HAL
open science

Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures . Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé, 2013, Hors série 50e numéro de la Revue Droit & Santé, pp.200-214. hal-01251054

HAL Id: hal-01251054

https://hal.science/hal-01251054v1

Submitted on 6 Jan 2016

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

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

Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures[1]

Étude du concept de nécessité médicale et de la place du mineur dans les décisions médicales le concernant

Les actes médicaux de conformation sexuée[2] peuvent être définis comme les actes matériels visant à modifier le sexe biologique d'un individu, de façon à le conformer à l'un des deux idéaux-types de genre reçus dans notre société : l'homme et la femme. Il s'agit d'actes particulièrement lourds, telles les thérapies hormonales, l'ablation ou la reconstruction des organes génitaux.

Ces actes sont principalement réalisés soit sur des personnes intersexuées, c'est-à-dire des personnes dont le sexe biologique présente, au regard de ces idéaux-types, des incohérences ; soit sur des personnes transsexuées[3], c'est-à-dire des personnes dont les sexes biologique et psycho-social sont en contradiction.

Seront étudiés uniquement ici les actes de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures car c'est pour ces individus que se posent des difficultés éthiques et juridiques aigües, difficultés cristallisées dans le conflit entre la communauté intersexe et la communauté médicale. Alors que la première demande un moratoire sur les actes médicaux de conformation sexuée pratiqués sur les jeunes enfants, la seconde soutient, dans sa majorité, que ces actes médicaux sont nécessaires au bien-être de ces enfants et que, pour réussir, il importe de les réaliser le plus tôt possible[4].

Ces actes médicaux de conformation sexuée seront étudiés de deux manières différentes. Dans une approche juridique, il s'agira de décrire l'encadrement de ces actes par le droit étatique. Dans une approche éthique, une appréciation critique sera portée sur les comportements autorisés par le droit, afin de savoir si ceux-ci sont conformes aux principes éthiques ou s'il convient de modifier certaines normes juridiques.

S'il suffit en principe de consulter les codes et les recueils de jurisprudence pour connaître les normes juridiques, cela est beaucoup plus difficile pour les normes éthiques qui ne sont nulle part écrites. Il nous semble néanmoins possible de dégager, s'agissant des actes médicaux en

---

[1] Cette étude est le fruit d'une communication donnée lors d'un colloque — *La normativité de genre et ses effets sur l'enfance et l'adolescence* — qui s'est tenu à Luxembourg du 24 au 29 septembre derniers.

[2] L'adjectif sexué a été préféré à celui de sexuel car il est moins question de sexualité que de sexe au sens strict.

[3] Pour les mêmes raisons que la note précédente, le mot transsexué a été préféré à celui de transsexuel.

[4] Voyez par exemple Cl. NIHOUL-FEKETE, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », *in Les assises du corps transformé*, LEH, 2010, p. 61.

général, au moins deux principes éthiques : les principes de dignité et de liberté[5]. Le premier principe vient exiger des médecins, qu'afin de protéger la valeur de toute personne, ils ne portent atteinte à l'intégrité du corps de leur patient que pour améliorer ou maintenir la santé de celui-ci[6]. Le principe de liberté implique quant à lui, que toutes les personnes intervenant dans ces actes médicaux, en premier lieu le patient, y aient consenti[7].

Au regard de ces données préliminaires, il apparaît logique de mener cette étude en se demandant si le droit français en vigueur encadre de manière satisfaisante les actes médicaux de conformation sexuée, au regard des principes éthiques de dignité *(I)* et de liberté *(II)*.

I. La mise en œuvre du principe de dignite : l'exigence d'une necessite medicale pour la personne

Le droit français s'efforce de protéger la dignité des individus en subordonnant, à l'article 16-3 du code civil, toutes les atteintes à l'intégrité du corps humain, et donc notamment celles réalisées par des médecins, à une « nécessité médicale pour la personne ».

Cette expression, quelque peu énigmatique, mérite d'être précisée *(A)*, afin de pouvoir ensuite l'appliquer aux actes médicaux de conformation sexuée *(B)*.

A. Un encadrement imprecis des atteintes au corps humain

Pour éclairer l'expression de « nécessité médicale pour la personne » on peut procéder de manière méthodique en explicitant tour à tour les mots « médicale », « nécessité », « pour la personne ».

Deux acceptions de l'adjectif « médicale » sont possibles : une acception personnelle renvoyant aux *médecins* et une acception matérielle renvoyant à la *médecine*.

La conception personnelle paraît devoir être rejetée pour deux raisons. D'une part, si elle était adoptée cela signifierait que seuls les médecins pourraient porter atteinte à l'intégrité du corps humain. Or ce n'est évidemment pas le cas puisque d'autres professions, tels les infirmiers, peuvent intervenir.

D'autre part, cette conception personnelle aboutirait à priver les juridictions de tout contrôle sur les actes médicaux car, dès lors qu'ils auraient été réalisés par un *médecin*, ils répondraient à une nécessité *médicale*. Or cela irait à contre-courant de la tradition en droit de la santé où est exercée, depuis fort longtemps, un contrôle des pratiques médicales. Ainsi, bien avant que le législateur ne décide, lors de la première loi bioéthique de 1994[8], d'encadrer les pratiques médicales en les subordonnant à une « nécessité thérapeutique », la jurisprudence avait admis le

[5] Bien que les expressions principe de « liberté » ou de « dignité » relève davantage du vocabulaire juridique qu'éthique — les ouvrages d'éthiques médicales se référant respectivement plutôt aux principes de « respect de l'autonomie » ou de « non malfaisance » (cf. T. L. Beauchamp & J. F. Childress, *les principes de l'éthique biomédicale*, Les belles Lettres, 2008) — il nous a paru opportun d'y recourir, de façon à pouvoir mêler plus aisément les discours juridique et éthique.

[6] Cf. principe 6 de la charte européenne d'éthique médicale.

[7] Cf. principe 14 de la charte européenne d'éthique médicale.

[8] Loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain.

contrôle de la finalité des actes réalisés par des médecins[9]. L'intervention législative de 1994 est venue consacrer cette jurisprudence, à qui elle a donné une solide assise textuelle qui a encouragé les juridictions à poursuivre ce contrôle[10]. Il serait dès lors surprenant que, par le remplacement opéré dans la loi du 27 juillet 1999 de l'expression « nécessité thérapeutique » par celle de « nécessité médicale pour la personne », le législateur ait souhaité mettre fin à un contrôle de pratiques médicales qu'il venait en 1994 de consacrer.

