

Actualités Droits-Libertés du 5 décembre 2012



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

TRANSSEXUALISME (Cour sociale fédérale allemande – Bundessozialgericht) : Dysphorie de genre et définition judiciaire des genres

par Antoine Laplane

L’arrêt rendu le 11 septembre 2012 par la Cour sociale fédérale allemande apporte une double précision au sujet des contentieux relatifs à la dysphorie de genre. D’une part, il est jugé que les personnes transsexuelles homme-femme ont droit, si les hormones n’ont pas été (assez) efficaces, à une opération d’augmentation mammaire prise en charge par la sécurité sociale. D’autre part, et à cette occasion, la fonction du juge aux prises avec cette question contentieuse peut être remarquablement mise en lumière. En l’espèce, effectivement, le juge de Kassel en vient à définir le domaine de la féminité afin de décider de la prise en charge de telles opérations. Or ceci n’est pas sans soulever nombres d’interrogations.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

Consacrer le droit à une opération d’augmentation mammaire pour des transsexuels en se fondant sur l’apparence physique, n’est-ce pas renforcer la distinction des genres féminin et masculin telle qu’issue de normes sociales ? C’est la question que soulève la solution à laquelle est parvenue la Cour sociale fédérale allemande. Statuant en l’espèce en sa formation de première chambre (1. Senat) chargée de l’assurance maladie, cette juridiction supérieure, compétente pour les affaires sociales, avait été saisie de trois pourvois en cassation (*Revision*) en matière de sécurité sociale (*Gesetzliche Krankenversicherung* – GKV). Son jugement fut présenté en amont le 5 septembre 2012 avant d’être rendu le 11 septembre.

Les espèces étaient assez similaires. Dans les trois cas, il s’agissait de personnes transsexuelles homme-femme, de femmes donc, qui réclamaient la prise en charge par leur caisse de sécurité sociale d’opérations chirurgicales d’augmentation mammaire. En faisant droit à de telles prétentions contentieuses (1°), la Cour sociale fédérale prend en compte les normes sociales définissant le genre au point d’en venir à se faire juge de la féminité (2°).

1°/- Le transsexualisme et le bonnet : hormones ou opération

En raison d’un diagnostic de dysphorie de genre, les plaignantes avaient bénéficié de la prise en charge d’une thérapie œstrogène ainsi que de diverses opérations chirurgicales visant en particulier le changement de sexe au sens propre.

Le litige avec les caisses de sécurité sociale naquit du refus de celles-ci de prendre en charge en complément une opération d’augmentation mammaire. En plus de la prise d’œstrogène, une opération génitale de changement de sexe était intervenue dans le premier et le troisième cas. Dans le second cas, une opération de féminisation du visage et deux opérations pour changer le registre de la voix ont eu lieu, mais pas de changement génital. L’opération d’augmentation mammaire était nécessaire selon les plaignantes pour mener à bien leur changement de sexe. En effet, seule une poitrine

féminine raisonnablement équilibrée (« *lediglich eine mässige seitengleiche weibliche Brust* ») s'était développée chez elles et ne grandissait pas avec la prise d'œstrogènes. Les plaignantes invoquèrent entre autres la violation de [l'article 27 § 1 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale](#) : « *Les assurés peuvent prétendre à des soins médicaux dès lors que ceux-ci s'avèrent nécessaires en vue de reconnaître une maladie, de la soigner, d'éviter son aggravation ou d'atténuer des troubles médicaux. Cette prise en charge comprend : 1. un traitement médical, y compris une psychothérapie envisagée en tant que traitement médical et psycho-thérapeutique* ». Pour elles, le soin (*Krankenbehandlung*) de la dysphorie de genre incluait, selon les indications médicales, une opération d'augmentation mammaire.

Pour les caisses de sécurité sociale intimées, en revanche, le sous-développement mammaire invoqué ne pouvait s'analyser en un constat de maladie, ce qui excluait la prise en charge d'une opération chirurgicale.

