

[5 | 2019]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

BRUNO PASQUIER / JEAN-MARIE AYER

Formungültige Aktienübertragungen
auf der *Blockchain* SEITE / PAGE 196

LYNN BERTHOLET / ROXANE SHEYBANI

Quels droits pour les personnes transgenres
en 2019? SEITE / PAGE 203



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

QUELS DROITS POUR LES PERSONNES TRANSGENRES EN 2019?

LYNN BERTHOLET

MSc en économie politique, HEC Lausanne; Program for Executive, IMD
Présidente de l'association ÉPICÈNE

ROXANE SHEYBANI

Avocate, Membre de la Commission des Droits de l'Homme de l'Ordre
des Avocats de Genève, Coordinatrice du groupe Égalité

Mots-clés: changement de genre¹ (art. 30b P-CC), transphobie (art. 261^{bis} P-CP), assurance maladie

La contribution examine la situation juridique des personnes transgenres à la lumière des modifications législatives prévues et de l'accessibilité des soins liés à la dysphorie de genre. Les autrices constatent la prévalence des inconvénients sur les avantages de l'article 30^{bis} P-CC. Elles relèvent que le motif invoqué à l'appui de la non-incrimination de la transphobie de l'article 261^{bis} P-CP ne résiste pas à l'examen. À travers leurs pratiques quotidiennes, elles observent les réels obstacles à la prise en charge des soins en faveur des transgenres.

I. Introduction

L'acronyme LGBTIQ se réfère aux groupes de populations minoritaires lesbienne, gay, bi-sexuelle, transgenre, intersexe et queer. Bien que systématiquement regroupées par ce sigle, ces populations sont déterminées par des problématiques différentes.

Ainsi, la population LGB est définie par son orientation sexuelle, les personnes transgenres par leur identité de genre non conforme au sexe assigné à la naissance, les personnes intersexes par le fait d'être nées avec des caractéristiques sexuelles qui ne correspondent pas aux définitions typiques de «mâle» et «femelle» au sens biologique, et enfin, une des définitions du mot queer indique qu'il désigne l'ensemble des minorités sexuelles et de genres. Juridiquement, en plus de la protection contre les discriminations à accorder aux minorités dans leur ensemble, chacun de ces groupes attend des réponses spécifiques qui, souvent, tardent parce qu'il représente une minorité parmi la minorité.

Nous nous intéressons ici à certaines questions d'actualité liées à la minorité transgenre.

Le terme *identité de genre* n'a pas de définition légale ou jurisprudentielle en droit suisse. Il est toutefois employé par le Tribunal administratif fédéral dès 2010² et est défini par le Secrétariat d'État aux migrations dans le cadre des directives régissant l'examen des demandes d'asile, une identité de genre non conforme aux normes légales et/ou sociales de la société pouvant engendrer de sérieux préjudices au sens de l'article 3 al. 1 LAsi. Finalement, il a récem-

ment été défini par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision du Code civil tendant à l'introduction d'une procédure facilitée de rectification du genre officiel.

Le Secrétariat d'État aux migrations rappelle d'abord la «*distinction fondamentale entre les termes «genre» et «sexe»*»³. Il définit ensuite la notion de genre et celle de sexe: «*Alors que le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités, des statuts, des rôles et des responsabilités définies ou construites socialement ou culturellement et qui sont attribuées aux hommes et aux femmes, le sexe fait référence à une définition biologique (l'identité sexuelle). En d'autres termes, les relations «genre» sont fondées sur la hiérarchie des rôles sociaux et le genre fait référence aux attentes spécifiques d'une société concernant la façon dont les hommes et les femmes doivent se comporter*»⁴. Selon le Secrétariat, cette distinction est également fondamentale dans le

1 Alors même que le genre fait référence à l'identité profonde de la personne et le sexe à une définition biologique, la loi et la jurisprudence actuelles emploient encore le terme sexe pour désigner le genre d'une personne. Afin d'éviter toute confusion, le présent article emploie le terme *genre* pour désigner le genre d'une personne et le terme *sexe* pour en désigner le sexe.

2 Arrêt du TAF E-6056/2008 du 7.12.2010.

3 Manuel asile et retour du Secrétariat d'État aux migrations, Article D2 Les persécutions liées au genre, état au 1.3.2019, p. 4.