En vérité, l'adjectif *médical* paraît devoir être entendu dans une acception matérielle, comme renvoyant à la *médecine*. L'étude des travaux préparatoires à la loi de 1999 précitée est en ce sens. Ceux-ci révèlent que l'expression « nécessité médicale » a été introduite afin de permettre aux professions médicales de réaliser des atteintes à l'intégrité du corps humain qui soient justifiées, non plus seulement par un motif *thérapeutique*, mais aussi par un objectif de *prévention* ou de *recherches*[11]. L'expression « nécessité médicale » doit donc inclure *a minima* ces trois finalités. Cependant cette définition est insuffisante car elle laisse de côté un certain nombre d'activités, principalement les actes à visée *esthétique* et *reproductive*, qui semblent pourtant rattachables à la médecine et qui se trouvent d'ailleurs réglementés dans le code de la santé publique[12]. Le rattachement de ces activités à la médecine, au sens de l'article 16-3 du code civil, paraît donc souhaitable. Il pourrait s'appuyer de surcroît sur les débats parlementaires ayant eu lieu à l'occasion du remplacement de l'adjectif « thérapeutique » par celui de « médicale »[13], mais aussi sur l'esprit de l'article 16-3 précité, dont la vocation était d'être un texte à portée générale, régissant l'ensemble des atteintes au corps humain[14].

L'adjectif médical renverrait alors au moins à cinq activités : thérapeutique, préventive, esthétique, reproductive et de recherches.

Cependant cette conceptualisation ne serait pas pleinement satisfaisante car elle conduirait à des recoupements[15] peu opportuns. D'où le souci de distinguer trois choses : le type de *mal-être*

---

[9] Antérieurement à l'exigence textuelle d'une nécessité thérapeutique voyez T. civ. Nice, 23 juin 1905 : *S.* 1909, 2, 322, note E.-H. PERREAU ; Paris, 22 janv. 1913 : *DP* 1909, 2, 73, note L. DENISSE – *S.* 1918-19, 2, 97, note E.-H. PERREAU ; Lyon, 27 juin 1913, *GP*, 1913, 2, 506 ; Crim. 9 nov. 1961, *JCP* 1962, II, n° 12777.

[10] Cass. avis, 6 juill. 1998 : JCP G 1998, IV, 3005 – Dr. Fam. 1998, comm. 162, obs. T. FOSSIER – RTD civ. 1998, p. 881, obs. J. HAUSER – Defr. 1999, p. 314, obs. J. MASSIP ; Cass. 1re civ. 11 oct. 1988, *Bull.* n° I, p. 188.

[11] Cf. les propos de F. Autain et B. Kouchner *in* JO Sénat, séance du 3 juin 1999, p. 3670. *Adde*, sur l'analyse de ces travaux parlementaires, D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », *D.* 2000, p. 485 ; P. HENNION-JACQUET, « Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1039.

[12] En dépit de l'arrêt de la cour d'appel de Paris cité *infra* on pourrait citer des jurisprudences reconnaissant l'appartenance à la médecine d'actes à visée esthétique : Paris, 1er avr. 1955 : *D.* 1955, 563, note Golléty, qui renvoie lui-même à d'autres arrêts dans le même sens : Bordeaux, 13 juin 1910, *Le Droit*, 26 nov. 1910 ; Lyon, 27 juin 1913, DP 1919, 2, 73 ; S. 1918-1919, 2, 97 ; Lyon 27 juin 1913, DP 1941, 2, 73 ; Civ. 29 nov. 1920, *DP* 1924, 1, 103 ; T. civ. Seine, 25 févr. 1929, *GP* 1929, 1, 424 ; Paris, 12 mars 1931, *DP* 1931, 2, 141 ; Lyon, 27 mai 1936, *DH* 1936, p. 465.

[13] Lors de la séance au Sénat précitée, le rapporteur Claude Huriet se demandait si le remplacement de l'expression nécessité thérapeutique par celle de nécessité médicale n'aurait pas pour effet de supprimer toute doute quant à la licéité d'opérations à visée esthétique. Par où l'on voit que certains parlementaires étaient conscients que les actes à visée esthétiques étaient susceptibles d'être à présents « couverts » par le droit. Quant aux actes à visée reproductive (ou *a*-reproductives) on pourrait s'appuyer sur les discussions parlementaires de la séance du 3 juin précitée où l'exemple d'activité de prévention cité par M. Kouchner, la ligature des trompes de Fallope, se trouvait être également un acte touchant à la reproduction.

[14] En ce sens D. THOUVENIN, *op cit.*. *Contra* CA Paris, 24 nov. 2006, disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007630538.

[15] Par exemple, les actes à finalités contraceptives sont pour une partie importante d'entre eux des actes visant à *prévenir* l'état de gestation. Comment alors les opposer aux actes à visée préventive ? De même, les actes de

corporel qui est concerné (thérapeutique, esthétique[16] ou reproductif), le caractère actuel ou prévisible du mal-être (afin d'intégrer la finalité préventive) et enfin la dimension immédiate et individuelle ou médiate et collective (afin d'intégrer la finalité de recherche) de la lutte contre ce mal-être.

Quant au mot « nécessité », comment le comprendre ? Il semble qu'un acte ne peut être nécessaire qu'autant qu'il permette une amélioration du bien-être de l'individu. Autrement dit, cet acte doit apporter plus d'avantages que d'inconvénients, ce qui conduit en vérité à réaliser un *contrôle de proportionnalité* de l'acte médical.

On peut appuyer cette interprétation sur deux éléments. D'une part sur l'histoire puisqu'avant que le législateur n'encadre les atteintes au corps humain, les juges de fond avaient parfois mis en place un *contrôle de proportionnalité de l'acte médical*[17]. D'autre part, ce contrôle de proportionnalité ressort explicitement de certains textes du code de la santé publique, s'agissant des actes thérapeutique[18] ou de recherches[19], et il ne paraît pas déraisonnable de l'étendre à l'ensemble des actes médicaux, conformément aux souhaits d'une partie de la doctrine tant juridique[20] que médicale[21].

Reste à expliquer l'emploi des mots « *pour la personne* ». Cette expression paraît signifier qu'il faut adopter une approche *subjective* de la nécessité médicale. En conséquence, c'est par rapport au patient qu'il faudra se placer pour apprécier le *mal-être* ou le caractère *nécessaire* de l'acte.

Cette solution permet de préserver au mieux la dignité des personnes, en s'assurant qu'aucune opération ne pourra être pratiquée sur elles sans qu'elles n'aient exprimé leur mal-être.

Il ne faudrait pas néanmoins que cette interprétation conduise les juridictions à adopter de manière systématique une appréciation *in concreto* du mal-être du patient. En effet, outre que ce serait confondre les questions du *référentiel* de l'appréciation et des *modalités* de l'appréciation, cela aurait pour conséquence de priver de soins toutes les personnes inaptes à exprimer leur mal-être. Ainsi, les personnes mineures, ne pouvant exprimer leur mal-être, ne pourrait être soignées. Voilà pourquoi il importe de procéder pour ces dernières à une appréciation *in abstracto* de la nécessité médicale. En pratique, pour mener cette appréciation *in abstracto*, il importera d'observer le comportement d'individus aptes à s'exprimer et placés dans la même situation.

Pour résumer, *le concept de nécessité médicale pour la personne ici proposé est dual. D'une part, il suppose une lutte, immédiate et individuelle ou médiate et collective, contre un* mal-être, subjectif, *existant ou prévisible et trouvant son origine dans une pathologie, une sentiment*

---

recherche biomédicale réalisés sur l'être humain poursuivront souvent aussi, de manière certes médiate, un but thérapeutique.