Dans son jugement, **la Cour sociale fédérale accorde aux plaignantes la prise en charge d'une opération d'une mammoplastie afin d'appartenir à l'autre sexe. L'appartenance à l'autre sexe est entendue comme « le rapprochement manifeste de l'apparence physique de l'autre sexe »** (« *sich dem Erscheinungsbild des angestrebten anderen Geschlechts deutlich anzunähern* »). La prise en charge d'opérations mammaires est fondée, selon le raisonnement de la Cour, sur le « *stress psychologique de la plaignante pour être connue et reconnue différente [de son] sexe biologique [et] comme appartenant à l'autre sexe* » (« *der Leidensdruck der Klägerin, abweichend vom biologischen Geschlecht als Angehöriger des anderen Geschlechts erkannt und anerkannt zu werden* »). La « *maladie* » – terme employé par la Cour – n'est considérée comme soignée que lorsque le patient ou plus précisément la patiente « *développe un décolleté qui remplit pleinement la taille normale A prévue pour des vêtements féminins* » (« *einen Brustansatz entwickelt hat, der die für konfektionierte Damenoberbekleidung vorgesehene Normalgrösse A (DIN EN 13402)* » – qui correspond au bonnet A en France). Avant d'avoir atteint ce stade de développement mammaire, il est possible aux patientes d'obtenir une prise en charge des interventions chirurgicales. Cette possibilité constitue **une « exception au principe selon lequel un droit aux soins d'une maladie psychique ne comprend pas, par principe, des interventions chirurgicales sur un organe intact »** (« *eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass ein Anspruch auf Krankenbehandlung psychischer Krankheiten grundsätzlich nicht körperliche Eingriffe in intakte Organsysteme erfasst.* »). La caisse de sécurité sociale s'était justement fondée sur ce principe pour refuser ladite prise en charge (pour un contentieux proche et une condamnation de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet du remboursement des frais médicaux de conversion sexuelle, v. Cour EDH, 1^e Sect., 8 janvier 2009, [Schlumpf c. Suisse](#), Req. n° 29002/06 – [ADL du 10 janvier 2010](#) ; sur la dysphorie de genre, v. aussi Cour EDH, 3^e Sect. 30 novembre 2010, [P.V c. Espagne](#), Req. n° 35159/09 – [ADL du 3 décembre 2010](#)).

La Cour se fonde par ailleurs sur un arrêt de la Cour constitutionnelle ([Décision du 11 janvier 2011 n° 1 BvR 3295/07](#)) qui n'exige plus de changement de sexe pour permettre un changement d'état civil. Elle estime que, **même sans opération génitale de changement de sexe, l'inscription sociale dans l'autre sexe doit être permise. Au besoin, une opération d'augmentation mammaire sur des organes sains doit y pourvoir, si ces organes ne correspondent pas aux normes du sexe féminin.**

Les seins sains – sans mauvais jeu de mots – pour une personne transsexuelle ne sauraient être pris en charge dans le cadre du traitement d'une dysphorie de genre **que s'ils sont inexistantes ou ne permettent pas à la personne de ressembler à une femme, même nue, à l'issue d'un traitement hormonal.** Hormis cette exception, la règle demeure que les opérations d'augmentation mammaire pour les femmes nées femmes avec de (très) petits seins ne sont pas des prestations obligatoires.

La Cour fédérale a renvoyé au tribunal régional la première espèce afin qu'il estime si la prise d'hormone a permis le développement suffisant de la poitrine de la plaignante. La Chambre des affaires de sécurité sociales a censuré l'appréciation du tribunal qui s'était simplement fondée sur le physique mince (« *schlanken Gestalt* ») de la plaignante pour conclure que ses traits semblaient

féminins (« *ihre Gesichtszüge weiblich wirkten* ») et ainsi estimer qu'elle ressemblait assez à une femme sans chercher d'autres critères.

2°/- La prise en compte du genre pour le soin d'une affection pathologique.

Il est intéressant de voir que **la prise en charge de la dysphorie de genre, affection pathologique conduisant à un stress psychologique est analysée selon des normes sociales** (sur les relations entre droit et genre, v. [le projet REGINE – Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe](#)). Ainsi, pour estimer que les patientes avaient droit à des prestations d'augmentation mammaire, la chambre des affaires de sécurité sociale ne se fonde pas sur des expertises médicales ou psychologiques.