4 Manuel asile et retour du Secrétariat d'État aux migrations, Article D2 Les persécutions liées au genre, état au 1.3.2019, pp. 4 et 5.

cadre de l'asile, puisque: «Dans le domaine des persécutions, cette distinction permet de tenir compte des formes de persécutions qui ne sont pas infligées uniquement en raison du sexe mais aussi de celles dirigées à l'encontre de ceux qui refusent de se conformer aux critères sociaux attribués aux hommes et aux femmes. L'idée étant que ce n'est pas le sexe biologique de la victime qui est déterminant, mais la façon dont celle-ci exprime son identité ou son rôle au sein de la société. Cette conception permet non seulement de tenir compte de la situation spécifique des femmes dans le domaine de l'asile, mais également de celle de certains hommes, notamment ceux exposés à des persécutions en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité genre»⁵.

Dans son rapport explicatif relatif à la modification du Code civil, le Conseil fédéral précise que: «Par personnes transgenres, l'on entend les personnes qui ont une identité de genre différente du genre qui leur a été attribué à la naissance»⁶, rappelant ainsi la définition établie par le Conseil de l'Europe dans le cadre de la Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité genre⁷.

En conséquence, les concepts d'identité de genre, de transidentité et de transphobie sont établis. Cet acquis contraste avec la position du Conseil fédéral dans le cadre de la révision de l'article 261^{bis} du Code pénal. Dans son avis du 15.8.2018, le Conseil fédéral rejette l'extension de l'article 261^{bis} CP à la transphobie considérant que: «La notion d'identité de genre est en revanche beaucoup plus floue, puisqu'elle correspond à un sentiment individuel et profondément intime»⁸.

Médicalement, la transidentité est répertoriée sous le terme de *dysphorie de genre*. Elle est encore classée parmi les troubles mentaux par l'Organisation mondiale de la santé (OMS)⁹ et l'American psychiatric association¹⁰.

Dans sa version CIM-11, l'OMS intégrera la dysphorie dans une nouvelle catégorie intitulée «conditions liées à la santé sexuelle»¹¹. Cette classification a l'avantage d'être moins stigmatisante. Elle n'en reste pas moins inexacte puisqu'elle consacre la confusion identité de genre et orientation sexuelle évoquée ci-dessus.

Au niveau du droit suisse, la dysphorie est une maladie au sens de l'article 3 al. 1 LPGA¹².

Le présent article traite des projets de modifications du Code civil et du Code pénal à la lumière des discriminations subies par les personnes transgenres, ainsi que de l'accessibilité aux soins nécessaires pour traiter la dysphorie de genre. Malgré son intérêt, la discrimination des personnes transgenres dans le cadre professionnel ne fait pas l'objet de cette publication¹³.

II. Projet de procédure facilitée

1. Situation actuelle

A) Procédure «sui generis»

Actuellement, la rectification du genre officiel (modification du registre de l'état civil du genre assigné à la nais-

sance au genre vécu et ressenti) doit être constatée par un tribunal. Les conditions de l'action ont progressivement évolué à la lumière des droits humains.

S'appuyant sur l'ATF 119 II 264¹⁴, les cours cantonales s'entendaient initialement pour poser deux conditions à la modification de l'inscription du genre d'une personne sur les registres de l'état civil, à savoir d'une part qu'une opération de réassignation devait avoir lieu et que, d'autre part, la capacité de procréer ne devait plus exister, cela de manière irréversible.

Dès 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'exigence d'une intervention chirurgicale était disproportionnée¹⁵.

Malgré cette jurisprudence, les tribunaux suisses ont continué à exiger l'opération des personnes requérant la rectification de leur genre officiel.

Il faut attendre le 1.2.2011 pour que l'Obergericht du canton de Zurich prononce la rectification du genre officiel d'une personne transgenre sans exiger d'elle qu'elle soit opérée¹⁶.

En 2012, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) rend un avis de droit sur le transsexualisme en se basant notamment sur l'évolution du droit européen en la matière et sur l'arrêt zurichois précité. Il retient en substance que: «Interprétant la notion d'irréversibilité du changement de sexe imposée par la jurisprudence fédérale à la lumière des Recommandations les plus récentes du Conseil de l'Europe en la matière, l'OFEC s'est ensuite prononcé contre l'exigence d'interventions chirurgicales visant la stérilisation ou la construction d'organes génitaux du sexe désiré comme préalable de la reconnaissance judiciaire du changement de sexe»¹⁷.

Cette avancée n'a malheureusement pas été suivie unanimement par les tribunaux. De nombreux cantons, dont Genève, ont continué à exiger de personnes trans-

5 Manuel asile et retour du Secrétariat d'État aux migrations, Article D2 Les persécutions liées au genre, état au 1.3.2019, pp. 4 et 5.

6 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), Office fédéral de l'état civil (éd.), Berne 2018, p. 8.