[16] Sur la distinction des mal-être thérapeutique et esthétique, cf. CA Lyon, 27 mai 1936, *DH*, 1936, p. 465.

[17] Paris, 22 janv. 1913 précité.

[18] Art. L1110-5 : « (…) Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. »

[19] Art. L1121-2 : « Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain : (…) si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche »

[20] D. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 489.

[21] A.-L. BOCH, « Une éthique pour la chirurgie », *in* E. HIRSCH, *Traité de bioéthique. II – Soigner la personne, évolutions, innovations thérapeutiques*, Érès, Toulouse, 2010, p. 638

d'inesthétisme ou un état de gestation. D'autre part, ce concept implique des actes médicaux que le patient juge proportionné[22].

B. UNE SUBORDINATION EFFICACE DES ACTES DE CONFORMATION SEXUEE AU PRINCIPE DE DIGNITE

La notion de « nécessité médicale pour la personne » ainsi précisée, il convient de l'appliquer aux actes médicaux de conformation sexuée pratiqués sur des personnes mineures, en distinguant selon que le mineur est ou non doté de discernement, puisque nous avons vu que les modalités d'appréciation de la nécessité médicale pour la personne en dépendaient.

Lorsque la personne mineure est dotée de discernement, elle sera en mesure d'exprimer son mal-être et de décider si l'acte lui apparaît ou non proportionné. Si ces deux éléments sont établis, alors l'acte médical de conformation sexué réalisé par le médecin sera bien justifié par une nécessité médicale pour la personne[23]. Il importera néanmoins d'identifier l'origine de ce mal-être, une pathologie ou un sentiment d'inesthétisme, puisque le régime juridique de ces actes diffèrera. En effet, le cadre dans lequel les actes à visée esthétique sont réalisée est bien plus contraignant pour le médecin que celui des actes à visée thérapeutique[24]. En outre, ces actes ne peuvent, par définition, que porter sur l'apparence extérieure de l'individu[25]. Enfin, conformément à l'article L321-1 du code de la sécurité sociale, ces actes ne seront pas pris en charge par l'assurance maladie[26].

En l'absence de discernement du mineur, la licéité des actes médicaux de conformation sexuée ne devrait être que limitativement admise par la jurisprudence.

S'agissant des personnes mineures *transsexuées* la question ne devrait que peu se poser en pratique car on imagine que chez ce mineur dépourvu de discernement, la contradiction entre son sexe biologique et son sexe psychosocial ne sera pas encore suffisamment manifeste.

La situation est toute autre pour les personnes mineures *intersexuées* puisque les « incohérences » du sexe biologique sont le plus souvent constatées à la naissance et donnent lieu en France, de manière généralisée, à des actes médicaux de conformation sexuée[27]. Or il semble que ni le mal-être, ni la nécessité n'existent pour de tels actes.

En effet, dans le cadre d'une appréciation *in abstracto*, l'étude des témoignages de personnes intersexuées non opérées et parvenues à l'âge adulte, fait apparaître que l'état de mal-être est loin

---

[22] Comp. P. HENNION-JACQUET, *eod. loc.*, p. 1039.

[23] En ce sens également, pour des actes réalisés sur des personnes transsexuées, cf. L. LAMBERT-GARREL, « Le transsexualisme en droit interne français », *in Les assises du corps transformé*, *op. cit.*, p. 186.

[24] Par exemple, les opérations de chirurgie esthétique doivent être réalisées dans des installations certifiées, répondant à des conditions techniques de fonctionnement (art. L6322-1 du CSP). Sont en outre exigés un devis détaillé et le respect d'un délai de réflexion de quinze jours (art. L6322-2 du CSP).

[25] L'article R6322-1 le dit clairement à propos des actes de chirurgie esthétique.

[26] C'est ainsi par exemple que la classification commune des actes médicaux laisse entendre, pour les actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur personnes transsexuées (§ 8.7.), qu'il n'y aura de prise en charge que si « le diagnostique de transsexuel » n'a été fait « par une équipe multidisciplinaire, après une période d'observation du patient pendant plusieurs années, au minimum deux ans à ce jour » ; toutes conditions permettant de s'assurer que l'acte ne répond pas qu'à une nécessité esthétique.

[27] Cl. NIHOUL-FEKETE, *eod. loc.*

d'être omniprésent[28] et que de telles personnes parviennent tout à fait à s'épanouir malgré leurs différences avec le reste de la société[29]. En outre, lorsqu'un mal-être existe il n'est que dans de très rares cas d'origine pathologique, dans la mesure où les états d'intersexuation ne mettent qu'exceptionnellement en jeu le pronostic vital ou ne conduisent à des souffrances physiques[30]. Il n'est donc bien souvent qu'esthétique et obéira en conséquence au régime juridique précité des actes à visée esthétique.

Quant à la nécessité de l'acte, on peut douter que celui-ci apporte au mineur plus de bénéfices que d'inconvénients. En effet, les témoignages recueillis auprès de personnes intersexes[31] font apparaître que le résultat de ces actes médicaux n'est pas toujours efficace compte tenu de la difficulté qu'il y a, pour certains états d'intersexuation, à déterminer avant toute manifestation du genre de l'enfant, le sexe qui lui correspondrait le mieux[32]. Ce résultat n'est pas non plus toujours techniquement satisfaisant[33] et il n'est pas certain, malgré les progrès de la médecine, que l'on parvienne un jour à résoudre certaines difficultés, telle les diminutions de sensibilité des zones érogènes opérées. En outre, quand bien même ces actes parviendraient à être techniquement « réussis », il n'en demeure pas moins qu'ils continueront à présenter des risques (aléas thérapeutiques, effets secondaires) et, surtout, à créer de réels traumatismes psychiques (dépression, suicide) liés au fait qu'il demeurera toujours insupportable pour un individu de se voir imposer dans sa chair, de manière irrémédiable, une identité qu'il ne s'est pas lui-même construite[34].

Quant au bénéfice attendu, il est avancé que ces actes médicaux permettraient d'améliorer le bien être psychique de la personne intersexuée en ce qu'il favoriserait son insertion dans la

---

[28] J. D. HESTER, « Intersex and the rhetorics of healing », S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex,* Springer, 2010, p. 50 s. ; M. DIAMOND & H.G. BEH, « The right to be wrong », *idem*, p. 108 ; G. REINER, « Prenatal gender imprinting and medical decision-making », *id.*, p. 159.

[29] Ce constat fut réalisé, non sans paradoxe, par le « père » des opérations de conformation sexuée dans sa thèse de doctorat : J. MONEY, *Hermaphroditism: An Inquiry Into the Nature of a Human Paradox*, Harvard University, 1952 cité par J. COLAPITO, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, HarperCollins, NewYork, 2000, p. 234.

[30] M. M. GRUMBACH, I. A. HUGHES, F. A. CONTE, « Disorders of sex differentiation », *Williams textbook of endocrinology*, Saunders, Philiadelphia, 2003, p. 842 s.

