



HAL
open science

Le majeur protégé parent

Angélique Goyard

► **To cite this version:**

Angélique Goyard. Le majeur protégé parent. Droit. Université de Bordeaux, 2021. Français. NNT : 2021BORD0168 . tel-03899725

HAL Id: tel-03899725

<https://theses.hal.science/tel-03899725>

Submitted on 15 Dec 2022

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.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (ED 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ

Par **Angélique GOYARD**

LE MAJEUR PROTÉGÉ PARENT

Sous la direction de **Jean-Marie PLAZY**

Soutenue publiquement le 29 juin 2021

Membres du jury :

Madame LAMARCHE Marie

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

Examineur

Monsieur LEMOULAND Jean-Jacques

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Président du jury

Madame MAUGER-VIELPEAU Laurence

Professeur à l'Université de Caen Normandie

Rapporteur

Monsieur Jean-Marie PLAZY

Professeur à l'Université de Bordeaux

Directeur de thèse

Monsieur RAOUL-CORMEIL Gilles

Professeur à l'Université de Brest Bretagne occidentale

Rapporteur

A la mémoire de ma sœur Virginie

*A ma fille, Andréa
A mes parents*

Remerciements

Je tiens à adresser mes plus sincères remerciements à Monsieur le Professeur Jean-Marie PLAZY, qui fut, après avoir été mon professeur, un directeur de thèse irremplaçable. Attentif, humain, accessible, il fut un soutien d'une importance capitale dans la conduite de ce travail.

J'exprime également tous mes remerciements à l'ensemble des membres de ce jury de thèse.

Je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à Madame Elisabeth TOURNAN, pour sa gentillesse et son professionnalisme. Sa disponibilité, le suivi ainsi que la qualité de ses informations, furent pour moi d'un grand secours.

J'adresse enfin toute ma gratitude à mes ami(e)s et à toutes les personnes qui m'ont aidée dans la réalisation de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

act.	<i>Actualité</i>
adde	<i>Addenda, ajouter</i>
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJ fam.	<i>Actualités juridiques famille</i>
al.	<i>Alinéa</i>
anc.	<i>Ancien</i>
Arch. Philo. Droit	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Ass. Nat.	<i>Assemblée nationale</i>
ass. plén.	<i>Assemblée plénière</i>
art.	<i>Article</i>
BO	<i>Bulletin officiel</i>
Bull.	<i>Bulletin</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle</i>
c.	<i>contre</i>
CA	<i>Cour d'appel</i>
CAA	<i>Cour administrative d'appel</i>
CASF	<i>Code de l'action sociale et des familles</i>
Cass. Ass. Plén.	<i>Assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
Cass. Ch. réunies	<i>Cour de cassation, Chambres réunies</i>
Cass. civ.	<i>Cour de cassation, chambre civile</i>
Cass. Civ. 1^{re}	<i>Cour de cassation, première chambre civile</i>
Cass. Civ. 2^{ème}	<i>Cour de cassation, deuxième chambre civile</i>
Cass. crim.	<i>Cour de cassation, chambre criminelle</i>
Cass. req.	<i>Cour de cassation, chambre des requêtes</i>
C. civ.	<i>Code civil</i>
CCNE	<i>Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé</i>
CE	<i>Conseil d'État</i>

Cf.	<i>Confer (voir)</i>
chron.	<i>Chronique</i>
CIDPH	<i>Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées</i>
circ.	<i>Circulaire</i>
Coll.	<i>Collection</i>
Comm. EDH	<i>Commission européenne des droits de l'Homme</i>
comm.	<i>Commentaire</i>
concl.	<i>Conclusions</i>
Cons. const.	<i>Conseil constitutionnel</i>
Contra	<i>en sens contraire</i>
Conv. EDH	<i>Convention européenne des droits de l'Homme</i>
Cour EDH	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>
C. pén.	<i>Code pénal</i>
C. pr. civ.	<i>Code de procédure civile</i>
C. pr. pén.	<i>Code de procédure pénale</i>
CSP	<i>Code de la santé publique</i>
CTNERHI	<i>Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D. actu.	<i>Dalloz actualité</i>
Defrénois	<i>Répertoire notarial Defrénois</i>
D&P	<i>Droit et patrimoine</i>
doctr.	<i>doctrine</i>
Dr. fam.	<i>Droit de la famille (Revue du Juris-Classeur Périodique)</i>
éd.	<i>édition</i>
Fasc.	<i>Fascicule</i>
Gaz. Pal.	<i>La Gazette du Palais</i>
Gr. Ch.	<i>Grande chambre</i>
Ibid.	<i>ibidem (au même endroit)</i>
i.e.	<i>id est (c'est-à-dire)</i>
IGAS	<i>Inspection générale des affaires sociales</i>

<i>in</i>	<i>dans</i>
<i>INED</i>	<i>Institut national d'études démographiques</i>
<i>infra</i>	<i>plus bas</i>
<i>Inserm</i>	<i>Institut national de la santé et de la recherche médicale</i>
<i>IR</i>	<i>Informations rapides</i>
<i>J.-Cl. civ.</i>	<i>Juris-Classeur de droit civil</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique), édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique), édition notariale</i>
<i>JDJ</i>	<i>Journal du droit des jeunes</i>
<i>JO</i>	<i>Journal Officiel</i>
<i>JOAN</i>	<i>Journal officiel Assemblée Nationale</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>jurisp.</i>	<i>Jurisprudence</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
<i>Méd. & Droit</i>	<i>Médecine et Droit</i>
<i>n°</i>	<i>numéro</i>
<i>obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato, opus citatum (ouvrage, œuvre cité(e))</i>
<i>ord.</i>	<i>Ordonnance</i>
<i>p.</i>	<i>Page</i>
<i>Pan.</i>	<i>Panorama</i>
<i>par ex.</i>	<i>par exemple</i>
<i>préc.</i>	<i>Précité</i>
<i>préf.</i>	<i>Préface</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses Universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses Universitaires de France</i>
<i>rapp.</i>	<i>Rapport</i>
<i>rappr.</i>	<i>rapprocher</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>RD sanit. soc. ou RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon</i>

<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
<i>Rép. min.</i>	<i>Réponse ministérielle</i>
<i>Rép. pr. civ.</i>	<i>Répertoire de procédure civile Dalloz</i>
<i>req.</i>	<i>Requête</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. sc. crim.</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGDM</i>	<i>Revue générale de droit médical</i>
<i>RJPF</i>	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey (Recueil)</i>
<i>s.</i>	<i>Suivant(e)s</i>
<i>somm.</i>	<i>Sommaire</i>
<i>spéc.</i>	<i>Spécialement</i>
<i>ss. dir.</i>	<i>Sous la direction de</i>
<i>supra</i>	<i>Voir ci-dessus</i>
<i>T.</i>	<i>Tome</i>
<i>TA</i>	<i>Tribunal administratif</i>
<i>Trib. corr.</i>	<i>Tribunal correctionnel</i>
<i>TGI</i>	<i>Tribunal de grande instance</i>
<i>TI</i>	<i>Tribunal d'instance</i>
<i>UNAPEI</i>	<i>Union nationale des associations de parents et amis de personnes handicapées mentales</i>
<i>v.</i>	<i>Voir</i>
<i>v°</i>	<i>Verbo</i>
<i>vol.</i>	<i>Volume</i>

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE I- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ

TITRE I- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ REFUSÉE

CHAPITRE I- LE DÉNI DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES

CHAPITRE II- L'ADMISSION DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES

TITRE II- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ ACCEPTÉE

CHAPITRE I- LA MAÎTRISE DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ

CHAPITRE II- LA LIBERTÉ DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ

PARTIE II- LE MAJEUR PROTÉGÉ ET SON ENFANT

TITRE I- LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

CHAPITRE I- L'ÉTABLISSEMENT NON CONTENTIEUX DE LA FILIATION

CHAPITRE II- LE CONTENTIEUX DE LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

TITRE II- L'AUTORITÉ PARENTALE SUR L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

CHAPITRE I- LA DÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE AU PARENT MAJEUR PROTÉGÉ

CHAPITRE II- LA PRIVATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE DU PARENT MAJEUR PROTÉGÉ

Conclusion générale

- LE MAJEUR PROTÉGÉ PARENT -

-INTRODUCTION-

« La fin du XIXe siècle avait vu s'amorcer un véritable droit de la protection de l'enfant, le début du XXIe voit s'ouvrir un droit de la protection des majeurs, à chaque siècle ses impératifs ». ¹

Jean HAUSER

1. Deux êtres à protéger. « Tous les hommes sortent tous égaux des mains de la nature, également libres, également nobles ; la nature a néanmoins marqué entre eux certaines différences, et l'on peut dire que s'ils sont tous égaux, ils ne sont pas tous semblables² ». Ce constat, dressé au XVIIIème siècle par le Chancelier D'Aguesseau, demeure d'actualité. Toute époque a ses faibles et il importe de rappeler que s'ils méritent d'être protégés, ils n'en sont pas moins égaux à leurs semblables. Cet avertissement est d'autant plus nécessaire quand les destins de deux personnes vulnérables sont liés. C'est le cas particulier du majeur protégé parent.

2. Majeur protégé. Définition. Le majeur protégé est, en premier lieu et avant tout, une personne, ce qui signifie qu'il possède la personnalité juridique, laquelle ne disparaît pas sous l'effet de la mesure de protection³. Majeure, la personne protégée est nécessairement âgée de dix-huit ans ou plus : « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis », selon l'article 414 du Code civil, sauf émancipation⁴. Par opposition, en dessous de ce seuil, la personne est qualifiée de mineure, et bénéficie à ce titre, elle aussi, d'une protection légale, qui ne procède pas du même régime que celle de la personne majeure.

¹ J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.* 2007, n°5, étude 14, p.5.

² D'AGUESSEAU, *Essai sur l'état des personnes*, Œuvres complètes, 1767, Tome 5, p. 416.

³ V. J. HAUSER, « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* 2012, n°9, dossier 4. - Comp. Comité des droits des personnes handicapées de l'ONU, Observations générales n°1 (2014), Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (art. 12), 19 mai 2014, paragraphe 11.

⁴ Art. 413-1 et s. C. civ. Voir spéc. art. 413-6 C. civ. Et art. 429 qui confirme expressément que « la mesure de protection judiciaire peut être ouverte pour un mineur émancipé comme pour un majeur. Pour un mineur non émancipé, la demande peut être introduite et jugée dans la dernière année de sa minorité. La mesure de protection judiciaire ne prend toutefois effet que du jour de sa majorité ».

Le majeur protégé est, en second lieu, une personne protégée par la loi, ainsi que le déclare le Titre onzième du Code civil. Pour ce faire, le majeur protégé bénéficie d'une mesure de protection juridique, judiciaire ou conventionnelle. A ce titre, « les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire [...] »⁵. Le Code civil définit ainsi le majeur protégé comme « toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »⁶. Le majeur protégé est donc une personne dans l'incapacité de pourvoir, de façon totalement autonome, à l'ensemble de ses intérêts, c'est-à-dire tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. La cause de cette incapacité de fait réside dans l'altération, mais non nécessairement l'abolition, de ses facultés personnelles, lesquelles comportent les facultés mentales et les facultés physiques. La loi ne distingue pas en revanche, selon l'origine de cette altération. En l'absence d'altération des facultés mentales, l'altération des facultés physiques, comprises comme une altération de la mécanique du corps, mais non de l'esprit, devra être telle qu'elle ne permet plus l'expression de la volonté : il s'agit d'une impossibilité absolue ⁷. L'altération des facultés personnelles du majeur protégé trouvera donc nécessairement son siège dans une cause médicale⁸. En revanche, tous les majeurs dont les facultés personnelles sont altérées ne bénéficient pas d'une mesure de protection juridique. En ce sens, le majeur protégé doit être distingué du handicapé mental.

3. Majeur protégé et Handicap mental. Les termes employés pour tenter de désigner la diversité des personnes aujourd'hui regroupées sous la dénomination de « handicap mental », n'ont cessé d'évoluer et d'être modifiés. A la fin du XIXe siècle, l'idée de décadence et de dégénérescence domine le monde occidental⁹. Dans ce climat, les personnes déficientes mentales sont perçues comme dangereuses pour la société, qui doit en être impérativement protégée. Terman, un spécialiste des tests d'intelligence affirme que « tous les déficients mentaux sont des criminels en puissance [...] ». La moralité ne peut pas fleurir et donner des fruits

⁵ Art. 415 C. civ.

⁶ Art. 425 al. 1 C. civ.

⁷ Cf. H. DE RICHEMONT, Rapp. sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, doc. Sénat, n°212, séance du 7 fév. 2007.

⁸ Ibid.

⁹ V. J.-L. LAMBERT, *La nouvelle tentation eugénique*, Lausanne, Ed. Des Sentiers, coll. Arguments, Arcadie Diffusion, 1997.

si l'intelligence reste infantile »¹⁰. C'est ainsi que dans le monde asilaire, Esquirol introduit en 1838 la notion « d'idiotie », désignant l'état dans lequel il y a absence ou arrêt du développement des facultés intellectuelles. A partir de 1912, la notion de « débilité » devient synonyme de retard mental, avant que n'apparaisse le terme plus générique de « déficience » sous le Front populaire en 1936. Par la suite, le régime de Vichy officialise en 1943 la notion « d'inadaptation », puis le terme « handicap » apparaît pour la première fois dans le domaine social et médical vers 1950¹¹. La notion de handicap sera consacrée par la loi du 23 novembre 1957, qui doit permettre, sous la tutelle du ministère du Travail, d'organiser le reclassement des travailleurs handicapés : « sont ainsi regroupés les infirmes, les invalides et les mutilés »¹². Le 30 juin 1975, la loi d'orientation en faveur des personnes handicapées vient parachever ce cheminement en organisant le « secteur handicapé ». Le handicap mental s'inscrit désormais comme concept unificateur, mais dont le contenu reste vague et confus¹³. Le Comité consultatif national d'éthique, s'exprimant sur la notion de handicap mental, a ainsi souligné : « autant de personnes handicapées, autant de déficiences et de handicaps. [...]. Ce serait sans aucun doute un non-sens d'aborder ces problèmes en globalisant : on ne pourrait alors que méconnaître l'extraordinaire diversité potentielle de ces personnes, même si elles sont concernées par le même syndrome. Pour prendre un seul exemple parmi les plus connus d'entre eux, à savoir la trisomie 21, il est possible de constater, en termes de gravité, une grande variété dans une population de trisomiques »¹⁴.

En effet, la notion de handicap mental révèle un certain antagonisme en ce qu'elle se trouve, d'une part, principalement présentée au travers d'un seul syndrome, n'offrant par-là même qu'une vision réductrice de ce qu'elle évoque, et d'autre part, suscite une représentation globalisante, annihilant ainsi toute la diversité des déficiences qu'elle exprime en réalité. J. DELVILLE affirme ainsi qu'« il faut se rappeler que le concept de handicap mental est un concept hybride, rassemblant en une seule entité une variété énorme de situations »¹⁵, tout

¹⁰ Cité par J-L. LAMBERT, *op. cit.*

¹¹ Sur le contexte ayant permis l'évolution du concept d'inadaptation vers celui de handicap, v. J. DELVILLE, « Procréation et déficience intellectuelle : quelles interventions ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.208.

¹² E. ZUCKER-ROUVILLOIS, « La fabrique des handicapés mentaux », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.42.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Comité consultatif national d'éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, rapp. n°49, 3 avril 1996, p. 3.

¹⁵ J. DELVILLE, « Procréation et déficience intellectuelle : quelles interventions ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p. 210.

comme le handicap physique. En ce sens, Nicole DIEDERICH a constaté « qu'il y a si peu de points communs entre un déficient mental sévère, dont le trouble est d'origine organique, et un handicapé mental léger, dont l'étiologie est généralement inconnue et est souvent corrélée à des problèmes sociaux graves, que l'on s'étonne qu'ils se voient appliqué le même traitement social sous l'appellation générique de "handicapés mentaux" »¹⁶.

La loi du 11 février 2005 a donné une définition du handicap. Aux termes de l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles, « constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». La Convention internationale des droits des personnes handicapées (CIDPH), signée et ratifiée par la France¹⁷, définit également les personnes handicapées comme « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »¹⁸. Ces deux définitions sont très proches l'une de l'autre, mais adoptent une conception très large de la personne handicapée¹⁹. Pour sa part, si la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) ne fait aucune mention de la notion de handicap²⁰, la Cour EDH a affirmé que celle-ci devait être lue à la lumière de la CIDPH²¹. Ces définitions adoptent une conception très large de la notion de personne handicapée, y compris mentale. Elles impliquent un caractère durable voire définitif, qui n'existe pas pour le majeur protégé. Au contraire, la mesure de protection juridique n'a vocation qu'à être temporaire²², sauf si l'altération des

¹⁶ N. DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, op. cit., p. 13.

¹⁷ Signée à New York le 30 mars 2007, ratifiée par la loi n°2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

¹⁸ Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, article premier, alinéa 2.

¹⁹ Une place trop importante accordée à la prise en compte de l'environnement socio-économique peut amener à une extension inappropriée et dangereuse de la désignation de « handicapé mental ». V. à titre d'exemple un rapport de la Cour des comptes illustrant ce risque : Cour des comptes, *Les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes*, Rapport au Président de la République, novembre 1993, p. 93.

²⁰ Pas même à l'article 14, interdisant toute discrimination.

²¹ CEDH, 23 fév. 2016, n°51500/08, Çam c/ Turquie : JurisData n°2016-004822, *JCP G* 2016. 374, note L. AUDOUY.

²² Art. 433 al. 1 et 439 C. civ. pour la sauvegarde de justice ; Art. 441 al. 1 C. civ. pour la curatelle et la tutelle. Dans le domaine de la protection conventionnelle, au regard du but poursuivi, le mandat de protection future prendra fin le plus souvent par le décès du mandant, mais il peut également prendre fin, entre autres, par le rétablissement des facultés personnelles de ce dernier : art. 483 1° C. civ. Quant à l'habilitation familiale, qui n'est

facultés personnelles n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science²³.

Un autre critère permet de distinguer le majeur protégé de la personne handicapée mentale, qui réside dans l'interaction de la déficience ou de l'altération avec l'environnement de la personne, et plus largement la vie en société. En effet, le handicap mental se définit également au regard de cette interaction : « la vision "médicale" du handicap est ainsi abandonnée au profit de sa dimension fonctionnelle »²⁴. Au contraire, l'altération des facultés personnelles du majeur protégé suppose une constatation médicale préalable à la mesure de protection, et doit être de nature à empêcher le majeur de pourvoir seul à ses intérêts. Cette double exigence se retrouve dans le certificat médical circonstancié, formalité substantielle de la demande d'ouverture d'une mesure de protection²⁵, lequel doit : décrire avec précision l'altération des facultés du majeur à protéger ou protégé ; donner au juge tout élément d'information sur l'évolution prévisible de cette altération ; préciser les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que, jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019, sur l'exercice de son droit de vote²⁶ ; indiquer si l'altération du majeur est de nature à porter atteinte à sa santé ou si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté²⁷. Le certificat médical constitue une « pièce maîtresse » de la mesure de protection des majeurs²⁸.

Par conséquent, si tous les majeurs protégés sont des personnes handicapées, mentales le plus souvent, ces dernières ne sont pas toutes des majeurs protégés.

pas une mesure de protection judiciaire selon la Cour de cassation (1^{re} Civ. 20 déc. 2017, n°16-27.507 ; *D.* 2018. 223, note D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2018. 125, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2018. 74), sa durée ne peut excéder dix ans selon l'article 494-6 C. civ. V. l'art. 494-11 pour les causes permettant de mettre fin à la mesure.

²³ Art. 441 al. 2 C. civ en tutelle.

²⁴ S. SELLAMI, *La sexualité des personnes handicapées*, thèse de droit privé, Limoges, mars 2017, p.17.

²⁵ Art. 431 C. civ. Consécration législative de la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. 1^{er} civ., 18 janv. 1972, n° 70-10.321 : *Bull. civ. I*, n° 21 ; *D.* 1972, p. 373, note M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Defrénois* 1972, art. 30129, p. 760, note J. MASSIP.

²⁶ La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 a abrogé l'article L. 5 du Code électoral, selon lequel le juge devait statuer sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée. Désormais, l'article L. 72-1 du Code électoral dispose que « le majeur protégé exerce personnellement son droit de vote pour lequel il ne peut être représenté par la personne chargée de la mesure de protection le concernant ».

²⁷ Art. 1219 C. pr. civ.

²⁸ F. FRESNEL, « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.* 2010, Point de vue, p. 2656. *Adde* G. RAOUL-CORMEIL, « Les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits en matière de protection juridique des majeurs », *LPA* 2017, n°227, p.7.

4. Altération des facultés mentales et trouble mental. Distinction. L'altération des facultés mentales doit également être distinguée du trouble mental, fondement général à la nullité des actes juridiques. Cette notion, prévue à l'article 414-1 du Code civil²⁹, est pourtant dépourvue de définition légale. La Cour de cassation a néanmoins considéré que « l'insanité d'esprit visée à l'article 901 du Code civil comprend toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement dérégulée »³⁰. Le trouble mental au sens de cette disposition se caractérise par « une absence de volonté consciente, de discernement »³¹. Cette absence de discernement peut n'être que momentanée : « ce qui compte, c'est l'absence de discernement, le fait qu'au moment de l'acte, l'individu ne puisse être considéré comme en possession de ses facultés intellectuelles »³². La gravité du trouble mental au moment de la conclusion de l'acte doit être telle qu'elle exclut l'expression d'un consentement libre et éclairé. Cette exigence fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond³³. Par principe, l'article 414-1 du Code civil peut ainsi trouver à s'appliquer quel que soit la nature de l'acte : ainsi d'une reconnaissance de paternité effectuée par un majeur protégé, ou d'un testament rédigé après autorisation du juge des contentieux de la protection par un majeur en tutelle.

L'altération des facultés mentales en revanche, n'implique pas une absence totale de discernement. Aussi, la vieillesse pourra être à l'origine d'une altération des facultés mentales, sans pouvoir recevoir la qualification de trouble mental³⁴. Les causes du trouble mental sont indifférentes à sa qualification : seul compte son effet sur la qualité du discernement³⁵. Ainsi, le trouble mental s'applique « aux malades mentaux proprement dits, qu'ils soient ou non soumis à un régime de protection, qu'ils soient durablement atteints dans leurs facultés intellectuelles ou en proie à une hallucination accidentelle [...], [à] tout individu privé de raison, notamment sous les effets de l'alcool, de la drogue, d'une maladie purement physique (par

²⁹ V. également l'art. 901 C. civ.

³⁰ Cass. Civ., 4 févr. 1941, *DA* 1941, p. 113.

³¹ J.-M. PLAZY, « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », *AJ fam.* 2007. 468.

³² J. MASSIP, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n°412 ; *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n°199.

³³ Jurisprudence constante : v. Cass. Civ. 26 août 1940, *DH* 1940, 163 ; Cass. Civ. 2^e, 23 octobre 1985, *Bull. civ.* II, n°158 ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, *Bull. civ.* I, n°106 ; Cass. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, *Bull. civ.* I, n°299 ; Cass. Com., 16 déc. 2014, n°13-21.479 : *D.* 2015, *Chron.C. cass.* 996, note F. ARBELLOT ; *D.* 2015. 1569, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD com.* 2015. 160, obs. J.-L. VALLENS.

³⁴ O. SIMON, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974. 707.

³⁵ J.-M. PLAZY, « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », *op. cit.*

exemple, dans un accès de fièvre), voire même sous l'empire d'une intense émotion »³⁶. L'existence d'un régime de protection juridique ne peut à elle seule présumer le trouble mental³⁷. La position de l'article 414-1 dans une section du Code civil intitulée « Des dispositions indépendantes des mesures de protection », est à cet égard éclairante. Mais à l'inverse, son existence ne fait pas dérogation à l'article 414-1 du Code civil, lorsque le majeur protégé conserve la capacité juridique de passer certains actes, y compris ceux nécessitant l'accord du juge des tutelles³⁸, et quand bien même il serait assisté³⁹. La jurisprudence prend acte à ce titre de la situation « géographique » de l'article 414-1 dans le Code civil, mais fragilise dans le même temps la capacité résiduelle du majeur, pourtant protégé⁴⁰.

5. Protection juridique et protection sociale. Distinction. Le majeur protégé doit également être distingué des personnes en difficultés sociales, les prodigues, et plus généralement la « para-incapacité »⁴¹, c'est-à-dire en état « d'incapacité sociale ». Cette distinction était d'ailleurs l'un des objectifs de la loi du 5 mars 2007, qui a supprimé la tutelle aux prestations sociales et la curatelle pour prodigalité⁴², lui substituant la mesure d'accompagnement social personnalisé⁴³ et la mesure d'accompagnement judiciaire⁴⁴.

6. Origine historique du droit des majeurs protégés. Le droit romain prévoyait déjà le cas du fou furieux et du prodigue. Selon la loi des XII Tables, s'il y avait un fou furieux (*furiosus*), et qu'il n'ait pas de gardien (*custos*), il revenait à ses agnats ou aux membres de sa

³⁶ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, op. cit.

³⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, n°00-18.738, *AJ fam.* 2003. 147, obs. F. B. ; *RTD civ.* 2003. 478, obs. J. HAUSER ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 mai 2004 : *Dr. fam.* 2005, n°20, note Th. FOSSIER.

³⁸ Désormais le juge des tutelles n'est plus un juge du tribunal d'instance. C'est un juge du tribunal judiciaire, le juge des contentieux de la protection, lequel est investi, parmi d'autres compétences, de celle de juge des tutelles : Article 95 29° de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui a modifié le Code de l'organisation judiciaire en insérant, après la sous-section 3 de la section 1 du chapitre III du titre Ier du livre II, une sous-section 3 bis consacrée au juge des contentieux de la protection et à ses compétences, aux articles L. 213-4-1 et suivants. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2020.

³⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n°09-13.635, *D.* 2011. 50, note G. RAOUL-CORMEIL, et 2501, obs. D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2010. 496, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2011. 103, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2011. 14, note D. MARTEL ; *JCP N* 2011. 1008, note C. COUTANT-LAPALUS, et 1196, note J. MASSIP ; *LPA* 19 janv. 2011, note L. DISA.

⁴⁰ En ce sens, D. MARTEL, op. cit., et D. NOGUERO, op. cit.

⁴¹ J. HAUSER, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.* 2007, n°5, étude 14, p.5.

⁴² Sur cette notion, voir Audrey GRANVORKA, *La prodigalité en droit privé*, thèse de droit privé, Université de Bordeaux, 2020.

⁴³ Art. L. 271-1 s. CASF.

⁴⁴ Art. 495 s. C. civ.

gens d'exercer un pouvoir (*potestas*) sur lui et sur ses biens. Cette disposition permettait d'assurer un gouvernement de la personne du fou, autant que de ses biens, assuré par la famille⁴⁵. Pour le prodigue en revanche, l'interdiction judiciaire devait être prononcée dans le but de protéger sa famille contre le risque de dilapidation du patrimoine familial⁴⁶. L'interdiction du prodigue a d'abord porté sur certains actes seulement, ceux ayant trait au *commercium*. Le régime du *furiosus* a ensuite été étendu à tous ceux souffrant de troubles mentaux divers, regroupés sous le terme de « faibles d'esprit ». Dans l'ancien droit, les fous étaient considérés comme des personnes dangereuses, qui devaient être enfermées. Le seul remède envisagé était l'exorcisme. Le régime de l'interdiction judiciaire du prodigue s'est alors progressivement étendu à eux⁴⁷.

En 1804, le Code Napoléon opère une véritable séparation - issue de l'Ancien régime- entre l'aliéné, défini comme « un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur », et la faiblesse d'esprit, qui obéira au même régime que celui applicable au prodigue⁴⁸. Le premier sera soumis à l'interdiction, ouvrant sur un régime de représentation, tandis que les seconds nécessiteront la nomination d'un conseil judiciaire, ouvrant sur un régime d'assistance, sans toutefois faire expressément référence à la notion de curatelle.

Le développement des travaux en psychiatrie au cours du XIXe siècle, notamment sous l'impulsion de Pinel et Esquirol, permirent d'envisager l'aliéné non plus seulement comme un criminel ou un être dangereux, mais comme un individu pouvant être atteint de maladie⁴⁹. Pourtant, la loi du 30 juin 1838 relative à l'internement psychiatrique prévoyait « un lien automatique entre placement en asile psychiatrique et régime d'administration provisoire des biens par le préposé de l'établissement »⁵⁰, opérant une confusion entre le traitement médical de la personne et son régime civil.

⁴⁵ C. BRUSCHI, « L'altération des facultés mentales en droit romain », in *La détérioration mentale, droit, histoire, médecine et pharmacie*, Actes du colloque interdisciplinaire d'Aix-en-Provence (7-8 juin 2000), P.U.A.M 2002, p. 51.

⁴⁶ Voir A. GRANVORKA, *La prodigalité en droit privé*, thèse, Université de Bordeaux, 2020.

⁴⁷ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Coll. Précis, Dalloz, 2010, 2^{ème} éd., p.261, n°198.

⁴⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p.437, n°352.

⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 6e éd., 2012, p.293, n°688.

⁵⁰ Th. VERHEYDE, « Personnes faisant l'objet de soins psychiatriques : dispositions particulières concernant les majeurs protégés », Dossier « Hospitalisation sans consentement », *AJ Fam* 2016, p.30.

7. Réforme du droit des incapables majeurs. Protection par l'incapacité. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs⁵¹, consacre au contraire le principe d'indépendance entre les deux. Elle supprime l'interdiction judiciaire des aliénés et le régime applicable aux faibles d'esprit et aux prodiges, et instaure le triptyque sauvegarde de justice, curatelle et tutelle. L'article 4 dispose ainsi que « Dans tous les textes où il est fait mention de l'interdiction judiciaire et de l'interdit, cette mention sera remplacée par celle de la tutelle des majeurs et du majeur en tutelle. Dans tous les textes où il est fait mention du conseil judiciaire, et du faible d'esprit ou prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, cette mention sera remplacée par celle de la curatelle et du majeur en curatelle ». La terminologie utilisée dans le langage juridique change à partir de cette réforme : l'incapable majeur doit être désormais désigné sous le terme de majeur protégé, moins humiliant⁵². Toutefois, si la philosophie de la loi du 3 janvier 1968 réside bien dans l'idée nouvelle de protection du majeur protégé, et non plus de celle de la société contre lui - idée dominante depuis le droit romain, cette protection est pourtant assurée par l'incapacité qu'elle procure. Car si une incapacité juridique existe, c'est parce qu'une incapacité factuelle en est à l'origine : « Toute incapacité impose une protection et toute protection supposait une faiblesse (on ne protège pas les forts) [...] »⁵³. L'ancien article 490 du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1968 disposait ainsi que « Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants. Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté. L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie ». Le principal écueil reproché à la réforme résidait dans l'absence de dispositions assurant la protection de la personne du majeur protégé. Car si « il [doit être] pourvu aux intérêts de la personne [...] », ce sont essentiellement les intérêts patrimoniaux auxquels s'intéressent les nouveaux régimes de protection. L'ancien article 495 issu de la réforme de 1968 renvoyait pour le reste aux dispositions gouvernant la tutelle des mineurs, « à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant ».

⁵¹ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968, JORF 4 janvier 1968, en vigueur le 1er novembre 1968.

⁵² J. CARBONNIER, préface à Jacques MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, éd. Defrénois, 1968, reproduite dans J. MASSIP, *Les incapacités*, éd. Defrénois, 2002, p.25

⁵³ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 6^{ème} éd., Defrénois, 2012, n°683, note 2.

8. De l'incapacité à la protection. La loi du 5 mars 2007 a supprimé la référence à l'incapable pour lui préférer celle de majeur protégé. Tout comme la loi de 1968, celle de 2007 consacre un changement de terminologie qui est presque déjà obsolète : la première avait substitué l'incapable majeur à l'interdit, mais l'idée générale résidait dans la protection du majeur, non plus l'interdiction ; la seconde a substitué le majeur protégé à l'incapable majeur, mais l'idée générale réside dans la promotion de l'autonomie du majeur en situation de vulnérabilité. Ce glissement sémantique se retrouve parfaitement dans le titre d'un article de HAUSER, « L'incapable, le protégé, le vulnérable »⁵⁴.

La notion d'incapable majeur, par opposition à l'incapable mineur⁵⁵ est jugée trop humiliante⁵⁶, car elle renvoie à l'inaptitude, à l'absence de compétences, et place celui qui en est « frappé » en situation d'infériorité⁵⁷. Aussi, « d'une manière générale, le langage juridique contemporain évite de plus en plus, depuis environ 1950, les mots juridiques jugés humiliants : il préfère aliéné à dément ou à fou, troisième et quatrième âge à vieillard, maison de santé à asile, compagnon ou compagne à concubin, etc. A l'humiliation du réel répond l'euphémisme du langage »⁵⁸. Selon MALAURIE, incapable et majeur protégé « ne sont que des mots : toute incapacité impose une protection et toute protection supposait une faiblesse (on ne protège pas les forts) ; mais, protection humilie moins qu'incapacité [...] ; pour l'instant, le nouveau mot ne fait pas mal. Mais à l'avenir ? »⁵⁹. Ainsi, « A chaque époque un vocabulaire nouveau apparaît et obtient sa consécration à l'occasion d'un changement de législation ou d'un changement de politique »⁶⁰.

Toutefois, le changement de terminologie traduit un objectif : passer d'un principe général d'incapacité du majeur à un principe général de capacité, dont l'incapacité ne serait que l'exception⁶¹, car ainsi que l'affirme l'article 8 du Code civil, « tout français jouira des droits

⁵⁴ J. HAUSER, « L'incapable, le protégé, le vulnérable », *RTD civ.* 2009. 298.

⁵⁵ En ce sens, Ph. MALAURIE, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? », *LPA* 2008, n°242, p.5. V. également J. HAUSER, « Incapables et/ou protégés ? », *Informations sociales* 2007/2, n°138, p.6, spéc. n°16.

⁵⁶ J. CARBONNIER, *Ecrits*, PUF, 2008, p. 64s. C'est un terme « vécu et ressenti comme trop péjoratif », N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 3^e éd., 2013/2014, p. 503, n°87.12.

⁵⁷ Ph. MALAURIE, *op. cit.*

⁵⁸ Ph. MALAURIE, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? », *LPA* 2008, n°242, p.5.

⁵⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, Lextenso éditions, 6^e éd., 2012, p.289, n°683, note 2.

⁶⁰ F. CHAPIREAU, J. CONSTANT, B. DURAND, *Le handicap mental chez l'enfant*, Paris, Ed. ESF, 1997.

⁶¹ En ce sens, J. HAUSER, « La notion d'incapacité », *LPA* 2000, n°164, p.3.

civils », en conséquence, « toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi »⁶². En ce sens, il est possible de considérer, avec Hauser, que « si le concept même d'incapacité doit être remplacé par celui de protection, c'est à une inversion des priorités que répond le changement de terminologie »⁶³. Il convient néanmoins de remarquer que si la loi du 5 mars 2007 a supprimé toute référence à l'incapacité dans le droit des majeurs protégés, les modifications corrélatives du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles n'ont pas suffi à éradiquer toute référence à l'incapable majeur⁶⁴. Celle-ci, bien que le terme ait disparu des dispositions régissant les majeurs protégés, est irréductiblement présente. La protection accordée n'a pas trouvé d'autre chemin que celui-ci pour exister de façon effective⁶⁵. En effet, même si elle tente de réduire l'incapacité d'exercice au strict nécessaire, conformément au principe de nécessité, elle ne peut pourtant en faire l'économie : « pour protéger, on est bien obligé parfois de diminuer les capacités d'action de la personne... »⁶⁶.

Cependant la philosophie nouvelle qui anime le droit des majeurs protégés, résidant dans la promotion de l'autonomie tout en assurant la protection, peut conduire, paradoxalement, à « frapper » le majeur protégé d'une incapacité de jouissance lorsqu'une capacité d'exercice exclusive lui est octroyée, alors qu'il est dépourvu de capacité naturelle à effectuer l'acte⁶⁷. C'est un effet pervers de la promotion de l'autonomie souhaitée par le législateur de 2007, mais il est vrai que « toutes les lois (les meilleures comme les pires) sont un mélange d'effets bénéfiques et pervers »⁶⁸. Cette promotion de l'autonomie, encouragée par les textes internationaux, risque inévitablement de prendre le pas sur la protection, car le droit des majeurs protégés n'est que le savant mélange des deux : le dosage trop important de l'un se fera nécessairement au détriment de l'autre. L'autonomie poussée à son paroxysme, conduirait à vider la notion de sa substance : car si le majeur doit être protégé, c'est bien parce qu'il n'est pas ou plus suffisamment autonome. En ce sens, son autonomie demeure le plus souvent un mythe. Le glissement du terme d'incapable majeur vers celui de majeur protégé n'est donc pas

⁶² Art. 1145 al. 1 C. civ.

⁶³ J. HAUSER, op. cit.

⁶⁴ V. par ex. les articles R. 1112.37 CSP et A. 211-11 C. ass. faisant référence à l'« incapable majeur ».

⁶⁵ En ce sens, selon le doyen Gérard CORNU, « Elle est impuissante à éradiquer l'irréductible atteinte à la capacité, mais elle voile l'incapacité », G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006, p. 228.

⁶⁶ J. HAUSER, « Incapables et/ou protégés ? », *Informations sociales* 2007/2, n°138, p. 6.

⁶⁷ V. les actes strictement personnels de l'article 458, en particulier l'hypothèse du consentement à sa propre adoption, pour lequel il n'existe aucun remède en cas d'incapacité naturelle du majeur protégé. Cf. *infra* L'adopté, majeur protégé.

⁶⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, Lextenso éditions, 6^e éd., 2012, p.237, n°500.

seulement un changement de vocabulaire derrière lequel les règles applicables demeureraient inchangées, mais traduit une véritable évolution de l'esprit du droit des majeurs protégés, qui affirme que « la diminution de la capacité n'est pas l'alpha et l'oméga de ce droit, que ce n'est qu'un moyen technique ultime et subsidiaire parmi d'autres et non sa philosophie globale »⁶⁹. En ce sens, la loi du 5 mars 2007 a opéré une « révolution juridique et anthropologique »⁷⁰.

9. De la protection à la vulnérabilité. Poursuivant cette évolution, un glissement terminologique s'opère à nouveau du majeur protégé vers le majeur vulnérable⁷¹. La notion de vulnérabilité, d'abord d'origine sociologique et économique⁷², s'est peu à peu infiltrée dans le langage juridique, particulièrement depuis la fin des années 1990⁷³. Elle constitue cependant une notion de droit pénal : seul le Code pénal y faisait expressément référence depuis la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, en tant que circonstance aggravante. L'article 223-15-2 sanctionne l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse en distinguant le mineur, la personne « en état de sujétion psychologique ou physique », et la personne particulièrement vulnérable. Pour cette dernière, la disposition précise les causes de cette particulière vulnérabilité, qui doivent résider dans l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse. Toutefois, le Code pénal ne définit pas la personne vulnérable, non plus que la personne d'une « particulière vulnérabilité », et semble distinguer cette dernière du mineur et de la personne en « état de sujétion psychologique ou physique ». La notion de personne vulnérable figure désormais également dans le Code de la santé publique⁷⁴ et le Code de l'action

⁶⁹ J. HAUSER, « La notion d'incapacité », *LPA* 2000, n°164, p.3, l'auteur fait ainsi référence à « une notion morte ». V. également Ph. MALAURIE, « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? », *LPA* 2008, n°242, p.5, selon lequel « en affirmant que l'incapacité du majeur est devenue une protection est né un droit rajeuni, plus souple et plus circonstancié : plus humain ».

⁷⁰ Ch. COUTEL, « L'éthique de la sollicitude et la personne vulnérable », *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 7.

⁷¹ V. 102^e Congrès des notaires de France, *Les personnes vulnérables au cœur du notariat*, 2006, *LPA* 11 mai 2006, n°94. Illustrant ce glissement terminologique, un précédent Congrès était intitulé *Le notariat et les personnes protégées*, 80^e Congrès des notaires de France, Versailles, 1984.

⁷² V. M. BLONDEL, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de doctorat, droit public, Bordeaux, 2015, spéc. n°2.

⁷³ M. BLONDEL, op. cit., n°1, qui évoque « le déploiement exponentiel des études relatives à la vulnérabilité dans la doctrine juridique » depuis cette date. V. également, F. COHET CORDEY, « Préface », in F. COHET CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Colloque organisé par le Centre de droit fondamental à Grenoble le 23 mars 2000, PUG, 2000, p.9, cité par M. BLONDEL.

⁷⁴ Art. D. 1110-5 et D. 6124-23 CSP, art. L. 6323-1-1 CSP issu de l'ordonnance n° 2018-17 du 12 janvier 2018 relative aux conditions de création et de fonctionnement des centres de santé.

sociale et des familles⁷⁵, sans pour autant en donner une définition.

Si la notion de personne vulnérable semble familière à tous, chacun en donne une définition qui lui est propre, car même si l'idée générale prend sa source dans la faiblesse, la fragilité, sa représentation dépendra de facteurs externes à la personne. C'est l'interaction avec son environnement qui qualifiera la personne de vulnérable ou non. Certes, certaines catégories de personnes font l'objet d'un consensus initial les incluant originairement dans la notion de personne vulnérable : ce sont celles dont la vulnérabilité trouve une origine intrinsèque à la personne⁷⁶. Ainsi les enfants mineurs, les personnes porteuses de déficience mentale ou physique, atteintes par la maladie ou une infirmité, la vieillesse... Mais la notion de personne vulnérable s'étend aussi désormais à d'autres catégories de personnes telles les étrangers placés en zone de rétention, les inadaptés sociaux, les particuliers surendettés, les salariés précaires, les professionnels en situation de dépendance économique, et la liste est loin d'être exhaustive⁷⁷. La vulnérabilité d'une personne s'apprécie donc aussi au regard de ses origines extrinsèques⁷⁸. Notion finalement extraordinairement floue, « moins juridique et moins objectivement déterminable »⁷⁹, donc protéiforme⁸⁰, « figure contemporaine pluridimensionnelle »⁸¹, « substantif polysémique »⁸², la Cour de cassation a tenté, dans son rapport annuel consacré aux « personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », d'en donner une définition qui doit permettre d'aboutir à une « conception rigoureuse de la vulnérabilité » : ainsi, « sous l'angle du droit, la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique. [...] Sont ainsi des personnes vulnérables celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés. Entrent ainsi dans cette catégorie : les incapables majeurs qui, affectés

⁷⁵ Art. L. 116-1, art. L. 116-3, art. L. 142-1 CASF, ainsi qu'aux art. D. 141-2 et R. 215-15 dudit Code.

⁷⁶ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse de doctorat, droit privé, Limoges, 2004, p.45, l'auteure consacre une section aux « origines intrinsèques de la vulnérabilité de la personne ».

⁷⁷ X. LAGARDE, Avant-propos, in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2009, qui procède à un recensement des catégories de personnes vulnérables, mais qui constate que « la liste n'est sans doute pas complète ».

⁷⁸ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, op. cit., p.77 s.

⁷⁹ D. GUEVEL, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA* 2010, n°220, p.30, n°8.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ J.-D. AZINCOURT, « Les modes de gestion anticipés du patrimoine de la personne vulnérable », *RDSS* 2015, p.818.

⁸² Th. FOSSIER, « Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ? », *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 2.

d'un déficit intellectuel ou mental ne peuvent contracter au mieux de leurs intérêts [...] »⁸³.

Si les majeurs protégés intègrent incontestablement la notion de personnes vulnérables, ils ne représentent pourtant qu'une catégorie parmi d'autres⁸⁴, à l'instar des enfants mineurs qui constituent la « personne vulnérable par excellence »⁸⁵. Le droit civil ne connaît pour l'instant que ces deux catégories de personnes vulnérables⁸⁶, pour lesquelles il dispose de régimes de protection⁸⁷.

10. Protection et conservation de la capacité. La loi du 5 mars 2007 a eu le mérite de faire l'objet d'un consensus sur un point, qui était également la cause de cette gestation si longue : la prise en compte légale de la protection de la personne du majeur. Cette prise en considération, consécration législative de la position jurisprudentielle⁸⁸, s'est traduite par l'amorce d'une théorie générale de la protection de la personne du majeur protégé⁸⁹. La réforme a ainsi gravé dans le marbre les principes directeurs de la protection juridique des majeurs. Le principe général est énoncé à l'article 415 alinéa 2 du Code civil, selon lequel « cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne (*sic*) »⁹⁰. La mesure « a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ». Ce sont les deux exigences qui devront guider l'exercice de la mesure de protection. Enfin, toute mesure de protection judiciaire ne peut être prononcée qu'en vertu des principes de nécessité, de subsidiarité, et de

⁸³ X. LAGARDE, Avant-propos, in Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2009, n°1.3.

⁸⁴ En ce sens, J. HAUSER, « Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre », (obs. ss. Civ. 1^{re}, 14 avril 2010), *RTD civ.* 2010. 761.

⁸⁵ L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Thèse de doctorat, droit privé, Limoges, 2004, p. 48, n°59 : « la minorité présume de manière irréfragable la vulnérabilité ». *Adde*, Cl. NEIRINCK, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, n°1, p.5.

⁸⁶ Mais il n'a pas consacré l'expression, v. Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs (Loi n°2007-308, 5 mars 2007) », *Deffrénois* 2007, art. 38569, p.557 ; « La réforme de la protection juridique des majeurs (A propos de la loi du 5 mars 2007) », *LPA* 2007, n°63, p.5.

⁸⁷ Selon le Professeur Th. FOSSIER, « la vulnérabilité peine à s'imposer dans le foisonnement du droit civil national. Le mot sent l'Europe, les droits de l'homme, le droit mou. », Th. FOSSIER, « Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ? », *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 2.

⁸⁸ Cass. 1^{re} Civ., 18 avr. 1989, n° 87-14.563 : *JurisData* n° 1989-701707 ; *JCP G* 1990. II. 21467, note Th. FOSSIER ; *Bull. civ.* 1989. I. n° 156 ; *D.* 1989, p. 493, obs. J. MASSIP - Cass. 1^{re} Civ., 24 févr. 1993 : *JurisData* n° 1993-000380 ; *Bull. civ.* 1993, I, n° 87 ; *D.* 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE ; *Deffrénois* 1993, art. 35611, obs. J. MASSIP.

⁸⁹ En ce sens, Th. FOSSIER, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. fam.* 2007, n°5, étude 17.

⁹⁰ Le législateur a semble-t-il souhaité mettre en avant le droit au respect de la dignité du majeur protégé, qui est également un droit fondamental.

proportionnalité⁹¹. Elle est individualisée à la personne qui en est l'objet : « Tolérée, l'incapacité devait être adaptée à la silhouette de celui à qui elle devait fournir un manteau de protection. [...] »⁹². Les actes personnels sont désormais régis par les dispositions réunies au sein de la sous-section IV du chapitre II du Titre onze du Code civil, intitulée « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ». Contrairement au titre, cette sous-section a vocation à s'appliquer à l'ensemble des mesures de protection juridique, qu'elles soient judiciaires⁹³ ou conventionnelles⁹⁴. Les actes personnels sont régis par le régime général défini à l'article 459 du Code civil. Mais le législateur de 2007 est allé plus loin, en consacrant la théorie de la capacité naturelle du majeur, selon laquelle il est des actes si intimement liés à la personnalité même de leur auteur, qu'ils ne peuvent supporter l'assistance ou la représentation. L'article 458 du Code civil dispose en effet que « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». La disposition énumère ensuite une liste d'actes correspondant à cette définition, que le législateur a souhaité non exhaustive⁹⁵, laissant le soin à la jurisprudence de la compléter, ce qu'elle n'a pas manqué de faire⁹⁶. Ainsi, « sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration de choix ou de changement du nom

⁹¹ Art. 428 C. civ. V. notamment M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2007, étude 16 ; A. CERMOLACCE, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs », *JCP N* 2008, 1268 ; Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois* 2005, art. 38076.

⁹² L'auteur précise « les moyens matériels ont démontré l'usage de prêt-à-porter. », D. NOGUERO, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCP G*, n°25, 18 juin 2018, 698. L'auteur fait ainsi référence au rapport de la Cour des comptes, La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailtante, rapp. 2016, site www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20161004-rapport-protection-juridique-majeurs.pdf (consulté le 9 septembre 2018).

⁹³ Art. 438 C. civ. pour la sauvegarde de justice.

⁹⁴ Art. 479 C. civ. pour le mandat de protection future, art. 494-6 C. civ. pour l'habilitation familiale.

⁹⁵ H. DE RICHEMONT, Rapport n°2012, Sénat, 7 fév. 2007 ; E. BLESSIG, Rapport n°3557 sur le projet de loi n°3462, Assemblée Nationale, 10 janv. 2007.