7 COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Droits de l'Homme et identité genre – CommDH/IssuePaper(2009)2, 29.7.2009, p. 3.

8 FF 2018 5331.

9 ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, CIM-10 Version 2008, Chapitre V.

10 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DSM-5 – Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, pp. 538-545.

11 <https://icd.who.int/icd11refguide/en/index.html#2.32.17and18and19Chapter17and18and19|chapter-17-conditions-related-to-sexual-health|c2-33-17>, (consulté le 24.4.2019).

12 ATF 114 V 153, 6.6.1988, consid. 2.

13 Pour un développement complet de l'application de la LEG aux personnes LGBT, voir BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES, Guide LEG à paraître cet automne.

14 ATF 119 II 264 consid. 6c p. 270 *obiter dictum*.

15 Arrêt de la Cour EDH *Van Kück contre Allemagne* du 12.6.2003 554 et 56.

16 Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 1.2.2011.

17 Avis de droit de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) sur la question du transsexualisme 1.2.2012, p. 3.

cadre de l'asile, puisque: «Dans le domaine des persécutions, cette distinction permet de tenir compte des formes de persécutions qui ne sont pas infligées uniquement en raison du sexe mais aussi de celles dirigées à l'encontre de ceux qui refusent de se conformer aux critères sociaux attribués aux hommes et aux femmes. L'idée étant que ce n'est pas le sexe biologique de la victime qui est déterminant, mais la façon dont celle-ci exprime son identité ou son rôle au sein de la société. Cette conception permet non seulement de tenir compte de la situation spécifique des femmes dans le domaine de l'asile, mais également de celle de certains hommes, notamment ceux exposés à des persécutions en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité genre»⁵.

Dans son rapport explicatif relatif à la modification du Code civil, le Conseil fédéral précise que: «Par personnes transgenres, l'on entend les personnes qui ont une identité de genre différente du genre qui leur a été attribué à la naissance»⁶, rappelant ainsi la définition établie par le Conseil de l'Europe dans le cadre de la Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité genre⁷.

En conséquence, les concepts d'identité de genre, de transidentité et de transphobie sont établis. Cet acquis contraste avec la position du Conseil fédéral dans le cadre de la révision de l'article 261^{bis} du Code pénal. Dans son avis du 15.8.2018, le Conseil fédéral rejette l'extension de l'article 261^{bis} CP à la transphobie considérant que: «La notion d'identité de genre est en revanche beaucoup plus floue, puisqu'elle correspond à un sentiment individuel et profondément intime»⁸.

Médicalement, la transidentité est répertoriée sous le terme de *dysphorie de genre*. Elle est encore classée parmi les troubles mentaux par l'Organisation mondiale de la santé (OMS)⁹ et l'American psychiatric association¹⁰.

Dans sa version CIM-11, l'OMS intégrera la dysphorie dans une nouvelle catégorie intitulée «conditions liées à la santé sexuelle»¹¹. Cette classification a l'avantage d'être moins stigmatisante. Elle n'en reste pas moins inexacte puisqu'elle consacre la confusion identité de genre et orientation sexuelle évoquée ci-dessus.

Au niveau du droit suisse, la dysphorie est une maladie au sens de l'article 3 al. 1 LPGA¹².

Le présent article traite des projets de modifications du Code civil et du Code pénal à la lumière des discriminations subies par les personnes transgenres, ainsi que de l'accessibilité aux soins nécessaires pour traiter la dysphorie de genre. Malgré son intérêt, la discrimination des personnes transgenres dans le cadre professionnel ne fait pas l'objet de cette publication¹³.

II. Projet de procédure facilitée

1. Situation actuelle

A) Procédure «sui generis»

Actuellement, la rectification du genre officiel (modification du registre de l'état civil du genre assigné à la nais-

sance au genre vécu et ressenti) doit être constatée par un tribunal. Les conditions de l'action ont progressivement évolué à la lumière des droits humains.

S'appuyant sur l'ATF 119 II 264¹⁴, les cours cantonales s'entendaient initialement pour poser deux conditions à la modification de l'inscription du genre d'une personne sur les registres de l'état civil, à savoir d'une part qu'une opération de réassignation devait avoir lieu et que, d'autre part, la capacité de procréer ne devait plus exister, cela de manière irréversible.

Dès 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'exigence d'une intervention chirurgicale était disproportionnée¹⁵.

Malgré cette jurisprudence, les tribunaux suisses ont continué à exiger l'opération des personnes requérant la rectification de leur genre officiel.

Il faut attendre le 1.2.2011 pour que l'Obergericht du canton de Zurich prononce la rectification du genre officiel d'une personne transgenre sans exiger d'elle qu'elle soit opérée¹⁶.