[31] J. PICQUART, *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009 ; « À qui appartiennent nos corps ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 27, n° 1/2008, p. 16-36 ; A. D. DREGER (dir.), *Intersex in the age of ethics*, University Publishing Group, Hagerstown, 1999.

[32] Le sexe est en effet multiple : il est génétique, gonadique, hormonal, phénotypique et psychosocial (STEPHEN F. KEMP, « The role of genes and hormones in sexual differentiation », *in* S. E. SYTSMA (dir.), *op. cit.*, p. 1). Or si les médecins, au moment de décider du sexe qu'il conviendra d'assigner à l'enfant, peuvent avoir accès aux quatre premières composantes du sexe, l'accès au sexe psychosocial leur sera pratiquement impossible. Seule la personne intersexe elle-même paraît en mesure de connaître ce sexe (D. T. OZAR, « Towards a more inclusive conception of gender-diversity for intersex advocacy and ethics », *eod. loc.*, p. 17). D'où l'importance d'attendre qu'elle puisse s'exprimer.

[33] Le mécontentement peut avoir pour cause le caractère peu esthétique des actes réalisés, leur caractère non fonctionnel ou les pertes de sensibilité des zones érogènes. Cette déception est bien documentée (S. CREIGHTON *et alii*, « Objective cosmetic and anatomical outcomes at adolescence of feminising surgery for ambiguous genitalia done in childhood » *Lancet* 358, 14 juill. 2001, p. 124-125 ; U. KUHNLE *et alii*, « The quality of life in adults female patients with congenital adrenal hyperplasia: a comprehensive study of the impact of genital malformations and chronic diesease on female patients life », *European journal of pediatrics*, n°154, 1995, p. 708 s.) au point qu'aux États-Unis les résultats insuffisants de ces opérations était dissimulés aux patients (A. D. DREGER, « Intersex and human rights : the long view », in S. E. SYTSMA, *op. cit*., p. 76).

[34] Pour une analyse très pertinente de ce traumatisme décrit comme une atteinte irrémédiable à l'authenticité de l'être voyez H. E. STARCK, « Authenticity and intersexuality », E. S. SYTSMA, *op. cit.*, p. 277, 288-290.

société. Néanmoins ce bénéfice ne repose sur aucune étude scientifique[35], ce qui peut surprendre, surtout lorsqu'on sait que ces actes de conformation sexués existent depuis plus de cinquante ans…

Au final on peut sérieusement douter du caractère proportionné des actes médicaux de conformation sexué couramment pratiqués, surtout lorsqu'on sait qu'existent des méthodes alternatives « douces » qui, tels le suivi psychothérapique[36] ou les groupes de parole[37], semblent avoir des effets tout aussi efficaces sur le bien-être des personnes intersexuées.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il semble donc peu probable que nos magistrats décident, suivant en cela les discrètes recommandations de la Haute autorité de santé[38], que tous les actes de conformation sexuée répondent à une nécessité médicale et encore moins thérapeutique.

En l'absence de nécessité médicale, les conséquences seront lourdes pour les personnes ayant concouru à ces actes médicaux. Ainsi, en cas de saisine d'un juge par des parents mécontents[39] ou des patients rejetant le corps pour eux fabriqué, la responsabilité civile et pénale des médecins pourra être engagée[40]. Or il est à craindre, s'agissant d'un acte accompli sans nécessité médicale, que les assureurs refusent de couvrir ce risque.

Cet état du droit positif conduit, hors risque thérapeutique dûment documenté, à donner raison aux militants intersexes dans le conflit qui les oppose aux médecins, quant au point de savoir si, et à quel moment, doivent être réalisés les actes de conformation sexuée.

Si les sanctions encourues par les médecins peuvent apparaître lourdes, elles n'en permettent pas moins une protection efficace de la dignité des personnes mineures. Néanmoins, cette protection n'intervient qu'*a posteriori*, ce qui peut apparaître comme une mise en œuvre insuffisante du principe de dignité. Cette critique pourrait néanmoins être tempéré s'il était établi que le droit assure, en amont, une protection efficace de la liberté du mineur, étude vers laquelle il convient à présent de se tourner.

---

[35] J. D. HESTER, « Intersex and the rhetorics of healing », *op. cit.*, p. 49 s. ; J. GREENBERG, « Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology », *Arizona Law Review*, summer 1999, p. 365, note n° 474 – E. BISHOP, « A child's expertise: establishing statutory protection for intersexe children who reject their gender of assignment », *New- York University Law Review*, may 2007, p. 541, note n° 56. *Adde* W. G. REINER, « Prenatal gender imprinting and medical decision-making », *op. cit.*, p. 158 soulignant « It is important to recognize that the clinical paradigm sex-assigning genetic males to female […] was based neither on science nor clincal experience. »

[36] Voyez l'allusion qui y est faite dans la décision SU-337/9 rendue par la Cour constitutionnelle de Colombie le 12 mai 1999 (http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU337-99.htm).

[37] J. D. HESTER, *op. cit.*, p. 66.

[38] HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2009, p. 23 où il est recommandé de ne plus réaliser des actes de conformation sexuée sur des mineurs inaptes à s'exprimer.

[39] Une telle action vient d'être introduite le 14 mai dernier, en Caroline du Sud par des parents adoptifs. Cf. : http://aiclegal.org/programs/project-integrity/

[40] Pour le détail de ces conséquences, cf. B. MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, mémoire de Master II de droit privé général, (dir.) D. FENOUILLET, éd. Panthéon-Assas, Paris, févr. 2011, n°s 66 s. En outre, le contrat médical passé entre le personnel médical et les parents pourra être annulée et les sommes perçues au titre de ce contrat devront être restituées. L'acte médical étant illicite, les caisses de la sécurité sociale devraient de plus être en droit de réclamer les sommes versées aux assurés sociaux.

II. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE LIBERTE : L'EXIGENCE D'UN CONSENTEMENT ECLAIRE A L'ACTE MEDICAL

Le principe de liberté implique que chacun des acteurs consente à la relation médicale au cours de laquelle ont lieu les actes de conformation sexuée. Il implique également que ce consentement soit intègre, c'est-à-dire que ses auteurs soient dûment informés des conséquences de leurs décisions. Si ce deuxième corollaire est désormais pleinement mis en œuvre par le droit français[41], ce qui peut justifier que nous n'en parlions pas ici, le premier est en revanche plus problématique. Encore convient-il de bien localiser la difficulté.

Du côté des médecins, la mise en œuvre du principe de liberté ne pose guère de difficultés. Bien que l'hypothèse soit rare, le médecin est libre de refuser ses soins, notamment lorsque pour des raisons professionnelles il doute de leur efficacité[42]

Le problème se situe du côté du patient où la mise en œuvre du principe de liberté s'avère délicate, compte tenu de la présence d'un intermédiaire entre l'enfant-patient et son médecin : les parents. En effet, puisqu'en droit les mineurs ne sont globalement pas autorisés à prendre des décisions pour eux-mêmes, il est nécessaire qu'ils soient représentés par un tiers. Conformément à l'article 371-1 alinéa 2 du code civil, cette représentation est assurée en principe par les parents. Cette règle est générale et s'applique notamment en droit de la santé[43].