⁹⁶ Plusieurs actes ont en effet été déclarés strictement personnels par la Cour de cassation. V. par exemple : L'appel d'une décision du juge des enfants restreignant l'exercice de l'autorité parentale d'un majeur protégé : Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 12-23.766, JurisData n° 2013-025047 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 9, obs. I. MARIA ; *JCP G* 2014. 14, note N. PETERKA ; *D.* 2014, 467, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2014, 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2013, 717, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2014. 84, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 2013, 3787, obs. J. MASSIP - La demande d'autorisation à mariage : Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 14-25.777, JurisData n° 2015-026590 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 36, obs. I. MARIA ; *D.* 2016. 875, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2016. 1523, obs. J.-J. LEMOULAND, J.-M. PLAZY ET D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2016. 107, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2016. 83, obs. J. HAUSER. Cette dernière a d'ailleurs été supprimée par l'article 10 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Désormais, cet acte strictement personnel n'est plus soumis à autorisation préalable.

d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ». Il est remarquable de constater que les actes « exemplaires » de la liste fournie par le législateur, revêtent tous un caractère familial, et plus encore, filial. Seul un acte concerne la filiation du majeur protégé, le consentement à sa propre adoption. Tous les autres permettent l'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé, ou ne peuvent être exercés que parce que celle-ci a été préalablement établie.

Le législateur, en élaborant le régime de protection de la personne du majeur protégé, a ainsi pris en considération la vie familiale de ce dernier, et plus précisément la relation entre le majeur protégé et son enfant.

11. Majeurs protégés et Droits fondamentaux. Depuis la réforme du droit des majeurs protégés issue de la loi du 5 mars 2007, la matière connaît de nombreux bouleversements. Une nouvelle réforme est envisagée⁹⁷, tandis que l'exécutif a été habilité par deux fois à prendre par voie d'ordonnance des mesures qui permettraient de résoudre les difficultés rencontrées par la combinaison des dispositions du Code de la santé publique et celles du Code civil issues de la loi du 5 mars 2007⁹⁸. L'ordonnance a finalement vu le jour le 11 mars 2020⁹⁹. Mais la loi du 23 mars 2019 a également opéré de nombreuses modifications en droit des majeurs protégés, notamment en remaniant la mesure d'habilitation familiale¹⁰⁰, et en supprimant le régime de l'autorisation à mariage. Cette mesure est emblématique du mouvement d'autonomisation qui s'est emparé du droit des majeurs protégés.

Dans ce contexte, des voix se sont élevées pour dénoncer une éventuelle contradiction de notre droit actuel des majeurs protégés avec la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) du 13 décembre 2006¹⁰¹, ratifiée par la France le 18 février

⁹⁷ D. NOGUERO, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCP G*, n°25, 18 juin 2018, 698.

⁹⁸ La première habilitation, issue de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé était caduque, aucune ordonnance en la matière n'étant intervenue dans le délai fixé. V. J.-J. LEMOULAND, « Majeurs protégés », *Pan.*, *D.* 2018. 1458. La seconde habilitation, issue de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9 IV, imposait un délai de douze mois à compter de sa publication, soit jusqu'au 24 mars 2020. L'ordonnance fut prise le 11 mars 2020.

⁹⁹ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, JO n°0061 du 12 mars 2020, texte n° 3.

¹⁰⁰ Issue de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015, entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Décret d'application n°2016-185 du 23 février 2016. V. notamment N. PETERKA, « PLPJ 2018-2022 : assouplissement de l'habilitation familiale », *D. actu.*, 5 avril 2018 ; « PLPJ 2018-2022 : déjudiciarisation du contrôle des actes de gestion », *D. actu.*, 5 avril 2018 ; D. NOGUERO, *op. cit.* ; J.-J. LEMOULAND, *op. cit.* ; L. FABRE, « Retouches de l'habilitation familiale », *JCP N*, n°26, 29 juin 2018, 1229.

¹⁰¹ Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) du 13 décembre 2006, Résol.

2010¹⁰², et entrée en vigueur¹⁰³ dans notre ordre juridique interne. En effet, celle-ci n'est pas étrangère aux réflexions en cours sur l'instauration d'une mesure de protection juridique unique, d'assistance ou « d'accompagnement »¹⁰⁴, thème des travaux confiés à la mission interministérielle dédiée à la protection juridique des majeurs, sous la direction de Madame Anne CARON-DÉGLISE¹⁰⁵. Le rapport propose l'instauration d'une mesure unique, appelée « mesure de sauvegarde des droits ». Il faut dire que de nombreux pays ont opéré une évolution de leur législation sur les majeurs protégés, notamment au regard de textes internationaux, et particulièrement la CIDPH, mettant en avant la promotion des droits fondamentaux¹⁰⁶. Il se dégage une tendance générale vers l'adoption d'une mesure unique, appelée curatelle¹⁰⁷ ou tutelle¹⁰⁸ selon les Etats, qui est adaptée et individualisée en fonctions des aptitudes résiduelles des individus. Les principes directeurs sont similaires à ceux guidant le droit français des majeurs protégés, les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité¹⁰⁹. Les mesures sont fondées sur les principes de maintien d'une capacité juridique maximale, et le nécessaire besoin de protection, ainsi que sur la promotion de l'organisation anticipée de la protection¹¹⁰. Encore faut-il, pour que ces principes ne restent pas lettre morte, qu'ils s'accompagnent d'une véritable politique budgétaire d'ampleur, dans un contexte où l'heure est pourtant à la réduction des budgets¹¹¹.

ONU 61/106. Sur cette Convention, v. notamment A. BOUJEKA, « La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799.

¹⁰² Loi n°2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées ; Décret n°2010-356 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées.

¹⁰³ Sur les conditions d'entrée en vigueur, cf art. 45 de la Convention.

¹⁰⁴ V. le rapport du Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, sept. 2016, ainsi que les observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale n° 1 relative à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (article 12)*, 19 mai 2014, et C. DEVANDAS- AGUILAR, Rapport de l'ONU, 5 mars 2019.

¹⁰⁵ A. CARON-DÉGLISE (dir.), Rapport de mission interministérielle *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 21 septembre 2018, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf.

¹⁰⁶ R. DIJOUX constate à cet égard « un processus de “fondamentalisation” de droit français », qu'il est possible d'étendre à l'ensemble des pays européens. V. R. DIJOUX, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », *LPA*, 16 déc. 2011, n°250, p.4.

¹⁰⁷ En droit suisse, v. les art. 390 à 425 C. civ. suisse.

¹⁰⁸ En droit danois, loi du 14 juin 1995, en vigueur au 1^{er} janv. 1997.

¹⁰⁹ En droit belge, v. N. GALLUS, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », *Dr. fam.* 2017, n°3, Etude 24. En droit allemand, loi du 12 septembre 1990, v. T. VERHEYDE, « La loi nouvelle allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », *JCP N* 1993. I. 396.

¹¹⁰ Pour une étude d'ensemble, v. Service des études juridiques du Sénat, *La protection juridique des majeurs, Étude de législation comparée*, n° 148, juin 2005 ; F. GRANET- LAMBRECHTS, « Les incapacités des majeurs en Europe », *AJ fam.* 2005. 269 (1^{re} partie), et *AJ fam.* 2005. 315 (2^e partie).

¹¹¹ En ce sens pour la France, voir Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapp. 2016, site www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20161004-rapport-

La philosophie de notre droit national des majeurs protégés est donc conforme à cette tendance européenne et plus largement internationale qui se développe en droit des majeurs protégés. Pourtant, alors que la réforme du droit des majeurs protégés intervenue avec la loi du 5 mars 2007¹¹², a mis tant de temps à voir le jour, elle serait déjà remise en cause après une décennie d'existence. Sur ce point, il n'est pas inutile de rappeler que ce sont quatre décennies qui séparent les deux grandes réformes du droit des majeurs protégés¹¹³. Pourtant, cette réforme d'ampleur n'a cessé de subir des modifications, avec l'arrivée de nouveaux modes de protection, eux-mêmes objets d'ajustements et d'adaptations¹¹⁴. L'instabilité que connaît actuellement le droit des majeurs protégés n'en est certainement qu'à ses débuts¹¹⁵, et le mouvement d'autonomisation au prisme de la promotion droits fondamentaux du majeur protégé, ne fait que révéler un écueil majeur, celui de la réalité et de l'intégrité du consentement du majeur protégé, qui risque de finalement devenir un mythe, sous l'étendard de l'autonomie de la volonté. Il convient de confronter cette autonomie de la volonté à la parenté.

12. Parents. Définition. La parenté désigne le lien juridique existant entre personnes qui descendent les unes des autres, ou d'un auteur commun¹¹⁶. Dans le premier cas, il s'agira de la parenté en ligne directe, le second constituant la parenté en ligne collatérale¹¹⁷. La proximité de la parenté s'apprécie ensuite selon le degré de parenté¹¹⁸ : il en est « l'unité de mesure [...]. Le degré correspond, comme unité élémentaire, à la relation qui existe entre un parent et son descendant immédiat »¹¹⁹. Ainsi, le lien père ou mère et son descendant immédiat correspond à la parenté en ligne directe au premier degré¹²⁰. La parenté se divise en deux branches, selon qu'elle procède du père ou de la mère¹²¹. Le lien juridique ainsi entendu ne distinguera pas

protection-juridique-majeurs.pdf.

¹¹² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, JORF, 5 mars 2007, p.4325.

¹¹³ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO, 4 janv. 1968, p. 114, rect. 16 févr. 1968.

¹¹⁴ Telle l'habilitation familiale.

¹¹⁵ Cf. les rapports cités supra, note 9 et 10.

¹¹⁶ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, par E. BARTIN, Librairie générale de jurisprudence, 5^e éd., tome 9, 1917, p.175 ; CARBONNIER J., *Droit civil, La famille, L'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 21^e éd., 2002, p. 37 ; COURBE P., *Droit de la famille*, Armand Colin, 4^e éd., 2005, n° 7 ; GUIHO P., *Droit civil, la famille*, L'Hermès, 4^e éd., 1993, n° 3 ; HENNERON S., *La notion de famille en droit positif français*, thèse de doctorat, 2002, n° 24 ; MALAURIE P. et AYNES L., *Cours de droit civil, La famille*, t. III, Cujas, 1998, n° 31 ; PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1928, n° 643.

¹¹⁷ Art 742 C. civ.

¹¹⁸ Art. 741 C. civ.

¹¹⁹ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Domat droit privé, Montchrestien, 5^e éd., 1996, p.19, n°10.

¹²⁰ Art. 743 C. civ.

¹²¹ Art. 746 C. civ.

selon son origine, biologique ou artificielle, en ce sens que le lien de droit existant entre le parent et l'enfant pourra trouver sa source ailleurs que dans le lien du sang¹²², même s'il y trouve son siège traditionnel. Si les membres d'une famille se retrouvent sous le terme de parents, « cependant, parmi les parents, cette qualité est d'abord celle des père et mère [...] »¹²³. La parenté résulte de la filiation¹²⁴, qui elle-même « représente et institue le lien qui relie une personne à sa mère (filiation maternelle) et à son père (filiation paternelle) [...] »¹²⁵. Acte fondateur de la parenté, la filiation institue un lien de droit qui permet à l'enfant d'entrer dans une famille, de s'inscrire dans son histoire, « la parenté assure ainsi l'inscription généalogique du sujet »¹²⁶.

Le terme de parent au sens strict recouvre donc uniquement le père et/ou la mère, et c'est ainsi qu'il sera entendu dans le cadre de cette étude.

Toutefois, « pour un non-juriste la réponse à la question de savoir qui est le père ou la mère d'un enfant est simple : le père est celui qui a conçu l'enfant, la mère est celle qui l'a mis au monde. Pour un juriste de tradition continentale européenne, la réponse est considérablement plus compliquée : le père n'est pas nécessairement le père biologique mais plutôt celui que le droit reconnaît comme étant le père, c'est-à-dire soit le mari de la mère soit celui qui a reconnu l'enfant. La mère n'est pas nécessairement la femme qui a mis au monde l'enfant »¹²⁷. Aussi, le père ou la mère de l'enfant seront désignés comme ceux que le droit reconnaît comme tels, même si le plus souvent le lien du sang correspond au lien de droit.

13. Parents et parentalité. Distinction. La notion juridique de parent ne doit pas être confondue avec la notion de parentalité. Néologisme, ce terme est apparu en France dans le domaine de la psychanalyse dans les années soixante¹²⁸. Une notion voisine s'était toutefois développée dès les années trente dans le domaine de l'anthropologie anglo-saxonne, à travers la notion de « *parenthood* » ou « *parenting* »¹²⁹. Il s'est progressivement étendu au champ

¹²² Telle l'adoption ou l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

¹²³ G. CORNU, op. cit., n°10, note 14.

¹²⁴ J.-J. LEMOULAND, Rép. Civ., V° Famille, n°20.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ C. NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », in A. BRUEL, J. FAGET, L. JACQUES *et al.*, *De la parenté à la parentalité*. ERES, Maison des droits des enfants et des jeunes, 2001, p. 15-28.

¹²⁷ F. RAINER, « Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ? », in H. FULCHIRON, *Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, actes, 2009, p. 111.

¹²⁸ V. LEROUX, R. SCHELLES, « Ce que disent les personnes déficientes intellectuelles de leur parentalité », *Reliance*, 2007/4, n°26, p.79.

¹²⁹ MARTIN C., *La parentalité en question, perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la

social¹³⁰, puis au langage courant¹³¹, pour faire son apparition dans le langage juridique. La recommandation du 13 décembre 2006 du Conseil de l'Europe définit la parentalité comme « l'ensemble des fonctions dévolues aux parents pour prendre soin des enfants et les éduquer. La parentalité est centrée sur la relation parent-enfant et comprend des droits et des devoirs pour le développement et l'épanouissement de l'enfant »¹³². Entendue ainsi, la parentalité n'est qu'une composante de la parenté, soumise à la qualité de parent juridique. Le Comité national de soutien à la parentalité, créé en novembre 2010 et supprimé en 2016¹³³, a proposé en 2011 une définition de la parentalité : « La parentalité désigne l'ensemble des façons d'être et de vivre le fait d'être parent. C'est un processus qui conjugue les différentes dimensions de la fonction parentale, matérielle, psychologique, morale, culturelle, sociale. Elle qualifie le lien entre un adulte et un enfant, quelle que soit la structure familiale dans laquelle il s'inscrit, dans le but d'assurer le soin, le développement et l'éducation de l'enfant. Cette relation adulte/enfant suppose un ensemble de fonctions, de droits et d'obligations (morales, matérielles, juridiques, éducatives, culturelles) exercés dans l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu d'un lien prévu par le droit (autorité parentale). Elle s'inscrit dans l'environnement social et éducatif où vivent la famille et l'enfant ». Cette définition semble indiquer que la parentalité s'exerce en vertu de l'autorité parentale. Or dans un avis de 2012, la même instance, confirmant cette définition, affirmait qu'elle « la distingue de la parenté (liens de filiation) et de l'autorité parentale (ensemble de droits et devoirs juridiquement détenus par les parents) »¹³⁴.

Si la fonction parentale est exercée le plus souvent par les parents « de droit », et se confond ainsi dans l'exercice de l'autorité parentale, cette fonction peut s'exercer « de fait », par un tiers, lorsque la configuration familiale est différente du couple parental¹³⁵ : c'est ici que la parenté

Population et de la Famille, 2003, p. 11.

¹³⁰ Particulièrement à partir de 1985, grâce aux travaux de R. CLEMENT, « Parenté et dysparentalité », *Le groupe familial*, 1985, n°112, cité dans V. LEROUX, R. SCHELLES, « Ce que disent les personnes déficientes intellectuelles de leur parentalité », *Reliance*, 2007/4, n°26, p.79.

¹³¹ Définition de la parentalité dans le Larousse : « fonction de parent, notamment sur les plans juridique, moral et socioculturel » ; dans le Grand Robert de la langue française : « Qualité de parent, de père ou de mère (du point de vue juridique, moral ou socioculturel).

¹³² Recommandation Rec (2006)19 du Comité des Ministres aux Etats membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive, Conseil de l'Europe.

¹³³ Décret n° 2016-1441 du 25 octobre 2016 relatif à la composition et au fonctionnement du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge. Ce dernier remplace un certain nombre d'instances, dont le Comité national de soutien à la parentalité. Voir V. A.- R., « Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge », *AJ fam.* 2016. 510.

¹³⁴ Avis relatif à la définition du soutien à la parentalité du 20 décembre 2012 du Comité national de soutien à la parentalité.

¹³⁵ P. MURAT, « Couple, filiation et parenté », in *Des concubinages (droit interne, droit international, droit comparé)*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 53.

se dissocie de la parentalité¹³⁶. Cette notion demeure dans un « flou approximatif »¹³⁷, elle est polysémique¹³⁸, protéiforme, tout comme celle de vulnérabilité, et ne fait l'objet d'aucune définition juridique¹³⁹. A partir de ce néologisme, des notions hybrides ont vu le jour, telles que « homoparentalité », « monoparentalité », « pluriparentalité »¹⁴⁰, « déparentalité »¹⁴¹. En revanche, la notion de coparentalité fait l'objet de discussions en doctrine, particulièrement depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale¹⁴². En effet, en consacrant le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents¹⁴³, quelle que soit la situation juridique du couple conjugal¹⁴⁴, la notion de coparentalité s'est imposée, entendue comme « la prise en charge et l'éducation de l'enfant par ses deux parents »¹⁴⁵, que traduit le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Cette définition de la coparentalité doit ainsi être distinguée de la coparentalité entendue comme une « pluriparentalité »¹⁴⁶.

La parenté se distingue ainsi de la parentalité¹⁴⁷ – et de ses notions hybrides- en ce que la première correspond à une « place juridique »¹⁴⁸, tandis que la seconde renvoie « à une aptitude de fait »¹⁴⁹.

¹³⁶ Pour une étude comparative approfondie, v. S. PERRIN, *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant, Etude de droit comparé européen*, thèse de doctorat de droit privé, Université de Strasbourg, 2009.

¹³⁷ Ph. MALAURIE, « Les nouveaux visages de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage- conjugalité ; parenté- parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2009, p.262. L'auteur constate que « la parentalité, ce n'est pas la parenté, c'est "presque" une parenté, "quasi" une parenté, "une sorte de" parenté, *loco parentis*, une fonction culturelle et éducative, la prise en charge, la protection et l'éducation d'un enfant sans qu'il y ait de la parenté. Décidément, on ne sort pas de l'à peu près [...] ».

¹³⁸ D. FENOUILLET, *La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ?*, Archives de philosophie du droit, 2014, tome 57, p. 95 s.

¹³⁹ V. F. DEKEWEUR-DEFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 41 s.

¹⁴⁰ M. CRESP, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », *AJ fam.* 2018. 163.

¹⁴¹ M. JUSTON, « De la coparentalité à la déparentalité », *AJ fam.* 2011. 579.

¹⁴² Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO du 5 mars 2002, p. 4161.

¹⁴³ Art. 372 C. civ.

¹⁴⁴ Art. 373-2 al. 1 C. civ. Sauf l'exception présente à l'alinéa 2.

¹⁴⁵ A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : définition, sources et nature », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, n°232.23. *Adde.* F. VAUVILLE, « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre », F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ET C. CHOAIN (dir.), *L'autorité parentale en question*, LEDRAP, PU du Septentrion, 2003, p.119 ; ainsi que le dossier consacré à la « Coparentalité » dans *l'AJ famille* n°4/2009, dont I. GALLMEISTER, « Le principe de coparentalité », p. 148.

¹⁴⁶ M. CRESP, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistence juridique », *AJ fam.* 2018. 163.

¹⁴⁷ D. FENOUILLET, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* 2010, n°59, p.7.

¹⁴⁸ C. NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », in A. BRUEL (dir.), *De la parenté à la parentalité*, ERES, Paris, 2001, p. 26.

¹⁴⁹ *Ibid.*

Lien de droit, la parenté revêt un caractère permanent¹⁵⁰ et s'inscrit dans la durée. La condition juridique de père ou mère de l'enfant ne cesse pas lorsque l'enfant atteint la majorité¹⁵¹, c'est-à-dire la capacité juridique. Ce dernier demeure l'enfant de ses parents, mais la protection conférée par le droit au regard de son état de minorité disparaît¹⁵². Les effets de la condition juridique de ses parents sur lui-même, se trouvant dès lors limités à la transmission patrimoniale lorsque celle-ci requiert l'émission d'une volonté propre, cette étude se bornera à la parenté durant l'état de minorité de l'enfant.

14. Procréation. Siège naturel de la parenté. Enfin, « le terme de parenté vient de *pario* [à l'infinitif, *parere*], engendrer [produire] ; il renvoie à la biologie, et par là même se rattache à la filiation »¹⁵³. Car si la filiation juridique « n'est pas un simple décalque de la filiation biologique »¹⁵⁴, elle trouve traditionnellement son siège dans le principe de vérité biologique : *mater semper certa est*¹⁵⁵, la mère est celle qui a accouché, le père est celui qui a conçu, engendré¹⁵⁶. En ce sens, la filiation constitue « le moyen technique de désigner des titulaires pour le contrôle de la progéniture »¹⁵⁷. La filiation ne peut avoir que deux origines : la procréation ou une décision judiciaire¹⁵⁸. La première constitue un fait juridique que le droit prend en compte, la seconde une fiction juridique que le droit a créée¹⁵⁹. La procréation est donc le siège naturel et traditionnel de la parenté. Mais à la création -naturelle ou juridique- de la personne de l'enfant, doit succéder la reconnaissance du lien unissant le parent à son enfant.

15. Evolution du droit de la filiation. En droit romain, la reconnaissance de ce lien est l'apanage du *pater familias*. Ce n'est que par l'effet de sa volonté que le nouveau-né est accepté

¹⁵⁰ La remise en cause de la parenté ne peut intervenir que dans les conditions prévues par la loi, cf *infra* les actions en contestation de la filiation.

¹⁵¹ Ou l'émancipation.

¹⁵² L'autorité parentale des parents cesse à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (art. 371-1 al. 2 C. civ.), mais l'obligation d'entretien se prolonge (art. 371-2 al.2 C. civ.), puis se mue en obligation réciproque, de nature alimentaire. En revanche, l'enfant reste tenu, quelle que soit sa condition, de l'obligation d'honorer et de respecter ses père et mère (art. 371 C. civ.).

¹⁵³ H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage, conjugalité- parenté, parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires, actes, 2009, p. XV.

¹⁵⁴ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^e éd., 2010, n°189.

¹⁵⁵ Qui signifie « on sait toujours qui est la mère », Digeste II, 4.4.5.

¹⁵⁶ Qui se vérifie à travers la survivance de la présomption de paternité malgré l'abandon de la distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle : *pater is est quem nuptia demonstrant*, Digeste II, 2.4.5.

¹⁵⁷ J. CARBONNIER, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, Le couple*, PUF, 2004, p.946.

¹⁵⁸ A. BATTEUR, *op. cit.*, n°190.

¹⁵⁹ Qu'est l'adoption.

comme étant le sien, ou bien refusé : le père soulevait le nouveau-né en signe d'acceptation. Dans le cas contraire, l'enfant était purement abandonné¹⁶⁰. L'adoption et l'*adrogation* étaient également connues du droit romain, et largement utilisées¹⁶¹. Ce n'est qu'à partir du Bas-Empire, sous l'influence du Christianisme, que va émerger le concept de filiation, telle qu'on l'entend en droit moderne¹⁶². Cette influence se traduit par la sévérité avec laquelle sont considérés les enfants nés hors mariage, car ce n'est que dans le cadre sacré de celui-ci, fondement de la société, que cette dernière peut se renouveler en préservant l'ordre établi. Le droit issu de la Révolution remédie à cette inégalité en alignant les droits des enfants naturels sur ceux des enfants légitimes, par les décrets du 4 juin 1793 et du 12 brumaire an II¹⁶³, et la puissance paternelle est fortement remise en cause : « La Révolution retrouvait ici sa philosophie générale du droit de la famille, où la valeur suprême était l'amour ou, plus prosaïquement, le consentement [...]. Il faut relire l'a. 8 : sous l'expression gauche des preuves de la possession d'état, ce sont, en réalité, les deux sources psychosociologiques de la filiation naturelle qui sont consacrées : la volonté, [...] et la possession d'état elle-même »¹⁶⁴. Mais le Code Napoléon revient rapidement sur un certain nombre de ces dispositions. Fondé sur l'idée que la famille est le socle de la société, et doit ainsi être protégée de tout tumulte, la présomption de paternité devient presque irréfragable, afin d'éviter toute contestation. Dans le même temps, la recherche de paternité naturelle est interdite : elle ne peut résulter que d'une reconnaissance volontaire¹⁶⁵.

Les progrès scientifiques du XX^{ème} siècle en sciences du vivant ont imposé au droit de la filiation une prise en compte nouvelle de la vérité par le sang. Le recours aux tests sanguins a été autorisé pour la première fois par la loi du 3 janvier 1972, principalement pour contester la présomption de paternité. La loi du 8 janvier 1993 a ouvert la recherche de paternité sans limitation dès lors qu'existaient des présomptions ou indices graves, mais aussi légalisé la pratique de l'accouchement anonyme, tout en interdisant l'établissement judiciaire de la maternité naturelle¹⁶⁶, laissant place à la seule volonté de la mère dans l'établissement du lien de filiation. L'irrecevabilité de l'action en recherche de maternité sera toutefois supprimée par

¹⁶⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Coll. Précis, Dalloz, 2010, 2^{ème} éd., p.167, n°127.

¹⁶¹ Sur la distinction entre ces deux notions, au champ d'application et aux effets différents, v. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, op. cit., p. 177 et s., n°133 et s.

¹⁶² Ibid, p.210-211, n°159. Même si le mot « filiation » est entré tardivement dans le droit canonique : J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, 21^{ème} éd., p. 200.

¹⁶³ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, op. cit., p. 62, n° 73.

¹⁶⁴ J. CARBONNIER, op. cit., p. 322.

¹⁶⁵ Ibid., p. 64, n° 76.

¹⁶⁶ Anciens art. 341 et 341-1 C. civ.

la loi du 16 janvier 2009.

Initiée par la loi du 3 janvier 1972, l'égalité des filiations est consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁶⁷, qui supprime toute référence à la filiation naturelle ou légitime, et procède à une refonte du droit de la filiation¹⁶⁸, avec pour objectifs majeurs l'égalité et la sécurisation du lien de filiation. L'ordonnance consacre ainsi la possession d'état comme mode autonome d'établissement de la filiation¹⁶⁹, permettant à la vérité dite sociologique, par l'expression de la volonté, de reprendre la place qu'elle avait perdu après la loi du 3 janvier 1972, au profit de la vérité biologique.

La filiation adoptive, très peu utilisée pendant des siècles, connut un renouveau avec le décret-loi du 29 juillet 1939¹⁷⁰. Il faut dire que l'adoption n'était plus seulement perçue comme une technique de transmission patrimoniale ou dynastique, mais s'envisageait désormais comme un acte social, de charité : la Première Guerre mondiale avait laissé de nombreux orphelins. La loi du 11 juillet 1966 a réformé cette fiction juridique, en instituant le régime de l'adoption plénière et celui de l'adoption simple¹⁷¹, tandis qu'une loi du 6 février 2001 a permis de prendre en compte l'adoption internationale¹⁷².

À côté de cette filiation élective, ou par greffe, ou encore artificielle, par opposition à la filiation biologique ou charnelle, par le sang, une filiation hybride a vu le jour, grâce au développement des techniques d'assistance médicale à la procréation. Ainsi, « la procréation par la technique est entrée dans notre droit par les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994

¹⁶⁷ Sur l'ordonnance et sa circulaire d'application, voir notamment L. MAUGER-VIELPEAU et G. RAOUL-CORMEIL, « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. fam.* 2007, étude 31. L'ordonnance ne sera ratifiée qu'en 2009, par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009.

¹⁶⁸ Sur l'ensemble de la réforme, qui s'est finalement déroulée en plusieurs étapes, v. not. J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006. Étude 1 ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006. Chron. 17 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! » *RLDC* 2009, 58.3338 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009. 966 ; J. LEPROVAUX, « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *RJPF* 2009, 3.12 ; A.-M. LEROYER, « Filiation – Présomption de paternité – Conflits de filiation – Accouchement sous X. Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », *RTD civ.* 2009. 375 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Deffrénois* 2009. 591 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009. Étude 18.

¹⁶⁹ Initié par la loi n°82-536 du 25 juin 1982 pour la filiation naturelle.

¹⁷⁰ Appelé « *Code de la famille* ».

¹⁷¹ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso, 10^{ème} éd., 2019. V. également D. ROUGER-THIRION, « Vérité et filiation, du droit romain au Code civil », *Dr. Fam.* janv. 2020, n° 1 - n° hors-série, 30002.

¹⁷² Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

[...] »¹⁷³. Modifiée en 2004¹⁷⁴, puis en 2011¹⁷⁵, une nouvelle réforme se prépare, qui ouvrirait l'accès à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, ou aux femmes seules¹⁷⁶. Filiation hybride, car si certaines techniques permettent de conserver une filiation biologique, d'autres ne font appel qu'à une filiation volontaire¹⁷⁷. Si le droit de la filiation a toujours convoqué la manifestation de volonté, il lui a octroyé une place plus ou moins grande selon les époques. Le droit contemporain semble se diriger vers « un pluralisme [...] des fondements biologique et volontaire de la filiation [...] »¹⁷⁸. En effet, « L'heure [serait] à la rupture avec le monisme et à la consécration d'un véritable pluralisme en matière de filiation »¹⁷⁹. Cette évolution devra interroger lorsque la volonté est absente ou défaillante, en raison d'une vulnérabilité.

16. Rencontre des deux vulnérabilités reconnues par le Code civil. Le Code civil connaît deux catégories de personnes vulnérables : le majeur protégé et le mineur. Il est ainsi possible de rencontrer ces deux catégories de personnes vulnérables, protégées chacune par le droit, lorsque le majeur protégé est le parent¹⁸⁰ de l'enfant mineur. Affublé d'une incapacité temporaire, ce dernier a vocation à accéder à la capacité juridique, tandis que son parent majeur protégé pourra le demeurer sa vie durant. Il demeurera parent, d'un enfant devenu majeur. Sa protection juridique n'aura alors que peu d'effets sur lui, exception faite des restrictions qui peuvent surgir dans le domaine de la transmission patrimoniale. Notre sujet d'étude portera ainsi exclusivement sur l'étude du majeur protégé parent d'un enfant mineur.

¹⁷³ F. BELLIVIER, « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Actes de colloque, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.40.

¹⁷⁴ Loi n° 2004- 800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO 7 août 2004, p. 14040 ; v. not. B. BEVIÈRE, « Le dispositif législatif de l'assistance médicale à la procréation amélioré et complété par la L. du 6 août 2004 », *LPA* 18 févr. 2005, n°35, p. 69.

¹⁷⁵ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO n° 0157 du 8 juillet 2011, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/jo/2011/7/8>.

¹⁷⁶ Min. Solidarités et Santé, note d'information relative à la participation des espaces de réflexion éthique à la procédure de révision des lois de bioéthique, 29 nov. 2017, NOR : SSAH1733643J ; Comité consultatif national d'éthique, *Bioéthique- États généraux, Rapport de synthèse*, 2018 ; Conseil d'État, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018. Un projet de loi est actuellement examiné par le Sénat. Sur le processus législatif en cours, v. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.* 2019. 487 et 556 ; *AJ Fam.* 2020. 88, 373 et 441 ; *AJ fam.* 2021. 73 et 144.

¹⁷⁷ Ainsi des techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

¹⁷⁸ C. PÉRÈS, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *Dr. Fam.* janv. 2020, n°1, n° hors-série, 30003.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Biologique et/ou juridique.

17. Problématique. Le majeur protégé peut devenir parent ou souhaiter le devenir. Entendue ainsi, si l'on associe le terme de majeur protégé à celui de parent, le paradoxe frappe immédiatement. La question se pose alors inévitablement : comment une personne majeure protégée, dont la vulnérabilité a été constatée par la loi, peut-elle accéder à la paternité ou la maternité, c'est-à-dire à la qualité de parent, dont la finalité est la protection d'un autre être vulnérable, l'enfant ? En premier lieu, envisager le majeur protégé parent suppose qu'un enfant soit conçu¹⁸¹. Cela implique d'envisager le majeur protégé procréateur¹⁸². La procréation du majeur protégé renvoie à la faculté de procréer, mais aussi à celle de ne pas procréer, et plus largement au contrôle de la procréation. Envisager la procréation du majeur protégé signifie envisager sa sexualité, sa faculté d'enfanter, d'engendrer, de se reproduire : c'est alors envisager sa descendance, avec le poids historique de sa représentation, dont l'eugénisme est le socle. Cette doctrine considérant le risque de dégénérescence de l'espèce humaine par la reproduction des êtres porteurs d'infirmités ou de déficiences mentales, imposait de supprimer leurs capacités reproductives. Il était nécessaire qu'elles soient réduites à néant, au moyen de procédés définitifs, dont la stérilisation contraceptive est la pierre angulaire, à défaut de pouvoir écarter tout risque de sexualité. Refusée par la société, la procréation du majeur protégé l'est également par l'entourage familial. Car la question se pose alors de la transmission de la déficience à la descendance, et de sa prise en charge concomitante à celle du majeur protégé procréateur. Cette perspective n'est pas supportable pour la famille, aussi aimante soit-elle, dont la prise en charge du majeur protégé constitue déjà très souvent un véritable chemin de croix.

Mais l'évolution des droits fondamentaux, européens et internationaux, remet en cause cette idée d'incapacité reproductive des majeurs protégés. Cet essor offre aux majeurs protégés une véritable émancipation de leurs libertés sexuelles et procréatrices. L'évolution se traduit par un changement de paradigme : de la protection par l'incapacité, il s'agit aujourd'hui de protéger tout en préservant la capacité, l'autonomie de la volonté. Encore faut-il cependant que cette dernière existe réellement. Car si les droits fondamentaux assurent désormais au majeur protégé la liberté de procréer, cette dernière doit avoir pour corollaire l'exercice de la responsabilité qui en découle, comme pour tout autre individu, supposant une capacité de discernement suffisante. La faculté de procréer étant protégée, celle de ne pas procréer doit l'être tout autant. La maîtrise

¹⁸¹ En dehors du cas particulier de l'adoption.

¹⁸² Pour reprendre les termes de HAUSER, in J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* 2011, dossier 6.

de la procréation en est l'enjeu.

En second lieu, envisager le majeur protégé parent implique d'appréhender la relation parent-enfant : l'existence même de cette relation trouve son fondement dans le lien de filiation. Il conviendra dès lors de se demander dans quelles conditions le majeur protégé va pouvoir établir cette relation, juridique d'abord, quotidienne ensuite. La réflexion permettra de déterminer dans quelle mesure sa protection juridique va interférer dans cette relation, et ce que sera le résultat de la rencontre de la mesure de protection juridique du majeur et du régime juridique protecteur de l'enfant mineur. Deux régimes protecteurs distincts, mais une juxtaposition d'incapacités juridiques. L'existence d'une manifestation de volonté propre et autonome du majeur protégé sera dès lors déterminante. Mais le lien juridique unissant le majeur protégé à son enfant n'est pas suffisant à lui seul pour accéder à la qualité de parent. Se posera alors la question de la parentalité du majeur protégé. Car on peut se demander comment le majeur, par principe atteint d'une faiblesse puisqu'il a besoin d'être protégé, pourra prendre soin d'un enfant, c'est-à-dire prendre les décisions qui gouverneront cet adulte en devenir. Si la réponse à ces interrogations s'inscrit dans le contexte législatif actuel, en revanche le contexte sociétal ne semble toujours pas en adéquation avec lui.

18. Annonce de plan. Comment, dès lors, une personne majeure protégée pourrait-elle prendre en charge une autre personne à protéger ? Cette question appelle deux interrogations auxquelles il sera nécessaire de répondre : une personne majeure protégée peut-elle être parent ? Et le cas échéant, peut-on ensuite lui reconnaître la qualité de parent, non plus seulement celle de géniteur ?

Pour tenter de répondre à ces interrogations, il conviendra dans un premier temps de procéder à l'étude de la procréation du majeur protégé (**Partie I**), afin d'étudier dans un second temps le lien unissant le majeur protégé à son enfant (**Partie II**).

-PREMIERE PARTIE -

LA PROCREATION DU MAJEUR PROTEGE

19. Historique du concept. La procréation humaine est une donnée universelle qui a été et qui demeure l'objet de nombreux rites, croyances et autres folklores, mais qui constitue aussi un enjeu économique, social et spirituel majeur. La volonté de contrôler la reproduction humaine est sans doute aussi ancienne que la fondation de la société, et a donné lieu à la mise en place de nombreuses stratégies tendant à l'organiser, à la planifier, sinon à la limiter. La préoccupation de la procréation humaine est ainsi présente dans le projet platonicien de la Cité idéale¹⁸³. Elle se retrouve également chez Aristote, dont le souci était de limiter le nombre des naissances : « [...] dans le cas d'accroissement excessif des naissances [...], une limite numérique doit dès lors être fixée à la procréation »¹⁸⁴.

Les moyens mis en œuvre pour parvenir à cette fin sont divers selon les époques et les civilisations mais dès l'Antiquité, on retrouve les traces d'une volonté de limiter la fécondité chez les personnes porteuses d'anomalies, de difformités, de maladies ou plus généralement chez les personnes les plus faibles. Les Hébreux interdisaient les unions entre personnes dont certains membres d'une ou des deux familles étaient atteints de maladies telles que l'épilepsie,

¹⁸³ Platon, *La République*, Livres I à X, texte établi par E. CHAMBRY, Gallimard, 1992, 458e, 459a-b-d-e, p. 171-172.

¹⁸⁴ Aristote, *La Politique*, traduit par J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1995, VII-16-1335, p.542.

l'hémophilie ou le nanisme ¹⁸⁵. Cette idée se retrouve également chez Platon pour lequel « il faut, d'après ce que nous avons admis, que les sujets d'élite de l'un et de l'autre sexe s'accouplent le plus souvent possible et les sujets inférieurs le plus rarement possible »¹⁸⁶. La volonté de limiter la procréation à cette catégorie de personnes s'est ensuite traduite par l'apparition d'autres techniques, allant de la continence à la ségrégation sexuelle, en passant par la castration, l'avortement, l'infanticide, la stérilisation et la contraception.

La castration et la stérilisation se sont vues accorder un grand intérêt dans la mesure où leur finalité consiste en la suppression définitive de la capacité de procréer. Elles constituent ainsi l'outil par excellence permettant de limiter la fécondité des personnes jugées inférieures ou porteuses d'anomalies, et particulièrement des personnes porteuses d'anomalies mentales, considérées comme le risque majeur d'une dégénérescence de l'espèce humaine. La multiplicité des déficiences ou anomalies mentales sont à présent rassemblées sous un même vocable que l'on désigne « handicap mental ».

La stérilisation humaine se trouve ainsi étroitement liée au handicap mental, tant il est vrai qu'il constitue son « domaine de prédilection ». Ceci s'explique par l'interdépendance existant entre la stérilisation et la volonté de sélectionner les personnes jugées aptes à procréer et celles qui ne le sont pas, afin d'améliorer l'espèce humaine : l'eugénisme.

La procréation, mécanisme naturel ou artificiel conduisant à la conception d'un enfant, est un acte qu'il est possible de qualifier de strictement personnel. Il convoque l'intimité tant physique que psychologique de la personne. En présence d'un majeur dont les facultés mentales sont altérées, la question de sa procréation appelle aujourd'hui encore de nombreuses interrogations, spécialement sur sa prise en compte par le droit, et plus largement la société.

Si l'affirmation des libertés et droits fondamentaux de la personne majeure protégée, et par extension de la personne handicapée mentale, permet une acceptation du principe de la procréation de ces personnes, notre droit en traduit encore le refus en admettant la stérilisation contraceptive à leur égard.

Aussi, l'étude portera dans un premier temps sur le constat de la procréation du majeur protégé refusée : la stérilisation contraceptive (Titre I), puis dans un second temps sur la procréation du majeur protégé acceptée (Titre II).

¹⁸⁵ J-P. DESCHAMPS, « L'eugénisme moderne et ses tentations », in H. BRUNSWIK et M. PIERSON, *Médecins, médecine et société, Introduction à l'éthique médicale*, coll., Paris, Ed. Nathan Université, collection Fac Médecine, 1995, p. 127-128.

¹⁸⁶ Platon, op. cit, 459d-e, p. 171-172.

TITRE I

LA PROCREATION DU MAJEUR PROTEGE REFUSEE

20. Données objectives. Il n'existe pas de données statistiques fiables sur les pratiques de stérilisation portant sur des personnes handicapées mentales. Cela étant principalement dû au secret qui entourait cette pratique jusqu'en 2001. Cependant, une enquête réalisée dans les années 1990 dans le département de la Gironde, a révélé que plus d'un tiers des jeunes femmes handicapées mentales avaient été stérilisées ¹⁸⁷. Selon Mme DIEDERICH ¹⁸⁸ des spécificités départementales ou régionales pourraient exister concernant cette pratique. L'IGAS a procédé à une étude spécifique des données de 1996 du Programme de Médicalisation des systèmes d'information Hospitalier. Il en ressort que l'acte de stérilisation avec diagnostic de handicap serait marginal et ne concernerait pratiquement que des femmes : 226 actes sur 10 896 correspondraient à ce type d'actes avec diagnostic de handicap mental. Ceux-ci engloberaient les actes de stérilisation à visée contraceptive mais aussi à visée thérapeutique, c'est-à-dire à

¹⁸⁷C. PINARD, *La stérilisation des handicapées mentales : la réponse à une pathologie sociale*. Mémoire de licence en sociologie, Université Bordeaux II, 1996, p.27-45, cité par A. GIAMI, in *Les enjeux de la stérilisation*, Coll., Paris, INED, 2000, p. 281.

¹⁸⁸N. DIEDERICH, *Audition par l'IGAS*, octobre 97, in *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome III, annexe II, n° 3, p. 6.

but curatif¹⁸⁹. Cependant ces chiffres restent des estimations puisque le secteur privé n'est pas pris en compte, et la mention d'un handicap mental est aléatoire. Si l'on se réfère aux études de Mme DIEDERICH¹⁹⁰, les cas de stérilisations pratiquées sur des personnes handicapées mentales pourraient en effet se révéler beaucoup plus nombreux¹⁹¹.

Même si des chiffres ne peuvent être avancés avec certitude, la pratique existe et n'est pas isolée. Cependant, jusqu'en juillet 2001, elle n'était entourée d'aucun cadre légal, notamment à cause de son passé eugénique, et était considérée comme une mutilation, dans la mesure où elle constituait une atteinte à l'intégrité physique sans nécessité thérapeutique¹⁹². Qu'elle soit pratiquée sur des personnes handicapées mentales, ou sur des personnes bénéficiant de leur entier discernement, la stérilisation contraceptive était illicite.

Mais à l'heure où l'accès à la contraception tend à devenir un véritable droit individuel, et devant la réalité de la pratique, l'abstention législative conduisait à passer sous silence la stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales (Chapitre I). Devant ce déni, il apparaissait nécessaire d'apporter une réponse au problème des stérilisations souterraines. C'est dans cet esprit que le législateur est intervenu en 2001 (chapitre 2).

¹⁸⁹ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation de personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, p.16. N. DIEDERICH, *Influence de la stérilisation des femmes « handicapées mentales » sur leur devenir*, in *Les enjeux de la stérilisation précité*, p.316, note 1.

¹⁹⁰ V. par ex : N. DIEDERICH, « Bref aperçu du résultat de mes recherches concernant des adultes handicapés mentaux », novembre 97, in *Rapport précité*, tome III, annexe II, n°2, p.5 ; N. DIEDERICH, « La stérilisation des handicapés mentaux », in *Santé mentale : Réalités européennes*, ss la direction de P. LOUZOUN. Paris, éd. Erès, 1993, p.314-317.

¹⁹¹ Plus généralement, des statistiques existent sur les stérilisations pratiquées en France, mais elles varient les unes des autres et ne peuvent, elles aussi, que constituer des estimations. Ainsi, entre 1978 et 1982, 273 000 femmes déclarent avoir subi une opération stérilisante, 290 000 entre 1983 et 1987, et 212 000 entre 1988 et 1992, soit des moyennes annuelles de 55 000, 58 000 et 42 000 respectivement. Ce qui conduit à une estimation de 40 000 à 45 000 interventions dans les années 1990. Lors des deux premières périodes, 56 % des opérations ont été déclarées « à but principalement contraceptif » et 60 % au cours de la dernière période, ce qui signifie que vers 1980-85 environ 32 000 stérilisations annuelles étaient pratiquées à des fins contraceptives, et environ 25 000 vers 1990 (H. LERIDON ; *Note sur les stérilisations en France*, INED, déc. 1997). Les femmes interrogées lors de ces enquêtes vivaient en « ménage ordinaire », ce qui exclut les femmes vivant en institution ou ne pouvant pas répondre. L'Inspection Générale des Affaires Sociales quant à elle, évalue le nombre de stérilisations dans la population générale à 22.000 par an et estime qu'il a diminué au cours des dix dernières années (Rapport Inspection Générale des Affaires Sociales, op. cit.). Le Comité Consultatif National d'Ethique l'estime à environ 30.000, toutes indications confondues (Comité Consultatif National d'Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, rapport n° 50, 3 avril 1996). Madame Fresnel estime les stérilisations pratiquées en France entre 30 000 et 50 000 par an (F. FRESNEL, *La stérilisation volontaire contraceptive ; Interview*, Dalloz 2001, n°26, 5 juillet 2001).

¹⁹² Voir l'article 16-3 du Code civil avant sa modification apportée par la loi n°99-641 du 27 juillet 1999, article 70, JO du 28 juillet 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, puis par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, article 9, JO du 7 août 2004.

CHAPITRE 1

LE DÉNI DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES

« C'est qu'on estime assez volontiers qu'il y a des valeurs essentielles de civilisation qui ne se discutent pas, sauf à douter de la civilisation de celui qui poserait la question ».

*B. BEIGNIER *.*

21. Etat du droit français dans le contexte international. Le régime juridique de la stérilisation était obscur et ambigu, puisqu'aucun texte n'autorisait ou n'interdisait cette intervention explicitement. Au début du siècle, la stérilisation s'inscrivait dans une large politique visant à réduire le nombre de personnes considérée « socialement inaptes » et plusieurs Etats européens et nord-américains s'étaient dotés de lois de stérilisations eugéniques. La plupart des pays voisins de la France avaient en effet connu une forte croissance démographique résultant de la combinaison d'une baisse de la mortalité, due aux progrès de l'hygiène, et du maintien d'un taux de natalité élevé.

En France, à la même époque, la situation était totalement différente puisqu'une politique nataliste interdisait la promotion et l'usage de toute pratique permettant aux femmes de réduire volontairement le nombre de leurs grossesses. La taille de sa population était décroissante depuis la guerre de 1870, en raison d'une baisse continue du taux de natalité durant le XIX^{ème} siècle, suivie des pertes importantes subies par la France pendant la guerre de 1914-1918. Les

* B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, « Que sais-je ? », n°2703, p. 13.

pouvoirs publics ont donc multiplié les mesures favorisant les naissances, la stérilisation se trouvant aux antipodes de cette volonté nataliste. Aussi, l'absence de règles pour les personnes handicapées mentales s'explique surtout par le rejet général de toute stérilisation. Interdite pour les personnes juridiquement capables, la stérilisation se devait de l'être *a fortiori* pour les personnes jugées incapables. Cette donnée aurait pu demeurer telle quelle si des abus n'avaient pas été constatés.

22. Annonce de plan. Aujourd'hui, la plupart des pays développés ont reconnu juridiquement les pratiques de stérilisation volontaire même si peu d'entre eux ont prévu un régime spécifique concernant les personnes handicapées mentales (section II). Un grand nombre de pays ayant légalisé l'accès à la contraception et à l'avortement autorisent également la stérilisation volontaire à but contraceptif. La France n'avait pas suivi cette évolution (section I).

SECTION I

LES SOURCES DE L'ABSTENTION LÉGISLATIVE

« Le modèle de la Déclaration universelle des droits de l'homme doit imposer pour tous le principe de l'indisponibilité du corps humain : c'est-à-dire l'intégrité et l'intégralité personnelle du corps de l'individu dont aucun pouvoir, étatique ou sanitaire, ne peut disposer sans le consentement libre et informé du sujet. »

*B. Andrieu^(**).*

23. Annonce de plan. Jusqu'en juillet 2001, il n'existait pas de législation spécifique à la stérilisation en France, ce mot ne figurait dans aucun texte de droit positif international opposable ou de droit interne. Cependant, l'état du droit antérieur à la loi du 4 juillet 2001 révèle l'illégalité des pratiques de stérilisation, même si elles sont volontaires. Ce principe d'illégalité des stérilisations trouve son origine dans une jurisprudence ancienne, faisant autorité jusqu'en 2001, et se fonde sur l'atteinte à l'intégrité physique de la personne (§I). Il ne souffre qu'une exception, la nécessité thérapeutique de l'intervention stérilisante, notion aux contours incertains (§II).

§I-L'ILLÉGALITÉ DE L'ACTE STÉRILISANT

24. Principe jurisprudentiel. « Il ressort de l'interprétation du droit français qu'est illégale toute atteinte aux fonctions reproductrices d'une personne, non justifiée par une nécessité thérapeutique et pour laquelle, sauf cas d'extrême urgence, le\la patient(e) n'a pas donné son consentement »¹⁹³. Cette interprétation trouve son origine dans une jurisprudence de 1937. Elle fait toutefois l'objet d'une remise en cause progressive, principalement due à l'évolution des mœurs, de la pratique et des techniques médicales.