En 2012, l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) rend un avis de droit sur le transsexualisme en se basant notamment sur l'évolution du droit européen en la matière et sur l'arrêt zurichois précité. Il retient en substance que: «Interprétant la notion d'irréversibilité du changement de sexe imposée par la jurisprudence fédérale à la lumière des Recommandations les plus récentes du Conseil de l'Europe en la matière, l'OFEC s'est ensuite prononcé contre l'exigence d'interventions chirurgicales visant la stérilisation ou la construction d'organes génitaux du sexe désiré comme préalable de la reconnaissance judiciaire du changement de sexe»¹⁷.

Cette avancée n'a malheureusement pas été suivie unanimement par les tribunaux. De nombreux cantons, dont Genève, ont continué à exiger de personnes trans-

5 Manuel asile et retour du Secrétariat d'État aux migrations, Article D2 Les persécutions liées au genre, état au 1.3.2019, pp. 4 et 5.

6 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), Office fédéral de l'état civil (éd.), Berne 2018, p. 8.

7 COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, Droits de l'Homme et identité genre – CommDH/IssuePaper(2009)2, 29.7.2009, p. 3.

8 FF 2018 5331.

9 ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, CIM-10 Version 2008, Chapitre V.

10 AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DSM-5 – Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, pp. 538-545.

11 <https://icd.who.int/icd11refguide/en/index.html#2.32.17and18and19Chapter17and18and19chapter-17-conditions-related-to-sexual-health|c2-33-17>, (consulté le 24.4.2019).

12 ATF 114 V 153, 6.6.1988, consid. 2.

13 Pour un développement complet de l'application de la LEG aux personnes LGBT, voir BUREAU FÉDÉRAL DE L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES, Guide LEG à paraître cet automne.

14 ATF 119 II 264 consid. 6c p. 270 *obiter dictum*.

15 Arrêt de la Cour EDH *Van Kück contre Allemagne* du 12.6.2003 §54 et 56.

16 Arrêt du Tribunal supérieur du canton de Zurich du 1.2.2011.

17 Avis de droit de l'Office fédéral de l'état civil (OFEC) sur la question du transsexualisme 1.2.2012, p. 3.

genres qu'elles subissent une opération pour pouvoir inscrire leur genre ressenti et vécu dans les registres civils¹⁸.

L'exigence de la stérilisation a finalement été abandonnée par les tribunaux genevois en 2015¹⁹.

Le 6.4.2017, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Garçon et Nicot contre France* a consacré une avancée décisive pour les droits des personnes transgenres considérant définitivement que conditionner la rectification du genre officiel à une quelconque intervention médicale contrevient au droit à la vie privée et familiale consacré à l'article 8 CEDH²⁰.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal de première instance du canton de Genève considère aujourd'hui que: «*les conditions posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral sont obsolètes et que ce sont essentiellement le diagnostic avéré de transsexualisme, ainsi qu'un mode de vie et une intégration sociale dans le genre souhaité qui conditionnent le constat de changement d'état civil*»²¹.

B) Avantages et inconvénients de la procédure actuelle

La procédure actuelle présente l'avantage de la sécurité, la décision ne pouvant plus être remise en question après l'échéance du délai de recours.

Cette procédure présente toutefois trois inconvénients majeurs. Premièrement, elle implique un coût financier. Deuxièmement, le laps de temps inhérent à toute procédure constitue une période de vie durant laquelle l'expression de genre ne correspond pas aux documents officiels de la personne. Cela se traduit concrètement par des situations douloureuses et stressantes, voire humiliantes, à chaque présentation des papiers d'identité. Finalement, le fait d'être évalué-e par une tierce personne est ressenti par les requérant-e-s comme une négation de leur autodétermination et, partant, de leur capacité de discernement. Le fait qu'il faut se présenter devant le/la juge et l'absence de critères clairs subordonnant la rectification du genre officiel engendrent, en outre, un sentiment humiliant de jugement au faciès.

2. *Projet de modification de l'art. 30b CC*

A) *Proposition mise en consultation*

Le 23.5.2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision du Code civil prévoyant une procédure facilitée de rectification du genre, laquelle serait consacrée au nouvel un article 30b CC.