La Cour sociale fédérale a suivi un raisonnement selon lequel le but de la prise en charge des conséquences de la dysphorie de genre n'est pas en tant que tel le changement du sexe de l'intéressé.e mais bien plus **son inscription sociale dans le sexe opposé pour remédier à la dysphorie de genre, homme-femme en l'espèce**. Une question demeure : doit-on comprendre que l'augmentation mammaire ne peut être prise en charge par la sécurité sociale que si la poitrine des intéressées n'atteint pas une certaine taille ? Ainsi donc, les femmes transsexuelles peuvent se voir rembourser une opération d'augmentation mammaire sur le fondement d'un stress psychologique du fait de ne pas pleinement appartenir à l'autre sexe. Qu'en est-il des femmes biologiquement nées femmes et souffrant d'hypoplasie mammaire ? Elles sont explicitement exclues de cette règle et ne peuvent bénéficier d'une opération d'augmentation mammaire prise en charge par la sécurité sociale que si leur poitrine n'est pas considérée intacte et devant être soignée.

On remarquera que les trois espèces concernent des transsexuelles homme-femme. Le juge ne se contente pas de trancher un litige de sécurité sociale mais édicte une norme en-deçà de laquelle une personne peut légitimement ne pas se sentir femme. Ainsi donc, **le juge de la loi se trouve être juge de la féminité et, en creux, exclut les personnes qui ne correspondent pas aux critères qu'il a édictés pour définir la catégorie des personnes qui peuvent se sentir femmes**. Le seul attribut sexuel féminin ne suffit pas (il n'était *a priori* par réclamé par la plaignante de la deuxième affaire ni exigé par la Cour) et, faute de mieux, le juge indique la taille minimum d'une poitrine féminine. En effet, il faut que malgré la diversité des phénotypes hommes et femmes, l'apparence physique obtenue se déplace dans le domaine **indubitablement** typique d'un sexe (« *Trotz der grossen Vielfalt der Phänotypen bei Männern und Frauen [...] in einem unzweifelhaft geschlechtstypischen Bereich* »). Dans la mesure où un clitoris est également un membre externe de l'appareil génital féminin, il serait intéressant de savoir si une taille minimum de pénis peut être édictée.

Finalement, par cet arrêt, le tribunal renforce nettement, en y ajoutant une mise à jour judiciaire, **la distinction, nette et étanche, entre les genres et rend ainsi plus compliquée l'identification dans un sexe ou l'autre hors traitements médicaux, et manie l'« indubitable »**.

Pour rappel, la France est le premier pays où le transsexualisme n'est plus considéré comme une maladie mentale puisque le [décret n° 2010-125 du 8 février 2010](#) a supprimé le transsexualisme de la liste des affections longue durée (ALD) 23 en enlevant de la liste les « *troubles précoces de l'identité de genre* ». Le transsexualisme est désormais examiné au titre des ALD 31, dites hors liste. Les ALD ouvrent droit à une prise en charge à 100 % des dépenses nécessaires pour les traiter, conformément à [l'article L322-3-4° du Code de la sécurité sociale](#).

Un jugement similaire aux espèces commentées a été rendu par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun (TASS Melun, n° 20400987/MN, décision n° 12, 13 septembre 2005, *Monsieur D c. CPAM de Seine et Marne* – Cité par [le rapport de la Haute autorité de santé intitulé « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009](#), page 71). Ce tribunal a accordé « *à titre exceptionnel* », la prise en charge d'une opération de mammectomie réalisée à l'étranger. Le jugement s'est fondé sur la résolution (non contraignante, donc) du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont

victimes les transsexuels. Il a également relevé « *la souffrance exprimée par Monsieur D de vivre en désharmonie avec son corps aux marques féminines* ». L'on retrouve ainsi le raisonnement suivi par la Cour sociale fédérale allemande pour permettre l'inscription dans le nouveau sexe.

*
* *

Depuis le 11 septembre dernier, en Allemagne, les transsexuelles homme-femme avec une dysphorie de genre diagnostiquée comme telle ont donc droit à une opération d'augmentation mammaire. Et ce, si la prise d'hormone n'a tout simplement pas suffi à leur donner une apparence de femme, peu importe que le sexe génital ait changé. Ainsi, **le transsexualisme se limite, en terme de prise en charge, à l'inscription sociale dans le sexe voulu, quand bien même le sexe, au sens propre, n'aurait pas changé.**

Bundessozialgericht (BSG), [11 septembre 2012, Terminbericht n° 49/12](#) (zur [Terminvorschau Nr. 49/12](#))

Pour citer ce document :

Antoine Laplane, « [Dysphorie de genre et définition judiciaire des genres](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 5 décembre 2012.

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de [la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)