^{**} B. ANDRIEU, « A qui appartient le corps ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.102.

¹⁹³Cass. Crim, 1^{er} juillet 1937, *Gaz. Pal.* 1937 2^{ème} Sem, p.358 ; *Sirey* 1938, I, p.193, note TORTAT.

A-L'ÉTAT DU DROIT AVANT LA LOI DU 4 JUILLET 2001

25. Fondement jurisprudentiel. L'arrêt de la chambre Criminelle de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1937 a constitué pendant très longtemps la seule référence juridique en matière de stérilisation, même si quelques évolutions se sont produites.

1-Une jurisprudence fondatrice

C'est à la suite du célèbre arrêt dit « des stérilisés de Bordeaux » de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 1^{er} juillet 1937¹⁹⁴, que la licéité de la stérilisation dans un but contraceptif a été largement mise en doute. La jurisprudence en la matière s'est ensuite révélée très rare.

a-Une jurisprudence ancienne.

26. Origines de la jurisprudence fondatrice. Cette affaire trouve son origine dans une propagande anticonceptionnelle émanant d'un instituteur révoqué, puis devenu coiffeur à Bordeaux, qui prêchait la stérilisation pour le bien de l'humanité. Cette propagande eut du succès sur un groupement anarchiste et libertaire, ce qui permit le déplacement jusqu'à Bordeaux d'un praticien de la vasectomie.

Une instruction fut ouverte pour « castration et violences ayant entraîné une incapacité permanente ». Mais ce chef d'inculpation fut modifié au cours de l'instruction au profit de la qualification de coups et blessures volontaires, l'expertise médicale ayant révélé qu'une vasectomie pouvait être éventuellement réversible ce qui n'est pas le cas de la castration.

Devant le tribunal correctionnel de Bordeaux, les prévenus reconnaissaient les faits mais refusaient de se voir attribuer une quelconque intention délictuelle et estimaient le consentement des personnes stérilisées comme constitutif d'une garantie absolue contre toute action répressive. Or, cet argument ne pouvait être soutenu valablement puisque la doctrine et la jurisprudence s'étaient déjà fixées dans un autre sens depuis deux arrêts de 1813 et 1835,¹⁹⁵ considérant que le consentement de la victime ne pouvait avoir d'effet sur la réalité de

¹⁹⁴Ibid.

¹⁹⁵ Cass. Crim. 12 août 1813, *Sirey* chr., et 2 juillet 1835, *Sirey* 1835, I, 861.

l'infraction, ni l'excuser. C'est pourquoi le tribunal correctionnel, la Cour d'appel de Bordeaux, puis la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont rejeté ce moyen de défense.

La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Bordeaux lorsqu'elle estime que « les opérés n'ont pu donner aux prévenus le droit de violer sur leur personne les règles régissant l'Ordre Public » et précise que « le consentement de la victime n'excuse pas le délit car il ne figure pas au nombre des excuses absolutoires énumérées limitativement par les [anciens] articles 327, 328, et 329 du Code Pénal ». Ainsi, la Cour a considéré « qu'est à bon droit condamné pour coups et blessures commis avec préméditation, l'individu qui s'est livré, avec le consentement des victimes, à des opérations tendant à les rendre infécondes »¹⁹⁶.

27. Portée de la jurisprudence fondatrice. La portée de cet arrêt et de celui de la Cour d'appel de Bordeaux du 8 juillet 1936 est d'autant plus importante qu'ils ne se fondent pas sur l'exercice illégal de la médecine mais sur la nature de l'acte lui-même. Comme le soulignait Monsieur TORTAT : « ce qui fait la gravité intrinsèque de la vasectomie pratiquée sans but curatif et sans autre fin que la stérilisation du sujet, c'est qu'elle prive celui-ci, pour un temps indéterminé, de la faculté de procréer et qu'elle constitue, de ce chef, un indéniable attentat à la personne humaine »¹⁹⁷.

Monsieur TORTAT estimait aussi que cette jurisprudence constitue le renfort de la sanction pénale qu'elle apporte à la déontologie médicale qui condamnait déjà, comme un attentat à la personne humaine, la stérilisation pratiquée sans aucun but curatif.¹⁹⁸ Une stérilisation effectuée sans motif thérapeutique tombait donc sous le coup de l'article 309 [ancien] du Code pénal et était toujours passible d'une incrimination pénale, devenue avec le Nouveau Code Pénal dans son article 222-9, l'incrimination de « violences entraînant une mutilation ou une infirmité permanente ». Il n'y a pas eu, depuis cet arrêt, d'autres décisions véritablement caractéristiques en la matière, même si certains auteurs ont pu le penser à la suite d'un arrêt de 1983.

¹⁹⁶ Cass. Crim. 1^{er} juillet 1937, *Sirey* 1938, I, p.193 note TORTAT.

¹⁹⁷ TORTAT, note sous Cass. Crim, 1^{er} juillet 1937, *Sirey* 1938, I p. 193.

¹⁹⁸ *Ibid.*

b-L'évolution jurisprudentielle

28. La question de l'illicéité de l'acte stérilisant. En 1975, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une résolution n°75(29) sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale énonçant que la stérilisation volontaire devait être rendue possible en tant qu'acte médical¹⁹⁹. La France a voté ce texte. Même s'il ne s'agit que d'une recommandation, elle constitue pour la France une certaine évolution dans ce domaine puisqu'elle n'a émis aucune réserve. Cependant, elle n'a pas de valeur juridique et n'a jamais été l'objet d'une modification du droit positif.

La jurisprudence de 1937 n'a jamais été directement appliquée par la suite, aucun contentieux sur la légalité même de la stérilisation n'ayant été engagé, ni sur la responsabilité pénale d'un médecin pour avoir commis un acte illicite. Elle demeurait cependant effective.

Un arrêt de 1983 de la première Chambre civile de la Cour de cassation²⁰⁰ a cependant paru remettre en question cette jurisprudence ancienne. En l'espèce, une stérilisation avait été pratiquée à la demande d'une femme de 28 ans, mère de quatre enfants, ayant déjà présenté cinq grossesses, dont quatre accouchements prématurés et une fausse couche. Elle était atteinte de prédiabète et était intolérante à toute forme de contraception. Son mari avait des troubles cardiaques et était en état d'invalidité. Malgré l'intervention stérilisante, la jeune femme présenta une nouvelle grossesse. Elle assigna alors le médecin en responsabilité du fait de l'échec de l'intervention.

La première Chambre civile a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Rouen en condamnant le praticien auteur de l'intervention qui avait échoué. Pour cela, la Cour s'est fondée sur l'article 1147 ancien du Code civil²⁰¹, c'est-à-dire sur une responsabilité de nature contractuelle. C'est à partir de ce constat que de nombreux commentateurs ont vu dans cet arrêt un véritable « tournant juridique », tandis que d'autres restaient plus prudents. Il s'agissait selon les premiers « d'une reconnaissance explicite de la licéité de la stérilisation pour des indications médico-sociales qui n'avaient jamais été prises en compte antérieurement ». [...] Le débat ne se place plus sur le plan pénal, la stérilisation volontaire étant traitée comme un acte chirurgical classique relevant des règles de la responsabilité médicale », « la Cour, en effet, s'est bornée à mettre l'accent sur le fait que le chirurgien avait manqué à son devoir de conseil et de prudence en

¹⁹⁹Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Résolution n° 75-29 sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale, 14 novembre 1975.

²⁰⁰Cass. Civ. 1^{re}, 9 mai 1983, *JCP* 84, éd G, II, 20262, obs. A. DORSNER-DOLIVET ; *D.* 1984, p. 121, note PENNEAU.

²⁰¹Désormais art. 1103 C. civ.

n'informant pas les époux du risque minime mais possible d'une nouvelle grossesse »²⁰².

Le Comité consultatif national d'éthique est allé dans le même sens : « Il semble que, dans cette décision, la licéité de la stérilisation ait été admise de façon relativement extensive, en décrivant [...] les motifs de l'intervention »²⁰³. Messieurs SOUTOUL et PIERRE se sont montrés plus prudents ensuite, en parlant d'un silence de la Cour de cassation, « qui occulte complètement cette question »²⁰⁴.

Aujourd'hui, les commentateurs s'accordent à dire que la Cour de cassation ne pouvait prendre part à un débat qui ne lui était pas soumis. Monsieur MEMETEAU considère que le silence de la Cour de cassation sur ce point, n'est pas l'indice d'une reconnaissance implicite de la licéité d'une stérilisation dépourvue de motif thérapeutique, mais plutôt la volonté de ne pas se prononcer en l'absence de position du législateur²⁰⁵.

Le droit administratif est allé dans le même sens avec un jugement du tribunal administratif de Strasbourg en date du 21 avril 1994²⁰⁶. Il était question, en l'espèce, d'une femme de trente-cinq ans qui avait déjà trois enfants et qui en eut un quatrième malgré un traitement contraceptif. Elle avait alors décidé de subir une opération de stérilisation contraceptive. Cependant, elle connut une nouvelle grossesse après cette intervention. Elle décide alors d'engager la responsabilité du médecin qui avait procédé à l'intervention, ainsi que celle de l'hôpital où celle-ci avait eu lieu, estimant avoir subi un préjudice du fait de l'échec de la stérilisation.

Le Tribunal administratif de Strasbourg a rejeté la demande d'indemnisation au motif que « la naissance d'un enfant, même lorsqu'elle intervient après l'échec d'une intervention destinée à interrompre la fécondité de la mère, n'est pas, par elle-même, génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu », « il n'en va autrement que si cette naissance a entraîné, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle s'est produite, un préjudice particulier distinct des frais

²⁰²J.-H. SOUTOUL et F. PIERRE, « La stérilisation humaine volontaire, bilan de législation et de jurisprudence en France et en Europe occidentale », *Rev. Fr. de gynécologie obstétrique* 1986, 15, p. 273 et 593, même *Rev.* 1986, 15, p. 483 ; A. DORSNER-DOLIVET, « Stérilisation humaine en pratique courante », *Médecine et droit*, sept-oct 1983, p. 42 ; F. SELIGMANN, *Propos au soutien de l'amendement de M. Millaud*, JO Sénat, 21 janvier 1984, p.386 ; J. MARTINEZ, Commissaire du Gouvernement, conclusions ss T.A. de Strasbourg, 21 avril 1994, Mme M. \ Hospices Civils de Colmar, *RFDA* 1995, p. 1223.

²⁰³CCNE, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

²⁰⁴J.-H. SOUTOUL et F. PIERRE, in *La responsabilité médicale et les problèmes médico-légaux en gynécologie et reproduction*, éd. Maloine 1989, p. 213.

²⁰⁵G. MEMETEAU, « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP* 1995, éd. G, 3838, p. 167.

²⁰⁶TA Strasbourg, 21 avril 1994, *LPA*, 21 oct. 1994, n°126, p. 22, note F. M., concl. M. Martinez.

d'entretien et d'éducation de l'enfant qui sont normalement à la charge des parents ». Le tribunal a cependant estimé que le médecin ayant pratiqué l'intervention avait manqué à son devoir de conseil et ce, d'autant plus qu'il n'avait pas procédé aux vérifications nécessaires quant à la réussite de l'intervention. Cette seconde carence constitue également une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital. Ici non plus il n'est fait explicitement référence à la licéité ou l'illicéité de l'intervention en cause. Il est vrai que la femme à l'origine de la demande de l'intervention stérilisante se trouvait devant l'inefficacité des moyens contraceptifs traditionnels et il aurait été difficile de justifier cette intervention par un motif thérapeutique.

Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 6 février 2001 ²⁰⁷ a cependant posé la question de la qualification juridique d'un acte de stérilisation pratiqué par un chirurgien. Toutefois, en l'espèce, la stérilisation avait été pratiquée sans consentement préalable. Même si l'apport principal de cet arrêt concerne les éléments constitutifs de l'infraction et plus précisément l'élément moral de celle-ci, il n'en reste pas moins éclairant sur la pratique des stérilisations.

En l'espèce, une jeune femme âgée de vingt-neuf ans devait subir une intervention consistant en l'ablation d'un kyste ovarien. Le chirurgien consulté par la jeune femme pour cette intervention propose de réaliser sur elle une stérilisation tubaire ²⁰⁸ en même temps que l'ablation de son kyste. La proposition du chirurgien était faite en raison des antécédents médicaux de la jeune femme. Elle avait en effet subi deux embolies pulmonaires lors de ses deux grossesses antérieures. Cette proposition, faite par le chirurgien lors de la première consultation, n'avait donné lieu à aucune réponse immédiate. Au cours d'une consultation, auprès du médecin anesthésiste, la jeune femme exprime son refus de la stérilisation tubaire proposée par le chirurgien. Mais le second médecin omet de faire part du refus de la jeune femme de subir une stérilisation à son confrère devant procéder à l'ablation du kyste ovarien. Lors de cette intervention, le chirurgien procède finalement à la stérilisation tubaire, compte tenu des antécédents et du risque encouru en cas de nouvelle grossesse, mais sans s'être assuré du consentement libre et éclairé de la patiente. La jeune femme décide de porter l'affaire devant les tribunaux et le chirurgien fut poursuivi pour violences volontaires ayant entraîné plus de huit jours d'interruption temporaire de travail (I.T.T.), sur le fondement de l'article 222-11 du Code pénal. Le chirurgien encourait trois ans d'emprisonnement et trois cent mille francs

²⁰⁷Cass. Crim., 6 février 2001, n°C 00-82.434 F.

²⁰⁸V. *infra* les différentes techniques de stérilisation féminines et masculines, §216 et s.

d'amende. Par un arrêt du 02 mars 2000, la Cour d'appel de Chambéry le condamna sur ce fondement et prononça quinze jours d'emprisonnement avec sursis et vingt mille francs d'amende.

La Cour d'appel considérait en effet qu'il n'y avait pas d'impossibilité pour la patiente de manifester son consentement, ni d'urgence vitale pouvant dispenser le chirurgien d'obtenir le consentement nécessaire ; que ce dernier avait bien commis une faute personnelle en ne s'assurant pas directement et préalablement du consentement de sa patiente à la stérilisation; qu'il avait bien accompli intentionnellement l'acte de stérilisation et, dans le résultat, porté atteinte volontairement à l'intégrité physique de sa patiente ²⁰⁹.

L'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry a été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, au motif que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé l'élément intentionnel du délit de violences. En effet, le chirurgien a volontairement accompli l'acte de stérilisation sur sa patiente, ce qui est constitutif d'une atteinte illicite à son intégrité physique en l'absence de consentement préalable. Mais pour la Cour de cassation, cela ne semble pas suffisant pour caractériser l'élément moral de l'infraction. Il aurait sans doute été nécessaire, pour cela, qu'il y ait eu une intention de nuire à la patiente de la part du chirurgien.

Ici, la qualification de contravention de blessures involontaires, prévue par l'article R-625-2 du Code pénal aurait peut-être pu être retenue, d'une part parce que le chirurgien n'avait aucune volonté de nuire à sa patiente, mais d'autre part il est incontestable qu'il avait fait preuve de négligence en ne s'assurant pas de la réalité du consentement libre et éclairé de la jeune femme et n'avait donc pas accompli les diligences que lui imposaient ses fonctions, au sens de l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal ²¹⁰. La qualification pénale d'un acte illicite, tel que la stérilisation contraceptive, accompli volontairement par un médecin sera différente selon les faits objet des poursuites. Mais celles-ci ont toujours été, jusqu'à présent, le fait d'une absence de consentement préalable à un acte médical, fut-il illicite, ou bien le fait de l'échec de cet acte médical. La question de l'illicéité de l'acte en lui-même n'avait jamais été soulevée.

29. La qualification juridique de l'acte stérilisant. En revanche, cette question a fait l'objet d'un avis de la Cour de cassation rendu le 06 juillet 1998 ²¹¹. Elle avait été saisie le 14

²⁰⁹Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, bulletin n° 102, 10 mai 2001, 32, p 7539.

²¹⁰Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, bulletin n° 102, 10 mai 2001, 17, p 7540.

²¹¹Cass. Avis n° 09-80-006, 06 juillet 1998, bulletin civil n° 10 p 11, *RTD Civ.* 1998, p 881, Obs. J. HAUSER.

mai 1998, d'une demande d'avis ²¹² par le juge des tutelles du tribunal d'instance de Nontron. Ce dernier devait se prononcer sur la demande de l'administrateur légal d'une femme majeure protégée, aux fins de stérilisation de celle-ci, l'administrateur légal se trouvant être la mère de la femme majeure protégée. La demande du juge des tutelles était ainsi formulée : « une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, à des fins strictement contraceptives, est-elle légale dans l'hypothèse où la personne intéressée donnerait son consentement libre et éclairé ? ».

La question de la licéité de la stérilisation contraceptive volontaire est ici pour la première fois clairement posée à l'instance suprême. Le juge des tutelles poursuit ensuite sa demande pour avis en abordant là aussi explicitement la stérilisation contraceptive concernant les personnes majeures protégées : « En l'absence de texte spécial réglementant une telle atteinte à l'intégrité du corps humain concernant les personnes protégées, la demande d'autorisation présentée à cette fin au juge des tutelles par l'administratrice légale est-elle recevable ? Dans l'affirmative, cet acte est-il subordonné à l'autorisation préalable du juge des tutelles ? Du conseil de famille ? Le cas échéant, cette réponse serait-elle identique si la représentation de l'incapable majeur s'exerçait dans le cadre d'une gérance de tutelle ? D'une tutelle de l'Etat ? ».

La Cour a rendu l'avis ²¹³ suivant : « une atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil ; [et] sont, en conséquence, dépourvues d'objet les autres questions posées ».

La réponse de la Cour de cassation est sans équivoque : la stérilisation contraceptive est illégale, de manière générale, donc y compris pour les « personnes incapables majeures », aujourd'hui majeures protégées ²¹⁴. La seule exception possible, et donc légale, est la stérilisation procédant d'une nécessité thérapeutique ²¹⁵.

²¹²Sur les modalités de la saisine de la Cour de Cassation pour une demande d'avis, v. les articles 1031-1 à 1031-7 du Code de Procédure Civile et les articles L.151-1 et suivants du Code de l'Organisation Judiciaire.

²¹³L'avis n'a pas de valeur contraignante, cependant il possède une grande autorité puisqu'il émane de la plus haute juridiction, qui édicte la norme jurisprudentielle, R. SEFTON-GREEN, « Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droit préventives (à propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des incapables majeurs) », *LPA*, 7 juillet 1999, n°134, p. 22 et s. ; Sur les avis rendus par la Cour de cassation, voir J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis », in T. REVET (dir.), *l'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.

²¹⁴Vocabulaire désormais utilisé depuis la loi n° 2007-308 du 5 juillet 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

²¹⁵Sur cette notion, cf. *infra* §50.

2- La fermeté législative

30. Annonce de plan. Les principales évolutions législatives en relation avec la question des stérilisations, se sont produites à partir de l'amendement du sénateur MILLAUD en 1994, puis quelques années plus tard avec la modification de l'article 16-3 du Code civil, augurant sans doute une intervention législative ultérieure.

a-Les conséquences de l'amendement MILLAUD

31. Rejet de l'amendement MILLAUD. Alors que le législateur prépare les trois lois votées fin mai 1994 sur la bioéthique, un amendement est présenté, le 20 janvier 1994, en première lecture devant le Sénat par Monsieur MILLAUD, relatif à la stérilisation à des fins purement contraceptives, et supprimant son illicéité ou, tout du moins proposant sa licéité²¹⁶. L'amendement était ainsi rédigé : « Toute femme a le droit de se faire ligaturer les trompes à une fin contraceptive. Les articles 309 et 310 de [l'ancien] Code pénal ne sont pas applicables après consentement de l'intéressée. »

L'opposition face à cet amendement ayant été ferme, il fut rejeté devant l'Assemblée Nationale puis devant le Sénat. Ce rejet explicite a renforcé le caractère jugé illicite de la stérilisation contraceptive et pour certains²¹⁷, a transformé le principe jurisprudentiel en véritable norme législative.

32. Intervention de la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994. D'autant que ces mêmes débats parlementaires ont abouti à la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994²¹⁸ qui a inséré dans le Code civil un nouveau chapitre consacré au « Respect du corps humain » et comportant les articles 16 à 16-9. L'article 16-1 proclame ainsi le principe d'inviolabilité de la personne humaine : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ». L'article 16-3²¹⁹ énonce qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. »

²¹⁶JO Sénat, 21 janvier 1994, p. 385.

²¹⁷M.L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, op. cit.

²¹⁸ Ainsi qu'à la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO n°175 du 30 juillet 1994.

²¹⁹ cf *infra* §33 sur les modifications apportées à cet article par la loi n°99-641 du 27 juillet 1999, article 70, JO du 28 juillet 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, puis par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, article 9, JO du 7 août 2004.

L'article sera modifié quelques années plus tard ²²⁰, mais cette version fait référence à la seule nécessité thérapeutique ²²¹, après le rejet de l'amendement MILLAUD, et vise sans doute aussi les pratiques de stérilisations contraceptives. En ce sens, la rédaction du nouvel article 16-4 du Code Civil ne laisse théoriquement pas de place à l'équivoque s'agissant de celles-ci : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ».

Ces principes dégagés dans le nouveau chapitre du Code civil ont été déclarés de valeur constitutionnelle dans une décision du 27 juillet 1994 du Conseil Constitutionnel²²². Leur non-respect est sanctionné en recevant une qualification pénale. L'article 9 de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, concernant les infractions en matière de santé publique et d'éthique biomédicale, a introduit un article 511-1 dans le Code pénal : « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle »²²³. L'article 222-3 du Code pénal, inséré au livre deuxième, titre II, chapitre II intitulé « des atteintes à l'intégralité physique ou psychique de la personne », expose à une peine aggravée quiconque a commis des actes de torture ou de barbarie sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur.

Enfin, de manière générale, toute atteinte au corps est prohibée et sanctionnée par la loi sous la qualification principalement de l'article 222-9 du Code pénal, lequel réprime le délit de « violences entraînant une mutilation ou une infirmité permanente ». L'acte chirurgical réalisé sans nécessité thérapeutique, tel une stérilisation contraceptive, peut alors tomber sous le coup de cet article.

b-La modification de l'article 16-3 du Code civil.

33. Elargissement du champ de l'exception de l'article 16-3 du Code civil. C'est à l'occasion d'une loi portant création d'une couverture maladie universelle que l'article 16-3 a été modifié en 1999. La loi n°99-641 du 27 juillet 1999²²⁴ a ainsi modifié dans son article 70,

²²⁰Ibid.

²²¹Cf *infra* cette notion §50 et s.

²²²Cons. Const., 27 juillet 1994, déc. n°94-343-344 DC, JO 29 juillet 1994, p. 11024.

²²³Modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, art. 29, JO du 7 août 2004, qui a introduit l'article 511-1-2, lequel précise en son alinéa 2 : « Est punie des mêmes peines la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif ».

²²⁴Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, Journal Officiel du 28 juillet 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

l'alinéa premier de l'article 16-3 du Code civil, en remplaçant le terme "thérapeutique" par le terme "médical", tout en laissant intact l'alinéa deux « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Cette modification provient d'un amendement parlementaire qui avait pour but d'élargir le champ de l'exception de l'article 16-3. La "nécessité thérapeutique" était en effet jugée trop restrictive et, pour beaucoup, excluait la prévention. Le rédacteur du texte, M. AUTAIN affirmait ainsi : « cette disposition conduit à rendre illégale toute intervention portant sur le corps humain, dès lors qu'il s'agit, non pas de soigner, mais de prévenir une maladie »²²⁵.

De même, Ruth SEFTON-GREEN l'entend plutôt dans une conception restrictive : « [...] moyennant une acceptation élargie de ce qui est thérapeutique, qui irait jusqu'à comprendre les soins préventifs, on peut se demander si la contraception ne serait pas incluse ? Toutefois, le raisonnement pêche immédiatement car les soins préventifs ont comme objectif de prévenir une maladie »²²⁶. Tandis que pour d'autres, cette approche du principe thérapeutique relève du contresens : « il est depuis longtemps admis que le terme thérapeutique englobe les étapes nécessaires à la mise en œuvre des soins, notamment de diagnostic »²²⁷. Il n'en reste pas moins que cette modification de l'alinéa premier de l'article 16-3 du Code civil a pour conséquence un certain élargissement du champ d'action sur le corps humain²²⁸.

Depuis lors, la stérilisation pouvait être licite si elle se justifiait par un motif médical et plus seulement d'une nécessité thérapeutique. Cependant il ne faut pas oublier que "nécessité médicale" et décision médicale, ou encore décision de convenance sont des notions aux définitions bien différentes.

Il reste que ces évolutions juridiques ne peuvent, à elles-seules, expliquer le changement intervenu. Les positions des diverses instances éthiques ou professionnelles ont elles aussi

L'article 16-3 du code civil a de nouveau été modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, art.9, JO du 7 août 2004. Désormais, outre une nécessité médicale pour la personne, il est possible de porter atteinte à l'intégrité du corps humain « à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

²²⁵V. F. AUTAIN, Journal Officiel Sénat CR, 03 juin 1999, p 3670.

²²⁶R. SEFTON-GREEN, « Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droit préventives (à propos de l'avis de la Cour de Cassation du 06 juillet 1998 relatif à la stérilisation des incapables majeurs) », *LPA*, 07 juillet 1999, n° 134, p 25.

²²⁷Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies, 15 septembre 2000, feuillets n° 24, p 2386.

²²⁸Cf. *infra* §55.

évolué et largement contribué à une réflexion et une prise de conscience de la problématique des stérilisations, non résolue par son principe d'illégalité.

B- UNE REMISE EN CAUSE PROGRESSIVE

34. Position des instances déontologiques et éthiques. Si notre droit déduisait l'illégalité de toute stérilisation pratiquée en l'absence de motif thérapeutique, les instances déontologiques et éthiques allaient généralement dans le même sens. C'est seulement à la suite d'une affaire caractéristique du décalage existant entre le droit et la pratique au sein du milieu médical, que leurs positions ont véritablement évolué.

1-Le contraste entre le droit et la pratique

35. Inadéquation du droit et de la pratique. La remise en cause du principe d'illégalité de l'acte stérilisant, qui se fait jour peu à peu, résulte principalement d'un grand décalage existant entre l'état du droit et la pratique se révélant dans les faits. Les tentatives se sont alors multipliées dans le but d'y remédier.

a-Le constat d'une inadéquation

36. Point de vue médical. En 1991-1992, une affaire concernant la stérilisation éclate au sein du milieu hospitalier ²²⁹. Elle opposait un gynécologue obstétricien et un anesthésiste qui était contre la pratique des stérilisations. L'affaire est survenue à l'hôpital de la Roche-sur-Yon, où à la suite d'un accident d'anesthésie survenu au cours d'une intervention de ligature des trompes pour convenance personnelle, l'anesthésiste craignait d'être poursuivi. Même s'il n'y a pas eu de suites judiciaires à cette affaire, des rumeurs se sont répandues disant que l'anesthésiste et le gynécologue obstétricien avaient été condamnés *in solidum*.

Il s'agissait en fait d'une confusion avec une affaire similaire, mettant elle aussi en cause un anesthésiste et un gynécologue obstétricien dans un accident d'anesthésie survenu à la suite

²²⁹G. LE PERFF, « stérilisation volontaire : une pratique hors la loi. Plus de 20 000 actes de contraception par stérilisation sont pratiqués chaque année en France. Les médecins réclament une loi », *Impact médecin hebdo*, n° 257, 18 novembre 1994, p 29.

d'une stérilisation, mais où un jugement en date du 19 février 1993 du tribunal de grande instance d'Evry avait reconnu la responsabilité *in solidum* des deux médecins pour une faute d'anesthésie. L'émotion qu'a suscitée cette fausse rumeur dans le milieu hospitalier, en particulier au sein des anesthésistes réanimateurs s'est encore accrue en prenant connaissance des réponses qu'avait reçu l'anesthésiste de l'hôpital de la Roche-sur-Yon émanant des organismes et responsables qu'il avait consultés.

Il s'était en premier lieu adressé à sa compagnie d'assurance, qui lui avait répondu : « en cas d'accident, il est possible que l'établissement qui vous emploie puisse considérer qu'il s'agit d'une faute détachable du service. En cas de procédure, s'il est prouvé que la ligature [des trompes] n'était pas motivée par une raison thérapeutique, une compagnie d'assurance n'a pas le droit de couvrir un acte illicite. L'autorisation écrite de la patiente n'a aucune valeur médico-légale. Pour se mettre à l'abri de la législation, il convient de trouver, de préférence confirmée par un confrère, une motivation thérapeutique même si elle peut paraître limite »²³⁰.

Sa compagnie d'assurance lui confirme que la stérilisation est un acte illicite et qu'il ne sera pas couvert par elle en cas de procédure judiciaire et de condamnation. Elle lui conseille néanmoins, afin d'entrer dans le cadre de la loi, et donc de rendre son acte licite, de "trouver" une motivation thérapeutique. C'est effectivement ce que lui répond le Professeur G. BARBIER, Chef du Département d'anesthésie réanimation de l'hôpital NECKER et directrice du SAMU de Paris : « Vous ne pouvez être en aucun cas complice d'un acte illicite. Dans l'état actuel de la législation, la ligature de trompe pour convenance personnelle (stérilisation contraceptive) est une mutilation [...] en pratiquant une anesthésie vous êtes complice d'un délit pénal. Vous seriez donc impliqué dans la procédure en cas d'accident comme le chirurgien »²³¹. Enfin, la réponse du Directeur de l'hôpital dans lequel l'intervention s'est déroulée n'était pas de meilleur augure : « après avoir pris l'attache de la compagnie qui assure l'établissement en matière de responsabilité civile, j'ai l'honneur de vous informer que les dommages résultant d'accidents d'anesthésie survenus au cours des interventions de ligatures des trompes, ne peuvent en aucun cas être garantis.... En effet sont exclus les dommages résultant de l'exercice illégal de la médecine »²³².

²³⁰Lettre du Président du Conseil Médical de la compagnie d'assurance le service Médical, du 04 décembre 1991, adressée au Docteur BOURON, Chef du département d'anesthésie réanimation du Centre Hospitalier de la Roche-sur-Yon, *in* rapport n° 1998011, IGAS, op. cit.

²³¹Lettre du professeur G. BARRIER, du 02 juillet 1992, adressé au Docteur BOURON, Chef du département d'anesthésie réanimation du Centre Hospitalier de la Roche-sur-Yon, *in* Rapport IGAS, op. cit.

²³²Lettre du Directeur de l'hôpital de la Roche-sur-Yon, du 29 septembre 1992, *in* Rapport IGAS, op. cit.

Devant l'ampleur de ces déclarations, l'activité de stérilisation au Centre Hospitalier Universitaire de Nantes a presque entièrement cessé en 1993, les responsables du département d'anesthésie réanimation du C.H.U. ayant interdit à leurs anesthésistes de prendre part à des interventions de ligature des trompes si elles n'avaient pas directement pour cause un motif thérapeutique réel. Ce motif thérapeutique devait uniquement se cantonner aux femmes menacées de risque vital en cas de grossesse et lorsqu'un moyen de contraception n'était pas possible. Les stérilisations féminines seraient ainsi passées de cent six cas en 1992 à dix-sept cas en 1993 ²³³.

37. Demande de dépénalisation de la stérilisation contraceptive. Devant cette situation conflictuelle et les interrogations des anesthésistes, la Société française d'anesthésie réanimation fit un communiqué dans le but, disait-elle, de clarifier la situation ²³⁴: « les ligatures de trompes posent un problème aux praticiens dès lors qu'elles ne sont pas réalisées dans le seul but de prévenir une grossesse qui constituerait un risque pour la santé d'une patiente ». Autrement dit, une nécessité thérapeutique serait caractérisée dès lors qu'il existe « un risque » pour la santé de la patiente devant l'éventualité d'une grossesse. Il semble ainsi que cette institution médicale ait une vue très extensive de la notion de nécessité thérapeutique. Le communiqué se poursuit en affirmant que la plupart des ligatures de trompes actuellement pratiquées ne correspondent pas à cette indication, mais sont plutôt des stérilisations volontaires pour convenances personnelles. Il se pratiquait donc, dans les années quatre-vingt-dix, beaucoup plus de stérilisations dites contraceptives que de stérilisations thérapeutiques. Pourtant, l'attitude des représentants des principaux organismes du monde médical tend à minimiser le nombre d'opérations effectuées, notamment sur des personnes handicapées mentales, « quelques cas, ici ou là, entend-t-on » ²³⁵.

Madame DIEDERICH s'est alors demandée pourquoi avoir saisi le Comité Consultatif National d'Éthique en 1996 ²³⁶, en visant une dépénalisation de cette pratique, puisque selon ces organismes les cas demeurent "rarissimes" et s'inscrivent dans une option "thérapeutique" ; il ne devrait alors pas être nécessaire de modifier la loi. Selon elle, il y a ici une contradiction

²³³Selon les données de l'Inspection Générale des Affaires Sociales.

²³⁴Revue de l'Association Française d'Anesthésie Réanimation (A.F.A.R.), volume 12, n° 1/93, supplément La lettre de la société française d'anesthésie réanimation, n° 4, avril 1993.

²³⁵N. DIEDERICH, *Audition par l'IGAS*, octobre 1997 p 5, in Rapport IGAS, op. cit., Tome III, annexe II, p 6.

²³⁶Cf. *infra* §42.

majeure qui se pose en défaveur de la prétendue rareté de cette pratique ²³⁷. C'est pourtant cette même contradiction que l'on rencontre chez les gynécologues obstétriciens. Selon eux, ce geste chirurgical n'est pas perçu de façon négative. La plupart estime qu'il est indispensable de pouvoir répondre aux demandes exprimées par les femmes. Mais pour ce qui est d'une stérilisation pratiquée sur une personne handicapée mentale, le malaise est beaucoup plus grand.

Le Professeur TOURNAIRE ²³⁸, alors président du Collège national des gynécologues obstétriciens estimait que la question de la stérilisation soulève trop de questions philosophiques lorsqu'elle est centrée sur le handicap, et qu'il ne convient pas de raisonner sur des cas marginaux. Les gynécologues obstétriciens préfèrent en effet raisonner de manière générale sur cette question, et estiment que la ligature tubaire doit faire partie de l'arsenal thérapeutique lorsqu'une contraception est impossible. Ils souhaitaient pour cela une législation des stérilisations (volontaires) ou du moins une dépénalisation de celles-ci. R. Palmer, gynécologue, se trouve à l'origine de l'action des gynécologues obstétriciens en faveur de la stérilisation ²³⁹. Déjà en 1976, un peu après le vote de la loi VEIL, il avait créé l'association pour la libéralisation des stérilisations volontaires qui demandait leur dépénalisation. Les gynécologues obstétriciens se basaient principalement sur la résolution n° 75/29 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 14 novembre 1975 qui recommandait de « rendre la stérilisation chirurgicale accessible en tant que service médical »²⁴⁰.

b- Des tentatives de conciliation

38. Projet de loi proposé. Suite au débat relancé au début des années quatre-vingt-dix, le Professeur LERAT présente, le 18 septembre 1993, un projet de loi sur la stérilisation volontaire, devant le Conseil d'administration du Collège national des gynécologues obstétriciens français

²⁴¹.

²³⁷N. DIEDERICH, « Bref aperçu du résultat de mes recherches concernant des adultes handicapés mentaux », novembre 1997, in Rapport IGAS, op. cit., Tome I, annexe II, n°2, p.5.

²³⁸In Rapport IGAS, op. cit., Tome V, annexe IV, p 25

²³⁹R. PALMER, « Le rôle et les devoirs du médecin dans la décision de stérilisation volontaire » ; *Rev. Contraception - Fertilité - Sexualité*, 1983, supplément au volume 11, n°3, p 453.

²⁴⁰Résolution n°75 (29), 14 novembre 1975, sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale.

²⁴¹Professeur M. LERAT, « Projet de la loi sur la stérilisation volontaire », *Revue Syngof*, n°16, décembre 1993/ janvier 1994, p 23.

Le texte proposé par le Professeur LERAT serait introduit sous l'article 212-7-16 [ancien] du Code pénal (ancien article 310) relatif aux coups et blessures volontaires dans les termes suivants : « Toutefois, ne constitue pas un délit de coups et blessures volontaires, le fait, pour un médecin, de pratiquer sur une personne, et à sa demande, un traitement destiné à lui faire perdre ses facultés reproductrices, si des nécessités sérieuses d'ordre médical ou contraceptif justifient cet acte, et que deux médecins, après examen et discussion, en attestent ». Le mot stérilisation n'apparaît à aucun moment dans ce projet de loi alors que c'est bien de cela dont il est question. Le « traitement destiné à lui faire perdre ses facultés reproductrices » semble en effet beaucoup moins heurter les esprits dans la mesure où, de manière générale, un traitement est associé à la notion de thérapie, en vue d'une guérison et par la même, associé à un motif thérapeutique.

Seulement il n'en est rien dans ce texte, qui ne se réfère qu'à des « nécessités sérieuses d'ordre médical ou contraceptif ». C'est dire si la marge d'appréciation des médecins dans le cadre de ce projet est considérablement plus étendue que dans la stricte exigence d'une nécessité thérapeutique. Il va encore plus loin que l'assouplissement qui s'est réalisé plus tard en 1999 avec la modification de l'article 16-3 du Code civil. Pourtant, là encore, aucune mention n'est faite concernant la situation particulière des personnes handicapées mentales et plus particulièrement des majeurs protégés.

39. Echec du projet de loi. Ce projet a été présenté en novembre 1993 au Conseil National de l'Ordre des médecins, qui l'a adopté, mais il n'a pas connu de suite. Au sein des gynécologues obstétriciens, le problème restait posé et était amplifié lorsqu'ils se trouvaient face à une demande de stérilisation portant sur une personne handicapée mentale. Face à ce problème particulier, certains ont alors proposé d'établir un protocole spécifique à ce type d'intervention pratiquée sur des personnes handicapées mentales.

40. Propositions de protocoles propres à la stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales. A l'occasion de la journée nationale d'étude sur la protection juridique de l'U.N.A.P.E.I.²⁴² du 21 novembre 1992, le Docteur CHEVRANT-BRETON, chef du service de Gynécologies Obstétrique au Centre Hospitalier Régional de Rennes, a proposé un protocole concernant la stérilisation²⁴³. Ce protocole est le fruit d'une longue réflexion à laquelle M.

²⁴²L'Union Nationale des Associations de Parents et Amis de Personnes Handicapées Mentales.

²⁴³Docteur CHEVRANT-BRETON, « Contraception et conception : La relation de la personne handicapée avec le

FOSSIER, alors juge des tutelles, a été associé, et se déroule en huit points. La démarche proposée ici n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle contenue dans la loi du 04 juillet 2001.

Le premier point est une première évaluation de la personne handicapée : il faut s'assurer qu'il n'y a pas d'autre moyen de contraception possible et que l'état de la personne handicapée n'évoluera pas dans le sens d'une amélioration. Le problème réside dans la personne qui sera chargée de cette évaluation ; selon le protocole, il s'agira de « toute personne ayant en charge le handicapé ». Ce pourrait être un médecin, mais le tuteur pourra aussi s'en charger. Comment alors saura-t-il avec certitude que l'état du majeur n'est pas susceptible d'amélioration ? Peut-être ne connaît-il pas tous les moyens de contraceptions existant et pouvant être mis en œuvre ? A l'inverse le médecin ne pourra pas, sans l'aide du tuteur, connaître avec précision le mode de vie de la personne handicapée mentale, surtout si celle-ci a beaucoup de difficultés à s'exprimer. Une évaluation commune, fruit d'échanges entre ces deux personnes, aurait peut-être été plus judicieuse dans ce premier point.

Il est prévu, dans le deuxième point, que la patiente prenne connaissance de l'intervention envisagée sur elle, de ses conséquences, et qu'elle l'accepte. Il semble indispensable ici que le consentement ²⁴⁴ de la personne handicapée mentale soit recueilli après avoir reçu les informations nécessaires ²⁴⁵.

Dans le troisième point, il est nécessaire que les conditions des deux premiers points aient été réunies, c'est-à-dire qu'une première évaluation ait été effectuée, constatant qu'il n'y avait pas d'autres solutions de contraception et que l'état de la personne vulnérable était insusceptible d'évolution favorable ; puis qu'elle ait été informée de l'intervention envisagée avant d'y avoir consenti. Dès lors, il y a saisine du juge des tutelles, soit par un médecin, soit par le tuteur.

Dans le quatrième point, le juge recevra la personne protégée lors d'un entretien qui lui sera strictement consacré ; sorte d'audition de la personne par le juge. Le protocole n'apporte pas d'autres précisions sur la nature de cet entretien. Il aura sans doute pour but de s'assurer de la qualité de l'information donnée à la personne concernée et de sa compréhension, ainsi que de la réalité de son consentement.

Le cinquième point consiste dans la saisine, par le magistrat, d'un collège d'experts. Il est multidisciplinaire et comprend en général un psychiatre, un neurologue et un gynécologue. Sa

médecin », *in* Journée Nationale d'étude sur la protection juridique : Personnes Handicapées mentales et natalité, *Tutelle Infos* 1993, n°77, p 82.

²⁴⁴V. *infra* §143 et s.

²⁴⁵V. *infra* §123 et s.

mission est de s'assurer que la patiente a été informée de l'intervention envisagée, qu'elle en connaît les conséquences, et qu'elle les accepte. Le collège d'experts doit aussi vérifier qu'il existe des « difficultés, voire impossibilité ou danger d'avoir recours à un autre mode de contraception » et que « le traumatisme psychologique que constituerait une grossesse, un accouchement ou un retrait d'enfant, pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la personne handicapée mentale ». Il semble que le collège multidisciplinaire devra tenter d'établir un « bilan coût – avantage » pour la personne majeure protégée. Afin de l'établir convenablement, il devra s'assurer de l'absence de désir de grossesse et de la présence d'un éventuel risque héréditaire. Enfin, il tentera d'apporter une réponse sur le point de savoir quel bénéfice la patiente pourrait retirer de la stérilisation, et si elle constitue son meilleur intérêt.

Le sixième point est consacré à la délibération sur l'intervention stérilisante envisagée. Monsieur Fossier, qui a pris une part active dans l'établissement de ce protocole, souhaite qu'elle se fasse en présence du procureur de la République ou de son substitut, afin d'éviter toute poursuite pénale. Il est prévu au septième point l'éventuelle consultation d'un comité technique. Il n'est pas précisé dans sa composition, ses attributions et ses éléments distinctifs du collège multidisciplinaire.

Quant au huitième et dernier point, il consiste plus en un souhait, une volonté qu'une véritable mise en œuvre d'une procédure détaillée. L'objectif de ce huitième point est d'arriver à ce que la stérilisation « ne soit pas vue comme une fin en soi, mais intégrée dans un processus qui aurait pour but la constante amélioration du mode de vie de la handicapée ». Seulement ce processus n'est nullement explicité, peut-être parce qu'il serait extrêmement difficile à mettre en œuvre devant la multiplicité de professionnels qui devraient intervenir.

En octobre 1998, il est proposé à la Société Nationale de gynécologie obstétrique de France -Groupement Ouest- l'établissement d'un protocole, basé et testé sur dix cas personnels ²⁴⁶. Ce nouveau protocole a été établi sur l'initiative d'un groupement de médecins du Centre d'Orthogénie de l'Hôtel Dieu de Rennes, dont le Docteur CHEVRANT-BRETON fait partie ²⁴⁷. Il avait justement pour titre « Amélioration du mode de vie des handicapés mentaux par la stérilisation », et avait pour but de répondre à la demande de prévention de la grossesse chez

²⁴⁶Site Internet de la Société Nationale de Gynécologie Obstétrique, Groupement Ouest.

²⁴⁷O. CHEVRANT-BRETON, C. MEZOU, F. EUDIER, J. COIFFICJ, T. RAZAFINSALAMA, L. LASSEL, L. MOY, I. HESLAN, P. POULAIN, Centre d'Orthogénie Service de Gynécologie Obstétrique.

les handicapées mentales. Le protocole a été établi à partir d'une expertise de dix personnes handicapées (neuf femmes et un homme) en vue d'une stérilisation. Ce n'est donc plus un protocole théorique, mais qui a bien été mis en pratique.

La démarche effectuée est beaucoup plus rapide que celle prévue dans le premier protocole et même s'il y a des similitudes, les garanties dont dispose la personne handicapée mentale sont moindres. Le premier protocole était assez proche de la procédure mise en œuvre par la loi du 04 juillet 2001, celui-ci s'en éloigne. Il se déroule en trois points principaux.

Le premier exige que la personne handicapée mentale soit majeure et sous tutelle. Lorsque cette exigence est remplie, une demande est adressée au juge des tutelles²⁴⁸. Enfin, celui-ci demande une expertise psychologique et une expertise gynécologique qui doit constater que la demande n'est faite que dans l'intérêt de la personne handicapée. L'expertise gynécologique doit également établir qu'il n'y a pas d'autres modes de contraception possible et qu'une interruption volontaire de grossesse ou une grossesse ferait courir des risques à la personne ; que l'application du score de LERAT donne un chiffre supérieur ou égal à six ²⁴⁹ ; et que la personne handicapée mentale a donné son consentement.

Sur les dix cas qui se sont vus appliquer le protocole, sept ont obtenu un accord pour la stérilisation. Les trois refus ont reçu des motivations différentes ; ambiguïté du patient vis-à-vis de la paternité, contraception orale bien supportée, non présentation de la patiente le jour de l'intervention ²⁵⁰.

Dans la présentation du protocole, les médecins notent que la demande de stérilisation a toujours été faite par les parents, ou les personnes ayant en charge le majeur protégé, mais jamais par lui-même. Ils estiment aussi que ce protocole peut avoir des difficultés à s'appliquer dans le cas des psychotiques, dont l'état mental peut évoluer, ainsi que dans le cas des handicapés mentaux profonds, qui sont dans l'impossibilité de donner leur consentement ²⁵¹.

Ces propositions de protocoles ont été établies dans le but de pallier des situations auxquelles les médecins se trouvent confrontés en pratique et pour lesquelles ils ne possèdent pas toujours de réponses adaptées.

²⁴⁸ Attribution ressortissant désormais au juge des contentieux de la protection, depuis le 1^{er} janvier 2020.

²⁴⁹ Cf *infra* §60.

²⁵⁰ Ce dernier cas reste équivoque en l'absence de renseignements plus précis.

²⁵¹ C'est là soulever le problème des différents degrés de handicap mental et de leurs conséquences dans l'approche de la stérilisation. Cf. *supra* §3, et *infra* §139 et 140.

2- L'évolution des positions déontologiques et éthiques

41. Saisines des instances éthiques. Devant les problèmes éthiques soulevés par l'existence de pratiques de stérilisations n'entrant pas dans le cadre légal, les deux principales instances en la matière ont fait l'objet d'un grand nombre de saisines dans le but d'obtenir des réponses aux nombreuses interrogations concernant la stérilisation pratiquée en dehors d'une nécessité thérapeutique. Partant d'une certaine rigidité, leurs positions se sont progressivement assouplies.

a-Les positions du Comité Consultatif National d'Ethique

42. La stérilisation : une option contraceptive. Le Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (C.C.N.E.) a fait l'objet de plusieurs saisines sur la question. Il a finalement rendu deux rapports et un avis en 1996. L'avis et le premier rapport sont intitulés « la contraception chez les personnes handicapées mentales »²⁵².

Le C.C.N.E. souligne d'emblée la complexité du sujet qui ne peut, à ce titre, recevoir une réponse univoque. Selon lui, il faut d'abord situer la question de la stérilisation à sa place, c'est-à-dire dans la problématique générale des différentes modalités contraceptives. Le C.C.N.E. tend ainsi à considérer la stérilisation comme une méthode contraceptive parmi d'autres, lesquelles, de manière générale, posent de nombreuses questions concernant leur application à des personnes handicapées mentales majeures. Néanmoins il constate que « cette option contraceptive » est présentée comme étant parfois bien adaptée au cas particulier de la personne handicapée majeure²⁵³.

43. Procédure propre à la stérilisation de personnes handicapées mentales. C'est pourquoi il propose une procédure qu'il serait nécessaire d'appliquer, estimant que la demande de stérilisation d'une personne handicapée mentale émanant d'un tiers ne peut d'emblée être recevable.

²⁵²Comité Consultatif National d'Ethique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport et Avis n° 49, 03 avril 1996.

²⁵³Rapport préc., p. 12 ; Avis préc., p. 3. Cette opinion présentant la stérilisation parmi les diverses méthodes contraceptives n'est pas unanime (cf. infra le point de vue du Professeur NISAND). Le C.C.N.E. adopte d'ailleurs lui-même une position ambiguë puisque dans son rapport n° 50, il affirme : « Certains vont jusqu'à considérer que la stérilisation peut être traitée comme une méthode de contraception parmi d'autres ».