Le premier alinéa dit: «*Toute personne qui a la conviction intime et constante de ne pas appartenir au sexe inscrit dans le registre de l'état civil peut déclarer à l'officier de l'état civil vouloir une modification de cette inscription*»²². Le deuxième alinéa indique que la personne faisant la déclaration visée par le nouvel alinéa 1 peut faire inscrire un ou des nouveaux prénoms dans le registre, sans toutefois prévoir la radiation des anciens. Le troisième alinéa affirme que ces changements n'ont pas d'effet sur le droit de la famille. Le dernier alinéa traite des cas dans lesquels la personne faisant la déclaration ne jouit pas de la capacité de discernement, notamment les mineur-e-s.

Le présent article traitera principalement des alinéas 1 et 3 bien que la question des personnes mineures, notamment des adolescent-e-s, soulève à elle seule d'importantes discussions dans les communautés transgenre et scientifique.

B) *Avantages et problèmes posés par le projet*

Le principal avantage, relevé par le Conseil fédéral, est la suppression de la procédure judiciaire au profit d'une procédure administrative qu'il qualifie de: «*simple déclaration devant l'officier d'état civil, sans qu'il soit plus nécessaire de subir un examen médical*»²³.

Cette annonce laissait espérer une procédure d'autodétermination pure, telle que la prévoient la Norvège, l'Irlande, le Danemark, la France, la Belgique, la Grèce, Malte²⁴ et le Canada, qui exigerait uniquement que la personne dispose de la capacité de discernement et présente une conviction intime et constante de ne pas appartenir au genre inscrit à sa naissance.

Las, la lecture du rapport explicatif entame largement l'importance laissée à l'autodétermination de l'intéressé-e pour la nuancer comme suit: «*La remise d'une déclaration de modification de l'inscription du sexe devra s'effectuer en personne devant l'officier de l'état civil. En cas de doutes, celui-ci devra mener des investigations complémentaires, en exigeant par exemple la production d'un certificat médical*»²⁵. Ce doute pouvant mener jusqu'au refus de l'inscription: «*Si les doutes persistent, l'officier de l'état civil devra refuser de recevoir la déclaration*»²⁶. La marge de manœuvre laissée à l'Officier d'état civil est aussi large qu'indéterminée puisque la notion de doute et les motifs sur lesquels il pourrait se fonder ne sont définis nulle part. En tout état, il apparaît que l'Officier d'état civil aura la liberté de remettre en question soit la bonne foi soit la capacité de discernement de l'intéressé-e.

18 Voir notamment Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, ACJC/78/2014, 24.1.2014, consid. 2.2; Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer Entscheid vom 2.2.2017 i.S. X. gegen - ZKBER.2016.97.

19 Ordonnance du Tribunal de première instance du canton de Genève du 19.10.2015, OTPI/628/2015.

20 Arrêt de la CourEDH *Garçon et Nicot contre France* du 6.4.2017 §§ 126 à 132.

21 Ordonnance du Tribunal de première instance du canton de Genève du 11.10.2017, OTPI/552/2017.

22 Art. 30bis de l'avant-projet de 2018 du Code civil suisse (AP-CC).

23 Communiqué de presse du Conseil fédéral du 23.5.2018 relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (changement de sexe à l'état civil).

24 https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/05/MapA_TGEU2018_Online-1.pdf (consulté le 25.4.2019).

25 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), Office fédéral de l'état civil (éd.), Berne 2018, p. 11.

26 Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), Office fédéral de l'état civil (éd.), Berne 2018, pp. 11-12.

Force est de constater que le résultat de ce projet consiste à transférer le pouvoir d'appréciation du juge à l'officier d'état civil. En l'absence de formation et d'expérience idoines, l'Officier de l'état civil devra mener, dans la majeure partie des cas, des investigations complémentaires. Ni la loi ni le rapport ne définissent les investigations complémentaires que pourra mener l'Officier. À l'instar du juge, ce dernier demandera pour le moins un certificat médical. L'audition obligatoire de la personne requérante la mettra dans la même position que lors de son passage devant le tribunal. Les personnes transgenres jugent dégradantes les auditions d'évaluation de leur motivation et de leur personne, qu'elles aient lieu devant un juge ou un Officier d'état civil.

Le rapport relève, en outre, que les autres administrations pourront refuser la décision de l'état civil si elles soupçonnent que la déclaration et son enregistrement n'ont été faits que pour en tirer un bénéfice. Le Conseil fédéral vise en particulier les femmes transgenres qui auraient fait rectifier leur genre officiel, soit dans le but de toucher la rente AVS un an plus tôt, soit pour éviter le service militaire obligatoire. Ces administrations pourront exiger la rectification de l'inscription déjà effectuée sans limite dans le temps.

Ces dispositions appellent deux commentaires.