Cette représentation parentale peut poser par elle-même problème puisque, lorsqu'elle est exercée de manière conjointe — et c'est la situation la plus fréquente — des désaccords peuvent survenir entre parents (A).

Une autre difficulté peut également surgir en cas de conflit entre la volonté du représenté, la personne mineure, et ses représentants, ses parents. En effet, si en principe le droit ôte au mineur toute prérogative juridique, ce dernier n'est pas néanmoins dépourvu de toute faculté d'opposition à la décision parentale (B).

A. LE CONFLIT INTER-PARENTAL ET SES SOLUTIONS

Conformément à l'article 372-2 du même code, le consentement des deux parents est nécessaire lorsqu'il s'agit de décider pour l'enfant d'un acte grave. Cherchant à définir les actes graves, le rapporteur de la commission des lois au sénat avait indiqué qu'il s'agissait d'actes « qui intéressent [le] corps ou [l'] âme [de] la personne de l'enfant (un engagement religieux, une *intervention chirurgicale grave*, une orientation professionnelle, etc.) »[44]. Or il semble bien que les actes médicaux de conformation sexuée constituent des actes graves. Cela peut être appuyée par les arrêts qui, à propos de la circonsision — opération proche des actes médicaux de conformation sexuée —, ont considéré qu'il s'agissait bien d'actes graves[45].

Dès lors que le consentement des deux parents est nécessaire pour réaliser un acte de conformation sexuée, un médecin violerait la loi s'il le pratiquait en s'appuyant sur l'accord d'un seul des deux parents.

---

[41] Art. L1111-2 du CSP.

[42] Art. L1110-3 du CSP.

[43] En atteste l'article L1111-5 du CSP qui, posant une règle contraire à cet article 371-1 du code civil, indique expressément qu'il s'agit d'une dérogation. Cela montre bien que les textes du code civil sur l'autorité parentale s'appliquent à titre de principe en droit de la santé.

[44] L. JOZEAU-MARIGNE, *Rapport au nom de la commission des lois*, n° 197 (1969-1970), p. 41, n° 27.

[45] CA Lyon, 25 juill. 2007 : Juris-Data n° 2007-346158 – JCP 2008, IV, 1028 ; CA Paris, 29 sept. 2000, D. 2001, p. 1585, obs. C. DUVERT.

En cas d'opposition entre les parents, le médecin pourra passer outre l'exigence d'un double consentement dans deux grandes hypothèses. Tout d'abord, en cas d'urgence, le médecin peut passer outre le désaccord parental[46].

Ensuite, des procédures juridictionnelles permettent de contourner cette opposition. En premier lieu, ce conflit concernant les modalités de l'autorité parentale peut, conformément au droit commun, être tranché par le juge aux affaires familiales[47] saisi par l'un des deux parents ou le ministère public qu'un tiers, tel le médecin ou l'établissement de santé, aura prévenu[48].

En second lieu, le juge des enfants peut être saisi afin cette fois, non plus de trancher le conflit, mais de transférer le pouvoir de décision au titre des mesures d'assistances éducatives. Les conditions de cette procédure sont néanmoins très exigeantes[49] et on imagine mal, sauf hypothèse d'un placement de l'enfant chez l'un des parents lorsque ceux-ci sont séparés, que le juge place l'enfant ailleurs que dans sa famille pour mettre fin à un conflit parental auquel le mineur est étranger[50]. La première voie judiciaire doit donc être préférée à la seconde. Nous verrons néanmoins que les mesures d'assistance éducative peuvent présenter un intérêt dans l'hypothèse d'un conflit entre la volonté des parents et celle de leur enfant mineur.

B. LE CONFLIT DE GENERATIONS ET SES SOLUTIONS

Bien que l'enfant soit représenté par ses père et mère, la volonté de l'enfant est prise en considération par le droit, avec une intensité plus ou moins grande selon que l'enfant est *(1)* ou non *(2)* capable de discernement.

1. LES PERSONNES MINEURES APTES A EXPRIMER LEUR VOLONTE

La solution donnée à un conflit entre la volonté du mineur et celle de ses parents diffère quelque peu selon que ce conflit est initié par les parents *(a)* ou l'enfant *(b)*. En effet, les voies juridiques offertes à l'enfant pour résister aux décisions parentales ne sont pas les mêmes que celles offertes aux parents pour s'opposer à la décision de leur enfant. En pratique, la première hypothèse concerne des enfants intersexués refusant tout acte médical de conformation sexuée que leurs parents souhaiteraient leur voir subir ; la seconde correspond à la situation de mineurs transsexués qui, contrairement à leurs parents, souhaiteraient (sur le conseil de leur médecin), se soumettre à une hormonothérapie afin de « bloquer » les effets irréversibles qu'aurait pour eux la puberté[51].

a. L'INITIATIVE PARENTALE, UNE PROTECTION INSUFFISANTE DE LA LIBERTE DE L'ENFANT

[46] Art. L1111-4 al. 6 et R1112-35 al. 3 CSP.

[47] Art. 373-2-6 du code civil.

[48] Art. 373-2-8 du code civil.

[49] Outre les conditions générales d'une mesure d'assistance éducative (art. 375 c. civ.) il conviendra, pour le transfert du pouvoir de décider des actes médicaux, de remplir les conditions de l'article 375-7 du même code.

[50] Le transfert partiel de l'autorité parentale à un tiers implique en effet le placement préalable de l'enfant chez ce même tiers (art. 375-7 précité).

[51] A. WÜSTHOF, « Le traitement hormonal des adolescents transsexuel-le-s », intervention au colloque *La normativité de genre et ses effets sur l'enfance et l'adolescence*, Luxembourg, 24-29 sept. 2012.

Après avoir exposé en droit positif les voies permettant au mineur de s'opposer à la décision de ses parents *(i)*, nous en montrerons les insuffisances *(ii)*.

i. DES VOIES D'OPPOSITION A DEBROUSSAILLER

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'article 371 alinéa 3 du code civil impose aux parents d'associer leur enfant mineur, doté de discernement, aux décisions qui le concernent. Cette exigence, à la portée incertaine, est énoncée plus précisément en matière médicale où l'article L1111-4 du code de la santé publique indique que le « consentement du mineur (…) doit être systématiquement recherché ».

Pour autant, ce « consentement » du mineur n'en est pas vraiment un au sens où on l'entend lorsqu'on parle de consentement à un contrat ou à un acte juridique. Il ressort clairement des travaux préparatoires à la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades que, par l'expression malheureuse « rechercher un consentement », nos parlementaires ont simplement entendu exiger du médecin qu'il recueille l'avis du mineur. En effet, alors qu'était débattu au sénat un amendement visant à modifier l'actuel article L1111-4 alinéa 6 du CSP, de façon à permettre au médecin de contourner aussi le refus du traitement par le mineur, le ministre de la santé s'y était opposé en soulignant que cela mettrait « sur le même plan le refus du mineur et celui des parents », ce qui « serait contraire aux responsabilités confiées par le code civil aux titulaires de l'autorité parentale » ; le ministre ajoutant alors : « l'adhésion du mineur […] doit certes être recherchée avec acharnement, mais c'est aux titulaires de l'autorité parentale de prendre la décision »[52].