Dans un premier temps il est nécessaire, selon le C.C.N.E., que plusieurs conditions soient réunies quant à la personne du majeur protégé, avant que la demande de stérilisation ne soit envisageable : il doit être procédé à une évaluation rigoureuse et multidisciplinaire de son statut de personne protégée, et s'assurer que son état est insusceptible d'évolution. La personne doit être fertile, avoir une activité sexuelle et être âgée d'au moins vingt ans. Il s'agit d'un âge donné à titre indicatif, il variera selon les personnes handicapées mentales, suivant la précocité de l'activité sexuelle, le comportement, le degré de handicap... le plus important semble-t-il, étant de ne pas envisager la stérilisation sur une personne handicapée mentale mineure.

Dans tous les cas, l'avis de la personne concernée devra être recherché. Enfin, la stérilisation ne pourra être envisagée que « si la preuve est donnée que le recours à toute autre forme de contraception est impraticable dans le cas de la personne considérée »²⁵⁴. Dans cette hypothèse, seule la technique présentant les meilleures chances de réversibilité devra être utilisée²⁵⁵. C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont réunies que la stérilisation deviendra envisageable.

Dans un second temps, le C.C.N.E souhaite, afin d'offrir le plus de garanties possibles à la personne handicapée mentale concernée, que soit mise en place et respectée une seconde procédure, tenant aux modalités d'évaluation et de prise de décision. Il propose tout d'abord de faire étudier la demande de l'intéressé(e) ou de l'entourage par d'autres médecins que le médecin traitant²⁵⁶. Le(s) auteur(s) de la demande de stérilisation devront la justifier, expliquer les raisons et les motifs qui ont conduit à faire cette demande.

Le C.C.N.E souhaite ensuite une forme de prise de décision collective avec « des procédures extrêmement rigoureuses », et la possibilité de recourir au juge en cas de conflit, afin de protéger les droits et intérêts de la personne handicapée mentale. Il souligne son attachement à l'importance d'une prise de décision collective, l'évaluation d'une telle demande étant très complexe et la responsabilité devant reposer sur une seule personne²⁵⁷.

Le C.C.N.E demande que soit assuré un suivi de la personne, que la stérilisation ait finalement été décidée ou non. Il insiste en effet, dans ce rapport, sur le manque de suivi, de manière générale, de la personne handicapée mentale confrontée à la contraception. Enfin, il recommande la création de centres agréés qui seront seuls habilités à pratiquer ce type

²⁵⁴Rapport IGAS op. cit., p. 3.

²⁵⁵Sur ce point, v. *infra* §218 et s.

²⁵⁶En pratique, cette demande de stérilisation émanant de la personne handicapée mentale elle-même ne se rencontrera qu'exceptionnellement.

²⁵⁷V. *infra* §180 et s., la création de comités d'experts et les modalités de prise de décision instaurées par la loi du 4 juillet 2001.

d'intervention²⁵⁸.

44. Approche générale de la stérilisation contraceptive par le C.C.N.E. Le second rapport, daté lui aussi du 3 avril 1996, mais rendu public seulement le 14 mai 1996, a pour titre « La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive »²⁵⁹. Le C.C.N.E souhaitait aborder la question de la stérilisation contraceptive de façon plus générale. Il constate ainsi que la stérilisation se pratique le plus souvent sur la femme, même si parfois des hommes demandent une stérilisation contraceptive (vasectomie).

Devant le manque de clarté de l'état du droit à l'époque, le C.C.N.E relève que les médecins qui acceptent de pratiquer des stérilisations de confort en dépit de leur caractère illicite, s'astreignent alors à certaines modalités de prise de décision auprès de la personne concernée, afin qu'elle puisse faire un choix éclairé et réfléchi. Il s'agit en premier lieu d'une « évaluation rigoureuse des critères médico-socio-psychologiques pouvant conduire à envisagée une stérilisation » ; puis d'une information sur les méthodes générales de contraception, et sur la stérilisation avec ses risques et conséquences. Il s'ensuit un « délai de réflexion de quelques mois » durant lequel le couple ou la personne concernée peut s'adresser à des « conseillers ». Enfin, à l'issue de ce délai et si l'intéressée souhaite toujours effectuer une stérilisation, il lui est demandé un consentement écrit, « après un libre choix informé ». Cette démarche est relevée par le C.C.N.E de manière générale, mais elle variera selon les médecins en fonction de leur conception de la stérilisation contraceptive.

45. Appel à un débat de société. Les conceptions sur cette question étant divergentes, le C.C.N.E appelle à un véritable débat de société. Il propose comme base de ce débat, trois positions de principe qui reflètent les divergences de conception.

La première position est la stricte limitation de la stérilisation à la nécessité thérapeutique. Toute demande de stérilisation contraceptive volontaire est exclue, et a fortiori une demande émanant de tiers pour une stérilisation en dehors d'une nécessité thérapeutique sur une personne handicapée mentale l'est aussi. Cette position est la plus proche du principe d'inviolabilité du

²⁵⁸V. les critiques que le CCNE s'est vu opposer sur cette recommandation, Nicole DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Coll., Paris, Erès, 1998, p. 24.

²⁵⁹Comité Consultatif National d'Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

corps humain. Il n'y a pas un droit de la personne à supprimer sa capacité de procréer. Elle correspond à l'état du droit avant la loi du 4 juillet 2001. Le C.C.N.E estime qu'il s'agit de la position la plus protectrice contre les stérilisations hâtives ou abusives. Son revers est toutefois de favoriser la pratique de stérilisations illicites qui n'offrent pas toutes les garanties nécessaires au respect des droits des personnes, alors que certaines stérilisations semblent adaptées et moralement acceptables.

La seconde position de principe consiste en un certain assouplissement de l'exclusion systématique de la stérilisation contraceptive. Celle-ci serait toujours exclue si elle procède de la seule volonté de la personne de supprimer sa capacité de procréer. Elle serait en revanche admise si elle était motivée par des justifications médicales, « même mineures, surtout lorsque celles-ci sont assorties de certaines considérations sociales »²⁶⁰. Toute la difficulté réside alors dans l'extension de la notion de nécessité thérapeutique à la notion d'indication ou de justification médicale. Dans ce cadre, le sort d'une demande d'un tiers pour une stérilisation contraceptive sur une personne handicapée mentale est difficile à déterminer. Elle dépendra de l'appréciation de la justification médicale du médecin. Le C.C.N.E relevait, dans cette seconde position de principe, que « l'assouplissement reposerait soit sur une évolution de l'interprétation des textes [...], soit sur une proposition de texte législatif spécifique ». La loi du 27 juillet 1999, portant modification de l'article 16-3 du Code civil en substituant le terme « nécessité médicale » à celui de « nécessité thérapeutique », a élargi cette notion même s'il n'est nullement question spécifiquement de la stérilisation. Cette modification pourrait refléter l'esprit de la seconde position de principe ²⁶¹.

Cependant le C.C.N.E estime que cette dernière, tout en étant moins restrictive que la première, présente un danger majeur dans la mesure où seuls les médecins apprécieraient ce que doivent comporter les justifications médicales d'une stérilisation. Une extension médico-sociale de ces justifications pourrait progressivement conduire à des abus. Le C.C.N.E rappelle ainsi les dangers d'une confusion entre buts thérapeutiques et réponses à des problèmes sociaux, qui a mené aux stérilisations eugéniques.

La troisième et dernière position de principe constitue l'admission totale de la stérilisation à

²⁶⁰Rapport préc., n°50, p. 26. Le CCNE donne des exemples de considérations sociales ; âge de la femme, nombre d'enfants, situation socio-économique.

²⁶¹V. en ce sens le Communiqué commun de l'Académie nationale de médecine et du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la stérilisation chirurgicale, du 29 mai 2000, qui tire les conséquences de la modification de l'article 16-3 du code civil, *infra* §48.

visée purement contraceptive. Elle se base sur la constatation que l'état de la pratique est en contradiction avec l'état du droit. Il existe un décalage entre l'évolution des mœurs, les « transformations des conditions anthropologiques de la procréation », et l'état du droit qui n'a pas évolué. Elle admet un droit de la personne à exercer librement sa capacité de procréer, qui inclut le droit de la limiter ou de la supprimer. Cette troisième position nécessite une intervention législative spécifique à la stérilisation. Dans la mesure où la demande de stérilisation purement contraceptive émanant d'un tiers pour une personne majeure protégée deviendrait recevable, le texte législatif devrait prévoir des procédures particulières pour garantir le respect des droits et intérêts de ces personnes.

Cette troisième position correspond à l'esprit de la loi du 4 juillet 2001²⁶². Le C.C.N.E relève qu'elle s'oppose à une restriction excessive des libertés individuelles en faisant primer la volonté personnelle dans l'exercice de ses capacités procréatrices. En revanche, il souligne le risque de prises de décisions trop hâtives ou irréfléchies si des modalités protectrices ne sont pas mises en œuvre. Celles-ci doivent être renforcées s'agissant d'une demande faite par un tiers pour une personne protégée.

b- Les positions du Conseil national de l'Ordre des médecins

46. Résolution du 28 janvier 1983. Premier texte explicite sur la question des stérilisations. Le Conseil national de l'Ordre des Médecins s'est exprimé ainsi dans une résolution du 28 janvier 1983²⁶³: « la stérilisation masculine ou féminine est une intervention mutilante, qui dans la majorité des cas n'est pas actuellement réversible, et dont les conséquences psychologiques et morales sont imprévisibles. Elle ne peut être pratiquée que pour des motifs très sérieux, qui amènent à déconseiller formellement et définitivement la grossesse. Le médecin a la responsabilité d'apprécier ces motifs en conscience. Le consentement du sujet dûment éclairé est indispensable, et l'avis du conjoint doit être recueilli. Un délai de réflexion de deux mois doit être imposé. La technique employée doit autant que possible laisser des chances à une intervention "réparatrice" ».

Dans le Code de déontologie médicale en vigueur à cette époque²⁶⁴, il est indiqué

²⁶²V. *infra* chapitre 2, l'intervention législative, §119 s.

²⁶³Résolution du 28 janvier 1983, Bulletin de l'Ordre des médecins, avril 1983, p 167.

²⁶⁴Code de déontologie de 1979. La formulation reste inchangée dans le code de déontologie dont la dernière modification date de 2012 (Décret n°2012-694 du 7 mai 2012). Il a été codifié par le décret n° 2004-802 du 29

« qu'aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux ». On constate alors que dans la recommandation de 1983, le terme "médical" a disparu. L'interprétation de ces "motifs très sérieux" se fait par le médecin et ils peuvent parfaitement n'avoir aucun rapport direct avec la médecine. Les motifs très sérieux amenant à déconseiller formellement et définitivement une grossesse peuvent en effet être très divers, tel une grande détresse sociale ou psychologique²⁶⁵. La résolution mentionne la stérilisation masculine, qui est pourtant rarement citée ou prise en compte lorsqu'il s'agit de discuter de la stérilisation²⁶⁶. En revanche, aucune mention n'est faite sur la stérilisation concernant les personnes handicapées mentales.

Cette résolution est le premier texte publié par le Conseil national de l'Ordre des médecins sur la question de la stérilisation. Certes, des interventions antérieures ont eu lieu, mais elles se situaient avant la législation sur l'intervention volontaire de grossesse (I.V.G.) et avaient ainsi un contexte médical et social bien différent. Dans ces interventions datant de 1955 et 1973, le Conseil national de l'Ordre des médecins qualifiait la stérilisation pratiquée sans but curatif "d'attentat à la personne humaine"²⁶⁷, empruntant cette qualification à TORTAT²⁶⁸.

Toutefois, seulement dix ans après sa dernière intervention sur le sujet, la position du Conseil national de l'Ordre des médecins s'est sensiblement assouplie²⁶⁹, et certains ont estimé qu'il proposait de mettre en place une procédure s'inspirant des dispositions de la loi de 1975 sur l'I.V.G.²⁷⁰.

47. Demande de dépénalisation de la stérilisation contraceptive. Le Conseil national de l'Ordre des médecins a dû intervenir de nouveau, après sa résolution du 28 janvier 1983. Cette

juillet 2004, JO du 8 août 2004, aux articles R.4127-1 à R.4127-112 du code de la santé publique.

²⁶⁵Le délai de deux mois lui aussi, même s'il doit être imposé, ne le sera que par la volonté du médecin.

²⁶⁶Le C.C.N.E. lui-même estime « qu'elle concerne plus particulièrement les jeunes filles et femmes, qui courent le risque de se trouver enceintes et de donner naissance à un enfant qu'elles pourraient ne pas se sentir capable d'élever [...] ». Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 03 avril 1996, p 1.

²⁶⁷M.LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, Rapport n°1998011, mars 1998, Tome V, annexe IV, p. 28.

²⁶⁸TORTAT, note ss Cass. Crim., 1^{er} juillet 1937, *Sirey* 1938, I, p.193.

²⁶⁹Lors des débats parlementaires de novembre 1994, la réponse à une question parlementaire de J.-P. BLANC concernant la stérilisation a fait explicitement référence à cette recommandation de 1983. Outre la référence au nouvel article 16-3 du Code Civil, le ministre indique que la jurisprudence se réfère à la recommandation du Conseil National de l'ordre des médecins du 28 janvier 1983, et se montre dès lors favorable à la stérilisation pratiquée dans un but contraceptif. Le ministre ajoute que les propositions présentées par le Conseil tendant à la législation de cet acte sont à l'étude ; Journal Officiel Sénat, 24 novembre 1994, p 2791.

²⁷⁰T. FOSSIER, M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, vol. 27, n°1, janv.- mars 1991, p. 1 et s.

nouvelle intervention s'est traduite par un rapport rendu public en 1996 ²⁷¹, dans lequel deux mesures principales sont proposées. Une demande de dépenalisation de la stérilisation contraceptive lorsqu'elle est utilisée comme contraception et méthode préventive de complications possibles, ainsi qu'une reconnaissance des actes de contraception en tant qu'actes médicaux, y compris la stérilisation masculine ou féminine majoritairement réversible ²⁷², lorsque ces actes sont effectués préventivement à l'apparition ou à l'aggravation de troubles organiques ou psychologiques.

Le Conseil de l'Ordre fixe quatre conditions qui doivent être réunies dans un protocole écrit et signé par l'intéressée pour que l'intervention puisse avoir lieu. Il faut un motif très sérieux d'ordre médical ou contraceptif avec obligation de le définir, le consentement de la personne concernée et éventuellement celui de son conjoint après avoir reçu une information claire, précise et complète. Un délai de deux mois de réflexion est ensuite laissé à l'intéressée, sachant que la méthode utilisée doit laisser la possibilité d'une intervention réparatrice. Enfin, la liberté du médecin d'apprécier en conscience s'il y a nécessité de pratiquer ou non la stérilisation doit être préservée. Dans ce rapport, le Conseil de l'Ordre souhaite explicitement une légalisation de la stérilisation afin de mettre « en harmonie [la] législation avec la situation actuelle ».

Déjà, en 1993 il s'exprimait sur la nécessité de légiférer sur cette question ²⁷³. Un troisième rapport intitulé « Réflexion sur la stérilisation chirurgicale » et dont l'auteur est de nouveau le Professeur LERAT, a été adopté le 27 juin 1997 par la section éthique et déontologique du Conseil de l'Ordre, mais il n'a pas été rendu public.

Pour certains ²⁷⁴, depuis sa recommandation de 1983, le Conseil de l'Ordre est toujours allé dans le même sens au regard de ses positions et propositions. Pour d'autres en revanche ²⁷⁵, le rapport de 1996 contraste avec ses positions antérieures et ultérieures, en ce qu'il indique clairement une position en faveur de la légalisation des stérilisations contraceptives. Cette position a été de nouveau affirmée après la modification de l'article 16-3 du Code civil ²⁷⁶.

²⁷¹Bull. de l'Ordre des médecins, sept. 1996, n°7, p.3. M.F. LERAT, *De la stérilisation chirurgicale*, Rapport présenté à la section éthique et déontologique le 20 juin 1996, adopté à la session du Conseil national de l'Ordre des médecins le 21 juin 1996.

²⁷²V. *infra* § 221 et suivants sur la question de la réversibilité.

²⁷³V. Pr. LERAT, « Projet de loi sur la stérilisation volontaire », *Rev. Syngof*, n°16, déc. 1993-janv. 1994, p.23.

²⁷⁴A.M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p.151-152.

²⁷⁵Rapport IGAS, op. cit., Tome V, annexe IV, p. 31.

²⁷⁶V. *supra* §33.

48. Effets de la modification de l'article 16-3 du Code civil. Le 29 mai 2000, l'Académie nationale de médecine et le Conseil national de l'Ordre des médecins ont publié un communiqué commun portant sur la stérilisation chirurgicale ²⁷⁷. Les deux institutions tirent les conséquences de la modification de l'article 16-3 du Code civil sur le régime des stérilisations. Ils estiment que le texte nouvellement rédigé a une portée plus générale. En conséquence, « pour des raisons médicales précises, le médecin peut être amené à porter l'indication d'une telle contraception, qu'il y ait une demande initiale du patient, ou que sa situation conduise à le lui proposer ».

Selon ce communiqué, la demande initiale de stérilisation pourrait alors être entendue si le patient invoque des raisons médicales. Le risque résiderait dans le fait que seul le médecin appréciera ces raisons médicales, sachant que les praticiens n'ont pas tous la même conception de l'indication ou de la nécessité médicale. Le communiqué précise aussi que « le mineur et surtout le majeur incapable soulève des questions particulières qui ne sont pas envisagées dans cette note ». Ces questions particulières n'ont pas non plus été envisagées par la suite, comme on aurait pu le penser.

49. Synthèse. D'une manière générale, il ressort des positions du Conseil national de l'Ordre des médecins que la stérilisation contraceptive pourrait être admise sous réserve de certaines conditions tenant au motif, à la compétence exclusive du médecin, au consentement ainsi qu'à un certain délai de réflexion.

En premier lieu, s'agissant du motif d'une stérilisation, le Conseil de l'Ordre a pu le qualifier successivement de « motif très sérieux amenant à déconseiller formellement et définitivement la grossesse », puis – en demandant sa dépénalisation - de « motif très sérieux d'ordre médical ou contraceptif avec obligation de le définir » lorsque la stérilisation est utilisée comme « méthode préventive de complications possibles [telles] l'apparition ou l'aggravation de troubles organiques ou psychologiques ». Finalement, en 2000, le Conseil de l'Ordre invoque seulement des « raisons médicales précises », de telle sorte que l'appréciation du motif nécessaire à la légitimité d'une intervention stérilisante n'appartiendra qu'au médecin. En second lieu, ce dernier devra au demeurant bénéficier d'une totale liberté d'appréciation dudit

²⁷⁷Site Internet [http : //www.conseil-national.medecin.fr](http://www.conseil-national.medecin.fr).

motif, qu'il jugera « en conscience », mais dont il portera l'entière responsabilité. En troisième lieu, la stérilisation devra être subordonnée, dans tous les cas, au consentement de l'intéressé(e) « dûment éclairé », ou plus précisément accompagné « d'une information claire, précise et complète ». A cet égard, le Conseil de l'Ordre préconisait en tant qu'élément facultatif le « recueil éventuel de l'avis du conjoint ». Enfin, la dernière condition résidera dans l'octroi d'un délai de réflexion « imposé », d'une durée de deux mois.

Si le Conseil national de l'Ordre des médecins est favorable à une dépénalisation de la stérilisation contraceptive sous réserve de ces conditions, il n'en demeure pas moins que ces dernières sont trop imprécises pour envisager qu'elles soient à même d'offrir toutes les garanties nécessaires aux personnes susceptibles d'être concernées.

Même si les évolutions éthiques sont perceptibles sur la question délicate des stérilisations, allant parfois jusqu'à demander une légalisation de cette pratique, l'état du droit restait inchangé depuis 1937 : la stérilisation était illicite dans la mesure où elle avait pour résultat de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne. La seule exception admise à ce principe résidait dans une nécessité thérapeutique.

§II : LA NÉCESSITÉ THÉRAPEUTIQUE

« L'Etat peut donc intervenir au nom de la dignité afin d'interdire à l'Homme de faire ce qu'il veut sur son corps ».

V. Saint-James.²⁷⁸

50. Fondement juridique de l'intervention sur le corps. L'exigence du motif thérapeutique constitue le fondement de la licéité de la pratique médicale. Il n'est certes pas suffisant à lui seul pour légitimer une atteinte à l'intégrité physique de la personne, le consentement éclairé étant lui aussi nécessaire. Mais si ce dernier constitue le principe fondamental régissant toute intervention sur le corps, il n'est pas non plus suffisant à lui seul : les deux exigences sont cumulatives. Dès lors, tout acte illicite pratiqué sur une personne

²⁷⁸V SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, chr., p. 63.

consentante restera illicite et le consentement de la victime sera indifférent ²⁷⁹. « Hormis les exceptions légales, tout acte médical lésionnel qui ne serait pas motivé par le souci de protéger la vie ou la santé du patient tomberait naturellement sous le coup de la loi pénale, sans qu'une immunité quelconque ne puisse être trouvée (...) ni dans le consentement du patient, ni dans le mobile honorable qui aurait animé l'agent »²⁸⁰.

Les deux conditions sont interdépendantes et essentielles, mais l'une semble prépondérante à l'autre. Les auteurs, de façon générale, affirment que « la finalité thérapeutique de l'acte constitue, plus sûrement que le consentement du sujet, le fondement de la licéité du contrat médical en particulier, de l'activité médicale en général »²⁸¹.

51. Difficultés de définition. La finalité thérapeutique est la seule justification de l'atteinte à l'intégrité physique ; c'est un principe encré dans notre droit. Elle constitue cependant une exigence aux contours incertains et il est difficile de l'encadrer dans des limites précises.

Si cette exigence a été qualifiée de « principe thérapeutique »²⁸², d'abord reconnue par la doctrine et la jurisprudence puis consacrée par le législateur en 1994 dans l'ancien article 16-3 du Code civil, son contenu n'a jamais été clairement défini. Les interprétations de ce qu'il renferme peuvent en effet varier. L'émergence puis la consécration de la notion de nécessité médicale ²⁸³ – sans être définie par le législateur – semble avoir clarifié la situation, même s'il est tout aussi laborieux de l'enfermer dans une définition précise. Devant cette instabilité, la distinction entre stérilisation thérapeutique et stérilisation contraceptive, déterminante de la licéité ou non de l'acte, sera elle aussi incertaine.

A- NÉCESSITÉ THÉRAPEUTIQUE ET NÉCESSITÉ MÉDICALE

52. Paradoxe. La seule exception susceptible de justifier l'atteinte à l'intégrité du corps humain était jugée tantôt trop restrictive, tantôt trop extensive selon les termes utilisés pour la définir. En dépit des modifications qui lui ont été apportées, elle demeure un paradoxe en ce qu'elle constitue une exception certes unanime, mais qui reste pourtant indéterminée.

²⁷⁹V. Cass. Crim, 1er juillet 1937, *Sirey* 1938, I, p. 193.

²⁸⁰Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruylant, L.G.D. J. 1987, n°35.

²⁸¹G. MEMETEAU, note ss CE, 29 janvier 1988, *JCP* 89, éd. G., II, 21222.

²⁸²A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit. A la découverte de l'homme*, Thèse, Poitiers, 1993, p.212.

²⁸³Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, article 70 portant modification de l'article 16-3 du Code civil.

1-D'un principe restrictif à un principe extensif.

53. Détermination du « principe thérapeutique ». La notion de nécessité thérapeutique consacrée par la loi de 1994 n'a pas fait d'emblée l'unanimité. Le projet de loi initial évoquait « l'intervention thérapeutique »²⁸⁴, puis il fut question de « nécessité thérapeutique ou médicale », puis de « nécessité médicale » et enfin la notion de nécessité thérapeutique a prévalu. Toutes ces hésitations pour tenter de transcrire le « principe thérapeutique » reconnu de longue date, montre le caractère difficilement saisissable de ce qu'il renferme. Le Dictionnaire Littré définit la notion de thérapeutique comme recouvrant « l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir, à traiter les maladies ».

54. Interprétation restrictive. Pour certains, cette notion est précise et suffisante ; elle peut englober les actions de prévention et de diagnostic des maladies²⁸⁵, car « ce mot a toujours reçu une interprétation généreuse »²⁸⁶. Selon André Giudicelli, « il est depuis longtemps admis que le terme thérapeutique englobe les étapes nécessaires à la mise en œuvre des soins, notamment de diagnostic, [...] la prévention des maladies est indissociable des actions et des pratiques destinées à les guérir »²⁸⁷.

Pour d'autres en revanche, la nécessité thérapeutique était une notion restrictive qui ne pouvait s'appliquer au-delà des actions et pratiques impératives à la guérison. Dans ce sens, la maladie devait être déclarée pour que l'on puisse tenter de la guérir. « Moyennant une acception élargie de ce qui est thérapeutique, qui irait jusqu'à comprendre les soins préventifs, on peut se demander si la contraception ne serait pas incluse ? ».

Toutefois, le raisonnement pêche immédiatement car les soins préventifs ont comme objectif de prévenir une maladie »²⁸⁸ et non de la guérir. L'Inspection Générale des Affaires Sociales observait aussi une conception restrictive du terme « thérapeutique » en refusant « l'extension de l'adjectif thérapeutique aux actions préventives, [car] il est normalement réservé aux seules

²⁸⁴Projet AN n°2599, art. 19.

²⁸⁵V. Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, feuillet n°23, 15 juin 2000, p. 2377.

²⁸⁶G. MEMETEAU, « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP G* 95, I, 3838.

²⁸⁷Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, Feuillet n°24, p. 2386.

²⁸⁸R. SEFTON-GREEN, « Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droit préventives », *LPA*, 7 juillet 1999, n°134, p. 22.

actions destinées à guérir »²⁸⁹. C'était également le point de vue de Monsieur le Sénateur François AUTAIN, auteur de l'amendement qui proposait la modification de l'article 16-3 du Code civil en 1999²⁹⁰. L'amendement fut adopté et le terme « nécessité thérapeutique » remplacé par le terme « nécessité médicale ».

55. Nécessité médicale. Concept extensif. Cette modification a constitué pour beaucoup une rupture avec le « principe thérapeutique »²⁹¹. La nouvelle rédaction de l'article 16-3 du Code civil a été perçue comme élargissant considérablement le domaine de l'atteinte à l'intégrité physique. D'ailleurs, le Dictionnaire Littré définit le terme « médical » en lui faisant recouvrir tous les « objets généraux de la science de la médecine ». Si le terme thérapeutique était jugé très flou, très difficile à délimiter, tantôt trop restrictif, tantôt trop extensif, le terme médical ne semble pas échapper à cette même critique mais cette fois dans le sens où il serait trop étendu, pouvant s'appliquer à des actes qui jusque-là étaient exclus du champ thérapeutique.

Ainsi, les dérogations apportées par la loi à l'exigence d'une nécessité thérapeutique, et imposant une finalité médicale n'appartiennent plus au régime dérogatoire puisqu'ils constituent désormais des applications du principe général consacré par le nouvel article 16-3²⁹².

Reste la « nécessité » de l'acte médical invoqué. Ce terme renvoie à la notion de caractère impératif pour la santé de la personne. L'Organisation Mondiale de la Santé a défini, dès 1946, la santé comme « un état de complet bien-être physique, mental et social ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »²⁹³. Si l'on se réfère à cette définition, des indications médicales fondées sur des considérations psycho-sociales, et jugées nécessaires à l'amélioration de la santé de la personne, pourraient entrer dans le cadre d'une nécessité

²⁸⁹ M.L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, Rapport, op. cit, Tome IV, Annexe III, p. 19. Les rédacteurs se fondent sur la définition du terme thérapeutique donnée par le Dictionnaire Robert en affirmant que certains juges s'y seraient eux-mêmes explicitement référés, notamment dans un arrêt de la CA d'Aix-en-Provence du 23 avril 1990 (*Gaz. Pal.* 1990, n°2, p. 575, note Doucet). Mais par la suite, ils soulignent le caractère trop extensif de cette même notion. Cette contradiction soulève alors quelques ambiguïtés dans leur interprétation. (V. Rapport, Tome I, p. 30).

²⁹⁰ Selon le sénateur, « le terme thérapeutique exclut la prévention, et conduit à rendre illégale toute intervention portant sur le corps humain en vue de prévenir une maladie. Les praticiens se verraient alors exposés à des sanctions pénales pour blessures volontaires », JO Sénat CR, 3 juin 1999, p. 3670.

²⁹¹ V. par ex. Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, Feuillet n° 23, p. 2378.

²⁹² Par ex. : exigence d'une finalité médicale pour l'étude de caractéristiques génétiques (art. 16-10 C.civ.) ou pour l'identification des empreintes génétiques (art.16-11 C.civ.). En revanche les finalités autres que médicales restent dérogatoires au nouveau principe.

²⁹³ In Académie nationale de médecine, Conseil national de l'Ordre des médecins, *Communiqué commun sur la stérilisation chirurgicale*, 29 mai 2000 ; in S. BATEMAN, « La stérilisation : un moyen de contraception ? », p.159, in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000.

médicale et justifier une atteinte à l'intégrité physique de la personne. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ne fait pas référence, quant à lui, à un état de complet bien-être « social » dans la définition qu'il donne du droit à la santé. Il le définit, dans son article 12, comme « le droit pour toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

En pratique, c'est au médecin qu'il appartiendra de déterminer le motif médical nécessitant une atteinte à l'intégrité physique du patient. Comme pour la notion de nécessité thérapeutique, les conceptions de ce que peut renfermer la notion de nécessité médicale, plus extensive, ne sont pas unanimes dans le milieu médical. Les deux notions, procédant d'une part de subjectivité, ne pourront pas semble-t-il faire l'objet d'un consensus sur une définition précise et unanimement reconnue.

56. Règle commune. En revanche, qu'il s'agisse d'une nécessité thérapeutique, avant la loi du 27 juillet 1999, ou d'une nécessité médicale à présent, une règle n'a pas changé et prévaut encore pour les deux. Il s'agit de la règle de la « raison proportionnée » qui est imposée aux professionnels du monde médical. Quelle que soit la nécessité médicale invoquée, l'atteinte à l'intégrité corporelle de la personne ne sera justifiée qu'à la condition que les risques encourus par l'acte ne soient pas supérieurs aux bénéfices escomptés. Le médecin devra effectuer un « bilan coûts- avantages »²⁹⁴ : « Il doit refuser le traitement demandé par [le patient] quand le danger de ce traitement l'emporte sur le bienfait médical qu'on peut en espérer. Si le médecin méconnaît cette mission, il rentre dans le droit commun pénal [car il ne justifie plus l'atteinte corporelle par] un acte qui n'est plus vraiment médical »²⁹⁵. Cette règle peut alors être considérée, sinon comme une garantie, tout au moins comme une réserve à l'encontre de motifs médicaux « écran » ou ne présentant pas un véritable caractère de nécessité.

²⁹⁴ On retrouve cette règle dans le Code de déontologie médicale à l'article 40, codifié à l'article R.4127-40 du Code de la santé publique : « *Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* ».

²⁹⁵ R. SAVATIER, note ss Cass. Crim., 9 novembre 1961, *JCP* 1962, éd. G., II, 12777.

2-La reconnaissance d'une exception non définie.

57. Exception amphibologique. Le Code de déontologie exige « un motif médical très sérieux » pour autoriser une « intervention mutilante »²⁹⁶. Cette exigence y est inscrite depuis 1995 et la consécration de la nécessité thérapeutique par la loi quelques mois auparavant n'a semble-t-il pas été déterminante d'une modification dans la rédaction du Code de déontologie. Dans son article 41, il n'est nullement fait référence à une nécessité thérapeutique, mais à un motif médical, étant précisé que celui-ci devait être « très sérieux ». Cette précision est la seule modification apportée à cet article en 1995²⁹⁷. La distinction entre l'exigence d'un « motif médical très sérieux » et celle d'une « nécessité médicale » est très ténue, ce qui contribue à une plus grande clarté au regard des textes. Il est vrai que si cette justification de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne n'a jamais été mise en doute, les qualificatifs employés n'ont pas toujours été semblables.

Ainsi, dès avant la loi du 29 juillet 1994 la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 9 novembre 1961, estime « qu'une opération portant atteinte à l'intégrité de la personne constitue par elle-même un fait de violence volontaire ne pouvant être légitimé, au regard de la loi pénale, que si elle a été faite dans un intérêt médical »²⁹⁸. La Chambre criminelle emploie la notion d'« intérêt médical », qui est encore plus vaste qu'une « nécessité médicale » et dont la nécessité thérapeutique n'est qu'une des applications possibles²⁹⁹. Le pourvoi employait, dans son moyen unique, l'expression de « but curatif ». La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 23 avril 1990 a utilisé la notion « d'intérêt thérapeutique » à propos d'une intervention sur un transsexuel³⁰⁰ alors que dans ce domaine, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait en 1987 estimé que de telles interventions devaient être « commandées par des nécessités thérapeutiques »³⁰¹. Pour transcrire une même conception les termes utilisés n'en sont pas moins différents.

²⁹⁶ Article 41, Code de déontologie médicale, codifié à l'article R.4127-41 du Code de la santé publique.

²⁹⁷ Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995.

²⁹⁸ Cass. Crim., 9 novembre 1961, *JCP G* 1962, II, 12777, note R. SAVATIER.

²⁹⁹ Il faut dire qu'au regard des faits de l'espèce, le principe dégagé ne prêtait guère à discussion. Il s'agissait d'une dentiste qui avait procédé à la pose de dents « Jackets » sur un client. Ce dernier contesta le montant des honoraires et la qualité des soins. La dentiste entreprit alors de retirer les dents qu'elle avait posées, mais le fit de façon assez brutale et « sans ménagement » puisque le client repartit « la bouche en sang et les lèvres tuméfiées ». Elle fut poursuivie pour blessures volontaires.

³⁰⁰ CA d'Aix-en-Provence, 7^{ème} Ch., 23 avril 1990, *Gaz. Pal.* 1990, n°2, p. 575. Confirmé par Cass. Crim., 30 mai 1991, *Bull. Crim.*, n°232, p. 591.

³⁰¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mars 1987, *JCP* 1988, II, 21000, obs. AGOSTINI.

En 1988, le Conseil d'Etat utilise lui aussi expressément la notion de « nécessité thérapeutique » dans un arrêt Dame Labidi, dans lequel les deux conditions nécessaires à une atteinte légale à l'intégrité physique faisaient défaut. Un chirurgien avait « sans avoir recueilli le consentement de la patiente et sans nécessité thérapeutique, procédé à une ligature des trompes et provoqué ainsi la stérilisation de l'intéressée »³⁰². Peu après, le Tribunal administratif de Grenoble a considéré « qu'une ligature des trompes pratiquée à l'occasion d'un accouchement par césarienne, motivée par le souci d'éviter la mise en danger par une nouvelle grossesse de la paroi utérine fragilisée par quatre césariennes antérieures, mais qu'aucune urgence thérapeutique ne justifiait, constitue une atteinte à l'intégrité physique [...] »³⁰³. La situation d'urgence en droit médical constitue l'une des composantes de la nécessité thérapeutique ou médicale dans la mesure où la vie ou la santé de la personne est en jeu et seul l'acte pratiqué immédiatement sera susceptible de la préserver. La nécessité thérapeutique, dans son acception la plus stricte, prend alors tout son sens dans le concept d'urgence. Le qualificatif « d'urgence thérapeutique » pourrait ainsi être considéré comme une redondance puisque le premier comprend inévitablement le second.

Après la consécration législative de l'exigence d'une nécessité thérapeutique, la Cour de cassation a pu se fonder sur l'article 16-3 du Code civil en reprenant précisément sa rédaction pour exclure de son champ d'application la ligature des trompes pratiquée uniquement dans un but contraceptif. La doctrine pour sa part a pu employer la notion de « nécessité de la finalité curative »³⁰⁴, de « raison curative »³⁰⁵, ou encore de « l'exigence d'une finalité thérapeutique »³⁰⁶.

58. Bilan. Si l'exception justifiant l'atteinte à l'intégrité du corps humain n'a jamais été mise en doute, les traductions diverses qui en ont été faites démontrent son caractère difficilement saisissable. Pourtant, c'est de cette exigence que procèdera la licéité ou l'illicéité de tout acte portant sur le corps humain³⁰⁷. En matière de stérilisation, seules celles relevant

³⁰²CE, 29 janvier 1988, Dame Labidi, *JCP* 1989, II, 21222, obs. G. MEMETEAU ; *RDSS* 1988, p. 509, obs. F. VAREILLE. Cf *infra* l'étude du consentement § 143 et s.

³⁰³TA Grenoble, 23 novembre 1989, M. et Mme Bengherbi/ CHRU de Grenoble, Dictionnaire de droit des étrangers, décision n° 8628523.

³⁰⁴G. MEMETEAU, note ss CE, 29 janvier 1988, Dame Labidi, *JCP* 1989, Ed. G., II, 21222.

³⁰⁵G. MEMETEAU, « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP* 1995, Ed. G., I, 3838.

³⁰⁶J. HAUSER, « Personnes et droits de la famille », chron., *RTD Civ.* 1998, p. 881.

³⁰⁷D'autres conditions sont ensuite nécessaires, v. *infra* l'étude sur le consentement ainsi que celle sur l'information.

d'une nécessité thérapeutique – à présent médicale – seront licites. La distinction entre les stérilisations thérapeutiques et les stérilisations contraceptives déterminera dès lors leur cadre juridique.

B-STÉRILISATION THÉRAPEUTIQUE OU STÉRILISATION CONTRACEPTIVE

59. Cadre de l'étude. Si les statistiques montraient bien l'existence de pratiques de stérilisations, il était difficile de discerner avec précision celles qui relevaient d'un motif thérapeutique de celles qui relevaient d'un motif de pure convenance. Comme le souligne le Commissaire du Gouvernement à l'époque, Madame Valérie PECRESSE, « Il est délicat et parfois impossible pour le juge de distinguer entre les opérations de confort et les opérations nécessitées par l'état du patient »³⁰⁸.

S'agissant des interventions chirurgicales dont l'objet n'était pas une stérilisation mais qui ont pour conséquences inéluctables de provoquer une stérilité, celles-ci entrent sans difficulté dans le champ des interventions thérapeutiques. Il pourra s'agir d'interventions pratiquées sur les organes sexuels dans le cadre d'une chirurgie anticancéreuse. Le but curatif de l'acte médical ne sera pas ici mis en doute. L'information et le consentement de la personne concernée seront bien sûr indispensables. Certains ont ainsi estimé qu'« une stérilisation ne peut être envisagée comme thérapeutique, que lorsqu'elle est la conséquence d'un acte chirurgical dont l'objet n'était pas la stérilisation »³⁰⁹. En revanche, pour d'autres motifs, la réponse doit être plus mesurée. En effet, la distinction entre stérilisation contraceptive et stérilisation thérapeutique ne sera pas la même chez tous les praticiens.

1- L'interprétation de la distinction par le monde médical

60. La technique du « score de LERAT ». Avant la loi du 27 juillet 1999, certains estimaient que seules les stérilisations pouvant être qualifiées de « thérapeutiques » étaient licites, et ils faisaient une distinction entre un motif médical et un motif thérapeutique. D'autres admettaient une définition plus extensive du motif médical afin d'insérer leur pratique dans le

³⁰⁸ V. PECRESSE, Commissaire du Gouvernement, concl. ss. CE Sect., 3 novembre 1997, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, *AJDA* 1997, p. 1016.

³⁰⁹ M.L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, Rapport IGAS op. cit., Tome IV, annexe III, p.23.

cadre de la loi³¹⁰. Certains praticiens auraient même estimé que la notion de stérilisation thérapeutique constituait une « hypocrisie »³¹¹.

C'est pourquoi en 1982, à l'initiative du Collège national des gynécologues obstétriciens, le Professeur LERAT élabore un « code de bonne pratique des stérilisations » afin d'appréhender « les indications raisonnables pour une stérilisation »³¹². Il s'agit d'une « fiche de cotation des critères justifiant une stérilisation », mais les critères utilisés ne sont pas tous strictement médicaux. En effet, outre les antécédents pathologiques ou les « tares génétiques », d'autres critères résident dans l'existence de contre-indications ou d'échecs relatifs à des procédés de contraception modernes, l'existence d'interruptions volontaire de grossesse, l'âge de la femme, le nombre d'enfants ainsi que l'âge du dernier-né ou encore l'existence de conditions socio-économiques « médiocres ». Au terme de cette « cotation », si le chiffre six est atteint la stérilisation envisagée sera considérée comme justifiée. Ce système de cotation, consistant en une « analyse rationnelle » pour certains gynécologues obstétriciens³¹³, caractérise le « score de LERAT ». Cependant il ne semble pas correspondre à la détermination du champ des stérilisations thérapeutiques.

61. Effets juridiques de la distinction sur la pratique médicale. Pourtant en 1995, le Collège national des gynécologues obstétriciens prend une toute autre position en déclarant qu' « une thérapeutique préventive reste une thérapeutique et toute stérilisation est thérapeutique, si l'on se réfère à la définition de la santé, selon la Charte de l'OMS signée par la France. Une femme pourrait porter plainte devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, au motif que la France ne respecte pas l'avenant 14152 du Conseil de l'Europe, qui enjoint aux Etats de mettre à jour leur législation »³¹⁴. C'est une position radicale mais qui peut sans doute s'expliquer par les distorsions existantes, à l'époque, entre la situation juridique complexe et ambiguë des interventions stérilisantes, et la réalité pratique des demandes de stérilisation. Une autre raison a pu susciter cette prise de position, relevant des risques de non prise en charge de l'acte par l'assurance maladie ainsi que de la non prise en charge du contentieux pouvant en

³¹⁰ In Rapport IGAS op. cit., Tome V, annexe IV, p.20.

³¹¹ Ibid.

³¹² M.F. LERAT, P. LOPES, « Législation de la stérilisation tubaire », *Journal de gynécologie obstétrique et de biologie de la reproduction*, 1981, n°10, p. 183.

³¹³ In Rapport IGAS op.cit., Tome V, annexe IV, p.22.

³¹⁴ Lettre du Collège national des gynécologues et obstétriciens français, mars 1995, n°9, p. 1.

résulter par les assurances des praticiens³¹⁵. En effet, l'article R.321-1 [ancien] du Code de sécurité sociale interdit à l'assurance maladie de prendre en charge les interventions médicales ne figurant pas sur la nomenclature des actes médicaux professionnels agréés³¹⁶.

En 1992, une recommandation insérée dans le guide du contrôle médical émanant du médecin-conseil national de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM), énonce qu'« une stérilisation tubaire ne peut être prise en charge par l'assurance maladie, que dans la mesure où il s'agit d'un acte médical nécessité par l'état de la patiente ». La recommandation est suivie d'une liste non exhaustive d'indications médicales pour lesquelles une stérilisation pourra être considérée comme thérapeutique³¹⁷.

A la suite de cette recommandation, la Caisse Primaire d'Assurance Maladie de Loire-Atlantique publie un communiqué de presse en 1997, dans lequel elle informe les assurés que les « stérilisations pratiquées dans un but contraceptif » ne sont pas prises en charge, et qu'elle « se réserve tout droit à récupération des frais engagés en cas de découverte a posteriori »³¹⁸. Cette prise de position, connue des praticiens dès 1994, a suscité leur mécontentement dans la mesure où ils se trouvaient sous la menace de contrôles dont le but serait de vérifier l'existence réelle d'un motif thérapeutique de l'acte stérilisant. C'était remettre en cause leur appréciation médicale et ainsi leur qualité de professionnel de la santé. « Nous ne pouvons accepter que les organismes de sécurité sociale, hormis les actes soumis à entente préalable, puissent s'immiscer dans l'indication médicale, et subordonnent ainsi le remboursement de certains actes à ce qu'ils considèrent comme médicalement justifié »³¹⁹.

Des contrôles ont été effectués, mais n'ont semble-t-il jamais donné lieu à un refus de prise en charge, principalement en raison des difficultés techniques liées à l'identification des actes de stérilisation. Ils se pratiquent le plus souvent au moyen d'une coelioscopie, technique médicale faisant l'objet d'une cotation dans la nomenclature des actes médicaux agréés, mais où les motifs de l'intervention n'apparaissent pas. Une coelioscopie fera ainsi l'objet d'une cotation « n° k 40 », mais celle-ci ne permettra pas de connaître avec exactitude l'objet de l'intervention et, s'il s'agit d'une stérilisation, son caractère thérapeutique ou contraceptif.

Pour le déterminer, il sera nécessaire d'effectuer une étude très approfondie du dossier

³¹⁵ Sur ce dernier point, cf. *supra* §36.

³¹⁶ Article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale.

³¹⁷ V. Guide du contrôle médical, rubrique stérilisation.

³¹⁸ Journal Ouest France, « *Les stérilisations illégales et la Sécurité sociale* », 17-18 septembre 1997 ; « *La Sécurité sociale ne prend pas en charge les stérilisations* », 25 septembre 1997.

³¹⁹ Tract du Dr Guy-Marie Cousin, 24 novembre 1994, in Rapport IGAS op. cit., Tome IV, annexe III.

médical de la personne ayant subi l'intervention. Cela imposerait des délais beaucoup trop longs pour des contrôles spécifiques portant sur des interventions dont le sujet est sensible, et qui ne constituent pas une priorité pour les services du contrôle médical. Il reste que, théoriquement, les stérilisations contraceptives étaient exclues d'une prise en charge par l'assurance maladie, malgré une demande expresse du Collège National des Gynécologues et Obstétriciens Français dans une lettre adressée à la Direction de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie le 20 juin 2000³²⁰.

2-L'indication médicale d'une stérilisation

62. Notion médicale et notions juridiques. Confrontation. La distinction entre les deux types de stérilisation dépendra finalement des motifs pour lesquels l'intervention a été envisagée. Selon Simone Bateman, « la notion de nécessité thérapeutique, telle qu'elle est envisagée par la loi [de 1994] renvoie à l'idée d'une indication médicale »³²¹. L'interprétation vaut encore plus depuis la modification intervenue en 1999, mais il reste que la notion d'indication médicale, si elle se situe au départ de la détermination d'une nécessité thérapeutique ou médicale, puisqu'il ne pourra y avoir l'une ou l'autre sans indication médicale, ne pourra finalement préexister sans revêtir le caractère de nécessité thérapeutique ou médicale.

Le Comité Consultatif National d'Ethique a procédé à une étude de ces indications dans le cadre des stérilisations³²². Il considère tout d'abord que « les indications généralement admises répondent à des critères définissant une nécessité thérapeutique, voire des motifs médicaux sérieux ». Le Comité Consultatif distingue ensuite les « indications médicales majeures » des « indications et autres considérations relatives à la contraception ».

Les premières se fondent sur les situations où un risque vital pour la personne dans le cas d'une éventuelle grossesse se réaliserait. Il s'agit, selon le Comité Consultatif, de situations obstétricales telles que le risque de rupture utérine, ou des césariennes répétées, des situations chirurgicales comme les malformations utérines ou les cancers, et des situations médicales dans lesquelles il inclut les pathologies graves, cardiaques ou métaboliques, et les hémopathies. Ces

³²⁰ Lettre adressée à Mme le Dr B. ROCHE-APAIRE, site internet www.cngof.fr.

³²¹ S. BATEMAN, « La stérilisation : un moyen de contraception ? A propos des avis du Comité Consultatif National d'Ethique », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 159.

³²² Comité Consultatif National d'Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

« indications médicales majeures » répondent ainsi pleinement à l'exigence de nécessité thérapeutique, et médicale. Cependant, le caractère curatif de ces indications peut être discuté, dans le cadre d'une conception restrictive de la notion de nécessité thérapeutique, dans la mesure où ces indications justifiant une stérilisation qui serait alors considérée comme thérapeutique visent à prévenir une grossesse, et possède à ce titre une dimension contraceptive. « Une intervention chirurgicale n'est licite que si elle est médicalement nécessaire compte tenu de l'état du patient. S'agissant des stérilisations, elle ne peut avoir qu'un aspect préventif et non curatif »³²³. Si les stérilisations correspondant à ce type d'indications médicales ont effectivement un caractère préventif, elles procèdent aussi d'une nécessité, qu'elle soit thérapeutique ou médicale.

En revanche, concernant le second type d'indications représentant « les indications et autres considérations relatives à la contraception », la détermination d'un critère nécessairement thérapeutique ou médical sera plus délicate. Il s'agit généralement de prévenir une grossesse dans la mesure où il existe un « risque » pour la personne. Cependant ce risque est évalué différemment selon les praticiens. Certains exigent un risque vital - ce qui correspond le plus souvent aux « indications médicales majeures » - tandis que d'autres se suffiront d'une contre-indication.

Ainsi, certains praticiens estiment que l'utilisation du « score de LERAT »³²⁴ permet généralement de justifier d'un point de vue médical une stérilisation à visée contraceptive. Certes il réunit un grand nombre d'éléments devant être pris en compte, mais ceci plutôt dans le cadre d'une stérilisation contraceptive volontaire. Peu d'éléments d'ordre purement médical sont représentés. D'autres praticiens, tout en désirant respecter l'exigence d'un « motif médical très sérieux » imposée par le Code de déontologie, ou celle imposée par la loi, vont jusqu'à y inclure des motifs socio-psychologiques pouvant, selon eux, justifier une stérilisation. Le doute est alors permis sur le point de savoir si leur conception est véritablement extensive ou s'il s'agit seulement de trouver une justification au moins médicale à une stérilisation qui n'a qu'un but purement contraceptif. Pour ce qui est de la notion de nécessité thérapeutique, il paraît impossible qu'elle puisse s'appliquer à ces motifs. Pourtant ils pourront être pris en considération notamment dans le cadre d'une demande de stérilisation pour une personne handicapée mentale. La stérilisation sera alors le plus souvent fondée sur le risque d'aggravation

³²³ Rapport IGAS op. cit., Tome IV, annexe III, p.21.