Premièrement, la possibilité de contestation de l'inscription introduit une insécurité juridique préjudiciable à l'administré-e. Elle implique par exemple qu'une jeune femme transgenre de 18 ans, vivant dans une expression de genre féminine depuis plusieurs années, et ayant fait constater son changement de sexe à sa majorité, puisse se voir astreinte au service militaire en tant qu'homme.

Deuxièmement, postuler qu'une personne puisse requérir la rectification de son genre pour en tirer un bénéfice administratif consacre une défiance du législateur vis-à-vis de toute la communauté transgenre peu compatible avec le respect de la dignité humaine.

C) *Pour une procédure simplifiée et réaliste*

La procédure d'autodétermination pure sans audition de la personne faisant la déclaration serait la solution idéale pour autant qu'elle soit suivie d'une décision formelle non contestable après l'échéance du délai de recours. Elle ne nous paraît cependant ni réaliste, pour le moins actuellement, ni absolument nécessaire.

Pas réaliste, d'abord, parce que l'absence de certificat médical mettrait en danger la prise en charge des frais médicaux par l'assurance obligatoire de soins.

Pas réaliste, ensuite, parce qu'un consensus au niveau du Parlement pour adopter un tel changement législatif semble impossible à réaliser.

Pas nécessaire, finalement, car l'immense majorité des personnes transgenres consultent un médecin volontairement pour clarifier et alléger leur souffrance psychique et pour les aider à affronter les premières difficultés découlant de leur transition, notamment dans le cadre familial, professionnel, social ou encore scolaire. Enfin, car, pour améliorer leur expression de genre, les personnes

transgenres recourent à des traitements dermatologiques ou hormonaux, voire à des chirurgies.

Dès lors, nous préconisons que la procédure prévoie une décision formelle de l'Officier d'état civil sans appréciation de sa part lorsque la demande est adressée sur un formulaire ad hoc identique partout en Suisse accompagné d'un certificat médical d'un psychiatre attestant de la dysphorie de genre et de la capacité de discernement de la personne requérante. Cette décision pourra faire l'objet d'un recours dans un délai de 30 jours. Passé ce délai, la rectification ne sera plus contestable.

D) *Autre point de discussion*

Le projet prévoit à son alinéa 3 que le changement n'a pas d'effet sur les liens familiaux. En d'autres termes, l'homme transgenre reste la mère de ses enfants et inversement. Cela découle du fait que l'état civil ne procède qu'à une modification du registre et non à l'émission d'un nouvel acte de naissance portant les nouveaux genre et prénom(s).

Cela a pour conséquence que les personnes transgenres ayant eu des enfants sont «*outées*»²⁷ par l'État chaque fois qu'elles doivent s'identifier par rapport à leurs enfants.

L'émission d'un nouvel acte de naissance aurait l'avantage de laisser les questions de transition dans la sphère intime et familiale.

III. Art. 261^{bis}: l'occasion manquée

1. *Extension de la norme pénale (art. 261^{bis}) à la seule homophobie*

Le 7.3.2013, le Conseiller national Mathias Reynard (PS/VS) déposait une initiative parlementaire en vue d'étendre l'article 261^{bis} CP aux discriminations et incitation à la haine en raison de l'orientation sexuelle. Selon l'auteur, de tels actes devraient être punis de la même manière que lorsqu'ils sont perpétrés pour des motifs raciaux, ethniques, ou religieux²⁸.

Le 11.11.2014, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) acceptait d'entrer en matière par 14 voix contre 9 et 1 abstention. Les Conseils national et des États ont donné suite à l'initiative respectivement les 11.3. et 23.4.2015.

Dans son rapport du 3.2.2017, la CAJ-N indique avoir pris la décision d'inclure dans la norme la discrimination et l'incitation à la haine en raison de l'identité de genre (transphobie). Le 3.5.2018, la CAJ-N décide de transmettre à son conseil un projet contenant les deux notions et invite le Conseil fédéral à se prononcer sur ledit projet.

²⁷ L'outing est le fait de divulguer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne sans son consentement.

²⁸ Initiative parlementaire 13-407 - Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle, 7.3.2013.

A) Raisons de l'exclusion de la transphobie et conséquences

Dans sa prise de position du 15.8.2018, le Conseil fédéral souligne que seuls deux partis (PLR et UDC) et un canton (SZ) se sont opposés à l'avant-projet lors de la consultation²⁹.