Il nous semble donc que l'article L1111-4 alinéa 6 exige seulement du médecin qu'il recueille le consentement du mineur, sans être pour autant lié par ce consentement. Autrement dit, un médecin pourrait pratiquer un acte médical de conformation sexuée, malgré l'opposition de l'enfant. Cet état du droit conduit donc à une solution des plus choquante au regard du principe de liberté du patient. Elle pourrait en outre être critiquée au regard du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant, pourtant bien ancré dans notre droit[53].

Fort heureusement, le droit positif paraît offrir au mineur au moins deux voies pour s'opposer à la décision parentale.

1° Tout d'abord il semblerait que le juge aux affaires familiales (JAF) puisse être saisi afin d'interdire aux parents de réaliser des actes médicaux de conformation sexuée auxquels s'opposerait leur enfant intersexué. Un tel pouvoir d'interdiction paraît bien appartenir au JAF dans la mesure où l'on trouve au moins un autre exemple dans le code civil d'un tel pouvoir[54].

Néanmoins se pose une difficulté procédurale dans la mesure où le mineur n'est pas cité par l'article 373-2-8 du code civil précisant les modalités de saisine du JAF. Certes, le mineur pourrait faire un signalement au procureur de la République qui pourrait ensuite saisir le JAF. Il est toutefois à craindre, compte tenu de l'urgence probable de cette situation, de l'encombrement du parquet et du caractère rare et complexe de l'intersexuation, que le parquet ne réponde pas

[52] JO sénat, séance du 31 janvier 2002, p. 875.

[53] Cet ancrage résulte notamment de l'article 371-2 du code civil, de l'article R4127-43 du CSP faisant du médecin un défenseur subsidiaire de la santé de l'enfant lorsque ses parents n'agissent pas dans l'intérêt de celle-ci et de l'article 3.1. de la convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ce dernier ayant été reconnu d'effet direct (Cass. 1re civ., 18 mai 2005, 3 arrêts, *Bull. I*, nos 210 à 212, nos 02-21075, 02-16336, 02-20613).

[54] Art. 373-2-6 du code civil.

dans les temps à cet appel à l'aide. Cependant, il ne serait pas impossible, compte tenu de ce que la loi du 4 mars 2002 paraît avoir donné au mineur le droit subjectif d'être associé aux décisions le concernant, que le mineur puisse saisir directement le juge aux affaires familiales[55], ce que n'exclut d'ailleurs pas formellement l'article précité.

2° Une deuxième voie pourrait consister pour le mineur à saisir le juge des enfants afin que celui-ci, conformément à l'article 375-2 alinéa 3, rende une décision subordonnant le maintien de l'enfant chez ses parents à l'absence de tout acte médical. Cette mesure paraît néanmoins moins efficace que la précédente dans la mesure où ses effets, à l'égard des médecins qui interviendraient médicalement, seraient bien faible, tandis qu'en cas d'interdiction, on imagine que le médecin, informé de la décision du JAF, n'osera pas intervenir de peur de voir ses responsabilités civile et pénale engagées.

Quelle que soit la voie choisie par le mineur, celui-ci devra être représenté par un mandataire *ad hoc*, conformément à l'article 389-3 du code civil.

Assurément, tout ceci sera bien complexe pour le mineur et il est craindre, qu'à cause de la lourdeur de ces procédures, certains mineurs voient leur corps modifiés alors qu'ils y seraient opposés. La mise en œuvre par le droit du principe de liberté apparaît insuffisante et il serait opportun que les normes juridiques évoluent.

ii. DES VOIES D'OPPOSITION A RETRACER

Pour protéger davantage la liberté de ces personnes mineures, il importerait à tout le moins de simplifier la procédure d'opposition en prévoyant, à l'article L1111-4 alinéa 6 du CSP que l'opposition du mineur empêche la réalisation d'un acte médical d'une telle gravité. Il nous semble que pareille disposition pourrait être étendue, à titre de principe susceptible de connaître des exceptions, aux majeurs protégés. Dans les deux cas, il conviendrait d'étendre à l'hypothèse de l'opposition du mineur, l'exception de l'urgence vitale actuellement prévue par l'article L1111-4 alinéa 6 *in fine* en cas d'opposition des titulaires de l'autorité parentale.

Une telle modification serait d'autant plus heureuse qu'elle remettrait un peu de cohérence dans le droit en vigueur qui exige, dans des hypothèses d'une gravité équivalente ou moindre à celle des actes de conformation sexuée, que la personne mineure ne s'y oppose pas.

C'est ainsi par exemple que l'interruption volontaire de grossesse (IVG) réalisée sur une personne mineure célibataire ne pas peut lui être imposée par ses parents, puisque seule la mineure peut en faire la demande aux médecins[56]. Cette solution, que le législateur justifia par la

---

[55] En ce sens Cl. LIENHARD, « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », *AJ Famille*, 2002, p. 128 s. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Autorité parentale », *in Répertoire civil*, Dalloz, n°549.

[56] L'article L2212-7 dispose en effet dans son alinéa 1 que le consentement « de l'un des titulaires de l'autorité parentale […] est joint à la demande qu'elle présente au médecin en dehors de la présence de toute autre personne ». Or, si l'on reprend l'article L2212-1 précité, on s'aperçoit que par le terme « demande », le CSP désigne le consentement de la femme à l'IVG qui sera pratiquée sur elle. Il apparaît donc que le consentement des titulaires de l'autorité parentale est complémentaire à celui de la femme mineure. Pour cet acte là, il n'y a donc aucune représentation des parents, il y a simplement assistance.

Cela est si vrai que le code de la santé publique n'exige que le consentement de l'un ou l'autre des parents, alors que, s'agissant d'un acte assurément grave, les règles de représentation posées par l'article 372-2 du code civil auraient imposé le consentement des deux parents. Puisque ces règles de représentations ne s'appliquent pas, c'est

liberté de la personne mineure sur son corps et sa fécondité[57], nous paraît devoir être étendue *a fortiori* aux actes de conformation sexuée.

En effet, l'acte de conformation sexuée modifie le corps d'une personne, de manière au moins aussi importante que l'IVG le corps d'une femme, de sorte qu'une protection cohérente de la liberté de l'individu impliquerait de permettre à l'enfant de s'opposer à la décision de ses parents. Quant à la justification tenant à la fécondité, on la retrouve également sous une forme exacerbée pour les actes de conformation sexuée. Ces derniers ont en effet souvent une influence permanente sur la fécondité des mineurs alors que l'IVG ne concerne quant à elle qu'une seule grossesse.

Voilà pourquoi l'on peine à voir ce qui justifie, du point de vue de la technique juridique, que des parents puissent consentir seuls à des actes de conformation sexuée.