³²⁴ V. *supra* son contenu, §60.

de son état si une naissance devait survenir.

Selon Gérard MÉMETEAU, « il demeure indispensable que l'acte revête un intérêt certain pour la santé physique ou mentale du sujet [...]. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse de la certitude d'une activité sexuelle du ou de la malade mental(e) entraînant un risque d'aggravation de son état, par les retentissements d'une paternité ou maternité probable, que l'on pourrait songer à une stérilisation »³²⁵. Le Comité Consultatif National d'Ethique envisage aussi cette « indication médicale » : « la plus grande difficulté tient dans la définition de la nécessité thérapeutique qui peut être invoquée soit quant aux conséquences physiques générales que provoquerait une grossesse, soit quant à celles de la grossesse proprement dite ».

Encore faut-il probablement distinguer les conséquences prévisibles de celles difficiles à prévoir et qui pourraient, par ailleurs, ne pas être considérées comme majeures. A la nécessité thérapeutique physique, faut-il ajouter la nécessité thérapeutique psychique qui résulterait, par exemple, de l'état de détresse dans lequel une femme serait plongée en cas de grossesse³²⁶ ? Certes, cela aurait pour effet d'éviter une interruption volontaire de grossesse. Mais on peut penser que la condition de nécessité thérapeutique ne serait pas satisfaite « en raison du caractère conjectural du diagnostic de détresse en cas de grossesse future »³²⁷. Cette argumentation est *a fortiori* valable pour une personne handicapée mentale. Il faut cependant souligner que « l'état de détresse en cas de grossesse future » sera souvent démultiplié chez elle, suivant son degré de handicap et sa capacité à élever des enfants³²⁸, ce qui conduirait sans doute à une aggravation de son état.

La note suivant l'article 41 du Code de déontologie médicale inclut « certaines affections mentales » dans les indications pouvant justifier une stérilisation contraceptive « pour des raisons médicales »³²⁹. Elle distingue en effet dans ces dernières, s'il existe des « risques obstétricaux » ou si « la femme est atteinte d'une affection contre-indiquant définitivement la grossesse ». Les affections mentales constituent ainsi *a priori* une « contre-indication médicale définitive à la grossesse ». Pourtant, la note distingue -outre la « stérilisation eugénique » - « la

³²⁵ G. MEMETEAU, « La stérilisation des malades mentaux », *Synapse*, février 1989, n°51, p. 49.

³²⁶ La notion d'état de détresse, condition d'une interruption volontaire de grossesse avant la douzième semaine, a été supprimée par la loi n°2014-873 du 4 août 2014.

³²⁷ Comité Consultatif National d'Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

³²⁸ Cf infra les degrés de handicap.

³²⁹ Code de déontologie médicale, art. 41, commentaires, site Internet www.conseil-national.medecin.fr. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 juillet 2001, les commentaires ont été complétés par les dispositions du nouvel article L.2123-2 du code de la santé publique.

stérilisation dans un but thérapeutique » et « la stérilisation contraceptive », laquelle se subdivise ensuite selon qu'elle est « décidée pour des raisons médicales » ou qu'elle est « envisagée comme procédé de contraception³³⁰, sans raison médicale, à la demande des intéressés ».

La problématique dégagée par le Professeur HAUSER en 1998, reste actuelle : appliquée à une personne handicapée mentale, la nécessité thérapeutique – et aujourd'hui la nécessité médicale – « doit-elle se comprendre comme exclusivement somatique, ou peut-elle s'étendre à la prévention d'un accroissement du déséquilibre psychique ? »³³¹. Selon lui, « la pierre d'achoppement sera l'indication médico-sociale puisque, pour une personne handicapée mentale, l'expression de la nécessité peut être de nature non strictement somatique »³³².

Le recours à la stérilisation lorsque l'usage de toute modalité contraceptive est impossible soulève les mêmes difficultés. Selon un rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales, « la stérilisation paraît s'inscrire dans une démarche thérapeutique lorsqu'un risque de procréation existe, qu'une telle procréation serait contraire aux intérêts de l'intéressé(e), et que le recours aux méthodes contraceptives a été essayé et s'avère impossible »³³³. Cette description semble conforme à la situation de nombreuses personnes handicapées mentales, mais il est peu probable que l'impossibilité d'utiliser les diverses modalités contraceptives puisse à elle seule être qualifiée de nécessité thérapeutique.

Ainsi, « les gynécologues ont bien conscience qu'une telle conception est difficile à appliquer en pratique »³³⁴. Ils affirment cependant que « la ligature tubaire doit faire partie de l'arsenal thérapeutique lorsqu'une contraception est impossible [...] une situation contraceptive d'échec engendre une angoisse. Les interruptions volontaires de grossesses constituent une mauvaise réponse sur le plan psychologique et pour la sexualité »³³⁵.

Certains font d'ailleurs observer que les textes n'admettent le recours à l'interruption volontaire de grossesse que dans des situations de détresse psychologique³³⁶. C'est pourquoi ils

³³⁰ Cf *infra* sur la stérilisation §215 s., et sur la contraception §200 s..

³³¹ V. J.-P. GRIDEL, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Cour de cassation, Rapport annuel, année 2000 p.7.

³³² J. HAUSER, *RTD civ.* 1998, p. 881.

³³³ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, Rapport IGAS op. cit., Tome IV, annexe III, p. 22.

³³⁴ Rapport IGAS, op. cit., Tome V, annexe IV, p.21.

³³⁵ *Ibid*, p.23.

³³⁶ Article L 2212-1 [ancien] du Code de santé publique. Cet article a été modifié par la loi n°2014-873 du 4 août 2014, art.24, qui a supprimé l'exigence d'une situation de détresse pour une femme désirant subir une intervention volontaire de grossesse dans les douze semaines suivant la conception.

estiment parfois qu'une stérilisation à visée contraceptive peut se justifier médicalement lorsqu'un certain nombre de conditions médico-sociales sont réunies. L'impossibilité d'utiliser toute modalité contraceptive associée à la prise en compte de motifs sociaux ou psychologiques peut donc chez certains praticiens constituer un motif médical justifiant une stérilisation.

Toute autre est la position du Comité Consultatif : « Dans l'état actuel du droit, il n'est pas clair que de telles indications soient admises comme « nécessité thérapeutique » ou « motif médical très sérieux »³³⁷. Le Comité de la Fédération Internationale de Gynécologie Obstétrique (FIGO) écarte aussi la prise en compte de motifs socio-économiques³³⁸.

Toutefois, l'impossibilité d'utiliser toute méthode contraceptive, associée à d'autres considérations, a pu faire l'objet d'une interprétation favorable, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation de 1983 admettant la responsabilité d'un médecin dans une intervention de ligature des trompes³³⁹. L'arrêt fait mention de « l'état de santé précaire de la femme qui, âgée de vingt-huit ans, avait déjà eu cinq grossesses et était intolérante aux contraceptifs ordinaires ». Certains auteurs ont pu y voir une justification tout au moins médicale : « il semble que, en la cause, l'intervention était bien thérapeutique »³⁴⁰, « il semble que, en la cause, la stérilisation présentait un intérêt médical »³⁴¹. Avec la modification de l'exigence en une nécessité médicale, les incertitudes sur de telles indications se sont renforcées, sans doute avec raison.

En effet, à la suite de la modification de l'article 16-3 du Code civil, l'Académie Nationale de Médecine et le Conseil National de l'Ordre des médecins ont affirmé que la stérilisation chirurgicale « avec ses indications et contre-indications, relève d'une décision médicale » et que « pour des raisons médicales précises, le médecin peut être amené à porter l'indication d'une telle contraception, qu'il y ait une demande initiale du patient ou que sa situation conduise à le lui proposer »³⁴².

Ainsi, la stérilisation serait considérée comme un mode de contraception parmi d'autres³⁴³, relevant comme tel d'une indication médicale qui pourrait se fonder sur l'impossibilité d'utiliser

³³⁷Comité Consultatif National d'Éthique, op. cit., Rapport n° 50.

³³⁸Fédération Internationale de Gynécologie Obstétrique, *Considérations éthiques*, Athènes 1989, Rev. Gynécologie, n°319.

³³⁹Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mai 1983, *JCP* 1984, II, 20262, obs. A. DORSNER-DOLIVET.

³⁴⁰G. MEMETEAU, obs. ss CE, 29 janvier 1988, *JCP* 1989, II, 21222.

³⁴¹A. GUIDICELLI, Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, feuillet n°24, 15 septembre 2000, p.2386.

³⁴²Académie Nationale de Médecine, Conseil National de l'Ordre des médecins, *Communiqué commun sur la stérilisation chirurgicale*, 29 mai 2000, extrait du site Internet www.conseil-national.medecin.fr.

³⁴³Cf *infra* les différents modes de contraception, §200 et s., et de stérilisation, §216 et s.

les autres modalités contraceptives. Cependant la nuance entre stérilisation thérapeutique et stérilisation contraceptive se réduira alors comme peau de chagrin puisqu'il s'agira en réalité de demandes de stérilisation pour motif contraceptif. Dans ces situations, la stérilisation se pratique le plus souvent sur la femme, mais il arrive que le mari ou le compagnon se propose ou accepte de subir une vasectomie.

Le Comité Consultatif estime que « la stérilisation du partenaire [n'est pas] admissible dans la mesure où l'indication n'est pas fondée sur son état de santé »³⁴⁴. Madame BATEMAN, ancien membre du Comité Consultatif, va dans le même sens en constatant qu'« aucun critère médical ne justifie une stérilisation masculine, sauf éventuellement la contre-indication, discutable, d'une grossesse chez sa partenaire »³⁴⁵.

En effet, ni une nécessité thérapeutique, ni même une nécessité médicale ne peut justifier ce type de stérilisation, seule une intervention législative pouvait l'autoriser. A propos de celle-ci, l'Inspection Générale des Affaires Sociales estime qu'il paraîtrait logique de limiter le recours à la stérilisation contraceptive (des femmes ou de leur conjoint) aux seuls cas où la contraception est impossible ou comporte un risque spécifique pour la santé de la femme. Et cela va sans dire, si l'un ou l'autre la demandent »³⁴⁶.

Quant au risque pour la santé de l'enfant futur, il est souvent invoqué par les personnes auteurs d'une demande de stérilisation, et parfois admis comme indication médicale par certains praticiens : « une probabilité élevée de transmettre une maladie héréditaire à sa descendance est [...] admise par certains praticiens comme motif médical très sérieux »³⁴⁷. Pourtant, une telle indication ne semble pas constituer une nécessité thérapeutique ou médicale pour la santé de la femme -ou de l'homme- même si, dans une dimension plus humaine ce motif peut bien sûr être compris. Il reste que « l'interprétation en ce sens [de l'exigence de l'article 16-3 du Code civil] serait exagérément extensive »³⁴⁸. En effet, si le fait d'être porteur d'une maladie transmissible

³⁴⁴ CCNE, Rapport n°50 op. cit.

³⁴⁵ S. BATEMAN, « La stérilisation : un moyen de contraception ? A propos des avis du Comité Consultatif National d'Ethique », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 159. Mme Bateman a été membre du CCNE de juin 1992 à juin 1996, et a été le rapporteur des travaux sur *La contraception chez les personnes handicapées mentales* (Avis et Rapport n°49) et sur *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive* (Rapport n°50).

³⁴⁶M.L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, Rapport IGAS préc., Tome I, p. 31. Il n'est question ici que de la stérilisation volontaire effectuée sur des personnes capables juridiquement. Cf *infra* §144 la question du consentement du majeur protégé.

³⁴⁷Comité Consultatif National d'Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

³⁴⁸Ibid

et le souhait de ne pas la transmettre à ses descendants est légitime, « le recours à la notion de nécessité thérapeutique [ou même à celle de nécessité médicale] dans ce dernier cas aboutirait à la constitution d'une indication médicale de stérilisation eugénique »³⁴⁹. Il correspond souvent à la situation dans laquelle se trouvent les personnes handicapées mentales, à la différence près que la demande de stérilisation n'émane pas d'eux mais de leurs parents ou autres représentants légaux. C'est pourquoi « la notion de nécessité thérapeutique paraît également déplacée dans le cas d'une personne estimée incapable de donner un consentement libre et éclairé : La déficience qui rend la personne incapable de consentir n'est en rien soignée par une intervention stérilisante »³⁵⁰.

Que la nécessité exigée par l'article 16-3 du Code civil soit thérapeutique ou médicale, les difficultés tenant à la qualification d'une stérilisation se présentent toujours avec acuité, d'autant plus qu'une certaine part de subjectivité ne peut être exclue.

En ce sens, on peut constater qu'après la modification intervenue en 1999, la notion de stérilisation « thérapeutique » n'a pas laissé place à la notion de stérilisation « médicale ». Ceci peut peut-être s'expliquer par la vocation extensive du terme médical³⁵¹, qui pourrait alors s'appliquer aussi aux stérilisations contraceptives dans la mesure où celles-ci sont pratiquées par des professionnels de la médecine en activité et dans le milieu médical.

En réalité, seul un type de stérilisation ne souffre aucune discussion quant à son illégalité, les stérilisations dites « purement contraceptives », qualifiées aussi de stérilisations de « confort » ou de « convenance » car elles ne répondent qu'à la volonté de la personne de ne pas ou de ne plus procréer. Si dans le cadre de ce type de stérilisation la volonté individuelle est brimée par la loi, celle-ci sera d'autant plus efficace pour les personnes incapables d'exprimer leur volonté. L'article 16-2 du Code civil dispose d'ailleurs que le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain.

En dépit de toutes les difficultés existantes autour de la notion de nécessité thérapeutique, puis médicale, il reste qu'elle constitue la seule exception au principe de l'illégalité de l'acte stérilisant en vigueur en France jusqu'à la loi du 4 juillet 2001. La situation n'était toutefois pas la même dans d'autres pays.

³⁴⁹S. BATEMAN op. cit., p.164.

³⁵⁰Ibid.

³⁵¹ Cf *supra* §55.

SECTION II

LES APPORTS DU DROIT COMPARÉ

63. Annonce de plan. Il existe une grande diversité de situations juridiques dans les régimes de stérilisation sans que les différences ne trouvent leur cause dans la localisation géographique des Etats. En effet, en ce domaine, le statut juridique des stérilisations dans les pays latins de tradition catholique ne se distingue pas obligatoirement de celui applicable dans les pays anglo-saxons ou germaniques, de tradition protestante. En revanche, le statut des stérilisations sera généralement lié dans la plupart des Etats au droit de la contraception et de l'avortement. Ainsi, la question des stérilisations touche aux droits fondamentaux qui ont en apparence un caractère universel, mais qui sont aussi conditionnés par les spécificités culturelles, l'état des mœurs et les traditions de chaque pays. Par conséquent, le régime juridique des stérilisations varie selon les Etats, même si la majorité des pays développés a reconnu juridiquement la stérilisation contraceptive. Il en est ainsi dans la plupart des pays européens (I) mais aussi en Amérique du Nord (II).

§ I - LES APPORTS DES PAYS EUROPÉENS

64. Annonce de plan. Dans la majorité d'entre eux, l'intervention stérilisante effectuée dans un but exclusivement contraceptif est considérée comme constituant un acte médical et non un délit. Plusieurs pays d'Europe possèdent des lois autorisant explicitement la stérilisation, comme la Finlande ou le Danemark. Toutefois, la reconnaissance des stérilisations a pu prendre d'autres formes, telles une dépénalisation ou l'admission de ces interventions par la jurisprudence. L'étude portera en premier lieu sur les principaux Etats-membres de l'Union Européenne (A), puis s'attachera dans un second temps à un état extra-communautaire, la Suisse (B).

A-LES PRINCIPAUX ÉTATS-MEMBRES

65. Reconnaissance de la stérilisation contraceptive. Si aucun de ces pays ne subordonne la possibilité d'une stérilisation volontaire à des conditions médico-sociales, peu d'entre eux présentent un droit élaboré, cohérent et complet sur la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales. Seuls cinq des pays européens qui autorisent la stérilisation possèdent un régime spécifique à la stérilisation des majeurs protégés. Un tel régime ne précédant généralement pas l'intervention d'une loi générale, l'étude débutera par les Etats s'étant dotés de cette dernière (1), pour finir par ceux ayant reconnu la stérilisation par d'autres procédés (2).

1-Une reconnaissance légale

66. Distinction. Si les Etats ont élaboré une loi autorisant la stérilisation, tous n'ont pas pris en compte la situation particulière des personnes majeures protégées, dont les personnes handicapées mentales.

a- L'existence d'un régime spécifique aux personnes handicapées mentales

67. Existence d'un régime spécifique aux personnes handicapées mentales. Les pays scandinaves ont tous adopté une législation libérale en matière de stérilisation, mais seulement deux de ces pays se sont dotés d'un régime spécifique aux personnes handicapées mentales, ce qui semble pourtant nécessaire en vue de pourvoir à leur protection, et ainsi éviter toute dérive à leur encontre. L'Allemagne et l'Espagne, deux Etats frontaliers, se sont eux aussi dotés d'un régime spécifique aux personnes handicapées mentales.

α-Les pays scandinaves

68. Régime juridique finlandais de la stérilisation sur des personnes handicapées mentales. La stérilisation contraceptive féminine ou masculine est autorisée en Finlande depuis

une loi du 31 janvier 1985³⁵². Elle subordonne toutefois l'autorisation à deux conditions alternatives : la personne demandant une stérilisation doit être âgée d'au moins trente ans ou avoir trois enfants.

S'agissant des majeurs protégés, cette même loi énonce que « lorsqu'une personne est dans l'incapacité permanente de comprendre le sens de la stérilisation, l'intervention peut, s'il existe de justes motifs, être effectuée dans les cas suivants : lorsque la grossesse est susceptible de présenter un danger pour la vie ou la santé de la femme ; lorsqu'une maladie ou toute autre cause analogue limiterait sérieusement la capacité de cette personne à donner des soins à un enfant »³⁵³.

La seconde condition tient en fait à la capacité parentale. En ce sens, les termes « toute autre cause analogue » à une maladie qui conduisent implicitement au handicap mental auraient pour effet de soumettre ces personnes à une évaluation de leur capacité ou incapacité parentale qui pourrait déterminer leur stérilisation. Toutefois, l'incapacité parentale constitue une notion très subjective³⁵⁴, qui ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune définition juridique tant elle est soumise à une interprétation éminemment personnelle, et susceptible de grandes variations selon de nombreux facteurs, tels l'état des mœurs à un moment donné, la culture, l'éducation ou le niveau social. La prise en compte de cette notion en tant que condition d'une stérilisation aboutit à une grande insécurité à l'égard des personnes concernées dans la mesure où ils sont tributaires d'une appréciation subjective qui variera selon les personnes en charge de la décision. En ce sens, on aboutira à une inégalité entre les personnes « évaluées ».

Il reste que si l'une des deux conditions est remplie, la demande est présentée par le tuteur, la personne agissant « *in loco parentis* » ou le représentant légal. A ce titre, la loi précise que « les personnes n'ayant pas dix-huit ans révolus ne peuvent être stérilisées que si une raison particulièrement grave rend l'intervention nécessaire ». Le terme « médical » ou même « thérapeutique » s'agissant de la stérilisation sur une personne mineure est absent de la lettre de la loi mais il peut sans doute être considéré comme étant sous-entendu. Lorsque la demande a été présentée, elle est examinée par une commission se réunissant en « séance plénière »³⁵⁵, et composée de juristes, sociologues, psychiatres, généticiens et gynécologues obstétriciens.

³⁵²Il s'agit d'une loi spécifique à la stérilisation.

³⁵³A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8.

³⁵⁴Cf *infra* § 235.

³⁵⁵A. BERNARD, D. SIROUX, *op. cit.*

La loi n'a pas prévu dans la composition de la commission la présence de représentants du milieu associatif concernant le handicap mental. L'autorisation est finalement délivrée par la Direction de la Santé publique, elle est nécessaire préalablement à ces interventions et non susceptible de recours.

69. Insuffisance des garanties procédurales. Les garanties procédurales semblent insuffisantes : cette procédure en vigueur en Finlande exclut l'intervention d'un juge ou d'un tribunal. Les pouvoirs de décision sont concentrés dans les mains de la seule commission pluridisciplinaire, dont les décisions sont insusceptibles de recours. Aucun contrôle ne semble avoir été mis en place quant à cette commission. Enfin, il n'est pas prévu que la personne concernée soit entendue, ou qu'elle puisse avoir la possibilité de bénéficier d'un représentant *ad hoc* à l'occasion de cette procédure afin de garantir ses propres intérêts, qui sont souvent distincts de ceux du représentant légal ou du tuteur.

70. Dispositions danoises spécifiques à la stérilisation de personnes handicapées mentales. Le Danemark, autre pays scandinave, autorise également la stérilisation. L'article 71 de la Constitution danoise du 5 juin 1953 précise « la liberté individuelle est inviolable ». La stérilisation féminine ou masculine est autorisée dans cet Etat, depuis la loi du 13 juin 1973 sur la stérilisation et la castration³⁵⁶, l'avortement a aussi été légalisé la même année. La loi autorise la stérilisation sur demande, mais elle la soumet à deux conditions cumulatives. La personne doit en effet être âgée de plus de vingt-cinq ans et être domiciliée dans le pays. Elle contient aussi des dispositions spécifiques aux personnes handicapées mentales. Une stérilisation ne peut intervenir qu'après une analyse des autres possibilités de prévention d'une grossesse : « La décision d'autorisation de la stérilisation doit reposer tout particulièrement sur le caractère durable des conditions qui motivent cette intervention et de la possibilité éventuelle d'assurer la prévention de la grossesse d'une autre manière » selon la loi³⁵⁷. Deux motifs peuvent alors fonder la demande de stérilisation et valablement l'autoriser. Le premier est constitué « lorsqu'en raison de dispositions héréditaires de la personne qui présente la demande, ou de son conjoint ou concubin, l'enfant à naître risque d'être atteint d'un trouble physique ou mental, d'une gravité telle que l'on peut estimer souhaitable d'empêcher la procréation ».

Le second motif a trait, comme la loi finlandaise, à la capacité parentale des personnes

³⁵⁶ V. Dr. STURUP, « Sur l'emploi de la castration au Danemark », *RSC*. 1973, p. 252.

³⁵⁷ Rapport IGAS préc., Tome IV, annexe III, p. 64 ; A. BERNARD et D. SIROUX op. cit.

concernées. La stérilisation peut alors être autorisée « lorsque la personne qui présente la demande, ou son conjoint ou concubin, est considérée comme inapte à dispenser convenablement des soins aux enfants en raison d'une débilité ou arriération mentale ». La considération du handicap mental est ici expresse et est directement liée à l'incapacité parentale. Le droit à « avoir des parents responsables »³⁵⁸ pour l'enfant à naître est implicitement exprimé.

71. Garanties procédurales danoises. Concernant la procédure, les garanties sont plus nombreuses que celles prévalant dans la loi finlandaise. La demande de stérilisation d'un tiers doit émaner d'« un curateur spécialement nommé si l'intéressé(e) est incapable de comprendre la signification de l'intervention » ou, « si la personne demande elle-même la stérilisation », celle-ci doit être présentée par « l'intéressé(e) et la personne exerçant la puissance paternelle ou le tuteur, ou le curateur éventuellement nommé spécialement ».

Un arrêté du 21 juin 1973 a précisé que « dans les cas où la demande doit être présentée par un tuteur, ce peut être le tuteur de l'intéressé(e) ou un tuteur désigné à cet effet, la préférence étant donnée à une personne ayant des liens étroits de parenté par consanguinité ou par alliance ou d'amitié avec l'intéressé(e) ». Le lien personnel entre la personne concernée et son tuteur ou curateur est ainsi privilégié à une personne étrangère. Une personne proche appréhende sans doute mieux les désirs et la volonté de la personne concernée. Elle connaît son histoire, sa situation, et les liens affectifs garantissent généralement une volonté d'agir dans l'intérêt de la personne concernée.

Toutefois, les intérêts de la personne handicapée mentale et ceux de son représentant ne se révèlent pas nécessairement convergents en dépit du lien étroit qui les unit, et peut-être même à cause de celui-ci. En effet, la représentation de ce qui est le meilleur intérêt pour la personne handicapée mentale ne sera pas identique chez les deux personnes, la personne proche aura une interprétation souvent trop subjective, chargée du poids du handicap. En revanche, un représentant extérieur appréhendera la situation avec objectivité et sera peut-être plus à l'écoute de la volonté de la personne handicapée mentale. Les demandes d'autorisation de stérilisation sont ensuite présentées à une commission spécialisée dont « toute décision peut être soumise à un comité de recours ». Les deux instances sont assistées d'un juge. Il s'agit ici d'une différence essentielle avec la procédure finlandaise qui n'a prévu la participation d'aucun magistrat.

³⁵⁸ Nous employons volontairement cette formule dans la mesure où il est juridiquement incorrect d'employer le terme « parentalité », qui n'a aucune définition en droit, cf *supra* §13.

Lorsque la commission est saisie, la « demande de stérilisation est présentée à un médecin ou une institution d'assistance aux mères ». La loi fait alors obligation au médecin « d'informer l'intéressé(e) de la nature de l'intervention et de ses conséquences directes et des risques qui peuvent en résulter ». Lorsque toutes les conditions sont réunies et que l'autorisation a été donnée par la Commission, la loi a prévu une ultime obligation : « La stérilisation ne peut être effectuée que dans un hôpital agréé ». Ainsi, les garanties procédurales de la loi danoise sont beaucoup plus grandes que celles prévalant en Finlande. La protection des majeurs protégés en matière de stérilisation semble ainsi avoir été prise en considération.

72. Licéité d'une demande de stérilisation pour motifs eugéniques. Toutefois, une directive du 30 août 1973 remet immédiatement cette protection en cause dans la mesure où celle-ci prend en compte les demandes de stérilisation d'un tiers fondées sur des motifs eugéniques. La directive précise que « si la demande est fondée sur des motifs eugéniques, il faudra solliciter l'avis de l'Institut de Génétique humaine et d'Eugénique. Tous les membres de la commission prennent part à l'examen de chaque cas. Chacun d'eux peut exiger un supplément d'information avant de prendre une décision »³⁵⁹. Aucune référence n'est faite relativement au consentement de la personne concernée ou à son refus de consentir. La perspective de la validité d'une stérilisation pour motifs eugéniques ne peut laisser que perplexe, tant l'Histoire a eu à connaître de ses dérives³⁶⁰.

β-Les Etats frontaliers

73. Consécration par la loi allemande de la jurisprudence antérieure. En Allemagne, depuis l'abolition de la législation hitlérienne en 1946, aucune loi ne réglementait la stérilisation. Si une loi est intervenue pour y remédier, c'est seulement à la suite de la jurisprudence qu'elle l'a fait. La licéité des stérilisations a ainsi été admise par deux arrêts de la Cour suprême fédérale.

Le premier, l'arrêt DORHN, intervint le 27 octobre 1964 et le second en 1976 où il a été jugé que n'est pas illégale une stérilisation pratiquée sur une femme adulte et consentante même sans motif médical, social ou eugénique³⁶¹. Ces prises de position ont été confirmées en 1980 dans

³⁵⁹A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8, p. 18.

³⁶⁰V. *supra* §19.

³⁶¹Cités par A.M. DOURLIN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 145.

un rapport déposé par une commission gouvernementale ³⁶². L'acte devait seulement être déclaré aux autorités sanitaires et la stérilisation des mineurs était interdite, mais la situation des personnes handicapées mentales avait été éludée. C'est la loi du 12 septembre 1990 portant réforme du droit de la tutelle et de la curatelle des majeurs, qui vient combler cette lacune en instituant une possibilité de stérilisation des handicapés et malades mentaux ³⁶³.

Avant cette loi, un chiffre « noir » évalué à au moins mille interventions par an sur des personnes handicapées mentales, y compris des mineurs, avait été avancé, interventions qui se pratiquaient ainsi sans aucun contrôle des tribunaux. « C'est pourquoi la loi contient pour la stérilisation une réglementation dont le but est de limiter clairement la pratique effective de la stérilisation des handicapés mentaux non capables de discernement » ³⁶⁴. La loi du 12 septembre 1990 édicte tout d'abord l'interdiction absolue de pratiquer des stérilisations sur les mineurs : « ni les parents, ni le mineur lui-même ne peuvent consentir à la stérilisation » ³⁶⁵. Dans tous les cas, la stérilisation forcée est interdite : « toute réaction ou expression de défense de la part du handicapé mental empêche toute stérilisation ». Ce principe est interprété de façon extensive dans le sens où la moindre manifestation de volonté contraire de la personne concernée, telle une réaction de frayeur lors de l'entrée dans la salle d'opération, doit empêcher la réalisation de l'intervention.

Cette disposition s'explique probablement par le spectre des stérilisations forcées des personnes handicapées mentales pratiquées sous le régime nazi, et la volonté de ne susciter aucun amalgame avec les pratiques de cette période sombre de l'Histoire allemande. La loi précise en outre que les règles légales ne concernent pas seulement les femmes, mais sont aussi valables pour les hommes. Cette précision a sans doute été donnée dans un souci de parité car il est vrai, de manière générale, que les stérilisations féminines sont beaucoup plus nombreuses que les stérilisations masculines³⁶⁶. D'autant plus chez les personnes handicapées mentales, la femme subissant directement les conséquences d'une éventuelle grossesse, son entourage sera

Un autre arrêt entre dans cette jurisprudence admettant la licéité de la stérilisation volontaire, l'arrêt « Francfort sur le Main » du 11 octobre 1966, *vr Gaz. Pal.* 1967, 1, rub. Europ.

³⁶² A.M. DOURLLEN-ROLLIER *op. cit.*

³⁶³ Voir T. VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : Un modèle pour une éventuelle réforme du droit français? », *JCP N*, 1993, I, p. 396.

³⁶⁴ T. VERHEYDE, *op. cit.*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ *V. par ex.* Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable « Mettre fin aux stérilisations et castrations forcées », L. MAURY PASQUIER, 28 mai 2013, Doc. 13215, 2 §12, et 4.4.4 §53.

souvent amené à envisager l'intervention stérilisante. Deux conditions de fond sont alors imposées par la loi.

La première impose qu'une stérilisation ne peut être envisagée que si une grossesse ne peut pas être évitée par d'autres moyens de contraception supportables pour la personne concernée.

La seconde condition précise que la stérilisation n'est possible que pour éviter des situations graves de détresse qui seraient liées à une grossesse future. « Une telle situation de détresse peut exister lorsqu'on pourrait craindre d'une grossesse un danger pour la vie ou un danger de préjudice grave pour la santé physique ou mentale de la personne enceinte. Est considéré comme un danger de préjudice grave pour la santé mentale de la personne enceinte le danger d'une souffrance profonde et durable en lien avec la menace d'un retrait de l'enfant par décision judiciaire. La stérilisation n'est toutefois pas possible lorsque la situation de détresse peut être évitée d'une manière acceptable pour la personne concernée »³⁶⁷. Pourtant, il faut préciser que la notion d'incapacité avérée de la personne handicapée mentale à élever un enfant qui figurait dans le projet de loi initial n'a pas été retenue.

En matière de consentement, la loi affirme que la personne qui peut comprendre le sens et la portée de l'intervention doit décider elle-même ; le régime de stérilisation sans consentement ne peut s'appliquer qu'à une personne majeure incapable durablement de donner son consentement. Ainsi, la stérilisation d'une personne handicapée mentale ne peut être effectuée qu'avec l'accord d'un assistant spécial, qui n'est pas celui qui exerce la mission générale d'assistance et qui ne peut être qu'une personne physique. Cet accord nécessite l'autorisation du tribunal. Au cours de la procédure judiciaire, au moins deux expertises doivent être ordonnées. L'expert et le médecin qui pratiqueraient l'intervention doivent être des personnes différentes. L'intéressé est toujours entendu personnellement par le tribunal et une personne spécialement désignée assiste la personne tout au long de la procédure³⁶⁸. Dans tous les cas, la stérilisation ne peut intervenir qu'au terme d'un délai minimum de deux semaines suivant l'autorisation du tribunal et « il convient de toujours privilégier une méthode qui ne soit pas irréversible »³⁶⁹. Les dispositions de cette loi sont très détaillées en ce qui concerne la stérilisation parallèlement aux législations scandinaves précédentes. Toutefois ce dispositif est étonnant lorsque l'on constate qu'en 1990, année de promulgation de cette loi, l'interruption

³⁶⁷ T. VERHEYDE, op. cit.

³⁶⁸ Par exemple un avocat.

³⁶⁹ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

volontaire de grossesse est jugée illégale même lorsque l'embryon présente un handicap³⁷⁰. La législation allemande est un des rares exemples où la stérilisation a été légalisée avant l'avortement, mais elle n'est pas la seule, l'Espagne aussi en est un.

74. Espagne. Dispositions spécifiques aux personnes handicapées mentales. Dans ce pays, la stérilisation constituait à l'origine un délit au motif que la femme était définitivement privée de sa fonction de reproduction³⁷¹. Seul un motif thérapeutique pouvait légitimer l'acte stérilisant, tout comme en France. La stérilisation volontaire a été légalisée en 1983 au profit des majeurs non soumis à un régime de protection juridique « afin qu'ils puissent choisir librement la stérilisation pour contrôler leur fécondité »³⁷². Toutefois, avant la promulgation de cette loi, aucune poursuite n'avait été intentée contre des médecins ayant pratiqué des stérilisations purement contraceptives³⁷³.

Un régime spécifique à la stérilisation applicable aux personnes handicapées mentales a été établi par une loi du 21 juin 1989. Elle modifie l'article 428 du Code pénal espagnol qui, dans sa nouvelle rédaction, dispose que « la stérilisation d'un individu incapable et sérieusement [*sic*] handicapé mental n'est pas punie si elle a été autorisée par un juge à la demande des représentants légaux de la personne incapable, après avis de deux spécialistes, du procureur, et examen de la personne handicapée ». Ce texte a été critiqué par certains juristes au motif qu'il ne précise pas à partir de quel degré d'incapacité mentale le juge pouvait autoriser la stérilisation. En effet, l'individu en question doit répondre à la double exigence de son incapacité – juridique selon toute vraisemblance, mais aussi de son handicap mental « sérieux ». Cette dernière exigence laisse sans voix... Le texte a pourtant été jugé conforme à la Constitution espagnole par la Cour constitutionnelle réunie en séance plénière dans une décision rendue le 14 juillet 1994³⁷⁴. La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 précise pourtant, aux termes de son

³⁷⁰ Selon les dispositions de la loi pénale de 1976.

³⁷¹ La stérilisation pratiquée sur une femme était assimilée à une castration qui, selon l'article 429 du Code pénal espagnol, était passible d'une peine allant de douze à trente ans de prison.

³⁷² A. M. DOURLLEN-ROLLIER op. cit.

³⁷³ L'évolution commença en 1976, lorsque des médecins réclamèrent l'abolition d'une loi de 1941 interdisant les méthodes contraceptives. Celles-ci furent autorisées par une loi de 1978 et soixante-quatorze cliniques de planification familiale furent ouvertes. V.A.M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 154.

³⁷⁴ C. FABRE, « La stérilisation des malades mentaux en Espagne », *Rev. Futuribles*, 1994, n°193, p. 72. La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 précise, aux termes de son article 49, que « les pouvoirs publics poursuivront une politique de prévention, de traitement, de réhabilitation et d'intégration des handicapés physiques, sensoriels et psychiques à qui ils assureront les soins spécialisés dont ils auront besoin et ils leur accorderont une

article 49, que « les pouvoirs publics poursuivront une politique de prévention, de traitement, de réhabilitation et d'intégration des handicapés physiques, sensoriels et psychiques à qui ils assureront les soins spécialisés dont ils auront besoin et ils leur accorderont une protection particulière pour qu'ils jouissent des droits que le présent titre octroie à tous les citoyens ».

D'autres États européens autorisent la stérilisation contraceptive mais ils ne possèdent pas de régime spécifique aux personnes handicapées mentales.

b- L'absence de régime spécifique aux personnes handicapées mentales

75. Des États aux législations générales. De nombreux États possèdent des législations générales en matière de stérilisation contraceptive volontaire, mais ils ne se sont pas dotés d'un régime spécifique aux personnes déficientes mentales, catégorie de personnes la plus vulnérable pourtant. Toutefois, le Luxembourg se trouve dans une situation équivoque.

α)- Des États aux législations générales

76. L'obstacle d'un passé eugéniste. La Suède autorise la stérilisation contraceptive volontaire depuis une loi du 1^{er} février 1976, à condition d'être âgé de plus de vingt-cinq ans. L'avortement avait été légalisé l'année précédente. Il n'existe pas de régime spécifique aux personnes handicapées mentales, principalement à cause du passé eugéniste de ce pays dont les lois autorisaient - ou obligeaient- la stérilisation de personnes « considérées comme socialement inaptes »³⁷⁵. Ce passé jusqu'alors éludé semble constituer pour la Suède un obstacle majeur à

protection particulière pour qu'ils jouissent des droits que le présent titre octroie à tous les citoyens ».

³⁷⁵ La première fut votée en 1934 et autorisait la stérilisation sans le consentement du malade dans les cas de « maladie mentale, faiblesse d'esprit ou autres tares d'ordre mental », lorsque le patient était déclaré irresponsable ou incapable de donner son consentement. Elle s'appliquait lorsque le malade était incapable d'élever des enfants ou lorsqu'il y avait un risque de transmettre « la maladie mentale ou la faiblesse d'esprit ». Trois mille personnes ont ainsi été stérilisées. Une seconde loi intervint en 1941, étendant le champ d'application de la première à d'autres maladies héréditaires et à des cas de « comportement antisocial ». Ces nouvelles dispositions visaient principalement les femmes et la plupart des stérilisations ont été effectuées sous cette seconde loi. Elle a été abrogée en 1975 mais de 1935 jusqu'à cette date près de soixante-trois mille stérilisations furent pratiquées, dont quatre-vingt-dix pour cent sur des femmes. Cf A. DROUARD, « A propos de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 123. V. aussi ZYLBERMAN P., « Eugénisme à la scandinavie : le débat des historiens », *Revue Médecine et sciences*, vol.20, n°10, 2004, p.916-925. L'eugénisme suédois s'inscrivait dans une perspective hygiéniste, dont le but était de lutter contre la « dégénérescence ». Le scandale de ces lois suédoises a éclaté en 1997 avec leur révélation par les médias. V. de nouveau un article du Times, *La loi de stérilisation révèle la Suède répressive*, 31 mars 2000. V. également l'Express, *Suède : une trop parfaite démocratie*, 18 septembre 1997.

l'élaboration d'une nouvelle législation spécifique aux personnes handicapées mentales en matière de stérilisation.

La Norvège, autre pays scandinave mais non- membre de l'Union européenne, autorise également la stérilisation contraceptive volontaire depuis la loi du 3 juin 1977. Tout comme la Suède, elle n'a pas élaboré de régime spécifique aux personnes handicapées mentales, sans doute pour les mêmes raisons que cette dernière même si la polémique de 1997 n'a pas été aussi vive à son égard.

77. Effets pervers de la législation généraliste. En Autriche, une décision de la Cour suprême datant du 8 mai 1934 considérait la stérilisation comme constituant le délit de blessures volontaires. Mais depuis la réforme du Code pénal autrichien du 1^{er} janvier 1975, celui-ci dispose désormais que la stérilisation effectuée par un médecin avec le consentement d'un adulte de plus de vingt-cinq ans n'est pas illégale³⁷⁶. Il n'existe pas expressément de régime particulier applicable aux personnes handicapées mentales. Les handicapés « psychiques » placés sous contrainte dans des établissements hospitaliers sont représentés légalement par un avocat, qui veille en particulier au respect de leurs intérêts concernant les questions médicales. Ils sont désignés par le tribunal de la circonscription concernée. D'autre part, la représentation des malades qui se trouvent à titre consultatif dans un établissement n'est possible qu'avec leur consentement³⁷⁷. Si la personne handicapée mentale, placée sous contrainte, est protégée par un avocat pour les questions médicales, la stérilisation doit pouvoir entrer dans le champ de celles-ci.

Pourtant, en 1999, le Comité des droits de l'enfant rendant ses observations finales à l'égard de l'État autrichien, déclare qu'il « déplore que la stérilisation forcée des enfants mentalement handicapés, avec l'autorisation parentale, soit autorisée par la loi. [Le Comité] recommande que la législation en vigueur soit révisée afin que la stérilisation des enfants mentalement handicapés soit sujette à la décision d'un tribunal et que des services de soins et de conseils soient offerts afin de veiller à ce que cette décision soit prise conformément aux dispositions de la convention »³⁷⁸. Si, sous couvert de la loi, des stérilisations sont pratiquées sur des mineurs

³⁷⁶ A. M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, préc, p. 154.

³⁷⁷ V. Brochure du Ministère fédéral du travail et des affaires sociales autrichien, 1992, p. 34.

³⁷⁸ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales : Autriche*, après examen des rapports présentés par les Etats-parties en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant ; Nations Unies, 7 mai 1999, observation n° 17, site Internet des Nations Unies.

uniquement avec l'autorisation de leurs parents, elles le sont *a fortiori* sur des majeurs protégés déficients mentaux avec l'accord de leurs représentants légaux. D'autant plus qu'il y a une absence totale de contrôle juridictionnel, ce que ne manque pas de relever le Comité pour les droits de l'enfant. C'est un effet pervers des dispositions sur l'internement qui conduit à l'arbitraire. Les droits de l'enfant et les droits de l'Homme y sont bafoués.

78. Portugal. La stérilisation des personnes handicapées mentales occultée. Dans un pays latin, le Portugal, la stérilisation volontaire est aussi autorisée sans dispositions spéciales pour les personnes handicapées mentales. Il faut relever que la Constitution portugaise du 2 avril 1976 énumère, dans sa première partie, les droits et devoirs fondamentaux de façon très détaillée³⁷⁹. Ainsi, l'article 24 déclare le « *Droit à la vie : La vie humaine est inviolable* », l'article 25 déclare le « *Droit à l'intégrité de la personne : L'intégrité morale et physique des personnes est inviolable. Nul ne peut être soumis à [...] des traitements cruels, dégradants ou inhumains* », et aux termes de l'article 26 : « *A chacun est reconnu le droit à la protection de l'intimité de la vie privée et familiale* ». C'est une loi du 24 mars 1984, organisant l'éducation sexuelle et l'accès aux méthodes de planning familial, qui inclut la stérilisation contraceptive volontaire. Elle précise que cette intervention ne peut être effectuée que sur des adultes âgés de plus de vingt-cinq ans, ayant donné un consentement écrit après avoir été informés des conséquences de l'intervention. La situation des personnes handicapées mentales a été oubliée³⁸⁰.

β)-Le Luxembourg : une législation incertaine

79. Législation relative « aux méthodes de contrôle de la fécondité ». Le Luxembourg quant à lui, se trouve dans une position plutôt incertaine dans le domaine des stérilisations. En effet, la loi relative à l'éducation sexuelle, à l'interruption de grossesse et aux méthodes de contrôle de la fécondité promulguée le 15 novembre 1978, a légalisé l'avortement mais n'aborde pas la question des stérilisations³⁸¹.

Pourtant, selon Madame DOURLLEN-ROLLIER, cette loi inclut et légalise les stérilisations,

³⁷⁹ V. les articles 12 à 79 de la Constitution portugaise.

³⁸⁰ En 1998, à la demande de l'IGAS, l'Ambassade du Portugal à Paris avait commandé aux services compétents de Lisbonne une étude sur la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales. Elle n'est, semble-t-il, jamais parvenue à l'IGAS.

³⁸¹ JO du Grand-Duché du Luxembourg, 6 décembre 1978.

sans doute parce qu'elle estime qu'elles sont implicitement prévues dans les méthodes de contrôle de la fécondité³⁸². Cependant, peu avant cette loi, le Conseil de l'Ordre des médecins luxembourgeois avait rendu un avis datant de 1975 dans lequel il assimilait l'acte de stérilisation à une mutilation³⁸³. Aucune jurisprudence n'existe sur ce point. La stérilisation volontaire est sans doute tolérée sous couvert d'un habile motif médical ou si, selon les interprétations, la loi de 1978 l'autorise. En revanche celle des personnes handicapées mentales semble dans les deux cas exclue. En ce sens, une proposition parlementaire visant cette question, déposée en 1978 lors de l'élaboration de la loi du 15 novembre 1978, n'a pas connu de suite.

La situation du Luxembourg présente des similitudes avec celle existant en France avant la loi du 4 juillet 2001. Les exigences d'un motif médical et d'un consentement ne sont pas, semble-t-il, suffisantes pour éviter des stérilisations sur des personnes handicapées mentales.

2- Une reconnaissance jurisprudentielle ou institutionnelle

80. Disparité. Dans certains pays européens, les stérilisations volontaires ont été admises non par la loi mais par la jurisprudence ou les institutions médicales. Elles ont aussi appréhendé la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales, mise à part l'Italie. Seule l'Irlande interdit encore expressément la stérilisation depuis l'« *Offense against the person Act* » de 1861, ceci pour des raisons essentiellement religieuses. L'avortement a été légalisé depuis le 13 décembre 2018.

a- L'admission des stérilisations par la jurisprudence

81. Jurisprudence italienne. La Constitution Italienne du 27 décembre 1947 déclare dans son article 29 : « *La République reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage, [...] en cas d'incapacité des parents, la loi veille à l'accomplissement de leurs devoirs* » (article 30). Aux termes de l'article 32, « *La République protège la santé publique comme droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité [...] Nul ne peut*

³⁸² A.M. DOURLLEN-ROLLIER, op. cit.

³⁸³ Cité in *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, mars 1998, Tome IV, annexe III, p. 70.

être contraint à un traitement médical déterminé si ce n'est par une disposition de la loi. La loi ne peut en aucun cas violer les limites imposées par le respect de la personne humaine ». La Cour de cassation italienne avait admis la licéité des stérilisations volontaires dans un arrêt du 31 janvier 1934³⁸⁴, mais le régime de Mussolini promulgua une loi interdisant la stérilisation. Elle fut insérée dans le Code pénal italien aux articles 552 à 555, lesquels prohibaient toute forme de stérilisation humaine. Cette loi a été abrogée le 25 mai 1978 par le texte dépénalisant l'avortement³⁸⁵.

La question des stérilisations pratiquées sur des personnes handicapées mentales n'a jamais été posée à la Cour suprême italienne. Cependant les autorités commencent peu à peu à soulever ce problème. La Commission Nationale de Bioéthique a ainsi rendu un rapport en janvier 1998 dans lequel elle évoque le nombre de six mille stérilisations qui auraient été pratiquées sur des handicapés mentaux depuis 1985. Elle estime que ces interventions ont été effectuées principalement sur des filles et à la demande de leurs parents. La Commission fait part de doutes moraux exprimés par certains médecins et a demandé l'ouverture d'une enquête au Ministère de la Santé³⁸⁶.

82. Grande-Bretagne. Dispositif spécifique aux personnes handicapées mentales, « *in the patient's best interests* ». En Grande-Bretagne la situation est différente pour les personnes handicapées mentales. De manière générale, les textes anglais de droit écrit de valeur constitutionnelle ne comportent l'énoncé de droits et libertés fondamentales qu'en matière de libertés politiques, administratives et de droit pénal. L'accès à la contraception et à l'avortement a été légalisé par une loi de 1967. La vasectomie a été expressément reconnue par la loi du 26

³⁸⁴Cité par J. MAGNOL, « chronique de jurisprudence », *RSC*, 1937, p. 682.

³⁸⁵ Malgré cette abrogation, un gynécologue de Florence a été poursuivi en 1982 pour le délit de coups et blessures volontaires après avoir pratiqué des vasectomies sur des hommes consentants. Après une longue procédure, la Cour de cassation italienne acquitta le gynécologue dans un arrêt du 18 mars 1987²⁵⁷, au motif que dans un pays où la loi reconnaît le droit à une parentalité responsable et donne accès à la contraception, une stérilisation, même effectuée sans raison thérapeutique, n'est pas contraire à l'éthique ; Corte Suprema di Cassazione, Sect. Pénale, Conciani\ Procureur Général, 18 mars 1987, Arrêt n°438 ; cité *in* « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », *op. cit.*

Certes elle ne l'est pas lorsque la personne intéressée est pleinement en possession de toutes ses capacités intellectuelles – est capable juridiquement – et consent librement et de façon éclairée à une stérilisation contraceptive, qui est alors entièrement volontaire et relève sur un plan éthique, d'une liberté individuelle dans la mesure où la stérilisation ne nuit aucunement à autrui. En revanche, n'est-elle pas contraire à l'éthique lorsque la stérilisation dépourvue de raison thérapeutique est effectuée sur une personne ne possédant pas de volonté propre, incapable de consentir valablement à une telle intervention ?