Dans ses considérants, le Conseil fédéral accepte l'extension de la norme à l'orientation sexuelle mais pas à l'identité de genre en indiquant que: «La notion d'identité de genre est en revanche beaucoup plus floue, puisqu'elle correspond à un sentiment individuel et profondément intime qui est indépendant du sexe biologique, de l'état civil et de l'orientation sexuelle. On ne distingue aucune limite claire à son étendue, ce qui pourrait conduire à une interprétation extensive et s'avérer problématique du point de vue de la prévisibilité du droit pénal»³⁰. Même si le Conseil national acceptera finalement le texte complet, le Parlement dans son ensemble finira par rejeter l'ajout de l'incrimination de la transphobie le 14.12.2018.

Il est difficilement intelligible qu'aient été exclus de l'extension de l'article 261^{bis} l'insulte et l'appel à la haine transphobe. L'argument du Conseil fédéral selon lequel la notion d'identité de genre serait *floue* ne convainc pas, cette notion étant établie et utilisée par le Secrétariat d'État aux migrations depuis près de dix ans et aujourd'hui avancée par ce même Conseil fédéral en vue de la modification du Code civil susmentionnée.

IV. Prise en charge par l'assurance obligatoire de soins (AOS)

1. Situation théorique

Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, la transidentité est définie médicalement par le terme de *dysphorie de genre*, maladie reconnue par l'organisation mondiale de la santé et satisfaisant aux critères posés par l'article 3 de la LPGA.

En conséquence, les traitements visant à soulager les souffrances découlant de la dysphorie de genre doivent être pris en charge par l'assurance obligatoire de soins dans la mesure où ils répondent aux exigences posées par la LAMal, notamment à son article 32 al. 1.

En 1994, avant même l'existence de la LAMal, le Tribunal fédéral a reconnu la prise en charge obligatoire des soins des personnes transgenres³¹. Cette jurisprudence a été confirmée à de réitérées reprises par le Tribunal fédéral.

Ce jugement garantit le remboursement de l'opération, ou des opérations, visant à corriger les caractères sexuels primaires: «une fois établi qu'une opération chirurgicale est nécessaire au traitement d'un transsexuel vrai, l'ensemble des frais médicaux relatifs à l'ablation des organes génitaux existants et à la reconstruction d'organes génitaux du sexe opposé sur la personne de l'assuré(e) doivent être pris en charge par les caisses-maladie à titre de prestations obligatoires [...]»³².

La décision précitée couvre également la prise en charge des corrections des caractères sexuels secon-

naires: «Pour le (la) transsexuel(le), les caractères sexuels secondaires ne revêtent pas moins d'importance que les caractères sexuels primaires. Aussi l'intéressé(e) ne peut-il (-elle) acquérir l'apparence extérieure de son nouveau sexe que si les caractères sexuels secondaires correspondent à cette nouvelle image. Pour des raisons tant physiques que psychologiques, l'opération de changement de sexe doit donc être envisagée de manière globale. Aussi, lorsque les conditions justifiant l'opération chirurgicale sont réalisées, les interventions complémentaires destinées à modifier les caractères sexuels secondaires font aussi partie, en principe, des prestations obligatoires à la charge des caisses-maladie au sens de l'art. 12 LAMA. Encore faut-il, d'une part, qu'il existe une indication médicale clairement posée et, d'autre part, que le principe de l'économie du traitement énoncé à l'art. 23 LAMA soit respecté»³³.

Il est important de relever que le Tribunal fédéral n'a jamais défini ce que sont les caractères sexuels secondaires, encore moins fourni une liste exhaustive. Il faut plutôt comprendre ces termes par tout ce qui différencie l'homme de la femme et qui n'est pas lié à l'appareil reproducteur. De même, le Tribunal fédéral n'a jamais défini de phénotype type ou minimum, ni ne s'est aventuré à indiquer ce qui était masculin ou féminin.

Dès lors, il faut retenir de cet arrêt, comme des jurisprudences ultérieures, que le changement de sexe doit être envisagé de manière globale pour des raisons tant physiques que psychologiques pour permettre à la personne transgenre de correspondre à sa nouvelle image et ainsi réduire sa souffrance. C'est également ce que dit le Forum médical suisse dans un article de 2014 qui souligne: «L'introduction du diagnostic de «dysphorie de genre» (DSM-5) met l'accent sur le vécu des personnes trans et sur les raisons à l'origine de la nécessité d'une transition individualisée»³⁴.

2. Situation réelle

La LPGA, la LAMal et l'arrêt du Tribunal fédéral sus-évoqué devraient permettre une prise en charge correcte et encadrée des coûts des soins nécessaires aux personnes transgenres. Ces prises en charge devraient s'effectuer de manière fluide.

Or, la réalité du terrain montre le contraire. De nombreuses caisses maladie font obstruction au remboursement ou à la prise en charge en milieu hospitalier en se basant sur des motifs qui ont déjà tous été rejetés par le Tribunal fédéral.