Ces mêmes interrogations surgissent lorsqu'on examine les dispositions concernant les modifications affectant l'état civil des personnes mineures de plus de 13 ans. En effet, le code civil impose aux mineurs de plus de 13 ans, en sus du consentement parental, de consentir aux modifications de leurs nationalité[58], lien de filiation[59], nom[60] et prénom[61]. N'y a-t-il pas une inversion des priorités à exiger le consentement du mineur pour des actes touchant à son état civil et à s'en dispenser pour des actes touchant aussi gravement à son intégrité corporelle ?

Voilà pourquoi, dans un souci de cohérence et d'amélioration de la liberté du mineur, il serait également opportun de tracer une nouvelle voie d'opposition pour le mineur, en formulant le principe général selon lequel, les atteintes graves et irréversibles à l'intégrité du corps humain ne peuvent, sauf urgence vitale, être réalisées sans le consentement de la personne mineure apte à manifester sa volonté.

b. L'INITIATIVE FILIALE, UNE VOLONTE PARENTALE DIFFICILE A OCCULTER

Bien que les parlementaires français aient maintenu leur souhait de conserver intacte l'autorité parentale dans l'article L1111-4 précité, les réalités sociologiques les ont convaincu[62] d'introduire, à l'article L1111-5, une disposition générale, semble-t-il méconnu du justiciable[63], permettant à une personne mineure de prendre seule des décisions concernant sa santé.

---

donc bien que les titulaires de l'autorité parentale ne consentent pas ici au nom de la personne mineure et que donc le consentement de cette dernière n'est pas simplement un avis destiné à éclairer les parents. Le consentement du mineur est véritablement ici la manifestation de volonté autorisant le ou les médecins à procéder aux actes médicaux.

[57] L'exposé des motifs du projet de loi à l'origine de l'article L2212-7 justifie ainsi l'ensemble des dispositions du projet par le souci de faire progresser « le droit des femmes à disposer de leur corps et à maîtriser leur fécondité ».

[58] Art. 21-11 du code civil.

[59] Art. 345 et 360 du code civil.

[60] Art. 61-3, 311-23 et 363 du code civil.

[61] Art. 60 du code civil.

[62] Un amendement avait néanmoins été déposé en commission à l'assemblée nationale afin d'abroger cet article au motif qu'il portait justement atteinte à l'autorité parentale. Les députés, tant en commission qu'en séance plénière ont rejeté cet amendement, suivant en cela l'opinion du ministre de la santé et du rapporteur, aux motifs que de telles situations existaient et que, pour protéger les médecins de toute plainte parentale il convenait de leur permettre de pratiquer ces opérations avec le seul accord du mineur.

[63] F. VIALLA, « Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit », *in Les assises du corps transformé*, *op. cit.*, p. 233.

Cependant les conditions posées par cette disposition sont telles qu'il ne sera pas toujours aisé pour le mineur d'exiger des médecins qu'ils occultent la volonté parentale.

L'article L1111-5 du CSP pose des conditions de forme et de fond qui sont calquées sur celles prévues par l'article L2212-7 du même code, lequel permet aux femmes mineures célibataires de recourir à l'interruption volontaire de grossesse sans l'accord des titulaires de l'autorité parentale.

S'agissant tout d'abord des conditions de forme, la personne mineure doit s'opposer de manière expresse à ce que ses parents soient consultés. Ensuite, le médecin doit discuter avec la personne mineure afin d'essayer de la convaincre de bien vouloir consulter ses parents. Enfin, il convient que la personne mineure soit accompagnée d'une personne majeure.

On le voit, ces trois conditions ne sont guère contraignantes pour la personne mineure ; elles auraient pu ne pas être posées tant elles correspondent aux réalités de la pratique médicale. Il en va un peu autrement des conditions de fond.

L'article L1111-5 exige tout d'abord « le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure ». Cette formulation paraît impliquer que ces interventions ne pourront être justifiées que par l'existence d'un mal-être d'origine pathologique et non simplement esthétique. Cette restriction nous paraît heureuse puisqu'elle permet d'éviter que des personnes mineures puissent réaliser trop aisément, à des fins esthétiques, des opérations de conformation sexuée qu'elles regretteraient plus tard[64]. Au regard de l'appréciation subjective de la nécessité médicale, cette deuxième condition sera remplie toutes les fois que le mal-être du mineur sera suffisamment important pour être pathologique. Ce n'est donc pas une réelle entrave à la liberté du mineur.

En revanche la seconde condition de fond est bien plus restrictive. Le texte dispose que le mineur ne pourra consentir seul que s'il souhaite garder le secret sur son état de santé. Or, s'agissant des mineurs transsexués qui souhaiteraient réaliser des actes médicaux de conformation sexuée, il sera rare que les parents ignorent cet état de santé. Certes, en pratique, le médecin ne pourra pas s'assurer lui-même de cet état de secret car, évidemment s'il allait interroger les parents pour s'assurer qu'ils ignorent l'état de santé de leur enfant, il prendrait le risque de trahir ce secret et violerait le secret médical. Pour autant, une fois la thérapie commencée, le conversation sexuée sera très probablement manifeste et il sera difficile pour le médecin que de pouvoir prétendre que ses parents l'ignoraient.

Voilà pourquoi il conviendrait, ne serait-ce que pour éviter que le mineur ait à dissimuler au médecin la connaissance par ses parents de son état de santé, d'élargir l'article L1111-5 à l'hypothèse d'un secret sur les soins donnés. L'exercice par la personne mineure de la liberté de disposer de son corps serait ainsi mieux assuré.

2. LES PERSONNES MINEURES INAPTES A EXPRIMER LEUR VOLONTE

Dans cette hypothèse, qui concerne surtout les mineurs intersexués, le droit ne peut prétendre recueillir le consentement du mineur puisque, par définition, celui-ci ne peut exprimer sa volonté.

[64] Il est scientifiquement établi que nombre de mineurs changent d'opinion quant à leur identité sexuée, une fois parvenu à l'âge adulte : M. DIAMOND & H.G. BEH, « The right to be wrong », *in* S. E. Sytsma (dir.), *op. cit.*, p. 105.

Pour autant, les intérêts du mineurs seront protégés par le droit puisque, conformément à la finalité de l'autorité parentale qui est explicitée dans l'article 371-1 du code civil, les parents ne pourront décider de réaliser des actes médicaux de conformation sexuée qu'après avoir recherché l'*intérêt de l'enfant*.

En cas de violation de cet intérêt, il semble tout d'abord que les parents et les médecins qui auront concouru aux actes médicaux en connaissance de cette violation, encourront leur responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du code civil ; la méconnaissance de cet intérêt suffisant à constituer la faute civile.

Une action en nullité serait également envisageable car, bien qu'il n'existe à notre connaissance aucune décision jurisprudentielle l'ayant expressément jugé[65], l'autorité parentale, en sa qualité de droit finalisé, pourrait se voir appliquer les principes gouvernant l'exercice du *pouvoir*. À ce titre pourrait être appliqué le principe doctrinal et jurisprudentiel selon lequel le dépassement de pouvoir est sanctionné par la nullité de l'acte[66].

Il n'en demeure pas moins que cette action en nullité, tout comme l'action en responsabilité précitée, n'interviendra qu'*a posteriori* et sans doute de manière très occasionnelle. Or il serait souhaitable que la protection de l'intérêt de l'enfant soit assurée en amont, surtout lorsque le consentement parental porte sur des actes matériels qui, tels les actes médicaux, sont souvent irréversibles.