³⁸⁶ On ne connaît pas les suites qui ont pu être données à cette requête.

octobre 1972, mais il n'existe pas de texte spécifique pour la stérilisation féminine. Celle-ci a toujours été considérée licite, comme constituant un droit dès lors que les inconvénients de la technique médicale ont été explicités et que le consentement éclairé de la personne concernée a été recueilli. Cette solution est le reflet de la conception traditionnelle libérale des Britanniques. La stérilisation contraceptive n'est alors soumise à aucun autre critère particulier et les médecins la pratiquent dans le cadre du Service national de santé, c'est-à-dire gratuitement. C'est pourquoi quatorze pour cent des femmes en âge de procréer ont recours à la stérilisation contraceptive³⁸⁷. Les règles applicables aux personnes handicapées mentales en matière de stérilisation ont été définies par la jurisprudence³⁸⁸.

La Chambre des Lords, par une décision du 30 avril 1987, a autorisé la stérilisation sans consentement d'une handicapée mentale mineure âgée de dix-sept ans, au motif qu'une grossesse constituerait « un véritable désastre »³⁸⁹. La décision a été critiquée par des associations d'aide aux handicapés mentaux et la presse a été divisée sur ce sujet.

En 1989, une seconde décision est intervenue, étendant la solution aux personnes handicapées mentales majeures. La Chambre des Lords a ainsi admis que les tribunaux pouvaient autoriser la stérilisation d'une personne handicapée mentale, sans son consentement, si cette autorisation est donnée « *in the patient's best interests* »³⁹⁰. Le Conseiller juridique de la Couronne a publié, en 1993, les lignes directrices applicables à ce type de stérilisation : « La stérilisation d'un mineur ou d'un adulte handicapé mental requiert dans pratiquement tous les cas l'autorisation préalable du Juge de la Haute Cour. Il s'agit d'établir que la stérilisation est proposée pour préserver les meilleurs intérêts du patient et non pour des raisons de commodités sociales. Il faut entendre tous les points de vue possibles et rechercher s'il n'existe pas d'alternative possible à la stérilisation ». Le juge, avant d'autoriser la stérilisation, devra rassembler des arguments clairs établissant que le consentement de la personne concernée est impossible à recueillir, que « le patient est et restera incapable de se faire sa propre opinion sur la stérilisation ».

³⁸⁷ A.M. DOURLLEN-ROLLIER, op. cit.

³⁸⁸ La Grande-Bretagne est un pays de la « Common law », la jurisprudence est donc la principale source du droit anglais.

³⁸⁹ Citée in Rapport IGAS, préc, p. 67.

³⁹⁰ A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8, p. 18-21 ; Rapport IGAS, préc.

La jurisprudence anglaise fournit une définition de l'aptitude à consentir en matière de stérilisation. Ainsi, trois conditions doivent être remplies pour que la personne concernée soit considérée apte à donner un consentement éclairé. Elle doit être capable de comprendre la nature et l'objet de l'intervention proposée, les risques et avantages, et toutes les autres alternatives. Elle doit être « convaincue » de cette information ; elle doit ensuite pouvoir « soupeser » cette information afin d'aboutir à une décision ³⁹¹. Toutefois, la personne concernée n'est pas directement entendue par le tribunal, mais par le Procureur. Les arguments rassemblés par le juge devront aussi établir qu'« il y a bien un besoin de contraception car le patient est physiquement capable de procréer et qu'il est en train ou va bientôt s'engager dans une activité sexuelle dans des conditions telles qu'il y a un réel danger de grossesse et pas seulement un simple risque », « que la grossesse et\ ou la naissance d'un enfant seront un plus grand traumatisme pour la patiente que celui résultant de la stérilisation et qu'elle est définitivement incapable de s'occuper d'un enfant même avec une aide raisonnable ». Enfin, la stérilisation ne devra pas provoquer de dommages physiques ou psychologiques plus importants que le bénéfice attendu et le juge devra s'informer sur l'état des connaissances scientifiques et médicales afin d'avoir la certitude que celles-ci « ne permettraient pas d'envisager des solutions moins drastiques ou un traitement du handicap, et être sûr que toutes les autres méthodes telles surveillance, éducation et formation, ne peuvent être mises en œuvre » ³⁹².

83. Effets pervers du dispositif anglais. C'est un dispositif assez précis, mais il présente en cela un effet pervers. Cette procédure applicable aux personnes inaptes à consentir est en effet très contraignante dans le sens où il ne peut être passé outre l'autorisation d'un tribunal qui doit vérifier la réalité de conditions nombreuses et précises. Les autorités anglaises admettent alors que la stérilisation est plus fréquemment pratiquée sur des personnes souffrant d'un handicap mental léger dans la mesure où le handicap mental profond ou sévère ne remplit que très rarement l'ensemble de ces conditions. C'est le principal effet pervers du dispositif anglais.

³⁹¹ Rapport IGAS, op. cit.

³⁹² Ibid.

b- L'admission des stérilisations par les institutions médicales

84. Belgique. En Belgique, la Constitution n'énumère pas de droits et libertés fondamentales, et il n'existe pas de loi spécifique portant sur la stérilisation. Toutefois, en 1974, une Commission nationale nommée par le gouvernement pour étudier les problèmes éthiques liés à la planification familiale, a rendu en 1976 un rapport dans lequel elle estime que la stérilisation volontaire est une méthode efficace qui ne constitue pas un délit si l'acte est effectué sur demande et avec l'accord de l'intéressé, ainsi que celui de son partenaire³⁹³. Ce dernier ne semble plus exigé dans la mesure où l'article 54 du Code de déontologie belge indique : « *Bien que le plus souvent bénigne, la stérilisation chirurgicale constitue une intervention lourde de conséquences. Dès lors, le médecin ne peut l'exécuter qu'après avoir informé correctement les conjoints ou partenaires sur son déroulement et ses conséquences. La personne qui subira l'intervention devra pouvoir prendre sa décision librement et l'opposition éventuelle du conjoint ou partenaire sera sans effet* ». Cependant en pratique, la stérilisation n'est généralement admise que pour motif médical. « Le consentement de la femme doit être exprimé par écrit. Un avis d'un conseiller de l'Ordre des médecins et un rapport médical final de trois médecins sont exigés »³⁹⁴. Pourtant, depuis 1980, la stérilisation féminine et masculine s'est répandue en Belgique puisque dix-sept pour cent des couples y ont recours³⁹⁵.

85. Stérilisation des handicapés mentaux. Préconisations. Le problème spécifique des personnes handicapées mentales a fait l'objet de deux avis en 1981 et 1994 du Conseil National de l'Ordre des médecins³⁹⁶.

³⁹³A. M. DOURLÉN-ROLLIER, op. cit.

³⁹⁴Rapport IGAS, préc., p. 62.

³⁹⁵A. M. DOURLÉN-ROLLIER, op. cit.

³⁹⁶A. BERNARD, D. SIROUX, op. Cit. Avis disponibles sur le site internet du Conseil National de l'Ordre des médecins, Belgique, www.ordomedic.be. L'avis de 1994 souligne que « la stérilisation systématique des handicapés mentaux est inacceptable et constituerait un comportement médical intolérable. La stérilisation définitive d'un handicapé mental est une intervention lourde de conséquences et requiert une indication indiscutable, chaque cas devant être examiné et discuté individuellement ». Les avis préconisent de rechercher, dans un premier temps, le consentement éclairé de l'intéressé, après lui avoir donné une information adéquate et patiente, avec l'assistance de personnes habituées à la communication avec des handicapés mentaux. Si le handicap est tel que le recueil d'un consentement éclairé n'est pas possible, le médecin qui a été saisi par demande écrite du représentant légal, a l'obligation de réunir une commission composée, outre de lui-même, de deux autres médecins : un psychiatre et un gynécologue ou urologue. Cette commission devra remettre un rapport portant sur quatre points : la démonstration de la nécessité de la stérilisation, dans l'intérêt même de la personne concernée ; la preuve de l'existence et de la qualité de l'information dispensée à la personne concernée, ainsi que celle de son incapacité à prendre une décision sur l'intervention ; le consentement écrit du représentant légal après lui avoir dispensé une

En 1998, le Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique a rendu un avis « relatif à la problématique de la stérilisation des handicapés mentaux », suite à la demande du Ministre flamand de la Politique de Santé³⁹⁷. Il considère le statut juridique de la personne. Si celle-ci jouit de tous ses droits et que le médecin l'estime apte à comprendre la nature et les conséquences de l'intervention, « elle doit être traitée comme tout autre adulte ». Lorsque ce n'est pas le cas, la stérilisation ne pourra être envisagée qu'avec l'accord du tuteur, ce qui impliquera préalablement le prononcé de sa « mise sous incapacité juridique ». Le Comité rappelle d'ailleurs que dans tous les cas, une stérilisation chez une personne incapable de donner un consentement éclairé ne sera juridiquement possible que si cette personne se trouve sous un statut d'« incapacité » juridique. Toutefois, il estime nécessaire de « distinguer l'incapacité justifiant la mesure juridique de l'incapacité à décider d'une stérilisation ». Dans le même sens, le droit français n'opère pas de confusion entre l'« incapacité » juridique des parents et l'incapacité d'élever leurs enfants qui en découlerait de façon systématique : « l'incapacité civile des parents n'obère pas *a priori* leurs capacités affectives et éducatives ; la santé, la sécurité et la moralité du mineur ne sont pas forcément en danger du fait du majeur protégé »³⁹⁸. Il s'agit en effet d'une distinction qui paraît fondamentale, d'autant plus dans l'hypothèse d'une suppression définitive de la capacité de procréer chez une personne³⁹⁹. Sur la présence dans ce dispositif d'un organe judiciaire, le Comité, « conformément à l'avis du Conseil National de l'Ordre des médecins, considère qu'une intervention *a priori* d'un tribunal compétent est inappropriée ». Il estime en effet que les magistrats ne sont pas assez compétents en la matière et que cette intervention alourdirait la procédure et « traumatiserait » la personne

information complète, notamment sur les conséquences de la stérilisation et les éventuels problèmes ultérieurs. La procédure est purement médicale puisqu'elle est concentrée dans les mains du médecin saisi de la demande. L'organe judiciaire n'intervient à aucun moment.

³⁹⁷ Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique, Avis n°8 *relatif à la pratique de la stérilisation des handicapés mentaux*, 14 septembre 1998, site Internet www.health.fgov.be. Le Comité précise que le médecin qui effectue une stérilisation en porte toujours la responsabilité.

³⁹⁸ T. FOSSIER, Obs. ss TGI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP G* 1990, II, 21514.

Depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, on ne parle plus d'incapable majeur, mais de majeur protégé.

³⁹⁹ Pour garantir une plus grande objectivité dans la décision, le Comité recommande la création d'une « équipe pluridisciplinaire » qui comprendrait « au minimum un médecin, un travailleur ou un infirmier social, un pédagogue ou un psychologue, tous spécialisés en handicap mental », mais « distincts des soignants de la personne concernée ». Cette équipe aura pour tâche de vérifier tout un ensemble de paramètres relativement à la personne concernée avant de rendre un avis au médecin sur le bien-fondé de la stérilisation. Le Comité insiste sur l'importance d'une équipe multidisciplinaire puisqu'il estime, « contrairement à ce qui est préconisé par le Conseil de l'Europe dans sa Résolution du 16 septembre 1992 sur les droits des handicapés mentaux, et contrairement à ce que prévoit le Conseil de l'Ordre des médecins dans son avis du 15 janvier 1994, que la consultation d'une équipe multidisciplinaire est préférable à celle d'un deuxième ou troisième médecin ».

concernée.

Pourtant, la Résolution du Conseil de l'Europe de 1992 prévoit que la décision définitive de la stérilisation soit prononcée par un tribunal. Les membres du Comité préconisent aussi « l'installation d'une commission nationale d'évaluation par analogie à la Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption volontaire de grossesse, à laquelle sera déclarée obligatoirement toute intervention de stérilisation des personnes handicapées mentales ». Ils espèrent ainsi optimiser la transparence des pratiques de stérilisation, tout en limitant les abus.

86. Proposition de loi. Une proposition de loi relative à la stérilisation contraceptive et thérapeutique a été déposée par Madame Christine DEFRAIGNE le 12 décembre 2003⁴⁰⁰ au Sénat. La sénatrice soumet dans cette proposition la stérilisation thérapeutique au même régime que la stérilisation contraceptive⁴⁰¹. La proposition prévoit un régime spécifique aux personnes majeures protégées mais ne fait aucune référence au handicap mental, ou à l'altération des facultés mentales. Le texte proposé reprend en termes quasi identiques l'article L 2123-2 du Code de la santé publique français, issu de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001⁴⁰², à l'exception du recueil de l'avis d'un comité d'experts⁴⁰³. Cette proposition de loi a fait l'objet d'un envoi en commission des affaires sociales, qui a demandé l'avis du groupe de travail « bioéthique » du Sénat belge. Ce dernier a rendu son rapport le 8 novembre 2006⁴⁰⁴, mais la procédure législative a été interrompue pour « caducité par dissolution des chambres » le 2 mai

⁴⁰⁰ Proposition de loi n°3-419/1 relative à la stérilisation contraceptive et thérapeutique, DEFRAIGNE Ch., 12 décembre 2003, www.senate.be. La sénatrice est présidente du Sénat belge depuis 2014.

⁴⁰¹ Article 2 de la proposition de loi. Cf. *supra* §59 la distinction pourtant essentielle entre les deux types de stérilisation.

⁴⁰² Sur la loi française n°2001-588 du 4 juillet 2001, cf. *infra* §119.

⁴⁰³ L'article 7 de la proposition de loi belge n°3-419/1 sur la stérilisation est ainsi rédigé :

« § 1. La ligature des trompes ou des canaux déférents ou toute autre technique ayant pour objet une stérilisation à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne placée sous tutelle ou sous administration provisoire que s'il existe une contre-indication médicale absolue aux autres méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Cette circonstance est dûment constatée par un médecin.

§ 2. L'intervention visée au § 1^{er} est subordonnée à une décision du juge de paix, en application de l'article 590 du Code judiciaire, saisi par les père et mère ou par le représentant légal de la personne concernée.

Le juge se prononce après avoir entendu en chambre du conseil la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son accord est systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre son refus ou son changement d'opinion. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Le juge se fait remettre le dossier médical de la personne concernée avant de prendre sa décision ». Cf. *infra* §180 sur le comité d'experts instauré par la loi française du 4 juillet 2001.

⁴⁰⁴ MAHOUX M., Rapport fait au nom du groupe de travail « bioéthique », n°3-419/2, 8 novembre 2006, Sénat, session 2006-2007, www.senate.be.

2007⁴⁰⁵, et n'a pas été remis à l'ordre du jour depuis.

Pourtant en 2014, le Conseil National de l'Ordre des médecins est de nouveau saisi d'une question relative à la stérilisation contraceptive d'une personne déficiente mentale⁴⁰⁶. Il rend son avis le 15 novembre 2014, dans lequel il alerte le législateur belge sur les contradictions résultant de la réforme du régime des incapacités et de la loi relative aux droits du patient.

En effet, la loi du 17 mars 2013 a inséré l'article 497/2 dans le Code civil belge⁴⁰⁷, qui énumère une liste d'actes qui ne sont pas susceptibles d'assistance ou de représentation par l'administrateur de la personne protégée⁴⁰⁸, dont le consentement à une stérilisation figure de façon expresse⁴⁰⁹. Mais la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient prévoit des mécanismes de substitution lorsque le patient majeur n'est pas en mesure d'exercer lui-même ses droits, en particulier lorsqu'il n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté⁴¹⁰. Il pourra selon les cas être représenté par un mandataire qu'il aura désigné à cet effet, un administrateur au sens de la loi de 2013, ou un représentant légal⁴¹¹. Or il semble que l'interdiction de consentir à une

⁴⁰⁵ Proposition de loi relative à la stérilisation contraceptive et thérapeutique, Documents législatifs, n°S.3-419, Sénat de Belgique, www.senate.be.

⁴⁰⁶ Courrier du 1er juillet 2014 émanant d'un médecin belge et adressé au Conseil National de l'Ordre des médecins, « concernant la stérilisation d'une personne majeure incapable dans un but contraceptif » cité *in* Conseil national de l'Ordre des médecins, « Stérilisation dans un but contraceptif d'une personne déficiente mentale », Avis, Bull. N°147, doc. n°a147012, 15 novembre 2014, site du Conseil National de l'Ordre des médecins, Belgique, www.ordomedic.be.

⁴⁰⁷ Art.70, Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, M.B. (Moniteur Belge), 14 juin 2013. Sur cette réforme belge, d'une ampleur similaire à la réforme française des régimes de protection du 5 mars 2007, voir l'ouvrage *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Actes de la journée d'études organisée le 12 mai 2014 par le Conseil francophone de la F.N.R.B., Coll. Conseil francophone de la fédération royale du notariat belge, 1ère éd., Bruylant.

⁴⁰⁸ En droit belge, les missions d'assistance ou de représentation du majeur protégé sont réunies sous le seul terme d'administrateur. L'étendue de la mission de l'administrateur sera fonction de la décision du juge de paix, qui prendra en compte la capacité naturelle du majeur à protéger pour chaque type d'actes. L'article 494 du Code civil belge, issu de la loi du 17 mars 2013, donne ainsi une définition des principaux termes employés dans le nouveau régime de protection applicable aux majeurs. Article 494 : « *Pour l'application du présent chapitre, on entend par : a) personne protégée : une personne majeure qui, par une décision prise conformément à l'article 492/1, a été déclarée incapable d'accomplir un ou plusieurs actes; b) administrateur de la personne: personne qui assiste ou représente la personne protégée dans l'accomplissement d'actes relatifs à sa personne, pour lesquels elle a été déclarée incapable conformément à l'article 492/1; c) administrateur des biens : personne qui assiste ou représente la personne protégée dans l'accomplissement d'actes relatifs à ses biens, pour lesquels elle a été déclarée incapable conformément à l'article 492/1* ». L'article 491 procède de la même façon.

⁴⁰⁹ Article 497/2 Code civil belge : « *Les actes suivants ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation par l'administrateur : [...] 15° le consentement à une stérilisation ; [...]* ». Il énumère ainsi 25 autres actes qui sont de nature personnelle pour le majeur protégé, voire « strictement personnelle », telle qu'entendue par l'article 458 du code civil français.

⁴¹⁰ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, M. B. (Moniteur Belge) du 26 septembre 2002.

⁴¹¹ Article 14, Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, op. cit.

stérilisation pour l'administrateur judiciaire ne soit pas opposable au mandataire et au représentant légal. Devant cette contradiction, le Conseil National de l'Ordre des médecins belge a saisi la ministre de la Santé publique, mais aucune réponse n'a à ce jour été apportée⁴¹². Cette contradiction n'est pas sans rappeler celle qui résultait de la combinaison des dispositions régissant les actes personnels du majeur protégé avec celles du Code de la santé publique en droit français⁴¹³, avant l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020⁴¹⁴.

Si des stérilisations sont effectivement pratiquées sur des personnes handicapées mentales, selon L. SERVAIS, « il est à l'heure actuelle bien difficile de se faire une idée de la question en Belgique car les récents scandales en France et en Suède ont entretenu un climat de méfiance qui règne dans de nombreuses institutions vis-à-vis de tout ce qui touche de près ou de loin au problème de la sexualité des personnes handicapées mentales adultes »⁴¹⁵. L. Servais, membre du Service de psychopathologie des Cliniques Universitaires Saint-Luc à Bruxelles, a publié des travaux sur la stérilisation des personnes handicapées mentales. « Nous avons été extrêmement surpris de constater la corrélation qui existait entre l'âge des personnes et leur moyen contraceptif, particulièrement en ce qui concerne la stérilisation [...]. La ligature des trompes est, elle, significativement associée aux âges les plus jeunes (tranche vingt/ vingt-neuf ans) sans que d'autres facteurs explicatifs puissent en justifier la pratique »⁴¹⁶.

87. Pays-Bas. Aux Pays-Bas aussi, la stérilisation n'est autorisée par aucune réglementation. La situation des deux pays est assez semblable. La Constitution néerlandaise du 17 février 1983 dispose dans son article 11 que « *Toute personne a droit à l'intégrité corporelle, sauf restriction à établir par la loi ou en vertu de la loi* ». L'avortement a ainsi été légalisé en 1984. L'image de la stérilisation a longtemps été négative à cause du traumatisme provoqué par l'idéologie

⁴¹² « Lettre du Conseil national à Madame Maggie DE BLOCK, Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique », Annexe, Conseil national de l'Ordre des médecins, « Stérilisation dans un but contraceptif d'une personne déficiente mentale », Avis, Bull. N°147, doc. n°a147012, 15 novembre 2014, site du Conseil National de l'Ordre des médecins, Belgique, www.ordomedic.be.

⁴¹³ Notamment les articles 459 C. civ. et L. 1111-4 CSP. Cf *infra* §143 s. le consentement à l'acte médical du majeur protégé, p. 152.

⁴¹⁴ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020. Voir A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU, G. RAOUL-CORMEIL et F. ROGUE, « Les personnes protégées, une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, p. 992 ; et J. COUARD, « Parution d'une ordonnance sur les majeurs protégés », *Dr. fam.* 2020, alerte 43.

⁴¹⁵ L. SERVAIS, Ph. HOYOIS, J. P. ROUSSAUX, « La stérilisation des personnes handicapées mentales, un problème du passé ? », *Rev. Europ. du handicap mental*, 2000, fasc. n°21, p. 4-17.

⁴¹⁶ *Ibid.*

nazie. Mais à partir des années soixante-dix, les mentalités évoluent et dans l'édition de 1978, le Manuel des médecins néerlandais indique que la décision de la stérilisation ne doit pas être prise par le médecin mais par le couple. Cette pratique s'est peu à peu développée à partir des années quatre-vingt et la stérilisation sur demande est aujourd'hui remboursée par le système d'assurance de santé publique ⁴¹⁷.

88. Directives lacunaires sur la stérilisation des personnes handicapées mentales. La question de la stérilisation des personnes handicapées mentales a émergé durant la même période, en 1981, lors de la discussion préalable à la libéralisation des avortements. Aucun texte n'a été élaboré mais la « *Medical General Inspection for Public Health* » a établi la même année des directives sur la question ⁴¹⁸. Elle indique que la décision de stérilisation doit être prise après consultation du représentant légal et de deux personnes employées dans l'institution. La stérilisation ne peut être pratiquée en l'absence d'accord unanime entre ces trois personnes. L'intervention ne doit pas être effectuée non plus en cas de refus du patient.

89. Dangers. Néanmoins plusieurs questions demeurent posées : d'une part, qui est habilité à être l'auteur de la demande de stérilisation ? Le médecin, le représentant légal, un employé de l'institution, la personne protégée elle-même, ou bien toute autre personne qui en ferait la demande ? Aucune précision n'est donnée sur l'auteur de la demande. D'autre part, qui prend finalement la décision de pratiquer l'intervention stérilisante et pour quels motifs ? Il semble, en déduction de ces quelques lignes que constituent les directives, que la décision reviendra au médecin, après « consultation » de trois personnes dont le « représentant légal ». Dès lors, comment et par qui les deux personnes employées dans l'institution seront-elles choisies afin d'émettre leur avis ? Quels motifs pourront justifier une décision de stérilisation sur un tiers ? La procédure se déroule en vase clos, à l'intérieur d'une sphère totalement privée, et sans aucun contrôle extérieur. Dans ces conditions, comment avoir la certitude que le refus de la personne concernée sera respecté ?

Il s'agit de directives lacunaires, empruntes de subjectivité et qui ne permettent pas d'offrir des garanties suffisantes à la protection et à la préservation des droits fondamentaux de la personne handicapée mentale. De par leur caractère fort approximatif, elles constituent en

⁴¹⁷ A. M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 156.

⁴¹⁸ A. BERNARD et D. SIROUX, op. cit.

définitive un réel danger pour les personnes vulnérables auxquelles pourtant elles s'adressent.

B- LA POSITION D'UN ÉTAT EXTRACOMMUNAUTAIRE : LA SUISSE.

90. Contexte. En 1997, à la suite de la polémique suédoise après la révélation par la presse de stérilisations « forcées » de personnes handicapées mentales entre 1935 et 1976, la controverse a atteint la Suisse. Le Canton de Vaud, « pionnier en la matière en Europe »⁴¹⁹, a été montré du doigt à cause de sa loi du 3 septembre 1928. Une étude lui sera consacré à ce titre dans un premier temps, avant d'examiner la situation actuelle de la Suisse en matière de stérilisation.

1-Le précédent du Canton de VAUD

91. Canton précurseur. Le Canton de Vaud, « précurseur » dans le domaine des stérilisations pratiquées sur les personnes handicapées mentales, s'est doté très tôt d'une législation coercitive à leur encontre. Les appréciations de cette législation discriminatoire se sont révélées contrastées.

a -Une législation coercitive.

92. Lois eugéniques. La loi du 14 février 1901 sur le régime des personnes atteintes de maladies mentales ne contient aucune disposition sur la limitation de la transmission héréditaire des maladies mentales. Mais l'évolution des théories psychiatriques sur la dégénérescence conduit peu à peu à accorder un rôle prépondérant à l'hérédité des maladies mentales, tandis que l'eugénisme qui se développe au début du XXème siècle apporte des « solutions » pour éliminer cette cause. C'est dans ce contexte que la loi du 3 septembre 1928 ajoute un nouvel article 28 Bis à la loi de 1901. Ce dernier établit les conditions dans lesquelles la stérilisation légale et coercitive des malades mentaux va être autorisée : « *Une personne atteinte de maladie*

⁴¹⁹ J. GASSER, G. HELLER, *Les débuts de la stérilisation légale des malades mentaux dans le Canton de Vaud*, Institut Universitaire d'histoire de la médecine et de la santé publique, novembre 1997, site Internet www.GRAAP.ch.

*mentale ou d'infirmité mentale peut être l'objet de mesures d'ordre médical pour empêcher la survenance d'enfants, si elle est reconnue incurable et si, selon toutes prévisions, elle ne peut avoir qu'une descendance tarée. L'intervention médicale n'a lieu que sur autorisation du Conseil de Santé. Le Conseil de Santé lui-même ne donne cette autorisation qu'après enquête et sur préavis conforme de deux médecins désignés par lui. Il décide de l'attribution des frais »*⁴²⁰.

Dès avant cette loi, l'article 97 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 interdisait le mariage des malades mentaux. Le nouvel article 28 Bis est le premier en Europe à donner un cadre légal à cette pratique même si elle existait de fait dans le Canton de Vaud depuis 1919⁴²¹. Les moyens légaux existant pour éviter la survenue d'un enfant chez une malade mentale vont être renforcés par l'article 130 du Code pénal vaudois du 1^{er} juillet 1932 sur l'avortement : « *L'avortement n'est pas punissable lorsqu'il est appliqué sur une personne atteinte d'une maladie mentale ou d'une infirmité mentale dont la descendance selon toutes prévisions ne peut être que tarée. Toutefois, il ne peut être opéré qu'avec le consentement et l'autorisation du Conseil de Santé* ».

⁴²⁰ Recueil de Lois, Canton de Vaud, 1928, p. 70, cité in Les débuts de la stérilisation légale des malades mentaux dans le Canton de Vaud, op. cit.

⁴²¹ H. STECK, « La pratique de la stérilisation légale des anormaux psychiques dans le Canton de Vaud », *Rev. médicale de la Suisse romande*, 1935, 55, p. 874-895. La loi de 1928 prévoit quatre types de contrôle de la validité de la demande de stérilisation. Le premier type de contrôle est représenté par le chef du Service Sanitaire, auquel est adressée la demande qui peut être formulée par la famille, le représentant légal, le médecin, la commune d'origine de la personne concernée, ou les autorités administratives ou juridiques de façon générale. Si la demande n'est pas manifestement inacceptable, le chef du Service Sanitaire la transmet au Conseil de Santé. Ce dernier a pour mission de vérifier si la demande est susceptible de relever de la loi, et peut à ce titre demander des compléments d'information, généralement un certificat médical attestant une maladie ou une infirmité mentale probable. Si le Conseil considère la demande valable, il donnera un préavis favorable et procédera à la désignation de deux médecins- experts, le plus souvent un psychiatre et un gynécologue. A ce troisième type de contrôle, les experts doivent apporter des réponses à trois séries de questions : la personne concernée est-elle atteinte d'une maladie mentale ou d'une infirmité mentale ? Si la réponse est affirmative, les experts doivent faire un diagnostic précis de la maladie. Ils ont ensuite obligation de déterminer si la maladie ou l'infirmité mentale est incurable et, le cas échéant établir que, selon toutes prévisions vraisemblables, la personne concernée ne pourra avoir qu'une descendance « tarée ». Les experts rendent ensuite leurs conclusions au Conseil de Santé qui vérifie que toutes les réponses aux questions posées sont positives et dûment motivées avant de donner son autorisation à la stérilisation. Le quatrième et dernier niveau de contrôle est représenté par « l'opérateur ». Si celui-ci estime « en son âme et conscience » que l'intervention est injustifiée, il n'est pas tenu par la loi de « faire l'opération », l'autorisation donnée par le Conseil de Santé ne rendant pas la stérilisation obligatoire.

b- Des réactions divergentes

93. Force du courant eugéniste. Les études menées sur l'article 28 Bis et ses applications aboutissent à des conclusions différentes. P. EHRENSTRÖM soulève le fait que dans la procédure, la parole de la personne concernée est niée : « On ne prévoit ni l'audition de l'aliéné ni la possibilité de faire recours »⁴²². Il estime aussi que le Conseil de Santé est « tout puissant ».

J. GASSER a une opinion différente et justifie l'absence de prise en compte de la parole du malade mental en observant que « l'article [28 Bis] concerne des personnes considérées comme irresponsables, il est par conséquent difficile de s'appuyer sur leur opinion. Notons cependant que les experts et le Conseil de Santé sont amenés à rencontrer, questionner et écouter la personne elle-même ainsi que les proches et les autorités pour se faire leur opinion »⁴²³. J. GASSER estime que l'article 28 Bis instaure de nouvelles garanties en introduisant des critères d'appréciation et diverses consultations préalablement à la prise de décision. Il insiste sur le rôle protecteur de cette loi⁴²⁴.

Pourtant, en premier lieu, au regard des motifs exprimés en faveur de l'adoption d'une telle loi lors de sa préparation, le « rôle protecteur de la loi » n'était pas une des préoccupations principales. En effet, lors des discussions qui se sont déroulées au sein du Conseil de Santé, auteur du projet de loi, un membre a pu préciser que « le but financier, c'est-à-dire la diminution prévue des charges pour les communes, n'est pas suffisant. Le seul point de vue à envisager est l'amélioration de la race »⁴²⁵. Dans l'exposé des motifs aboutissant à proposer cette loi au Grand Conseil, il est aussi affirmé que « cette opération peut se faire sans danger évident et sans mutilation de l'individu »⁴²⁶. Certains membres estimaient la stérilisation préférable à l'internement prolongé dans un asile⁴²⁷. Aussi, la stérilisation était proposée comme

⁴²² P. EHRENSTRÖM, *Eugénisme et question sociale*, Mémoire de Faculté des Lettres de Genève, 1989, p. 33.

⁴²³ J. GASSER, G. HELLER, *Les débuts de la stérilisation légale des malades mentaux dans le Canton de Vaud*, Institut Universitaire d'histoire de la médecine et de la santé publique, novembre 1997, site Internet www.GRAAP.ch.

⁴²⁴ « L'analyse faite par EHRENSTRÖM présente cependant une lacune sur un point qui nous paraît essentiel : cela concerne le rôle protecteur de la loi. Or à aucun moment il ne parle du rôle de filtre joué par le Conseil de Santé [...] il parle des autorisations sans aborder les refus », J. GASSER, op. cit.

⁴²⁵ Procès-Verbal du Conseil de Santé, 14 juillet 1927, Archives du service de santé publique, cité in *Les débuts de la stérilisation légale des malades mentaux dans le Canton de Vaud*, op. cit.

⁴²⁶ Bulletin des séances du Grand Conseil du Canton de Vaud, Exposé des motifs, printemps 1928, séance du 22 mai 1928, p.507, Ibid.

⁴²⁷ En effet, selon eux, la stérilisation est préférable à l'internement prolongé dans un asile. « qui constitue, la plupart du temps, une atteinte à la liberté individuelle et un inconvénient plus grave qu'une intervention bénigne,

l'alternative à l'internement pour les « débilés mentaux » ou, plus rarement, « pour des délinquants contre les mœurs ». Il semble dès lors difficile dans ce contexte, de soutenir que cette loi de 1928 ait une quelconque vocation, un quelconque « rôle protecteur » à l'égard des personnes visées par ses dispositions, contrairement à ce qu'affirme J. Gasser.

En second lieu, dans le sens de P. EHRENSTRÖM sur l'absence de prise en compte du sentiment de la personne malade mentale, la formulation initiale de l'article 28 Bis intégrait tout au moins la « famille et un tuteur nommé *ad hoc* » : « Le Conseil de Santé prend l'avis de la famille du malade ou de son représentant légal »⁴²⁸. Cependant cette considération n'a pas été retenue⁴²⁹. Ainsi, la famille ou le représentant légal de la personne concernée sont totalement exclus de la procédure, mais aussi et surtout la personne elle-même. Nulle mention n'est faite relativement à sa volonté ou à une quelconque expression de cette dernière. Il ressort finalement des dispositions de cette loi, de même que du déroulement de la procédure qui en découle, une véritable réification de la personne déficiente mentale. L'article 28 Bis deviendra l'article 32 de la loi de 1939 sur les malades mentaux et autres psychopathes.

2- Réglementation actuelle des stérilisations

94. Abrogation tardive de la législation eugénique. La Constitution Fédérale suisse du 29 mai 1874 ne comporte pas d'énoncé de droits et libertés fondamentales. Au début des années quatre-vingts, une polémique s'est déclenchée lorsque l'opinion publique s'aperçut que l'ancienne loi autorisant la stérilisation des handicapés mentaux n'avait pas été abrogée. Elle le fut seulement en 1985. Devant cette inquiétude, l'Académie Suisse des sciences médicales formula le 17 novembre 1981 des recommandations d'éthique médicale pour la stérilisation chirurgicale des sujets déficients mentaux⁴³⁰. Ce n'est qu'en 2004 que le législateur est intervenu sur cette question⁴³¹.

et constitue pour la société des complications autrement sérieuses. Le budget de l'Etat dans ce domaine est sérieusement chargé » ; Ibid.

⁴²⁸ Procès-Verbal du Conseil de Santé, 14 juillet 1927, p.4.

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

⁴³¹ Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation) du 17 décembre 2004, RS 211.111.1, RO 2005 p.2499.

a- Les recommandations de l'Académie Suisse des sciences médicales.

95. Directives médico-éthiques pour la stérilisation. La résolution de 1981 aborde d'une part la stérilisation contraceptive volontaire de manière générale, et d'autre part la stérilisation de sujets déficients mentaux. Elle déclare que toute personne capable et adulte peut décider d'être stérilisée. Le médecin doit informer le patient que l'intervention est irréversible, et s'assurer qu'il a donné librement son consentement par écrit. Le médecin est le seul juge de la demande qui lui est présentée. Il en établit les indications selon sa conscience. Certains praticiens souhaitaient une autorisation législative expresse, car il n'y avait pas de législation définissant le régime des stérilisations ⁴³². Pourtant, seize pour cent des couples ont recours à cette intervention, qu'elle soit pratiquée sur le sujet masculin ou féminin ⁴³³.

Un autre volet de la résolution est consacré à la stérilisation des déficients mentaux ⁴³⁴. L'Académie indique sur ce point qu'une consultation psychiatrique avec information constitue une condition préalable absolue. Cette consultation a pour but d'établir « le diagnostic et le pronostic de la déficience mentale avec une sûreté suffisante ». Il s'agit d'évaluer précisément le degré de la déficience mentale et de s'assurer qu'elle n'évoluera pas. Un sujet déficient mental se révélant capable d'apprécier la portée de l'intervention pourra décider si elle doit être pratiquée, et il sera le seul à pouvoir le faire.

La capacité de discernement doit être appréciée en fonction de la situation. Le sujet déficient mental doit au moins comprendre qu'une intervention chirurgicale sera pratiquée, et qu'elle l'empêchera de façon durable d'engendrer ou de concevoir. Aussi, il faut éviter l'intervention sur un sujet qui n'a pas compris le problème avec toutes ses conséquences, et ne pas refuser de manière inadmissible de tenir compte du désir d'un sujet, qui a le droit de disposer de lui-même. Sur ce point, « beaucoup de sujets déficients mentaux, en particulier les débiles mentaux, sont fortement dépendants de leur famille ou de ceux qui s'occupent d'eux. Il est donc important qu'ils puissent, dans la mesure du possible, exprimer librement leur opinion, c'est-à-dire en dehors de la présence de tiers qui les influencent ». Les sujets déficients mentaux doivent

⁴³² Si ce n'est pour les déficients mentaux à l'époque où l'Académie Suisse des sciences médicales a émis ces recommandations, mais l'ancienne loi de 1939 était déjà considérée comme abrogée par l'opinion publique, et il n'existait à l'époque aucun texte régissant la stérilisation contraceptive volontaire.

⁴³³ A. M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p.154.

⁴³⁴ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

ensuite pouvoir bénéficier d'« assez de temps pour mûrir leur décision ». L'Académie préconise ainsi d'effectuer deux consultations séparées par un intervalle de plusieurs semaines.

Le délai n'est pas établi avec précision, et dépendra certainement du degré de handicap mental de la personne et de sa capacité de discernement. Il semble toutefois qu'il ne pourra pas être inférieur à deux semaines entre les deux consultations, délai dont le médecin bénéficiera lui aussi pour s'assurer qu'il s'agit de la meilleure solution pour le patient : « Chez le sujet déficient mental, les risques d'un mécontentement ou de conséquences désagréables qui seront attribuées à l'intervention sont plus grands que chez le sujet sain. Il appartient donc au médecin de peser soigneusement les avantages et les inconvénients de chaque solution et de choisir ensuite celle qui sera la plus utile à l'intéressé »⁴³⁵. Dès lors, le médecin devra effectuer un bilan coût- avantages de l'intervention envisagée, ainsi que des autres méthodes contraceptives. L'Académie Suisse estime en effet que la stérilisation ne doit être envisagée qu'en dernier recours, elle préconise plutôt une contraception réversible. L'opération sera en revanche inadmissible chez une personne déficiente mentale incapable de discernement, car « il s'agit d'un droit extrêmement personnel qui ne peut pas être exercé par un suppléant légal ».

Les « Directives médico-éthiques pour la stérilisation » de 1981 ont été complétées le 27 février 2001 par des « recommandations concernant la stérilisation de personnes mentalement déficientes »⁴³⁶.

96. Conséquences du vide juridique. L'Académie Suisse des Sciences Médicales avait initialement pour objectif d'établir de nouvelles directives sur la question, le caractère exclusif des stérilisations sur des personnes handicapées mentales incapables de discernement étant désormais considéré comme inapproprié⁴³⁷. Ainsi, les directives publiées au printemps 2000 pour être soumises à la procédure de consultation, prévoyaient qu'une stérilisation pouvait être envisagée, comme dernier recours, lorsque des mesures de contraception réversibles n'étaient pas applicables et que, de plus, certaines conditions clairement définies étaient remplies. Leur publication a suscité de nombreuses réactions hostiles, notamment de la part des organisations de personnes handicapées et de celles consacrées à l'éducation spécialisée. Devant cette

⁴³⁵ Académie Suisse des Sciences Médicales, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, adoptées par le Sénat de l'A.S.S.M., 17 novembre 1981, site Internet de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, www.assm.ch.

⁴³⁶ Académie Suisse des Sciences médicales, *Recommandations concernant la stérilisation de personnes mentalement déficientes*, Complément aux directives de 1981, approuvées par la Commission Centrale d'Ethique de l'A.S.S.M., 16 février 2001, site Internet de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, www.assm.ch.

⁴³⁷ V. l'article « *La Suisse met à jour les règles de stérilisation des handicapés mentaux* », *The Lancet*, 4 mars 2000.

hostilité, mais aussi à cause d'activités législatives initiées sur la question, l'Académie Suisse a décidé de ne pas édicter ces directives ou du moins de les reporter.

En revanche, dans l'attente de dispositions législatives expresses, elle a néanmoins élaboré les nouvelles recommandations. Celles-ci soulignent l'importance d'utiliser en premier lieu des méthodes contraceptives réversibles. Lorsque la personne déficiente mentale est capable de discernement, l'intervention stérilisante ne sera envisagée qu'en dernier lieu et comme « *ultima ratio* ». L'accord explicite de la personne concernée est impératif, après lui avoir donné « une explication minutieuse » et après expertise psychiatrique. La stérilisation pratiquée sur des personnes mentalement déficientes et incapables de discernement demeure interdite en raison « des lacunes juridiques actuelles ».

b- L'intervention législative

97. Loi du 17 décembre 2004. A la suite du scandale révélé en Suède puis en Suisse sur les pratiques de stérilisations forcées, la Conseillère nationale Madame MARGRITH VON FELTEN a déposé une initiative parlementaire visant à indemniser les personnes victimes de stérilisations forcées⁴³⁸. La Commission des affaires juridiques du Conseil national, chargée par ce dernier d'élaborer le projet de loi, a décidé dans le même temps « d'examiner l'opportunité de régler dans le droit fédéral la question de la stérilisation des personnes mineures, sous tutelle et incapables de discernement »⁴³⁹. Il est ressorti des travaux de la Commission deux projets de loi, l'un sur les conditions d'indemnisation des victimes de stérilisations forcées, l'autre sur les conditions et procédures de stérilisation⁴⁴⁰. Après quelques modifications⁴⁴¹, la loi est adoptée le 17 décembre 2004, et est entrée en vigueur le 1er juillet 2005⁴⁴². Les articles 1 et 2 délimitent le champ d'application de la loi. Ils distinguent clairement la stérilisation « à des fins contraceptives » de la stérilisation thérapeutique dont la suppression des facultés reproductrices d'une personne n'est que la conséquence, « l'effet secondaire inévitable » de l'intervention

⁴³⁸ M. VON FELTEN, « Initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes », n°99.451, Conseil national, déposée le 15 octobre 1999, Bulletin Officiel 2004 N 246, www.parlament.ch.

⁴³⁹ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport du 23 juin 2003, 99.451, Feuille Fédérale 2003-1504, p.5756.

⁴⁴⁰ *Idid.*

⁴⁴¹ V. Avis du Conseil fédéral sur le projet de loi de stérilisation du 3 septembre 2003, Feuille Fédérale 2003-1620, p.5797.

⁴⁴² Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personne (Loi sur la stérilisation) n°211.111.1, Feuille Fédérale 2004, p.6803, Recueil Officiel 2005, 2499.

thérapeutique ⁴⁴³. La loi édicte un principe général d'interdiction des stérilisations contraceptives sur les mineurs et les personnes majeures « passagèrement incapables de discernement »⁴⁴⁴. Le principe d'interdiction est également consacré pour les personnes âgées de plus de 16 ans et durablement incapable de discernement, mais ce principe est assorti d'une exception qui doit remplir sept conditions, la dernière étant l'autorisation délivrée par l'autorité de protection de l'adulte ⁴⁴⁵. Aucune condition ne porte sur la recherche d'un consentement -ou son refus- ou d'une information adaptée à la personne. Il faut dire que la loi suisse fait une distinction selon que la personne protégée possède ou non une capacité de discernement.

98. Dispositions contradictoires. En effet, le régime juridique de l'intervention stérilisante ne sera pas le même dans les deux cas. Si la personne est capable de discernement et « sous curatelle de portée générale »⁴⁴⁶, la stérilisation ne pourra être pratiquée « qu'avec son consentement libre et éclairé, donné par écrit. Le représentant légal doit également avoir donné son consentement », de même que l'autorité de protection de l'adulte⁴⁴⁷. Il n'y a pas de conditions particulières tenant aux motivations de l'intervention. Les conditions exigées visent uniquement à s'assurer de l'existence et de la réalité de la capacité de discernement. Or, si la personne concernée doit être « capable de discernement » et « sous curatelle de portée générale », l'article 398 du Code civil suisse précise clairement que « Une curatelle de portée générale est instituée lorsqu'une personne a particulièrement besoin d'aide, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. (...) ». La contradiction entre l'article 398 du Code civil suisse et l'article 6 de la loi du 17 décembre 2004 semble conduire à une inapplicabilité de fait de ce dernier. Seul l'article 7 de la loi trouvera, semble-t-il, à s'appliquer en pratique.

⁴⁴³ Art. 2 de la loi du 17 décembre 2004.

⁴⁴⁴ Art. 3 et 4 de la loi du 17 décembre 2004.

⁴⁴⁵ L'article 7 al. 1er de la loi du 17 décembre 2004 pose le principe général d'interdiction. Art.7 al.2 : « Elle [la stérilisation contraceptive] est exceptionnellement autorisée aux conditions suivantes :

a. elle est pratiquée, toutes circonstances considérées, dans l'intérêt de la personne concernée ;

b. la conception et la naissance d'un enfant ne peuvent pas être empêchées par d'autres méthodes de contraception appropriées ou la stérilisation volontaire du partenaire capable de discernement ;

c. la conception et la naissance d'un enfant sont à prévoir ;

d. la séparation d'avec l'enfant après la naissance est inévitable parce que les responsabilités parentales ne peuvent pas être exercées ou parce qu'une grossesse mettrait sérieusement en danger la santé de la femme ;

e. la personne concernée n'a aucune chance d'acquérir la capacité de discernement ;

f. le mode d'opération choisi est celui dont la probabilité de réversibilité est la plus élevée ;

g. l'autorité de protection de l'adulte a donné son autorisation conformément à l'art. 8. »

⁴⁴⁶ La curatelle de portée générale a été instituée par la loi du 19 décembre 2008 sur La protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, en vigueur au 1er janvier 2013. Elle est désormais inscrite à l'art. 398 du Code civil suisse, et remplace la tutelle.

⁴⁴⁷ Art. 6 de la loi du 17 décembre 2004.

§II- LE CONTINENT NORD-AMÉRICAIN

99. Constat. C'est sur le continent Nord-Américain que la vasectomie est la plus répandue. Cette méthode a été très populaire dans les années soixante et au début des années soixante-dix, puis la stérilisation féminine s'est perfectionnée et elle a pris le pas sur la vasectomie⁴⁴⁸. Aujourd'hui, aux Etats-Unis, elle arrive en troisième position après la contraception orale et la stérilisation féminine⁴⁴⁹. Au Canada, en revanche, le nombre de vasectomies ne cesse d'augmenter tandis que la stérilisation féminine tend à diminuer.

A-LA POSITION DES ÉTATS-UNIS

100. Contexte historique. Les premières lois sur la stérilisation sont d'origine américaine. A l'époque, le concept de déficience mentale était très flou et désignait des individus faisant partie d'une catégorie extensive de personnes dites « socialement inaptes » qui était susceptible d'inclure les personnes pauvres, les criminels, les alcooliques, les personnes handicapées moteurs et sensorielles, et les malades mentaux. La stérilisation, justifiée par des motifs eugéniques, sociaux et économiques, visait à réduire le nombre de personnes inaptes dans la population. Elle était fondée sur la conviction que la plupart des états déviants, qui allaient jusqu'à inclure l'épilepsie, étaient des états pathologiques héréditaires. Fort heureusement, cette position sur la stérilisation a connu des évolutions.

1- Une législation ancienne

101. Législations eugéniques. Le premier État à avoir introduit dès 1907 une législation sur la stérilisation-eugénique- est l'Indiana. D'ailleurs, les premières vasectomies eugéniques sont pratiquées par Sharp, médecin d'une institution pénitentiaire de l'Indiana, dès 1899. Il effectuera près de cinq cent vasectomies chez de jeunes prisonniers entre 1899 et 1912, les

⁴⁴⁸ C. (de) GUIBERT-LANTOINE, « Révolutions contraceptives au Canada », *Population*, 46, 2, 1990, p. 361. V. aussi l'étude des Nations-Unies, *World Contraceptive Patterns 2013*, Division de la Population des Nations-Unies.

⁴⁴⁹ A.-M. DOURLEN-ROLLIER, op. cit., p. 154.

premières illégalement⁴⁵⁰. La vasectomie eugénique sera alors qualifiée de « méthode de l'Indiana ». Jusqu'en 1930, trente États américains, soit près des deux tiers des États-Unis, ont adopté des lois instaurant les stérilisations eugéniques et coercitives visant principalement les malades mentaux et les criminels placés dans des institutions d'État. Certaines de ces lois avaient un caractère expressément répressif, comme celle du Nevada ou de Washington, laquelle pouvait autoriser le juge à prononcer une stérilisation en cas d'abus sexuel sur un enfant de moins de dix ans, en cas de viol ou lorsqu'il s'agissait d'un criminel « invétéré »⁴⁵¹. Le caractère répressif de la stérilisation était encore plus fort dans l'État du Missouri puisqu'elle pouvait être prononcée en cas d'attaque à main armée ou de vol d'automobile. Ces lois se sont progressivement heurtées à une opposition croissante qui invoquait leur caractère inconstitutionnel.