Nous parlons ci-dessous (des critères les plus fréquemment invoqués à l'appui d'un refus.

²⁹ FF 2018 5327.

³⁰ FF 2018 5331.

³¹ ATF 120 V 463.

³² ATF 120 V 463 consid. 5 p. 470.

³³ ATF 120 V 463 consid. 6b p. 471.

³⁴ GARCIA D. ET AL. FORUM MED SUISSE 2014; 14: p. 382-387.

A) Principe d'égalité

Un argument resservi régulièrement par certaines caisses consiste à affirmer que le traitement demandé par la personne transgenre ne serait pas remboursé à une personne cisgenre – c'est-à-dire de genre conforme à son sexe attribué à la naissance – et donc qu'un tel remboursement violerait le principe d'égalité devant la loi.

Si, après que la personne transgenre a procédé à son changement d'état civil, les deux cas sont comparables juridiquement, ils ne le seront jamais biologiquement. Cette différence biologique doit être prise en compte.

Le premier jugement du Tribunal fédéral écartant l'application du principe d'égalité dans le cadre du traitement de la dysphorie de genre date, à notre connaissance, du 13.2.2006³⁵. Dans ce cas, la caisse maladie recourrait contre la décision du Tribunal cantonal des assurances sociales de Genève invalidant sa décision sur opposition et mettant à sa charge l'intégralité des coûts liés à une intervention chirurgicale visant à installer des implants testiculaires et une pompe à un homme transgenre dans le but de lui permettre d'avoir des érections. L'argument principal de la caisse était que ce type d'intervention n'était pas pris en charge dans le cadre d'un homme cisgenre.

En sus d'autres considérations rappelant que la construction des caractères sexuels secondaires est à la charge de l'assurance de base, le Tribunal fédéral a confirmé le jugement genevois en soulignant que la pose d'un système permettant l'érection chez une personne qui, par nature, ne le peut pas n'est pas comparable à la situation de troubles de l'érection chez un homme cisgenre.

B) L'examen du traitement sous le seul angle esthétique

La correction des caractères sexuels secondaires est malheureusement encore souvent perçue comme une intervention de nature esthétique, et partant non nécessaire. Or ce n'est pas le cas puisqu'il s'agit de réassignation, soit d'une intervention nécessaire. Les caisses maladie jouent de cette confusion pour refuser la prise en charge, d'autant que les opérations sont pratiquées par les mêmes médecins.

La correction des caractères sexuels secondaires est assimilable aux interventions réparatrices à la suite d'une mastectomie ou d'un accident. Au sujet de ces traitements

chirurgicaux, «le Tribunal fédéral des assurances a rappelé qu'une opération servait non seulement à la guérison proprement dite de la maladie ou des suites immédiates d'un accident, mais aussi à l'élimination d'autres atteintes, secondaires, dues à la maladie ou à un accident, notamment en permettant de corriger les altérations externes de certaines parties du corps – en particulier le visage – visibles et spécialement sensibles sur le plan esthétique; aussi longtemps que subsistait une imperfection de ce genre, due à la maladie ou à un accident, ayant une certaine ampleur et à laquelle une opération de chirurgie esthétique pouvait remédier, l'assurance devait prendre en charge cette intervention, à condition qu'elle eût à répondre également des suites immédiates de l'accident ou de la maladie et pour autant que fussent respectés les limites usuelles, ainsi que le caractère économique du traitement. En revanche, un défaut uniquement esthétique, sans rapport avec un processus morbide, n'était pas un risque assuré (ATF 111 V 232 consid. 1c et la référence)»³⁶.

V. Conclusion

Le présent article démontre que les droits élémentaires des personnes transgenres peinent à bénéficier de la même protection que ceux des autres membres de la société. En effet, premièrement, les avantages que présente l'avant-projet de modification de l'article 30 CC sont disqualifiés, d'une part, par l'incertitude inhérente aux critères d'appréciation de la demande et, de l'autre, par l'insécurité juridique contestable sans limites de temps et de motifs. Deuxièmement, l'exclusion de la transphobie de la modification de l'article 261^{bis} CP annihile l'espoir de protection spécifique des personnes transgenres sans qu'aucun motif valable ne la justifie. Finalement, l'inaccessibilité récurrente aux soins nécessaires au traitement de la dysphorie complète l'inégalité de traitement à laquelle font face quotidiennement les personnes transgenres.

³⁵ Cour des assurances sociales du Tribunal fédéral, arrêt AS – K 46/05.

³⁶ ATF 138 V 131 consid. 5.1 p. 134.