Certes, en matière médicale, le contrôle de l'intérêt de l'enfant est redoublé puisque le médecin est érigé par l'article R4127-43 du CSP en « défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage ». Pour autant, s'agissant des actes médicaux de conformation sexuée, cette protection s'avère insuffisante car, nous l'avons vu, les médecins sont pour l'instant favorables à de tels actes, convaincus qu'ils sont de leurs bénéfices pour le mineur intersexué. Quant aux parents, ceux-ci ne paraissent que rarement en mesure d'apprécier de l'intérêt de ces actes pour l'enfant[67], compte tenu de ce que d'une part, les médecins sont leurs principaux conseillers et d'autre part, ils peuvent avoir tendance à privilégier, à l'intérêt de l'enfant, leur intérêt personnel, à savoir la simplification de leur vie quotidienne par une « normalisation » de leur enfant[68].

Afin d'améliorer la protection de l'intérêt de l'enfant et ne pas porter atteinte à l'exercice futur qu'il fera de la liberté de disposer de son corps, il conviendrait de restreindre les pouvoirs

---

[65] Voyez cependant : CA Paris, 13 déc. 1979, *G.P.* 1980, 1, 107 posant en principe que le mineur peut demander l'annulation de son émancipation lorsqu'elle est frauduleuse et qui, pour apprécier la « fraude » vérifie en vérité que l'émancipation a lieu dans l'intérêt de l'enfant. *Comp.* avec le droit colombien où les juridictions ont eu l'occasion, à propos d'actes médicaux de conformation sexuée, de subordonner la *validité* de la décision parentale à certaines conditions (Cour constitutionnelle, 12 mai 1999, SU-337/9 (http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU337-99.htm) ; cf. aussi les décisions T-551/99, T-1025/02, T-1021/03 de la même juridiction.

[66] E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°s 173 s. Pour des exemples en droit administratif, voyez les arrêts annulant des actes administratifs en cas de détournement de la finalité que ceux-ci devaient respecter (P. GONOD et M. GUYOMAR, « Détournement de pouvoir et de procédure », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, oct. 2010, n°s 67 s.). Pour d'autres illustrations en droit droit des affaires, voyez la jurisprudence sanctionnant par la nullité les décisions des associés méconnaissant l'intérêt social en cas d'abus de majorité ou de minorité (J. HONORAT, « Les nullités », *Répertoire de droit des sociétés,* juin 2012, n°s 118 s.).

[67] B. MORON-PUECH, *op. cit.*, n° 137. En ce sens également : Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, SU-337/99 (http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU337-99.htm) ; *adde* les décisions T-551/99, T-1025/02, T-1021/03 de la même juridiction.

[68] Sur ce désir, voyez A. D. DREGER, *op. cit.*, p. 77-78.

parentaux, de façon à priver ces derniers de la possibilité de pratiquer sur leur enfant, inapte à s'exprimer, des actes médicaux graves, aux conséquences irréversibles. Deux exceptions pourraient être toutefois aménagés. La première, en cas d'urgence ; la seconde, en permettant à un tiers, le juge, plus à même de rechercher l'intérêt de l'enfant, de prendre cette décision lorsqu'elle présente un intérêt thérapeutique manifeste pour ce dernier.

Cette réforme aurait pour intérêt de rétablir un peu de cohérence dans le droit français qui, par exemple, interdit très fermement[69] aux parents, dans une visée contraceptive, de ligaturer les trompes de Fallope ou canaux déférents de leur enfant, mais leur permet, dans le même temps, de conformer le sexe de celui-ci de façon à ce qu'il corresponde à leur vision binaire et réductrice de l'humanité.

D'aucuns pourraient néanmoins opposer que cette réforme serait dangereuse pour l'intérêt de l'enfant, compte tenu de ce qu'en privant les parents d'une partie de leurs pouvoirs sur l'enfant, des tensions risqueraient d'advenir, provoquant à terme un rejet de l'enfant par ses parents.

La critique peut néanmoins être dépassée notamment en rappelant, sur le terrain du droit que l'intérêt de l'enfant n'est pas celui de ses parents. S'il est assurément dans l'intérêt de l'enfant de vivre avec ses parents, cela ne doit pas conduire le droit à légitimer toutes les décisions que les parents imposeraient à leur enfant pour lui permettre de vivre avec eux. Il ne faudrait pas que la préservation, à court terme, de la cohabitation entre l'enfant et ses parents prime sur les autres composantes participant de l'intérêt de l'enfant et notamment sa santé physique et mentale. L'article 375 fait de surcroît très nettement pencher la balance en faveur de la santé de l'enfant lorsque les décisions parentales la mette en péril.

Sur le terrain du fait, on peut également ajouter que permettre aux parents de réaliser ces opérations c'est aussi risquer, après l'adolescence, un rejet non plus de l'enfant par ses parents, mais des parents par leur enfant. Enfin, on peut douter que le seul fait de priver les parents du pouvoir de décision conduise nécessairement à un rejet. Gageons plutôt qu'avec l'expérience de la vie quotidienne, les parents prendront conscience que leur enfant peut vivre normalement malgré ses différences et que, loin de le rejeter, ceux-ci ne le chériront que davantage en ce qu'il leur aura permis de se libérer d'une vision réductrice du monde.

[69] L'injonction est en effet écrite, dans les mêmes termes, tant à l'article L2123-1 que L2123-2 du CSP.

Conclusion

Pour conclure, nous pouvons dire que l'encadrement juridique des actes médicaux de conformation sexuée est apparu satisfaisant en ce qu'il protégeait *a posteriori* efficacement la dignité et la liberté des personnes mineures transsexuées et intersexuées. En revanche, la protection *a priori* de ces principes nous est apparue insuffisante, d'où l'intérêt que pourrait avoir, pour notre société, l'adoption de l'offre de loi suivante, rassemblant les propositions de réformes disséminées dans nos précédents développements.

Offre de loi relative au renforcement du droit à la santé des personnes mineures

Article 1

I. — L'alinéa 6 de article L. 1111-4 du code de la santé publique est ainsi rédigé :

« Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. **En cas de refus du mineur ou du majeur sous tutelle, aucun acte médical portant une atteinte grave et irréversible à son intégrité corporelle ne pourra être pratiqué.** »

II. — Après l'alinéa 6 du même article sont insérés deux alinéas :

« **Lorsque le mineur ou le majeur protégé est inapte à exprimer son consentement aucun acte médical grave aux conséquences irréversibles ne peut être pratiqué sauf urgence vitale. Le juge des tutelles pourra néanmoins autoriser de tels actes médicaux lorsque ceux-ci seront justifiés par un intérêt thérapeutique manifeste pour le mineur.**

Dans le cas où le refus d'un traitement par **le mineur,** la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. »

III. — À l'article L1111-5 du même code, après les mots « secret sur son état de santé », sont insérés les mots : « **et les traitements qu'elle reçoit** ».

Benjamin Moron-Puech