102. Jurisprudence eugénique. Pourtant, dans une décision de la Cour Suprême de 1927, « Buck vs. Bell », statuant sur la conformité à la Constitution de la loi de Virginie de 1924, huit des neuf juges ont estimé que la possibilité d'ordonner une stérilisation pour motif eugénique faisait partie des pouvoirs d'un Etat. Selon eux, cette possibilité n'excluait pas l'intervention des moyens d'une défense juridique, et la stérilisation ne constituait pas une forme de punition cruelle ou exceptionnelle⁴⁵². En l'espèce, l'État de Virginie avait permis la stérilisation de Carrie Buck, alors âgée de vingt et un ans, qui était handicapée mentale et fille de handicapée mentale. Carrie Buck était elle-même mère célibataire d'une petite fille « arriérée mentale ». La Cour a estimé qu'« il est préférable, pour le bien du monde entier, qu'au lieu d'attendre que les crimes commis par les dégénérés obligent à les exécuter, ou à les laisser mourir de faim du fait de leur imbécilité, que la stérilisation puisse empêcher la reproduction de ceux qui sont manifestement inaptes. Le principe qui justifie la vaccination obligatoire est assez large pour légitimer la section des trompes de Fallope ; trois générations d'imbéciles suffisent »⁴⁵³.

103. Remise en cause progressive de la conception eugéniste. Les décisions postérieures de la Cour suprême ont considérablement limité la portée de cette décision assimilant vaccination obligatoire et stérilisation au même principe. A partir des années cinquante, un

⁴⁵⁰ M. ERLICH, « Histoire de la stérilisation. Aspects techniques, idéologiques et culturels », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p. 21.

⁴⁵¹ Ibid p. 25.

⁴⁵² Cité par le Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

⁴⁵³ M. ERLICH, op. cit.

double mouvement législatif s'est produit dans les États. La plupart des lois sur la stérilisation forcée des malades mentaux ont été abrogées. Puis elles ont été remplacées par d'autres dispositions ou jurisprudences qui imposent des limites, notamment en impliquant l'accord du patient. Ce fut le cas dans les États d'Alabama, du Montana, de Washington, de Virginie notamment. Néanmoins, plus de soixante mille personnes considérées socialement inaptes ont été stérilisées, notamment en Virginie et en Californie, en application de ces lois⁴⁵⁴.

2-Un régime juridique imprécis

104. Abrogation des législations eugéniques. En dépit de l'abrogation des lois portant sur la stérilisation forcée des personnes déficientes mentales, le chemin vers l'élaboration d'un régime juridique précis et protecteur des droits de ces dernières en matière de stérilisation contraceptive devait être encore long. Les différents États connaissent en ce sens une évolution lente qui manque d'efficacité. L'intervention législative dans l'État de Virginie en 1982 n'a guère remédié à ce manque de garanties et de protection.

a- Une évolution prudente

105. Résurgence des théories eugénistes. Dans les années soixante-dix, on assiste à un retour des théories eugénistes et une nouvelle augmentation des stérilisations. A l'occasion du Congrès de l'Association de Psychologie Américaine de 1971, Shockley, prix Nobel de physique, a proposé la possibilité d'inciter les personnes d'intelligence limitée à se faire stériliser en échange d'une compensation financière⁴⁵⁵. Toutefois en avril 1974, l'American Association of Mental Deficiency décide d'adopter une déclaration de principe sur la stérilisation, qui s'oppose à l'adoption de mesures législatives autorisant des stérilisations non volontaires⁴⁵⁶. Selon cette déclaration, une personne légalement incapable ne doit pas être stérilisée contre sa volonté, sauf circonstances exceptionnelles analysées et approuvées par une juridiction. Elle formule des recommandations dont le but est de garantir la participation effective de la personne handicapée mentale à la prise de décision.

⁴⁵⁴ CCNE, op. cit., Rapport n°49.

⁴⁵⁵ M. ERLICH, op. cit.

⁴⁵⁶ M. L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, op. cit., Tome IV, annexe III, p. 74.

Le 6 février 1979, un règlement du Ministère de la Santé, de l'Éducation et des Affaires Sociales est intervenu pour préciser qu'aucun fonds fédéral ne pouvait être accordé pour la stérilisation de mineurs, de personnes mentalement inaptes ou de personnes internées en maison de correction, ou dans les hôpitaux psychiatriques⁴⁵⁷. Ainsi, la résurgence au début des années soixante-dix de conceptions eugénistes n'a pas provoqué de retour en arrière et l'évolution s'est poursuivie dans le sens d'une plus grande prise en considération de la personne handicapée mentale.

106. Elaboration de principes directeurs par la jurisprudence. En ce sens, en 1980, la Cour Suprême de l'État de Washington a élaboré des principes directeurs pour encadrer la stérilisation de personnes handicapées mentales⁴⁵⁸. Elle estime que le patient doit être réellement incapable de prendre lui-même sa décision sur la stérilisation, qu'il doit être capable de procréer, et ce dans des circonstances telles qu'une grossesse est probable. Le patient doit être incapable de s'occuper d'un enfant même avec une aide raisonnable. Enfin, la stérilisation doit être l'alternative la moins invasive possible. Les conditions sont très évasives, mais il n'existe plus de loi réglementant ce type de stérilisation dans l'État de Washington. La Cour Suprême a alors souhaité imposer des limites à cette pratique. Il faut rappeler que le droit américain est un droit d'essence jurisprudentielle, fortement influencé par le concept de Common Law.

b- Les « lois sanitaires » de 1982

107. Dispositions fédérales sommaires. Dans l'État de Virginie, les lois sanitaires de 1982 traitent dans une section entière de la stérilisation de certains adultes incapables de donner un consentement éclairé⁴⁵⁹. Dans cette hypothèse, la stérilisation de certaines personnes peut être autorisée par un tribunal de première instance si certaines conditions sont remplies. Il faut établir de manière claire que la contraception est nécessaire car la personne est active sexuellement ou susceptible de l'être dans un avenir proche, et qu'une grossesse ne serait « probablement » pas désirée. Ce dernier point est équivoque dans la mesure où le tribunal doit se fonder sur le risque de grossesse, non afférent à la santé de la mère, mais plutôt à son désir

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

⁴⁵⁹ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

de ne pas supporter de grossesse. Or, ces dispositions sont insérées dans une section consacrée à la stérilisation de personnes majeures considérées incapables de donner un consentement éclairé. Dès lors, ces dernières seraient incapables d'exprimer valablement leur volonté concernant une stérilisation pratiquée sur leur personne, mais pourraient en revanche exprimer leur désir de ne pas supporter une grossesse. Selon toute vraisemblance, ce sont des tiers qui émettront un avis sur le « probable » désir ou non de grossesse chez la personne concernée, ce qui signifie que le désir de ne pas supporter de grossesse traduira finalement le désir des tiers, et plus généralement celui de la société à laquelle elle appartient.

Le tribunal doit aussi établir qu'il n'existe aucune autre méthode raisonnable de contraception que la stérilisation, et la méthode proposée doit être médicalement approuvée. Enfin, il doit être attesté que la nature et l'étendue de l'incapacité mentale rend la personne qui en est atteinte incapable de s'occuper d'un enfant et de l'élever. La décision du tribunal doit reposer sur des faits empiriques. La personne handicapée mentale est totalement mise à l'écart du déroulement de la procédure. Aucune disposition ne fait allusion à l'information dispensée à la personne concernée ou à la prise en compte de sa volonté propre. Aucune disposition non plus sur la protection de ses intérêts par une personne spécialement désignée à cet effet.

108. Fragilité de la protection des personnes handicapées mentales face à la stérilisation contraceptive. Le régime mis en place par les lois sanitaires de 1982 est très sommaire. Néanmoins, la stérilisation volontaire étant possible aux États-Unis au regard de la jurisprudence, ce sont les États fédéraux qui ont élaboré un régime spécifique pour les personnes handicapées mentales qui offrent le plus de garanties, car dans les autres le consentement est d'autant plus négligé. De manière générale, le régime applicable à la stérilisation des handicapés mentaux aux États-Unis repose sur trois fondements : quelques principes directeurs très succincts établis au niveau fédéral, les législations ou jurisprudences des différents États, et des directives professionnelles définies par différents organismes médicaux tels *l'American Academy of Pediatrics*, *l'American College of Obstetricians and Gynecologists Committee on Ethics*. Les garanties semblent toutefois très insuffisantes pour les personnes handicapées mentales.

B-LA POSITION DU CANADA

109. Contexte. Au Canada, la stérilisation contraceptive est une méthode très populaire puisque selon une étude menée en 1993, elle constitue la méthode contraceptive la plus employée chez les couples avec une moyenne de vingt-neuf pour cent, stérilisation féminines et masculine confondues⁴⁶⁰. L'une des provinces canadiennes, le Québec, est reconnue pour détenir « le record des stérilisations contraceptives des pays développés »⁴⁶¹. En 1995, le taux de stérilisation atteignait trente-sept pour cent. Toutefois, la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales a suscité de vifs débats à la fin des années soixante-dix. La Commission de Réforme du droit du Canada est alors intervenue en publiant une étude sur « la stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux » en 1979⁴⁶² (1). Cependant, en l'absence de texte spécifique à ce type de stérilisation, c'est la jurisprudence qui a dû tenter d'apporter une réponse (2).

1-La Commission de Réforme du Droit du Canada

110. Annonce de plan. Dans son étude, la Commission de Réforme du Droit du Canada commence par analyser les caractéristiques des personnes visées par cette question, puis celles de la problématique de la stérilisation relative aux personnes handicapées mentales.

a- Examen des caractéristiques de la stérilisation

111. Approche globale de la Commission de Réforme. Elle recense les arguments avancés en faveur de ce type de stérilisation, au nombre desquels figure l'eugénisme, les avantages pour les générations futures, la réduction du fardeau économique de la dépendance,

⁴⁶⁰ R. BORODITSKY, W. FISHER, M. SAND, « L'étude canadienne sur la contraception », *Journal de la Société des Obstétriciens et des Gynécologues du Canada*, 1995, n°17, p. 1-32.

⁴⁶¹ C. GUIBERT-LANTOINE (de), « Vingt ans de stérilisation au Québec 1971-1990 », in AIDELF, *Les modes de régulation de la reproduction humaine. Incidences sur la fécondité et la santé*, Paris, PUF, coll. Actes et publications de colloques, 1994, p. 501.

⁴⁶² Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, 1979, citée in A. BERNARD et D. SIROUX, *Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger*, op.cit.

les motifs thérapeutiques pour les handicapés, et l'inaptitude à devenir père ou mère. La Commission souligne ensuite quatre dangers principaux à ce type de stérilisation, constitués par la fausseté de l'argument génétique, les conséquences socio-politiques, les effets psychologiques de l'intervention stérilisante, et l'atteinte aux droits de l'Homme. Elle constate alors que ce type d'acte soulève des difficultés juridiques tant en matière civile qu'en matière pénale : « Il n'existe à l'heure actuelle aucun précédent d'un médecin ayant été accusé de négligence médicale ou de voie de fait pour avoir pratiqué cette intervention, mais certains juristes soutiennent cependant que de telles accusations sont techniquement possibles ». Cette situation conduit la Commission à formuler des recommandations sur cette question délicate.

112. Catégorisation des stérilisations. Dans un premier temps, elle distingue quatre catégories de stérilisation, c'est-à-dire les stérilisations thérapeutiques volontaires pratiquées avec le consentement éclairé du patient, les stérilisations thérapeutiques d'urgence pratiquées sans le consentement du patient ou de son plus proche parent, les stérilisations non thérapeutiques volontaires, et celles non thérapeutiques non volontaires. Elle préconise dans un second temps, selon cette distinction, que les stérilisations thérapeutiques soient régies par les règles applicables aux traitements médicaux⁴⁶³, qu'aucune stérilisation non thérapeutique ne soit permise lorsqu'il n'existe pas de consentement valable, ou lorsque la personne est âgée de moins de seize ans, à moins qu'une autorisation ait été délivrée par une commission *ad hoc*. Dans ce cas, il semble que la stérilisation non thérapeutique d'un mineur soit possible. La Commission accentue ensuite ces recommandations sur la situation des personnes handicapées mentales.

⁴⁶³ Les règles générales en matière de traitements médicaux au Québec sont les suivantes : la personne capable majeure est seule compétente pour donner son consentement, quelle que soit la gravité de la maladie ou de l'intervention. Son refus ou sa volonté de cesser un traitement ou un soin indispensable à son état de santé ne heurte pas le droit québécois dans la mesure où la personne a donné un consentement libre et éclairé. En ce sens, il importe que la décision soit prise en connaissance de cause. L'information donnée doit être complète, comporter toutes les conséquences possibles, et être adaptée à la situation de chaque personne. La personne incapable majeure possède les mêmes droits que la personne capable. Néanmoins, il existe une procédure de consentement substitué lorsque la personne incapable ne peut comprendre la nature et les enjeux du traitement ou du soin. Dans ce cas, si le soin ou le traitement est requis par l'état de santé de la personne, le représentant légal donnera son consentement (art. 11 al. 2 du Code civil québécois). Lorsque la personne n'est pas légalement représentée, c'est le conjoint, le proche ou la personne ayant un lien particulier avec elle qui donnera son consentement (art. 15). En cas de refus injustifié ou d'empêchement de la part de celui qui peut consentir, ou encore si l'incapable majeur refuse les soins pourtant consentis par son représentant, l'autorisation du tribunal sera nécessaire (art. 16 al. 1). Elle le sera aussi lorsqu'il s'agira de soins ou de traitements non requis par l'état de santé de la personne incapable, s'ils peuvent causer des effets graves et permanents (art. 18).

b- Recommandations spécifiques aux personnes handicapées mentales

113. Critère de l'aptitude à consentir. Elle recommande qu'une personne souffrant d'un handicap mental, qui comprend la nature et les conséquences de l'intervention ait comme tout autre personne le choix d'accepter ou de refuser la stérilisation. En revanche, en cas de doute, la détermination de la capacité à consentir, « c'est-à-dire à comprendre la nature et les conséquences de la stérilisation », doit faire l'objet d'une enquête puis d'une décision judiciaire. La Commission précise que tel est le cas notamment lorsque la demande de stérilisation provient d'une tierce personne, ou que la personne qui demande sa propre stérilisation est particulièrement vulnérable à la coercition ou à une influence.

Si la Cour arrive à la conclusion que la personne est incapable de consentir, elle nomme un représentant légal chargé d'agir en son nom auprès de la Commission d'autorisation des stérilisations. Cette Commission doit être composée d'une équipe pluridisciplinaire chargée d'évaluer le « bien médical, social et psychologique de la stérilisation pour l'individu, et pour déterminer s'il existe un intérêt véritable justifiant l'intervention ». Pour cela, la Commission devrait s'assurer que des conditions minimales sont remplies, telles que l'existence de preuves de la fertilité de la personne, de son activité sexuelle, et de l'inapplicabilité d'autres formes de contraception. Il doit également être démontré qu'un accouchement ou la responsabilité d'élever un enfant produiraient un effet psychologiquement dommageable sur la personne, et que la stérilisation ne causera pas de torts supérieurs aux effets bénéfiques escomptés pour la personne. Il s'agit là d'une condition qui semble fondamentale préalablement à toute procédure tendant à envisager la suppression définitive de la faculté de procréer chez une personne vulnérable. C'est l'un des points essentiels dans un tel processus. La Commission de réforme préconise également que l'opinion de la personne soit prise en considération et que la décision de la Commission d'autorisation des stérilisations soit motivée et soumise à une possibilité d'appel. Il ne s'agit pas d'un consentement de la personne, mais d'un simple avis. Elle recommande en dernier lieu qu'une évaluation indépendante et externe de la Commission d'autorisation des stérilisations soit conduite tous les deux ans par les Commissions des droits de la personne.

114. Bilan. Finalement, la personne déficiente mentale, mais comprenant la nature et les conséquences de l'intervention doit ainsi voir sa volonté respectée dans le choix concernant une stérilisation. Dès lors qu'un doute survient sur cette capacité à consentir, une enquête est

effectuée afin de déterminer si son consentement est valable. Si tel n'est pas le cas, un représentant légal *ad hoc* est nommé afin de la représenter devant la Commission d'autorisation des stérilisations. Celle-ci a pour mission d'effectuer un contrôle approfondi des raisons qui permettraient d'autoriser la stérilisation, mais aussi de vérifier qu'elle ne causerait pas de torts supérieurs aux effets bénéfiques escomptés pour la personne. La Commission d'autorisation des stérilisations serait soumise à un contrôle externe régulier afin de garantir son indépendance et son objectivité.

Les recommandations formulées par la Commission de Réforme du Droit du Canada sont assez précises et tentent au moins d'apporter une réponse à la délicate question de la stérilisation pratiquée sur des personnes handicapées mentales. Cependant elles n'ont pas été reprises par un texte législatif, et la jurisprudence n'est pas allée dans le même sens.

2- Le point de vue jurisprudentiel

115. Annonce de plan. Afin de mieux cerner le point de vue jurisprudentiel exposé ci-après, il est nécessaire de souligner l'importance du contexte juridique et social qui l'a précédé.

a- Le contexte juridique et social

116. Passé eugénique. Certaines provinces canadiennes se sont elles aussi dotées de lois de stérilisations eugéniques dans le passé. Ainsi, le 21 mars 1928, l'Alberta adopte la « Sexual Sterilization Act », loi autorisant la stérilisation forcée des détenus dans les hôpitaux psychiatriques⁴⁶⁴. Selon cette loi, « s'il est jugé que l'on peut donner congé à un patient en toute sécurité, en éliminant toute chance de procréation et, ainsi, tout risque de multiplication du mal par la transmission de la déficience à sa progéniture, le conseil d'administration peut ordonner la stérilisation sexuelle du détenu »⁴⁶⁵. Durant l'application de cette loi, deux mille huit cent vingt-deux stérilisations ont été officiellement autorisées. En 1972, elle est abrogée sous la pression des généticiens et des juristes, ces derniers faisant valoir que la stérilisation non volontaire représentait une violation manifeste des Droits de l'Homme⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Site Internet du Ministère de la Justice Canadien, www.canada.justice.gc.ca.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*,

Le débat émerge à nouveau quelques années plus tard lorsque des professionnels de la santé soulèvent la problématique du contrôle de la fertilité des personnes handicapées mentales et des obstacles qu'ils rencontrent, ainsi que leurs parents, pour obtenir l'autorisation d'effectuer l'intervention stérilisante. Un sondage effectué en 1982 a démontré que la majorité de l'opinion publique était favorable à la possibilité de faciliter le processus d'autorisation des stérilisations de personnes handicapées mentales⁴⁶⁷. En effet, il ressortait de ce sondage que la décision de stérilisation devait revenir aux parents ou tuteurs avec l'assistance du médecin. Cependant la jurisprudence canadienne n'est pas allée dans ce sens.

b- « L'affaire Ève »

117. Jurisprudence fondatrice. Une affaire célèbre, *Madame E. contre Eve*, a été soumise à plusieurs tribunaux canadiens avant d'être tranchée par la Cour Suprême du Canada, le 23 octobre 1986⁴⁶⁸. En l'espèce, il s'agit d'une jeune fille de vingt-trois ans, nommée Eve, qui est handicapée mentale et dont les capacités d'élocution et d'apprentissage sont limitées. Elle intègre un centre de formation spécialisé à Charlottetown, où elle réussit à s'adapter. Dans ce centre, la jeune fille lie d'étroites relations avec un garçon également handicapé, qu'elle voit régulièrement au point de commencer à parler de mariage. Les membres du personnel de l'établissement sont inquiets ; ils les surveillent et tentent même de les séparer. La mère de la jeune fille est aussi très inquiète des conséquences d'une telle relation, craint une éventuelle grossesse, et la naissance d'un enfant. La jeune fille serait incapable de s'occuper d'un enfant, et la mère d'Eve est alors âgée d'une soixantaine d'années. Après mûres réflexions, celle-ci entreprend une procédure judiciaire afin d'obtenir l'autorisation de faire stériliser son enfant.

L'autorisation est refusée en première instance, puis accordée en appel. Cependant elle est finalement suspendue car une association pour la défense des droits des personnes handicapées mentales a porté l'affaire devant la Cour Suprême du Canada. Cette dernière interdit formellement la stérilisation d'une personne handicapée mentale pour des fins autres que thérapeutiques. Bien qu'elle estime que les tribunaux canadiens ont le pouvoir de prendre des

1979, Document de travail n°24.

⁴⁶⁷ A. DUPRAS, « Les parents et la stérilisation de leur enfant handicapé mental : de la fécondité biologique à la fécondité psycho- sociale », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p.297.

⁴⁶⁸ Ibid, p. 293-294. V. aussi S. MASSE, « Stérilisation des personnes déficientes mentales. L'affaire Eve », *rev. Justice*, avril 1987, p. 23-24.

décisions pour ceux qui ne peuvent pas le faire eux-mêmes⁴⁶⁹, ce pouvoir ne peut être utilisé pour faire stériliser une personne sans son consentement. La personne concernée devra obligatoirement être apte à donner un consentement valable. En dehors de cette hypothèse, la stérilisation est impossible et illégale.

Au Québec, selon le Code civil, toute atteinte non consentie au corps humain doit être autorisée par un juge ou un tribunal de la Cour Supérieure. La preuve doit être faite que la stérilisation d'une personne inapte à consentir s'impose pour le seul et le plus grand intérêt de la personne concernée. Selon Alain Dupras, un cas de jugement favorable de la Cour a été rapporté, pour une jeune fille de dix-neuf ans qui « présentait des comportements sexuels à risque sévère de grossesse »⁴⁷⁰. L'autorisation a été accordée après quatre ans de procédure, ce qui décourage généralement les parents qui veulent agir devant l'urgence de la situation et préfèrent alors tenter d'autres procédés, tels les filières clandestines ou des médecins complaisants.

118. Bilan. Le droit comparé révèle la place originale de la France sur la question des stérilisations en général et de celles des personnes handicapées mentales en particulier. En effet, la plupart des pays développés ont reconnu juridiquement les pratiques de stérilisation contraceptive volontaire. En revanche, peu de pays ont élaboré un droit cohérent et complet sur la question des stérilisations de personnes handicapées mentales. Toutefois, lorsqu'il existe, il tente de définir des garanties afin de pallier l'abandon de la règle fondamentale du consentement, tels une représentation *ad hoc* de la personne, son audition, la mise en place de commissions pluridisciplinaires chargées d'évaluer la validité d'une demande de stérilisation au travers de conditions substantielles, en référence à la situation personnelle de l'individu concerné.

⁴⁶⁹ La Commission de Réforme du Droit du Canada préconisait, dans ses recommandations de 1979, que la Cour puisse seulement juger de l'aptitude à consentir à l'intervention, et non d'autoriser ou pas la stérilisation. Cette autorisation devait dépendre de la Commission d'autorisation des stérilisations. Cf. *supra* §110.

⁴⁷⁰ A. DUPRAS, op. cit.

CHAPITRE 2

L'ADMISSION DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES

« Légiférer sur les fous, pour les fous, n'est-ce pas le pire ? Très vite l'impression doit vous venir qu'on ne peut pas être pour eux sans au fond, d'une certaine manière, agir contre eux. Car toute protection des aliénés, en un sens, les aliène, par cela seul qu'elle les suppose étrangers à l'univers raisonnable. »

*J. Carbonnier **

119. Contexte de l'intervention législative. La France était restée jusqu'en 2001 en marge de ces évolutions sur la question des stérilisations. Sur initiative parlementaire, la question a été abordée dans le cadre du projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. C'est dans ce contexte que le Parlement a adopté, le 30 mai 2001, le projet de loi incluant les dispositions sur la stérilisation contraceptive, mais prévoyant aussi un régime spécifique aux personnes souffrant d'une « altération des facultés mentales »⁴⁷¹. La loi relative à l'interruption de grossesse et à la contraception a été promulguée le 4 juillet 2001⁴⁷², venant ainsi consacrer la licéité de la stérilisation contraceptive en France. Elle cherche néanmoins à

* J. CARBONNIER, Préface, in J. MASSIP, *Les majeurs protégés*, Tome I, éd. Répertoire du notariat Defrénois, 1994, p.19.

⁴⁷¹ V. *supra* les difficultés d'une définition du handicap mental, §3.

⁴⁷² Loi n°2001-588, JO du 7 juillet 2001.

ménager une certaine protection aux personnes souffrant d'une déficience mentale, afin de limiter les risques d'abus à l'encontre desquels elle est intervenue.

La légalisation de la stérilisation contraceptive est assortie de conditions pour le majeur qui ne bénéficie pas de mesure de protection juridique, qui sont considérablement renforcées pour les majeurs protégés. La procédure relative à ces derniers est composée de conditions objectives permettant d'envisager une stérilisation. Ces conditions sont d'ailleurs impératives, dans la mesure où la loi du 4 juillet 2001 légalise une intervention ultime, dont le but réside dans la suppression définitive de la faculté de procréer.

120. Annonce de plan. Le législateur a mis en place un dispositif de protection accrue pour le majeur protégé, ce qui semblait nécessaire devant la légalisation d'une atteinte à l'intégrité corporelle sans motif médical. La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs et instaurant une protection de la personne du majeur protégé, n'a pas modifié ce dispositif. Il est en revanche remanié par l'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020. Le dispositif est destiné d'une part à assurer la protection de la volonté de la personne majeure protégée (I), d'autre part il fait intervenir une autorité judiciaire dans le processus décisionnel final d'une éventuelle stérilisation, gage de garanties procédurales renforcées (II).

SECTION I

LE CONSENTEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ

« La garantie suprême de la liberté civile pourrait bien être dans ce délicat équilibre entre le familial, le médical et le judiciaire »

J. Carbonnier.

121. Principe fondamental. Le consentement préalable avant toute intervention médicale constitue un principe fondamental : c'est un élément du respect de la dignité et de la liberté de l'individu. Il est constamment réitéré en droit positif. Cette réaffirmation, ainsi que la diversité des champs qu'il recouvre, illustrent l'importance accordée à ce principe.

L'exigence du consentement préalable a d'ailleurs été rappelée de façon très solennelle après la Seconde Guerre Mondiale, à travers de nombreux textes internationaux : l'article premier du Code de Nuremberg de 1947, le préambule de la déclaration d'Helsinki, concernant les recommandations destinées à guider les médecins dans les recherches biomédicales portant sur l'être humain (1964), les articles six et onze de la déclaration de l'Organisation Mondiale de la Santé signée à Manille en 1981, et bien d'autres plus récents⁴⁷³. Même si certains de ces textes n'ont qu'une portée symbolique, le principe lui-même a une valeur juridique très forte. L'arrêt Teyssier a, dès 1942, posé en principe la reconnaissance non seulement d'un droit au consentement à l'acte médical pour le patient, mais aussi d'un droit au consentement éclairé de sorte que l'exercice de ce droit ne sera effectif que s'il est précédé par l'exercice d'un autre droit, celui à l'information médicale⁴⁷⁴. C'est un droit pour le patient, et une obligation pour le médecin. Ces principes sont affirmés par le Code civil et le Code de la santé publique ⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Par exemple : articles 5 à 9 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, ou encore l'article 5 de la déclaration universelle sur le génome humain adoptée par les pays membres de l'UNESCO à Paris le 11 novembre 1997.

⁴⁷⁴ Cass. Ch. Req., 28 janvier 1942, *Gaz. Pal.* 17 avril 1942, p. 177 ; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n°85.

⁴⁷⁵ Art. 16-3, 458, 459, 459-1 et 457-1 du C. civ. ; Art L.1111-2 et s. du CSP.

122. Annonce de plan. Le consentement doit s'imposer pour *toute personne*⁴⁷⁶, qu'elle soit malade, handicapée mentale, ou disposant de toutes ses facultés mentales. Il doit être « libre et éclairé ». Pour ce faire, l'information de la personne concernée constitue un préalable indispensable (I). Ce n'est que postérieurement à cette étape que l'expression d'un consentement pourra être recherchée (II)⁴⁷⁷.

§I- L'INFORMATION : PRÉALABLE INDISPENSABLE AU CONSENTEMENT

123. Droit consubstantiel. L'obligation d'information constitue le préalable indispensable à la recherche d'un consentement : « le droit à l'information en matière médicale est consubstantiel au droit de consentir à un acte médical »⁴⁷⁸. La personne n'est en mesure de consentir que si elle a été correctement informée. C'est l'information qui permet d'obtenir un consentement « libre et éclairé », le consentement n'étant libre que s'il est éclairé⁴⁷⁹. On perçoit, dès lors, les difficultés posées par l'obligation d'information s'agissant de personnes dont les facultés mentales sont altérées (B). Cependant, il est nécessaire pour cela d'appréhender la nature de l'information et son contenu (A).

A-LA NATURE DE L'INFORMATION MÉDICALE

124. Source constitutionnelle. Le droit d'être informé en matière médicale figure à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique depuis 2002⁴⁸⁰ : « *Toute personne* a le droit d'être informée sur son état de santé ». Ce droit à l'information trouve sa source dans « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »⁴⁸¹. Il

⁴⁷⁶ Selon la formule de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique.

⁴⁷⁷ C'est d'ailleurs dans cet ordre que le Code de la santé publique envisage l'information (article L. 1111-2) et le consentement (article L.1111-4) des usagers du système de santé.

⁴⁷⁸ X. BARELLA, « Le droit à l'information en matière médicale, vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *AJDA* 2012, p.1991.

⁴⁷⁹ L'autre composante du consentement libre étant l'absence de toute contrainte.

⁴⁸⁰ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, art. 11, JO n°54 du 5 mars 2002, p. 4118. Modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, art. 7 et 175, JO n°0022 du 27 janvier 2016, <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/1/26/AFSX1418355L/jo/texte>.

⁴⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, n°00-14564, *D.* 2001, 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN; *RTD Civ.* 2002, 176, obs. R. LIBCHABER, 507, obs. J. MESTRE et B. FAGES; Rapport annuel Cour de cassation 2001, p.421; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., 2007, n°11.

s'agit d'un droit à recevoir l'information pour le patient, mais aussi d'un devoir de délivrer l'information pour le professionnel de santé. Ce devoir de délivrance de l'information a connu une évolution de son contenu à travers les deux grandes règles qui la régissent (1), tout comme le régime de la preuve de l'information (2).

1- Le contenu de l'information médicale

125. Œuvre prétériorienne. Depuis 1961, la Cour de cassation estimait que l'information devait être simple, approximative, intelligible et loyale⁴⁸². Elle parle désormais d'information loyale, claire et appropriée compte tenu de la personnalité du patient, formule identique à celle de l'article 35 du Code de déontologie médicale codifié, depuis 2004, à l'article R 4127-35 du Code de la santé publique⁴⁸³. Le terme loyal signifie que le médecin est tenu de dire la vérité dans l'état actuel des données de la science médicale, et doit le faire en prenant en considération la personnalité du patient dans ses explications et en veillant à leur compréhension⁴⁸⁴. Cette obligation d'information s'applique non seulement à l'état du patient, mais aussi aux investigations et aux soins qui lui sont proposés. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique en précise le contenu : « Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Le champ d'application de l'information est donc très étendu : il concerne tout acte de santé relatif à la personne concernée.

Avant 2002, l'étendue de l'information délivrée était d'œuvre prétériorienne. L'information devait porter sur les risques non négligeables et normalement prévisibles⁴⁸⁵, ou encore sur les risques fréquents⁴⁸⁶. L'application de cette règle était délicate dans le sens où la frontière entre le normal et l'exceptionnel ne se trouvait pas clairement établie. Par deux arrêts, en date du 7

⁴⁸² Cass. Civ. 1^{ère}, 21 février 1961, *JCP* 1961, II, 12229, note SAVATIER.

⁴⁸³ Décret n°2004-802 du 29 juillet 2004, *JO* n°183 du 8 août 2004, p. 14150.

⁴⁸⁴ Ancien article 35 du Code de déontologie médicale, article R 4127-35 al.1^{er} du Code de la santé publique : « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

⁴⁸⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 1973, *Gaz. Pal.* 1973, II, 885, note DOLL.

⁴⁸⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, *Gaz. Pal.* 1991, p. 19.

octobre 1998, la Cour de cassation revient sur ce principe en affirmant que tous les risques graves, même exceptionnels, doivent être révélés au patient⁴⁸⁷. L'information n'a cependant pas à être exhaustive. Elle doit l'être en revanche lorsque l'intervention n'a pas de but thérapeutique, relevant de la chirurgie esthétique ou de confort⁴⁸⁸. Dans ce cas, le patient doit être avisé de tous les risques connus, même les plus faibles⁴⁸⁹. L'obligation d'information porte sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter⁴⁹⁰ : « L'information doit être totale, donnée à l'avance, sans précipitation, de manière à obtenir une adhésion raisonnée »⁴⁹¹.

126. Loi du 4 mars 2002. Définition du contenu de l'information. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est venue préciser la nature de l'information : celle-ci doit porter sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles », mais aussi sur les « autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Le législateur consacre, pour partie, les solutions dégagées par la Cour de cassation, tout en revenant sur le principe dégagé dans les arrêts du 7 octobre 1998. En effet, le législateur reprend à son compte l'obligation d'information portant sur les risques fréquents (qui peuvent donc être bénins), normalement prévisibles, tels que retenus par la Cour de cassation. En revanche, il impose aussi une obligation d'information portant sur les « risques graves », lesquels doivent être « normalement prévisibles ». Dès lors, le législateur n'impose pas une obligation d'information portant sur les risques exceptionnels, telle que dégagée par la Cour de cassation en 1998. Ceux-ci sont alors exclus du champ d'application de l'obligation d'information. Le législateur s'expose ainsi aux mêmes critiques, adressées antérieurement à la Cour de cassation, relatives aux difficultés d'établissement d'une frontière entre risque normalement prévisible, et risque exceptionnel⁴⁹². Mais, en tout état de cause, le devoir

⁴⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, deux arrêts, *JCP* 1998, II, 10180, concl. SAINTE-ROSE, note SARGOS. Le juge administratif a adopté la même position : CE, 5 janvier 2000, Assistance publique-Hopitaux de Paris, req. n°198530, *Lebon* ; *AJDA* 2000, 180 et 137, Chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RDSS* 2000, 357, note L. DUBUIS.

⁴⁸⁸ Art. L. 6322-2 du Code de la santé publique.

⁴⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1969, *JCP G* 1970, II, 16507, note SAVATIER.

⁴⁹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 février 1998, *Juris-Data* n°051765.

⁴⁹¹ F.-J. PANSIER, « Le consentement à l'hôpital », *Gaz. Pal.* 1999, 1^{er} sem, p. 11.

⁴⁹² V. P. SARGOS, G. VINEY, « Le devoir d'information du médecin », *RDC*, 1^{er} juil. 2012, n°3. Madame Viney, s'interrogeant sur l'exclusion du risque exceptionnel par la loi : « [...] on peut se demander si, en utilisant cette expression « normalement prévisible », la loi n'est pas revenue, au moins partiellement, sur la solution selon laquelle « le caractère exceptionnel du risque ne dispense pas le praticien de son obligation d'information ». A vrai dire, les travaux préparatoires de la loi indiquent que telle n'a pas été l'intention des rédacteurs du texte, mais les tribunaux pourront évidemment utiliser l'ambiguïté de la formule légale dans le sens qui leur paraîtra souhaitable ».

d'information se limite aux risques connus à la date des soins ou des investigations⁴⁹³. En présence d'un majeur protégé, le contenu de cette information peut s'avérer conséquente, en dépit de l'adaptation nécessaire à leur capacité de compréhension. Ce contenu, malgré les efforts de traduction en langage profane, demeure propre au domaine médical. S'il peut être parfois difficile à appréhender par un individu bénéficiant de toutes ses facultés mentales, il le sera nécessairement *a fortiori* pour une personnes aux facultés mentales altérées.

Dans des domaines médicaux particuliers, la loi ou la jurisprudence exige la délivrance d'une information exhaustive. La loi pose ainsi cette exigence concernant les recherches biomédicales, les prélèvements d'organes, ou encore l'interruption volontaire de grossesse⁴⁹⁴. La jurisprudence l'exige concernant d'une part l'information sur les suites prévisibles de l'acte médical⁴⁹⁵, d'autre part concernant l'information des incidents opératoires⁴⁹⁶. Les difficultés relatives au contenu de l'information risquent de redoubler ici pour les majeurs protégés, tant le volume de cette information sera conséquent.

127. Critère de permanence. Un autre élément doit caractériser l'information, celui de la permanence. L'information délivrée n'est pas définitivement acquise, le patient doit en permanence être informé de l'évolution de son traitement et de son état. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique prévoit ainsi que « lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver »⁴⁹⁷.

128. Tempéraments au devoir d'information. Toutefois, l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique⁴⁹⁸ vient tempérer ce devoir d'information en fonction de la gravité du pronostic -ou du diagnostic. Cette restriction à l'information médicale, appelée aussi « exception thérapeutique », ou « limitation thérapeutique de l'information », est admise par la Cour de cassation, mais elle en donne une interprétation stricte : l'intérêt du malade « devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la

⁴⁹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 avril 2010, n°08-21058 ; *RDC* 2010, p.857, note G. VINEY.

⁴⁹⁴ Articles L. 1122-1, L. 1231-1, L. 2212-3 du Code de la santé publique.

⁴⁹⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mai 1983, *D.* 1984, p. 121, note J. PENNEAU.

⁴⁹⁶ CA Paris, 11 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14716, note SAVATIER.

⁴⁹⁷ L'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 n'a pas modifié ce critère.

⁴⁹⁸ Ancien article 35 du Code de déontologie médicale.

personnalité du patient »⁴⁹⁹. Cette position est nécessaire dans la mesure où la restriction a pour seul fondement l'intérêt du patient⁵⁰⁰, mais fait fi pour cela de sa volonté. C'est d'ailleurs pour cette raison, et dans le droit fil de la tendance actuelle inspirée du droit européen de la promotion de l'autonomie personnelle, que l'article R 4127-35 a été modifié en 2012. Désormais, ce n'est plus au médecin de tenir éventuellement son patient dans l'ignorance d'un pronostic ou diagnostic graves si l'intérêt du patient le commande, mais uniquement au patient d'exprimer sa volonté en ce sens⁵⁰¹. Encore faut-il que le patient, particulièrement s'il s'agit d'un majeur protégé, soit en mesure d'exprimer cette volonté. Seul le pronostic fatal demeure éventuellement soumis à la restriction à l'information médicale, puisqu'il ne doit être révélé qu'avec circonspection. Selon Monsieur PENNEAU, le médecin est toujours justifié de retenir cette information à l'égard d'un patient fragile, mais il doit alors délivrer l'information à un parent ou au médecin traitant⁵⁰². L'article R 4127-35 fait référence « aux proches », terme qui permet par son approximation de concerner non seulement des personnes qui ont un lien de droit avec le patient, mais encore ceux qui n'en ont aucun. Cette exception soulève elle-même deux exceptions, précisées à l'article R 4127-35 : « sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite ».

129. Distinction de la restriction à l'information et du refus d'être informé. La restriction à l'information médicale ne doit donc pas être confondue avec le refus du patient d'être informé, car dans ce cas c'est la volonté du patient qui est à l'origine de la restriction à l'information. Sa volonté n'est pas ignorée, elle est au contraire respectée. Les évolutions législatives en la matière confirment d'ailleurs cette prééminence de la volonté individuelle. Si par principe son respect est essentiel dans une société démocratique, elle s'impose parfois au détriment de l'intérêt médical du patient⁵⁰³. La loi du 4 mars 2002 précise simplement que « la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission »⁵⁰⁴. Cette prééminence de la volonté individuelle dans le refus du patient d'être informé, sera sujet à

⁴⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n°98-18.513, *D.* 2000, 470, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2000, II. 10342, rapp. P. SARGOS.

⁵⁰⁰ Les raisons légitimes précisées à l'article R. 4127-35 du Code de la santé publique tirent leur légitimité de ce qu'elles ont pour origine l'intérêt du patient.

⁵⁰¹ Article R. 4127-35 du Code la santé publique, modifié par le décret n°2012-694 du 7 mai 2012, article. 2. Cette exigence figure également à l'article L. 1111-2 al. 4 du CSP.

⁵⁰² Cité in F. ALT-MAES, « Le consentement aux actes médicaux », Rapport de synthèse, *Gaz. Pal.* 1999, p. 45.

⁵⁰³ Voir D. ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS* 2005. 423.

⁵⁰⁴ Article L. 1111-2 al.4 du Code de la santé publique.

caution dans le cas d'un majeur protégé. La loi du 4 mars 2002 précise également les deux autres causes classiques de limitation à l'information médicale que sont l'urgence et l'impossibilité⁵⁰⁵. L'information doit être délivrée au cours d'un entretien individuel.

2- La preuve de l'information médicale

130. Charge de la preuve. La question de la preuve de l'information, incombant traditionnellement au patient, a aussi été l'objet d'une évolution, et plus précisément d'un complet revirement jurisprudentiel, avant d'être validée par la loi. Depuis un arrêt datant de 1951, la jurisprudence estimait qu'il appartenait au patient d'apporter la preuve que le praticien ne l'avait pas averti des risques de l'acte médical⁵⁰⁶. Il devait rapporter la preuve d'un fait négatif. On aboutissait alors à une présomption d'information au bénéfice du médecin. C'était une jurisprudence constante jusqu'à un arrêt du 25 février 1997⁵⁰⁷. Cet arrêt renverse la charge de la preuve de l'information : c'est désormais au médecin d'apporter la preuve de l'information qu'il a donnée au patient. Toutefois, la charge de la preuve pesant sur le médecin ne concerne que l'existence de l'information, non son contenu qui incombe toujours au patient. Il pèse donc sur le médecin une présomption de responsabilité, dans la mesure où le patient est réputé n'avoir pas reçu d'information.

La loi du 4 mars 2002 est venue valider ce renversement de la charge de la preuve de l'information au profit du patient. Désormais, « *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen* »⁵⁰⁸. Si la loi confirme, d'une part, le renversement de la charge de la preuve de l'information, elle précise, d'autre part, que la preuve de l'information doit porter certes sur l'existence de l'information, mais aussi sur son contenu, lequel doit être conforme aux exigences de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Cette disposition est bienvenue

⁵⁰⁵ Article L. 1111-2 al. 2 du Code de la santé publique.

⁵⁰⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mars 1951, *Dalloz* 1952, p. 53.

⁵⁰⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *RDSS*. 1997, 288, note L. DUBOUIS.

⁵⁰⁸ Article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

pour les majeurs protégés, pour lesquels il est souvent difficile d'obtenir une information accessible. Elle doit leur garantir, *a priori*, la délivrance de l'information la plus adaptée à leur capacité de compréhension.

131. Fondement de la responsabilité médicale pour violation de l'obligation d'information. Lorsque le devoir d'information fait défaut, il est désormais sanctionné au titre d'un préjudice autonome et non plus seulement d'une perte de chance⁵⁰⁹, tant par le juge judiciaire que par le juge administratif⁵¹⁰. Rendu au visa des articles 16, 16-3 et 1382 du Code civil, l'arrêt de principe de la Cour de cassation énonce « *qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien [...] ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice ,qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ». La Cour de cassation abandonne ainsi le fondement contractuel de la responsabilité médicale pour défaut d'information, et opère une unification bienvenue sur la nature des régimes de responsabilité pour faute en matière médicale.⁵¹¹ .

Le caractère bilatéral de la relation médicale suppose un échange permanent, sur un pied d'égalité. Le patient n'est plus un individu passif, maintenu dans un rapport dominé/ dominant par « l'impérialisme médical » qui a longtemps prévalu. Il est désormais considéré en tant qu'« *usager de la médecine* », et à ce titre, « *l'usager, qu'il soit dans une situation statutaire ou contractuelle, est donc créancier d'une information* »⁵¹². Ce caractère bilatéral est toutefois mis à mal en présence d'un majeur protégé.

⁵⁰⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n°09-13.591, JurisData n°2010-007988 ; D. 2010. 1522, obs. I. GALLMEISTER, note P. SARGOS, 1801, point de vue D. BERT, 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON, 2011. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT, 2565, obs. A. LAUDE ; RCA n°9, sept. 2010, comm.222, S. HOCQUET-BERG ; AJDA 2010. 2169, note C. LANTERO ; RTD civ. 2010.571, obs. P. JOURDAIN ; RDSS 2010.898, note F. ARHAB-GIRARDIN ; GADS 2010, n°90-93.

⁵¹⁰ CE 10 oct.2012, M. B., req. n°350426, *Lebon* ; AJDA 2012.1927. Même si le Conseil d'Etat semble plus prudent sur l'évaluation du préjudice. V. en ce sens Xavier BARELLA, « Le droit à l'information en matière médicale, vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », AJDA 2012, 1991.

⁵¹¹ En ce sens, A. LAUDE, D.2011.2571. : « [...] sans tenir compte de la nature contractuelle ou délictuelle de la faute, pas plus que de la nature civile ou administrative de celle-ci. Cette distinction ne conserve pratiquement d'intérêt que pour la compétence des juridictions ».

⁵¹² F. ALT-MAES, « Le consentement aux actes médicaux », Rapport de synthèse, *Gaz. Pal.* 1999, p. 45.

B-LA DÉLIVRANCE DE L'INFORMATION MÉDICALE

132. Annonce de plan. L'information médicale s'adresse au patient, mais lorsque celui-ci est un majeur protégé, il n'en sera pas systématiquement l'unique destinataire (1), car elle doit être adaptée à ses capacités de discernement, par hypothèse amoindries (2).

1-Le destinataire de l'information

133. Articulation des textes. L'article L.1111-2 du Code de la santé publique énonce que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ». L'article 459 du Code civil énonce, quant à lui, que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Ce principe est valable, quelle que soit la mesure de protection, et quelle qu'en soit la nature⁵¹³. La décision médicale entre dans cette catégorie des décisions relatives à la personne, qu'elle soit protégée ou non, mais il est nécessaire, pour que l'autonomie décisionnelle soit totale au sens de l'article 459, que son état le lui permette : autrement dit, que ses facultés de discernement et d'expression de sa volonté soient suffisantes pour « prendre seule une décision personnelle éclairée » (art.459 al.2 C. civ.). Pour cela, l'information médicale devra lui avoir été délivrée préalablement à la prise de décision. Le régime de l'information suit le régime du consentement. Toutefois, l'article 459-1 du Code civil vient préciser que « l'application de la présente sous-section [IV dont est issu l'article 459] ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique [...] prévoyant l'intervention d'un représentant légal ».

134. Régime juridique antérieur à l'ordonnance du 11 mars 2020. Jusqu'à l'ordonnance du 11 mars 2020, l'article L. 1111-2 al.5 du Code de la santé publique prévoyait une disposition spécifique pour les majeurs sous tutelle. Pour cette catégorie de majeurs protégés, et seulement celle-ci, les droits relatifs à l'information médicale prévus à l'article L. 1111-2 étaient exercés

⁵¹³ Les articles 457-1 à 459-2 étant insérés à la sous-section IV « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne » de la section IV du chapitre II « Des mesures de protection juridique des majeurs », du titre XI du Code civil. V. art. 438 dans certains cas pour la sauvegarde de justice, art. 479 C. civ. pour le mandat de protection future, art. 494-6 al.1er pour l'habilitation familiale.

par le tuteur, lequel était le destinataire principal de l'information médicale⁵¹⁴ : « Ceux-ci [titulaires de l'autorité parentale pour le mineur, tuteur pour le majeur sous tutelle], reçoivent l'information prévue par le présent article [...] »⁵¹⁵. Certes, les intéressés avaient le droit de recevoir eux-mêmes une information adaptée à leurs facultés de discernement et de participer à la prise de décision les concernant, mais cette précision n'intervenait que dans un second temps, ainsi qu'il résultait de la rédaction de l'alinéa 5 de l'article L. 1111-2 en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2020. Le tuteur se trouvait alors dans une incapacité d'exercice, peu importait que son état physique et/ou mental lui permît de prendre seul -ou avec assistance- une décision personnelle éclairée⁵¹⁶. La modification de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique par la loi du 26 janvier 2016 ne semble pas avoir eu d'effet majeur sur cette interprétation⁵¹⁷.

En dépit de la seule référence au majeur sous tutelle, les dispositions de l'article L. 1111-2 semblaient devoir s'appliquer également au mandat de protection future, lorsque le mandat l'avait prévu⁵¹⁸, ainsi qu'à l'habilitation familiale lorsqu'elle était générale, dans la mesure où la personne habilitée avait une mission de représentation⁵¹⁹. En revanche, lorsque l'habilitation n'était pas générale et ne portait pas sur l'ensemble des actes relatifs à la personne, ou lorsque l'habilitation ne comportait qu'une mission d'assistance, rendue possible depuis la loi du 23 mars 2019⁵²⁰, il était nécessaire de recourir à l'article 459 du Code civil, tout comme pour les autres majeurs protégés⁵²¹, dans la mesure où l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique restait silencieux. Le dispositif de l'article 459 met en place des paliers de protection en matière de décision personnelle en fonction des facultés de discernement du majeur protégé⁵²². Si le protecteur avait reçu une mission d'assistance en matière d'acte personnel, il pouvait assister le majeur protégé au cours de l'entretien médical informatif. En effet, si le juge ou le conseil de

⁵¹⁴ Une question pouvait se poser lorsque le tuteur n'avait pas reçu de mission de protection de la personne du tuteur, même si l'hypothèse se rapproche du cas d'école, le juge confiant le plus souvent cette mission au tuteur avec celle de la protection des biens.

