractérisant un intérêt légitime, afin de garantir les droits fondamentaux et la dignité des personnes transgenres.

- Dans le domaine de l'éducation :

Recommandation n°2 : Le Défenseur des droits recommande aux chefs d'établissement scolaire et d'enseignement supérieur de permettre aux mineurs et jeunes transgenres de se faire appeler par le prénom choisi, d'employer les pronoms correspondants (féminins, masculins ou non-binaires), et de respecter les choix liés à l'habillement, et en prenant en considération leur identité de genre pour l'accès aux espaces non mixtes existants (toilettes, vestiaires, dortoirs)⁶⁵. Le Défenseur des droits recommande aux ministères de l'Éducation nationale et de l'Enseignement supérieur et de la recherche d'établir un guide de bonnes pratiques et des formations à destination des équipes éducatives et de mener des campagnes de prévention auprès des élèves et des étudiants pour favoriser l'inclusion des jeunes personnes transgenres.

- Dans le domaine de l'emploi :

Recommandation n°3 : Le Défenseur des droits recommande aux employeurs privés et publics, lorsque la personne transgenre en exprime le souhait, d'utiliser le prénom choisi et de modifier son titre de civilité sur tous les documents administratifs y compris les bulletins de salaire, ou supports (messageries électroniques, annuaires internes, intraweb etc.) que son prénom et son sexe aient été ou non modifiés à l'état civil, afin de respecter son droit à la vie privée et de ne pas l'exposer à des réactions de rejet et des discriminations fondées sur le décalage entre son apparence et son identification au sein de l'organisation. L'employeur doit également autoriser l'accès aux vestiaires ou toilettes correspondant à l'identité de genre de la personne.

- Dans le domaine de l'accès aux biens et services :

Recommandation n°4 : Le Défenseur des droits recommande aux établissements privés de respecter l'identité des personnes transgenres en faisant droit à leurs demandes de modification du prénom, du sexe ou du titre de civilité conformément à l'article 60 du code civil, d'élargir la liste des pièces justificatives d'identité exigées pour l'ouverture ou la souscription à tout contrat, afin notamment de couvrir les cas des personnes transgenres dont l'apparence physique et les pièces d'identité peuvent être discordantes.

Recommandation n°5 : Le Défenseur des droits recommande aux établissements privés d'établir des bonnes pratiques concernant l'accès aux personnes transgenres aux biens et services (locations, téléphonie, banques etc.) et de sensibiliser leurs personnels à la transidentité.

⁶⁵ Avis du Défenseur des droits n°18-21 du 18 septembre 2018.

- Dans le domaine de la santé et de la protection sociale :

Recommandation n°6 : Le Défenseur des droits recommande au ministère des Solidarités et de la Santé de modifier le protocole de la Haute Autorité de Santé concernant la prise en charge des parcours de transition afin que les frais médicaux liés à la transidentité soient uniformément pris en charge sur l'ensemble du territoire quel que soit le parcours de soins choisi par la personne transgenre. Il insiste sur la nécessité de mettre au cœur de ce parcours de soins les personnes transgenres, qui n'ont actuellement que peu de pouvoir décisionnel. Il recommande la création de centres médicaux spécialisés avec des professionnels formés pour les personnes transgenres.

- Dans le domaine des droits sexuels et reproductifs :

Recommandation n°7 : Le Défenseur des droits recommande la modification de l'article L.160-8 alinéa 7 du code de la sécurité sociale afin que les frais liés non seulement à l'acte de prélèvement mais également à l'autoconservation soient intégralement pris en charge par les organismes de Sécurité Sociale en vue de garantir l'égalité de tous et toutes.

Recommandation n°8 : Le Défenseur des droits recommande au ministère des Solidarités et de la Santé de diffuser une circulaire visant à garantir le recueil, la conservation et la prise en charge financière des gamètes des personnes transgenres dans l'ensemble des CECOS du territoire.

Recommandation n°9 : Le Défenseur des droits, considérant les nouvelles réalités familiales, recommande au législateur de procéder à une révision des règles de la filiation et d'intégrer la double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les parents, notamment transgenres, de même sexe.

- Dans le domaine de la privation de liberté

Recommandation n°10 : Le Défenseur des droits recommande que les personnes transgenres incarcérées soient affectées dans un établissement ou un quartier correspondant à leur identité de genre dès lors que ces dernières en expriment la volonté et sont engagées dans un parcours de transition sans attendre que le changement d'état civil soit intervenu. Les fouilles devraient alors être réalisées par des agents du même genre, préalablement sensibilisés à la transidentité. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que les personnes détenues qui manifestent leur sentiment d'appartenir à l'autre sexe doivent pouvoir bénéficier d'une prise en charge médicale adaptée et que l'administration pénitentiaire doit garantir la continuité et la régularité des extractions médicales aux personnes déjà engagées dans un parcours de soins.