⁵¹⁵ Art. L. 1111-2 al. 5, dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2020.

⁵¹⁶ Même s'il doit recevoir une information adaptée. Cf. *infra* l'adaptation de l'information au degré de compréhension.

⁵¹⁷ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, en particulier les articles 7 et 175. V. J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *Pan., D.*2016. 1523.

⁵¹⁸ Art. 479 C. civ.

⁵¹⁹ Art. 494-1 C. civ., art. 494-6 al 3.

⁵²⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 29 3°.

⁵²¹ Y compris dans certains cas de sauvegarde de justice, v. art. 438 C. civ.

⁵²² Dans ce sens, A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », in *La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?*, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. Fam.* 2011. Etude 5, p.22.

famille avait confié une mission d'assistance, pour l'ensemble des actes personnels ou certains d'entre eux, c'est que l'état du majeur protégé ne lui permettait pas de prendre seul une décision personnelle éclairée⁵²³. Dans la mesure où l'information constitue l'éclairage nécessaire à la prise de décision, le curateur devait assister le curatelaire lorsque lui était délivrée cette information. Cette assistance avait pour but la meilleure compréhension possible de l'information médicale par le majeur protégé⁵²⁴. L'article 457-1 du Code civil confirmait d'ailleurs ce raisonnement puisque le protecteur⁵²⁵ devait lui-même délivrer « toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part », et ce « [...] sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi ». L'article L.1111-7 du Code de la santé publique, modifié par la loi du 26 janvier 2016⁵²⁶, octroie ainsi au curateur un droit d'accès au dossier médical du curatelaire, au même titre que le tuteur⁵²⁷.

135. Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020⁵²⁸. La modification opérée par l'ordonnance du 11 mars 2020, entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2020, permet *a priori* de remédier à l'écueil relatif à la délivrance de l'information au majeur protégé « avec représentation relative à la personne ». En effet, selon la nouvelle rédaction de l'article L. 1111-2 §-III, l'information est « délivrée aux personnes majeures protégées au titre des dispositions du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension ». Il est ainsi clairement affirmé que la personne qui doit recevoir l'information est d'abord et en premier lieu le majeur protégé lui-même, quelle que soit la mesure de protection, puisque le chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil est intitulé « Des mesures de protection juridique des majeurs », et renferme l'ensemble des mesures en vigueur. Place est ensuite accordée au régime de l'information de la personne chargée de la protection : les rangs ont été inversés. En effet, selon le nouvel article L. 1111-2 §-III, « Cette information est également délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec

⁵²³ Dont la décision médicale est une composante.

⁵²⁴ Cf. *infra* § 139, l'adaptation de l'information au degré de compréhension.

⁵²⁵ L'article 457-1 du Code civil impose à la personne chargée de la protection du majeur, une obligation générale d'information en matière personnelle, incluant ainsi l'information médicale.

⁵²⁶ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

⁵²⁷ V. J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *Pan., D.* 2016. 1523.

⁵²⁸ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, JO 12 mars 2020, texte n°61.

représentation relative à la personne. Elle peut être délivrée à la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance à la personne si le majeur protégé y consent expressément ». Le tuteur, en représentation complète, l'habilité en représentation complète⁵²⁹, ou le mandataire de protection future ayant reçu mission de protection de la personne⁵³⁰, reçoit donc également de droit, l'information médicale relative à la santé de son protégé. En revanche, la personne chargée d'une mission d'assistance relative à la personne, c'est-à-dire le curateur, ou l'habilité avec mission d'assistance relative à la personne, ne se verront délivrer l'information qu'à la condition que le majeur protégé manifeste un consentement explicite en ce sens. Or, selon l'article 459 alinéa 2 du code civil, s'il y a assistance relative à la personne, c'est que « l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée ». Dans ces conditions, comment pourrait-elle seule décider de la délivrance ou non de l'information médicale à la personne chargée de sa protection en assistance, pourtant désigné en vue de l'assister dans la prise de décision médicale de façon à ce qu'elle soit éclairée, alors que précisément il n'aurait aucune information, et serait tenu dans l'ignorance ? La contradiction est d'autant plus manifeste que la personne chargée de sa protection se trouve tenu d'une obligation générale d'information aux termes de l'article 457-1 du code civil. De ce point de vue, le nouvel article L. 1111-2 du Code de la santé publique va à rebours de l'article 459, en soumettant l'information de la personne chargée de la protection avec mission d'assistance, au consentement exprès du majeur protégé. Il en sera de même pour l'accès au dossier médical du majeur protégé, lorsque la personne chargée de la mesure de protection aura reçu mission d'assistance relative à la personne⁵³¹. En revanche, la personne chargée de la mesure de protection avec mission de représentation relative à la personne, conserve un droit d'accès au dossier médical du majeur protégé, sans que son consentement soit nécessaire.

Nous sommes ainsi passés, avec l'ordonnance du 11 mars 2020, d'un régime de délivrance de l'information médicale axé sur la personne chargée de la mesure protection, à un régime axé sur le majeur protégé, mais avec de nouvelles contradictions s'agissant du majeur protégé avec assistance relative à la personne.

⁵²⁹ Art. 494-6 C. civ.

⁵³⁰ Art. 479 C. civ.

⁵³¹ Art. L. 1111-7 modifié ; Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, art.4.

136. Majeur protégé, personne chargée de la mesure de protection et personne de confiance. La personne de confiance peut également être amenée à recevoir l'information médicale, avec la personne qui l'a désignée, lorsque celle-ci est consciente, et lorsqu'elle ne l'est plus dans le but de témoigner de sa volonté⁵³². Avant l'ordonnance du 11 mars 2020, les majeurs protégés bénéficiaient de cette faculté comme toute personne, dans la mesure où l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique restait silencieux à leur égard, sauf pour le majeur sous tutelle. Lorsque ce dernier avait désigné une personne de confiance antérieurement à l'ouverture de la mesure tutélaire, le conseil de famille ou le juge avait la faculté de confirmer ou révoquer la personne de confiance⁵³³. La loi n°2016-87 du 2 février 2016 avait toutefois ouvert cette possibilité après l'ouverture de la mesure, le majeur sous tutelle devant désormais solliciter une autorisation du juge ou du conseil de famille s'il avait été constitué, aux fins de pouvoir désigner une personne de confiance⁵³⁴.

L'ordonnance du 11 mars 2020 a remplacé « une personne [qui] fait l'objet d'une mesure de tutelle, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil » par « un personne [qui] fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne ». Cette substitution, si elle ne modifie en rien le régime antérieur pour un majeur protégé par une mesure de tutelle complète, ou par un mandat de protection future étendu à la protection de la personne et ayant pris effet⁵³⁵, élargit en revanche la disposition à l'habilitation familiale lorsqu'elle est générale et avec représentation relative à la personne. Pourtant, l'ordonnance a conservé la référence à la tutelle dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de protection. Faut-il comprendre que dans ce cas, la faculté de revenir sur le choix du majeur, ouverte au juge ou au conseil de famille, sera réservée aux seules mesures de tutelle avec représentation relative à la personne ? Ou bien est-ce une nouvelle maladresse de rédaction, voire un manque de rigueur juridique ? Pour les mesures juridiques avec assistance relative à la personne en revanche, hier comme aujourd'hui, l'article L. 1111-6

⁵³² Article L. 1111-6 du Code de la santé publique.

⁵³³ Monsieur J.-M. PLAZY remarquait d'ailleurs « avec sourire que le texte rétablit le conseil de famille en première position », in J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *Pan., D.* 2016. 1523, spéc. D.

⁵³⁴ Sur les questions suscitées par cette demande d'autorisation, voir G. RAOUL-CORMEIL, « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr. Fam.* 2016, n°10, dossier 35.

⁵³⁵ Car le mandat de protection future est un mandat de représentation selon l'article 477 alinéa 1. D'ailleurs, l'alinéa 2 précise que la personne en curatelle peut conclure un tel mandat avec l'assistance de son curateur. Si le mandat s'étend à la protection de la personne, possibilité offerte par l'article 479 al.1 C. civ., il ne pourra s'agir que d'une mission de représentation relative à la personne. Aussi, la disposition de l'alinéa 2 précisant que le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle, et désormais inutile, car redondante.

demeure silencieux. Il est alors nécessaire de revenir au régime général de l'article 459 du code civil, lequel régit la prise de décision en matière personnelle. Selon son alinéa 2, les personnes protégées avec assistance relative à la personne devraient désigner leur personne de confiance, avec l'assistance de leur protecteur. Pour celles dont l'état leur permet de prendre seules une décision personnelle éclairée, ne bénéficiant dès lors d'aucune assistance relative à la personne, la désignation de la personne de confiance se fera en totale autonomie, ainsi qu'en dispose l'alinéa 1^{er} de l'article 459. La question de la qualification juridique de la désignation de la personne de confiance aurait peut-être pu se poser au regard de l'article 458 du code civil.

137. Contenu de la mission de la personne de confiance. La mission dévolue à la personne de confiance par la loi est encadrée, et son contenu n'a pas fait l'objet de modification par l'ordonnance du 11 mars 2020 : elle est désignée pour le cas où la personne serait d'une part hors d'état de manifester sa volonté et d'autre part, dans l'impossibilité de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Dans ce cas, la personne de confiance est consultée pour apporter son témoignage sur la volonté du patient. Son témoignage prévaut sur tout autre, y compris donc sur celui de la personne chargée de la protection juridique. La personne de confiance peut assister, avec l'accord du patient, aux entretiens médicaux « afin de l'aider dans ses décisions ». Il faut dès lors y voir une mission d'assistance ou d'accompagnement, et la question se pose d'une concurrence des assistances en matière d'information médicale lorsque le protecteur juridique de la personne protégée s'est vu confier une mission d'assistance relative à la personne, et que le majeur protégé consent à la délivrance de l'information à son protecteur. L'entretien individuel au cours duquel doit être délivrée l'information médicale, pourrait-il se dérouler avec trois interlocuteurs, ainsi que le médecin ? La délivrance de l'information médicale à la personne chargée de sa protection ne sera qu'une faculté, soumise au consentement exprès du majeur protégé en assistance. En cas de refus d'y consentir, l'assistance propre à la mesure se trouvera privée d'effet. Il en ira de même en cas de refus de la présence de la personne de confiance lors des entretiens médicaux⁵³⁶. Enfin, s'il revient au juge, ou au conseil de famille le cas échéant, de maintenir ou révoquer la personne de confiance en matière de protection juridique avec représentation relative à la personne, rien ne permet une telle similitude pour les autres régimes de protection avec assistance relative à la personne⁵³⁷. L'autonomie prend une

⁵³⁶ Art. L. 1111-6 al. CSP (alinéa inchangé par l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020).

⁵³⁷ V. G. RAOUL-CORMEIL, *ibid*, spéc. n°12 *in fine*.

nouvelle fois le pas sur la protection.

Lorsque la personne se trouve hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information, la personne de confiance est consultée et son témoignage prévaut sur tout autre. Elle ne prend en revanche aucune décision, alors que le représentant relatif à la personne est amené à le faire⁵³⁸. En cas de désaccord, si l'un possède un pouvoir d'autorisation, et l'autre un pouvoir de consultation, il aurait tout de même été préférable de s'inspirer de la règle de l'article 459 alinéa 2, reprise à l'article L. 1111-4 alinéa 8, faisant intervenir le juge en cas de désaccord entre le majeur protégé et son représentant à la personne⁵³⁹. En présence d'une personne chargée d'une mission d'assistance relative à la personne en revanche, et en l'absence d'autorisation de la personne protégée donnée au médecin pour la communication des informations médicales le concernant, l'assistant relatif à la personne se trouve confronté au secret médical, et privé de tout pouvoir, ne serait-ce que de consultation⁵⁴⁰. Dans cette hypothèse, selon Madame PETERKA, « ainsi, en cas de perte de conscience subite de la personne protégée, le mandataire ne pourra consulter son dossier médical et consentir à l'acte qu'après que le juge aura étendu sa mission à la représentation du majeur en matière personnelle »⁵⁴¹. Ce mécanisme peut en théorie fonctionner, sous réserve du « décalage de temporalité entre les organisations judiciaires et médicales »⁵⁴². Car en pratique, et en application de l'article L. 1111-4 alinéa 5 et 6 du Code de la santé publique, sauf urgence ou impossibilité, le médecin consultera la personne de confiance, ou la famille, ou à défaut les proches.

138. Exclusion des actes strictement personnels. Enfin, la question de la qualification juridique de la désignation de la personne de confiance aurait peut-être pu se poser au regard de l'article 458 du code civil. En effet, compte tenu de la mission dévolue à la personne de confiance, chargée d'être la voix de la personne qui se trouve hors d'état de manifester sa volonté, la nature du choix de cette personne semble impliquer un consentement strictement personnel. Certains d'entre eux sont en effet soumis au régime de l'autorisation judiciaire

⁵³⁸ En tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée, Art. L. 1111-4 al. 8 CSP.

⁵³⁹ En ce sens, G. RAOUL-CORMEIL, « Le régime des décisions médicales concernant les personnes majeures protégées », *JCP G* 2020, n°12, 331.

⁵⁴⁰ En ce sens, V. G. RAOUL-CORMEIL, *op. cit.*

⁵⁴¹ N. PETERKA, « Nouveau régime des décisions médicales à l'égard d'une personne majeure protégée. Quelles incidences pour le notariat ? », *JCP N* 2020, n°25, 1132.

⁵⁴² G. RAOUL-CORMEIL, *op. cit.*

préalable, à l'image de la rédaction des directives anticipées ou du testament⁵⁴³. Mais ces dispositions prennent toujours le soin de préciser que, l'autorisation obtenue, l'acte ne peut être accompli qu'en dehors de toute assistance ou représentation, ce qui n'est pas le cas pour l'article L. 1111-6.

En tout état de cause, le juge - ou le notaire⁵⁴⁴, devra être attentif à la conciliation des missions du protecteur juridique dans le domaine des actes personnels, avec la désignation de la personne de confiance⁵⁴⁵.

2-L'adaptation de l'information au degré de compréhension

139. Hétérogénéité terminologique. Dans le cas d'une personne souffrant d'altération de ses facultés mentales, la délivrance de l'information devient une formalité plus délicate à accomplir : elle doit s'adapter aux « degré de compréhension » ou de « discernement » ou bien encore à « l'état » de la personne intéressée. Dans la version antérieure à l'ordonnance du 11 mars 2020, l'alinéa 5 de l'article L 1111-2 du Code de la santé publique disposait que les « majeurs sous tutelle [...] ont le droit de recevoir eux-mêmes *une* information [...] d'une manière adaptée [...] à leurs facultés de discernement [...] ». Si le majeur sous tutelle -aucune mention pour les autres majeurs protégés- obtenait le droit d'être informé personnellement, ce droit n'était que partiel : il ne recevait pas systématiquement l'information médicale dans sa totalité, mais *une* information, dont le contenu n'était alors pas précisé. Cet écueil a été corrigé par l'ordonnance du 11 mars 2020 : dans la version en vigueur au 1^{er} octobre 2020, l'information est délivrée en premier lieu au majeur protégé, et « d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension »⁵⁴⁶, formule proche de l'article L. 2123-2 alinéa 3, sans être identique. En effet, en matière de stérilisation contraceptive, ce dernier impose de délivrer *une* information au majeur dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique, « adaptée à son degré de compréhension ». La formule est très proche de celle de l'article L. 1111-2, sans être pourtant rigoureusement identique.

⁵⁴³ Art. L. 1111-11 al. 7 CSP, et art. 476 al.2 C. civ.

⁵⁴⁴ Pour le mandat de protection future.

⁵⁴⁵ J.-M. PLAZY, op. cit. ; V. également P. BARINCOU, « Fin de vie : les dispositions relatives aux majeurs protégés », *AJ Fam.* 2016, p.431 ; G. RAOUL-CORMEIL, op. cit. ; N. PETERKA, op. cit.

⁵⁴⁶ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, art. 1.

L'ordonnance du 11 mars 2020, qui avait pour but d'harmoniser les dispositions du Code de la santé publique et celles du Code de l'action sociale et des familles avec les dispositions du Code civil, aurait dû y remédier. La formule retenue à l'article 457-1 du Code civil est encore différente, et se rapproche de celle contenue à l'article 459. Au terme du premier de ces textes, Les personnes chargées de la mesure de protection sont en effet eux-mêmes tenus d'une obligation générale de délivrance de l'information en matière médicale⁵⁴⁷, « selon des modalités adaptées à [l'] état [de la personne protégée] » et ce, « sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi [...] ».

140. Mise en œuvre pratique. Le médecin doit adapter l'information qu'il procure au niveau socio-culturel et aux capacités de discernement du patient. Cette adaptation de l'information doit nécessairement être précédée d'une évaluation des capacités de discernement. Toutefois, « il n'existe pas de critère permettant de quantifier cette altération du discernement et cette évaluation repose donc sur les éléments cliniques recueillis par le médecin »⁵⁴⁸. La loi du 4 juillet 2001 impose plus précisément une « information adaptée à son degré de compréhension » pour la personne majeure protégée. Concernant la stérilisation, intervention qui n'est pas rendue nécessaire par l'état de santé du patient, l'information délivrée doit cependant être exhaustive, incluant les risques exceptionnels dus à la chirurgie, mais aussi toutes les conséquences inhérentes à l'intervention.

Les deux exigences semblent dès lors difficiles à concilier aux vues de la complexité d'un acte de stérilisation. Plus l'acte est complexe, plus l'information devient délicate à fournir, et le consentement de l'intéressé sujet à caution. En effet, l'exposé technique de l'objet d'une stérilisation, qui est la suppression définitive de la capacité de reproduction, et de ses conditions de réalisation ne suffit pas. La stérilisation est une intervention qui reste mutilante et qui entraîne des répercussions psychologiques nombreuses⁵⁴⁹. Il s'agit d'un acte éminemment complexe, délicat à appréhender pour une personne « douée de discernement », et qui l'est a fortiori pour une personne handicapée mentale. La notion de handicap et le degré de déficience

⁵⁴⁷ L'obligation générale d'information en matière personnelle imposée par l'article 457-1 du Code civil aux personnes chargées de la protection de la personne majeure protégée inclut nécessairement l'information en matière médicale, partie intégrante de la sphère personnelle.

⁵⁴⁸ GARNIER J.-C., CHOPARD J.-L., PILI-FLOURY S., SAMAIN E., « Information et consentement aux soins de la personne vulnérable en France », *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation*, 28 (2009), 575-578.

⁵⁴⁹ V. par ex. M. BOURGEOIS, « La stérilisation volontaire : aspects et conséquences médico-psychologiques », *Rev. Contraception-fertilité- sexualité*, 1983, suppl. au vol. 11, n°3, p.439.

prennent alors tout leur sens dans la détermination d'un consentement éclairé. Pourtant, ils ne font l'objet d'aucune définition précise et regroupent des populations très diverses.

Le Comité Consultatif National d'Ethique avait proposé, en 1996, la prise en compte d'un certain nombre d'éléments permettant de considérer le consentement d'une personne aux capacités de discernement amoindries, comme éclairé. « La validité du consentement dépend à l'évidence de la capacité de la personne handicapée mentale à comprendre la nature et les conséquences de l'acte de stérilisation qui lui est proposé »⁵⁵⁰. La détermination de cette capacité « suppose que [la personne concernée] ait au moins une idée du lien entre acte sexuel, grossesse et maternité, qu'elle comprenne la différence entre un état de fertilité et de stérilité, et qu'elle puisse se représenter ce qu'est dans la réalité la charge d'un enfant. Mais ceci dépend au premier chef de la possibilité de bénéficier d'une information claire, simple et précise, adaptée à son niveau intellectuel supposé, et dispensé par un interlocuteur prêt à l'effort nécessaire pour se faire comprendre »⁵⁵¹. A cet égard, l'attention doit être attirée sur le peu de formation des médecins en matière d'approche du handicap en général. Ainsi, un consentement de la personne handicapée mentale peut être exprimé de façon formelle devant le médecin, alors qu'il est dénué de tout contenu. Le CCNE conclut sa démarche sur la considération du consentement éclairé en estimant que « si l'ensemble de ces notions, assez difficiles, paraissent raisonnablement accessibles à la personne handicapée mentale, on peut admettre que le consentement (ou le refus) qu'elle exprime a de bonnes chances d'être valable ». Il n'aboutit toutefois qu'à une probabilité de la validité du consentement, c'est pourquoi la loi du 4 juillet 2001 a prévu l'intervention du juge en tant que garde-fou⁵⁵².

141. Réticences à l'information. Le devoir d'information, appliqué aux personnes handicapées mentales « aptes à exprimer leur volonté » n'est pas sans poser problème chez certains professionnels de la médecine, même s'ils disent expliquer à la personne l'intervention qui lui est proposée ⁵⁵³. Ils considèrent l'information dispensée comme une « mauvaise nouvelle », en ce sens qu'elle est supposée produire un certain retentissement négatif sur la

⁵⁵⁰ Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit., Rapport n°49.

⁵⁵¹ Ibid.

⁵⁵² V. *infra* §172.

⁵⁵³ « On leur explique ; on ne les prend pas comme ça. [...]. L'essentiel c'est qu'ils sont informés clairement de la proposition qui leur est faite ; je suis d'accord sur leurs droits [...]. On peut leur expliquer qu'ils peuvent avoir des enfants mais qu'ils ne sont pas capables de les élever et ceci ils l'entendent ». Propos recueillis par A. GIAMI et C. LAVIGNE, in A. GIAMI, C. LAVIGNE, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le "consentement éclairé" », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 2000, p.69.

personne qui en est le destinataire. « Ainsi, face aux croyances ou aux désirs de ces jeunes femmes quant à leur fertilité et leur fécondité, le professionnel est chargé d'annoncer que celle-ci est impossible et qu'il faut faire en sorte qu'il en soit ainsi »⁵⁵⁴. Face à ces difficultés, certains professionnels remettent en doute la nécessité de délivrer l'information et par conséquent celle du recueil du consentement libre et éclairé. Ils expriment des réticences à l'information, en se fondant d'une part sur les doutes quant à la capacité de comprendre de la personne handicapée mentale⁵⁵⁵; en faisant référence, d'autre part, au degré de déficience, beaucoup plus profond s'agissant de l'information que dans une argumentation destinée à démontrer la réalité du consentement. Ainsi, comme le souligne Monsieur Alain GIAMI, « Le flou de la notion de handicap permet de convoquer chaque type ou degré de déficience en fonction des nécessités du moment. Dans un cas les personnes handicapées mentales sont en mesure de comprendre, dans l'autre pas »⁵⁵⁶.

142. Bilan. Les réticences à l'information d'une personne handicapée mentale traduisent le statut qui leur est accordé à propos des décisions médicales qui les concernent : ils sont parfois substitués dans ces décisions⁵⁵⁷. Ainsi, on constate avec Monsieur Alain GIAMI que « la première étape de l'obtention du consentement comporte déjà, aux yeux des professionnels, une dimension contradictoire par rapport aux précautions préconisées par le législateur, à savoir l'obligation d'informer de manière précise [et en même temps adaptée à son degré de compréhension] le sujet concerné. [...] Face aux difficultés concernant l'information, il est envisagé de renoncer à cette étape du processus »⁵⁵⁸. Les professionnels de santé constatent d'ailleurs l'absence de « paramètre simple »⁵⁵⁹ qui permettrait de s'assurer avec certitude de l'assimilation et de la compréhension de l'information. Le législateur français l'a pourtant expressément incluse dans sa procédure relative à l'obtention d'un consentement dans le cadre des stérilisations, contrairement à la plupart de ses homologues étrangers. En effet, il semble que seul le Danemark ait prévu explicitement l'obligation d'information dans son dispositif

⁵⁵⁴ Ibid.

⁵⁵⁵ « Ils disent oui mais en n'ayant pas tout entendu ou tout compris. Une croyait justement qu'on allait lui donner un bébé ; on leur demande un consentement un peu rapide ». Propos recueillis par A. GIAMI et C. LAVIGNE, op. cit.

⁵⁵⁶ A. GIAMI, C. LAVIGNE, op. cit.

⁵⁵⁷ « On est amené parfois à se substituer aux personnes handicapées pour prendre des décisions », in A. GIAMI, C. LAVIGNE, op. cit.

⁵⁵⁸ A. GIAMI, C. LAVIGNE, op. cit., p. 69.

⁵⁵⁹ GARNIER J.-C., CHOPARD J.-L., PILI-FLOURY S., SAMAIN E., « Information et consentement aux soins de la personne vulnérable en France », *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation*, 28 (2009), 575-578.

spécifique à la stérilisation de personnes handicapées mentales : « un médecin doit informer l'intéressé(e) de la nature de l'intervention, des conséquences directes et des risques qui peuvent en résulter »⁵⁶⁰.

La délivrance de l'information n'est valable que si la personne concernée l'a comprise, et cette compréhension reste l'enjeu majeur dans la mise en œuvre effective de l'obligation d'information, préalable indispensable au consentement. L'affaire américaine *M.O. v. PARC Home*, de 1981, est à cet égard un exemple édifiant. Il s'agissait d'une jeune femme handicapée mentale qui avait, dans un premier temps, consenti à une stérilisation bien qu'elle ne sache ni lire et écrire et qui, par la suite, avait invoqué le fait qu'elle n'avait pas compris la portée de l'acte⁵⁶¹. Ainsi, si l'information préalable n'a pas été appréhendée correctement, le consentement recherché ne peut être validé. Pierre LASCOUMES relevait d'ailleurs la nécessité de « lier de façon impérative la validité du consentement et la qualité de l'information »⁵⁶².

§II- LA RECHERCHE DU CONSENTEMENT

*« Quel que soit le régime juridique des soins médicaux, le consentement du patient constitue un rempart protecteur que l'on ne peut pas franchir, sous peine de violation de la personne et de sa liberté »*⁵⁶³.

143. Notion cadre. L'exigence d'un consentement, avant toute intervention médicale, constitue un élément du respect de la dignité et de la liberté de la personne humaine. Le principe du consentement a d'abord été consacré par la jurisprudence judiciaire puis administrative⁵⁶⁴, avant d'être consacré par les textes. Il doit être libre, éclairé et exprès. Par principe, la nature des actes médicaux est indifférente à la liberté de la personne. La personne bénéficie de

⁵⁶⁰ A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8.

⁵⁶¹ Affaire *M.O. v. PARC Home*, 1981, citée par F. B., « Droit de la santé publique », *RTD civ.* Oct-déc. 2001, *Législation française*, p. 972.

⁵⁶² Cité in C. EVIN, *Les droits de la personne malade*, Rapport du Conseil Economique et Social, 1996.

⁵⁶³ S. GROMB, « L'expert et le consentement éclairé », *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 15.

⁵⁶⁴ Consécration par la Cour de cassation : Civ., 20 mai 1936, *Mercier* ; Ch. Req., 28 janvier 1942 ; Civ., 29 mai 1951 ; Civ., 27 octobre 1953 ; Civ., 17 novembre 1969. Puis par le Conseil d'Etat : 17 février 1985, *Dame Morette-Bourny* ; 29 janvier 1988, *Dame Labidi*.

l'autonomie de sa volonté quels que soient les actes médicaux ou chirurgicaux envisagés. Mais à l'heure de la reconnaissance des droits-créances du patient, dont le consentement constitue la pierre angulaire, la question de celui des personnes majeures protégées reste délicate. En particulier, la validité du consentement interroge, en dépit des dispositions du Code de la santé publique et de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, lesquelles étaient elles-mêmes difficiles à concilier, jusqu'à une période récente⁵⁶⁵.

A-LE CONSENTEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ A L'ACTE MEDICAL

144. Remarques liminaires. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique énonce que *« toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. [...] Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité »*. La volonté de la personne est placée au centre du dispositif général relatif au consentement en matière médicale. Le principe, en la matière, est le consentement libre et éclairé, lequel peut être retiré à tout moment. D'ailleurs l'article L. 1111-4 se réfère, dans un premier temps, uniquement à la décision médicale, et non seulement au consentement, qui est un acquiescement à l'acte ou au traitement envisagé.

L'article L. 1111-4 distingue ensuite le cas de la personne hors d'état d'exprimer sa volonté de celui du majeur sous tutelle (et du mineur). Pour la première, le médecin doit consulter en premier lieu la personne de confiance, ou bien en deuxième lieu la famille, ou encore en dernier lieu les proches. Lorsque la limitation ou l'arrêt d'un traitement risque d'entraîner le décès, une procédure collégiale doit être respectée⁵⁶⁶, ainsi que les directives anticipées. Il s'agit d'une double condition. Lorsque la personne n'a pas rédigé de directives anticipées, la personne de

⁵⁶⁵ Voir sur ce point l'article 211 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, lequel précise : *« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi permettant de mieux articuler les dispositions du code civil et du code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, pour toute décision relative à un acte médical »*. V. J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », Pan., D.2016. 1523. Le délai s'étant écoulé sans aucune intervention gouvernementale, il aura fallu attendre la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, puis l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 pour qu'enfin ces mesures soient prises. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2020.

⁵⁶⁶ Procédure prévue à l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique.

confiance devra être consultée, à défaut ce sera la famille, et à défaut les proches.

145. Régime juridique antérieur à l'ordonnance du 11 mars 2020. L'article 459 du Code civil énonce quant à lui que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. La décision médicale constitue une décision entrant dans le champ d'application de l'article 459⁵⁶⁷. Cette disposition introduit des paliers dans l'autonomie décisionnelle du majeur protégé en matière personnelle⁵⁶⁸ : celle-ci est totale lorsque l'état du majeur protégé lui permet de prendre seul une décision personnelle éclairée, autrement dit lorsque sa capacité de discernement et d'expression de sa volonté sont suffisants. Si ce n'est pas le cas, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, prévoit une mesure d'assistance pour l'ensemble des actes personnels, ou certains d'entre eux. Enfin, si l'assistance ne permet pas une protection suffisante eu égard à l'état du majeur protégé, le juge prévoit une mesure de représentation⁵⁶⁹. Toutefois, jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019, l'alinéa 3 de l'article 459 précisait que les actes personnels ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée⁵⁷⁰ ou à l'intimité de sa vie privée devaient faire l'objet d'une autorisation spéciale du juge⁵⁷¹. Enfin, l'article 459-1 non modifié par l'ordonnance du 11 mars 2020, venait préciser en matière personnelle la primauté des dispositions du Code de la santé publique lorsqu'elles prévoient l'intervention d'un représentant légal⁵⁷² sur celles du Code civil.

Or, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 11 mars 2020, le 1^{er} octobre 2020, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique contenait une disposition spécifique aux majeurs

⁵⁶⁷ Cf. *supra* §133 les développements consacrés au destinataire de l'information médicale.

⁵⁶⁸ « Il semblerait qu'il faille le lire en cascade », I. MARIA, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz action 2016, n° 335.123. V. également F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875.

⁵⁶⁹ Nécessitant alors l'ouverture d'une tutelle, ou d'une habilitation familiale avec représentation relative à la personne, depuis la modification de l'article 459 opérée par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, Art. 459 al.2 C. civ. L'article 459 est également applicable au mandat de protection future ayant pris effet, si ce dernier s'étend à la protection de la personne, conformément à l'article 479 du Code civil.

⁵⁷⁰ Sur la difficulté de définir la notion d'acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique, V. A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. Fam.* 2011. n° 2, Etude 5, p.22 ; D. GUEVEL, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 novembre 2010, n°220, p. 30, spéc. note 49, pour qui « la question de savoir où commence l'atteinte à l'intégrité physique (notamment en cas d'intervention chirurgicale) n'est pas vraiment résolue ».

⁵⁷¹ Ou du conseil de famille s'il a été constitué. Art 459 al.3. V. F. ARHAB-GIRARDIN, op. Cit.

⁵⁷² Ainsi que celles du Code de l'action sociale et des familles.

« sous » tutelle⁵⁷³. Son consentement devait être systématiquement recherché s'il était apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Il convenait dès lors de préciser que la participation à une décision, quelle qu'elle soit, ne signifiait pas prise de décision avec un auteur unique, mais intervention dans le processus décisionnel. La disposition relative au majeur sous tutelle faisait ainsi référence à la recherche systématique de son consentement lors de la participation à la décision. Il n'était donc pas l'auteur unique de la décision, mais un participant dont on recherchait l'adhésion à la décision finale, laquelle était prise par le tuteur. En effet, même si l'article L. 1111-4 n'envisageait la décision du tuteur qu'à travers son refus d'un traitement qui aurait risqué d'entraîner des conséquences graves pour la santé du majeur sous tutelle⁵⁷⁴, une lecture *a contrario* semblait indiquer que le consentement du tuteur était impératif, et permettait de le déduire auteur de la décision finale. Il s'agissait d'ailleurs d'une obligation déontologique du médecin, selon l'article R. 4127-42 du Code de la santé publique, qui précisait que ce dernier devait s'efforcer de prévenir et d'obtenir le consentement du « représentant légal » du « majeur protégé »⁵⁷⁵. Cette disposition réglementaire est d'ailleurs demeurée inchangée depuis l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020, ce qui ne manquera pas de laisser les médecins dans l'incertitude sur la personne ayant la qualité de représentant légal, et si une personne a cette qualité au regard du majeur protégé.

Lorsque le majeur sous tutelle refusait de consentir à l'acte médical, le médecin devait délivrer les soins indispensables, comme il devait le faire en cas de refus émanant du tuteur. En revanche, dans les autres cas, les dispositions de l'article L. 1111-4 applicables à « toute personne » semblaient également devoir s'imposer pour le majeur en tutelle : refuser un acte ou un traitement constitue un droit. Encore fallait-il qu'il soit exercé par une volonté dont l'autonomie était suffisante, car si le consentement doit être libre et éclairé, le refus de consentir doit l'être aussi. Or théoriquement, et en application de l'article 459 du Code civil, si le majeur sous tutelle bénéficiait d'une protection représentative en matière personnelle, c'est que son état ne lui permettait pas de prendre une décision personnelle éclairée.

En revanche, pour les autres majeurs protégés et en particulier pour les majeurs en curatelle,

⁵⁷³ Seule cette catégorie de majeurs protégés est visée explicitement.

⁵⁷⁴ Auquel cas le médecin doit délivrer les soins indispensables.

⁵⁷⁵ Ce dernier terme a une vocation plus large que celui employé par l'article L. 1111-4 qui ne fait référence qu'au tuteur. Mais tous les majeurs protégés n'ont pas de représentants légaux, en matière personnelle en particulier. V. J. ROCHE DAHAN, « L'accès de majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* juin 2011, n°83, p. 80 à 87.

l'article L. 1111-4 restait silencieux. Il semblait dès lors indiqué, dans le silence de la règle particulière, de revenir au socle général des actes personnels de l'article 459 du Code civil. Si le majeur protégé en curatelle bénéficiait d'une assistance en matière personnelle, alors son curateur pouvait l'aider à la compréhension de l'information afin de lui permettre de prendre une décision éclairée⁵⁷⁶, mais le consentement du curateur n'avait pas à être demandé puisqu'il ne représente pas l'intéressé. Si le majeur en curatelle refusait l'acte envisagé, il n'était pas possible de passer outre, sauf urgence autorisant le médecin à agir⁵⁷⁷.

146. Régime juridique issu de l'ordonnance du 11 mars 2020. Cette ordonnance a modifié de nombreuses dispositions du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles, afin de les harmoniser avec celles du Code civil relatives aux majeurs protégés⁵⁷⁸. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020⁵⁷⁹. Depuis cette date, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose en son alinéa 8 que « le consentement, mentionné au quatrième alinéa, de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision ». L'ancienne formule relative au consentement du majeur sous tutelle demeure à l'article L. 1111-4, mais elle sera réservée au consentement du mineur (alinéa 7). La distinction se trouve désormais clairement établie entre ces deux catégories de personnes vulnérables. La formule retenue à l'alinéa 8 permet d'élargir clairement son application à toutes les mesures incluant

⁵⁷⁶ Cf *supra* §135 le destinataire de l'information et les effets des modifications issues de l'ordonnance du 11 mars 2020 sur le protecteur en assistance relative à la personne.

⁵⁷⁷ La question se pose en revanche s'agissant des mesures strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son comportement lui ferait courir, et l'information sans délai au juge des tutelles, art. 459 al.4 C. civ. Sur les modifications apportées par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO 6 juillet 2011, P.11705 ; V. le dossier spécial « Hospitalisation sans consentement », *AJ Famille* 2016, n°1.

⁵⁷⁸ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, JORF n°0061 du 12 mars 2020, texte n°3.

⁵⁷⁹ Conformément à l'article 46 de l'ordonnance, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret en Conseil d'Etat et au plus tard le 1er octobre 2020.

une représentation relative à la personne. Le consentement du majeur protégé représenté devra nécessairement être obtenu dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté. Cette obligation explicite pourra, « au besoin » être réalisée « avec l'assistance de la personne chargée de sa protection »⁵⁸⁰. Cette dernière précision est pour le moins étonnante, car si la personne fait l'objet -ou plutôt est le sujet devrait-on dire à présent- d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne, c'est précisément parce que la mesure d'assistance relative à la personne est insuffisante à la protection du majeur en matière personnelle, selon le socle général de l'article 459⁵⁸¹. L'harmonisation et le souci de cohérence, objectifs de l'ordonnance, ne semblent pas atteints de ce point de vue. Lorsque le majeur protégé représenté n'est pas apte à exprimer un consentement – ou un refus de consentir- éclairé, il ne revient plus à son représentant de consentir à sa place, mais de « donner son autorisation », tout en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée ». Cette dernière formule interroge de nouveau, dans la mesure où le représentant ne devrait intervenir que lorsque le majeur protégé représenté est inapte à consentir, y compris avec « l'assistance » de son « représentant ». Il semble difficile d'admettre dans ces conditions, que le majeur protégé puisse émettre un quelconque avis censé. Enfin, aujourd'hui comme hier, l'article L. 1111-4 demeure silencieux sur les mesures de protection avec assistance relative à la personne. Car si aucun acte médical, ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, et ce consentement peut être retiré à tout moment, quid du majeur protégé bénéficiant d'une mesure d'assistance à la personne ? Si l'on se réfère à l'article 459, siège du régime général des actes personnels, l'état de cette personne ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, et c'est précisément la raison pour laquelle elle bénéficie d'une assistance en ce domaine. Il semble toutefois difficile de reprendre le raisonnement applicable au régime antérieur à l'ordonnance⁵⁸², car cette dernière a modifié et pris en compte les majeurs protégés avec assistance à la personne dans le régime de délivrance de l'information médicale. Désormais, ces derniers pourront se retrouver totalement seuls devant la prise de décision médicale, sans aucune assistance ou accompagnement⁵⁸³, en contrariété avec l'esprit et la lettre

⁵⁸⁰ Article L. 1111-4 alinéa 8, en vigueur au 1^{er} octobre 2020.

⁵⁸¹ En ce sens, v. A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU, F. ROGUE et G. RAOUL-CORMEIL, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020. 992.

⁵⁸² Cf *supra* §145.

⁵⁸³ En cas de refus par le majeur protégé de l'information délivrée à son protecteur en assistance, ou d'absence de la personne de confiance aux entretiens médicaux. Car dans cette dernière hypothèse, encore faut-il que le majeur protégé ait été informé de cette possibilité !

de l'article 459.

Enfin, une harmonisation avec l'article 459 du Code civil est tout de même réalisée, en précisant, tout comme ce dernier, que « sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision ». Cette harmonisation avait déjà été initiée par la loi du 23 mars 2019, s'agissant du régime des actes portant gravement atteinte à l'intégrité physique.

147. Les actes portant gravement atteinte à l'intégrité physique. Jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019⁵⁸⁴, lorsque l'acte portait gravement atteinte à l'intégrité corporelle, l'article 459 était plus protecteur que la disposition du Code de la santé publique, car il imposait l'intervention du juge ou du conseil de famille, ce que n'impose pas le second. Dans la mesure où il n'y avait pas de contrariété entre ces dispositions, mais que le socle général des actes personnels était plus protecteur que la disposition spéciale, il semblait conforme à l'esprit de la loi dont l'objectif premier est de protéger la personne vulnérable, d'appliquer l'article L. 1111-4 exigeant le consentement du majeur sous tutelle dans la mesure où il est apte à exprimer sa volonté ainsi que celui du tuteur, et l'article 459 imposant l'autorisation du juge des tutelles⁵⁸⁵. La disposition du Code civil serait ainsi venue compléter celle du Code de la santé publique. Le raisonnement pour le majeur sous tutelle semblait également trouver à s'appliquer au mandat de protection future, lorsque le mandat l'a prévu⁵⁸⁶, ainsi qu'à l'habilitation familiale lorsqu'elle est générale, dans la mesure où la personne habilitée a une mission de représentation relative à la personne⁵⁸⁷.

Lorsque l'acte engageait gravement l'intégrité physique ou l'intimité de la vie privée du majeur en curatelle, la disposition de l'article 459 al.2 faisait référence à « la personne chargée de la protection » laquelle « ne peut [...] prendre une décision [...] sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille [...] ». Cette disposition ne concernait que la personne qui s'était vue investie d'une mission de représentation en matière personnelle, et qui était ainsi en mesure de

⁵⁸⁴ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019.

⁵⁸⁵ En ce sens, A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. Fam.* 2011. n°2, Etude 5, p.22. Et dès avant la réforme de 2007, J. HAUSER, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* 19 mars 2002, n°52, p.4.

⁵⁸⁶ Art. 479 C. civ.

⁵⁸⁷ Art. 494-1 C. civ., art. 494-6 al 3.

« prendre une décision » sur l'acte personnel -ici médical- envisagé⁵⁸⁸. La personne chargée de la mesure de protection qui n'était investie que d'une mission d'assistance, ou le majeur protégé qui ne bénéficiait d'aucune protection en matière personnelle ne semblait dès lors pas concerné par la disposition. Mais si l'autonomie était au centre du dispositif de protection des majeurs, la protection en demeurait la *ratio legis*. Lorsque la protection était accrue en fonction de la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique (ou à l'intimité de la vie privée) pour le majeur protégé bénéficiant d'une mission de représentation, il ne semblait pas que ce soit porter une atteinte disproportionnée au principe d'autonomie que de faire bénéficier cette protection aux autres majeurs protégés pour cette catégorie d'actes, dès lors que le principal concerné était entendu par le juge⁵⁸⁹. Ce contrôle judiciaire *a priori* de l'acte envisagé était une garantie du respect des droits et libertés fondamentales du majeur protégé. Il reste que les « actes portant gravement atteinte à l'intégrité physique » ou ceux portant gravement atteinte « à l'intimité de la vie privée », ou bien encore les actes combinant les deux notions, ne sont définis par aucune disposition d'envergure⁵⁹⁰.

Cette absence de définition ne permettait pas d'établir de frontière claire entre l'acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique, et celui qui n'y portait pas d'atteinte grave, créant une insécurité juridique. Ainsi, l'ablation d'un rein et de l'uretère⁵⁹¹, ou l'extraction de la totalité des dents sous anesthésie générale⁵⁹² ont reçu la première qualification, mais pas la coloscopie ou l'arrachage d'une dent⁵⁹³. Ainsi, « la jurisprudence est restée confidentielle et les juges mal à l'aise avec cette saisine qui exigeait de l'auteur de la requête une information médicale claire et complète »⁵⁹⁴. C'est pourquoi la loi du 23 mars 2019 est venue remédier à cette incertitude, de façon radicale : elle autorise clairement le représentant en matière personnelle du majeur protégé, à prendre les décisions, « y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ». Ce faisant, la situation du majeur protégé avec assistance

⁵⁸⁸ En ce sens, Th. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », obs. ss TI Nice, 4 février 2009, *D.* 2009. 1397. *Contra*, L. TALARICO, note ss TI Nice, 4 février 2009, *Dr. Fam.* Nov. 2009, comm. 147, p.67, qui aboutit au raisonnement inverse et parle ainsi de « majeurs en curatelle, surprotégés ».

⁵⁸⁹ Art. 1220-3 du Code de procédure civile.

⁵⁹⁰ V. en ce sens Th. VERHEYDE, *ibid.*, et les conséquences sur les saisines des juges des tutelles lorsque les organes de protection sont hésitants sur la qualification de l'acte envisagé.

⁵⁹¹ TI Caen, ord. JT, 17 mai 2020, *RG* n°89/8520.

⁵⁹² TI Caen, ord. JT, 9 août 2012, cité par G. RAOUL-CORMEIL, « En attendant la recodification du droit de la santé du majeur protégé... », *RGDM*, n°72, sept. 2019, p. 159.

⁵⁹³ TI Nice, ord. JT, 4 février 2009, *D.* 2009. Jur., p.1397, note Th. VERHEYDE ; *Dr. fam.* 2009, comm. 147, p. 67, note L. TALARICO ; *RTD civ.* 2010. 530, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2021, étude 18, note J. MASSIP.

⁵⁹⁴ G. RAOUL-CORMEIL, *op. cit.*

en matière personnelle est aussi clairement exclue : aucune protection supplémentaire ne lui est accordée pour ce type d'actes. Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les deux que le juge interviendra, à leur demande ou d'office, afin d'autoriser l'un ou l'autre à prendre la décision. Cette intervention du juge dans l'hypothèse d'un désaccord, est également présente à l'article L. 1111-4 alinéa 8 du Code de la santé publique. En revanche, l'ancien régime juridique est maintenu pour les actes portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée.

148. L'acte médical au regard de l'article 458 du Code civil. La qualification juridique des actes médicaux est également essentielle en ce qu'elle détermine le régime juridique du consentement. En effet, l'article 458 du Code civil a institué une catégorie d'actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel [ne pouvant] jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». La liste qui suit cette disposition concerne principalement des actes relatifs à la filiation de l'enfant du majeur protégé et à la qualité de parent de ce dernier. Mais cette liste n'est pas exhaustive, et la jurisprudence⁵⁹⁵ a déjà eu l'occasion de dégager d'autres actes strictement personnels, tout comme le législateur⁵⁹⁶. Un acte médical est par essence relatif à la personne sur lequel il porte. Et si tous ne peuvent certainement pas recevoir la qualification d'acte strictement personnel, certains sont si intimement liés à la qualité de l'être qu'ils ne peuvent recevoir une autre qualification⁵⁹⁷. Toutefois, le régime des actes relevant de l'article 458 est valable « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi ». La définition de ces actes est si complexe à établir que le législateur, tout en les consacrant, y a renoncé. Enfin, certains actes médicaux sont régis par des dispositions particulières au sein du Code de la santé publique. Dans ce cas, ainsi que l'énonce l'article 459-1 du Code civil, elles s'appliqueront en priorité : *specialia generalibus derogant*.

⁵⁹⁵ Action en justice visant des droits extrapatrimoniaux de nature personnelle : Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766, *D.* 2014. 467, note G. RAOUL-CORMEIL et 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ Fam.* 2013. 717, obs. T. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2014. 84, obs. J. HAUSER.

⁵⁹⁶ Les directives anticipées constituent un nouvel acte strictement personnel : Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie ayant modifié l'article L. 1111-11, alinéa 7. V. G. RAOUL-CORMEIL, « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr. Fam.* n°10, octobre 2016, Etude 35 ; J.-M. PLAZY, « Majeur protégés », *Pan., D.* 2016. 1523. La demande d'accès à ses origines personnelles (art. L. 147-2 CASF), ainsi que la consultation des informations disponibles sur celles-ci (art. L. 224-7 CASF) semblent être passées sous le giron de l'article 458, puisque l'ordonnance du 11 mars 2020 a supprimé toute référence au majeur sous tutelle, ne laissant subsister aucune précision pour le majeur protégé en général. V. en ce sens L. MAUGER-VIELPEAU, « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. fam.* 2020, n°7-8, comm. 107 ; S. MOISDON-CHATAIGNER, « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? Analyse de l'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 », *RJPF*, n°5, 1^{er} mai 2020.

⁵⁹⁷ V. *infra* les actes médicaux relatifs à la procréation ou à la fécondité.

L'article L 1111-4 précise lui-même *in fine* que les dispositions qu'il contient s'appliquent sans préjudice des dispositions particulières relatives au consentement de la personne pour certaines catégories de soins ou d'interventions. La règle est également valable en présence d'un acte médical qui serait qualifié de strictement personnel⁵⁹⁸.

149. La stérilisation contraceptive avant l'ordonnance du 11 mars 2020. La stérilisation contraceptive est ainsi spécialement régie par l'article L. 2123-1 pour les majeurs non protégés, et par l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique pour les majeurs protégés⁵⁹⁹. Antérieurement à l'ordonnance du 11 mars 2020, la procédure de recueil de consentement et d'autorisation était spécifique à cet acte : « *L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée. Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement* ». Selon un arrêt de la Cour d'appel de Douai, cette procédure spécifique devait s'appliquer même si la majeure en tutelle était à l'initiative de la demande de stérilisation⁶⁰⁰. Elle ne pouvait prendre seule la décision, pourtant intimement personnelle, d'une stérilisation contraceptive⁶⁰¹. La procédure spéciale de l'article L.2123-2 du Code de la santé publique devait être respectée, en dépit de l'existence d'une volonté autonome et d'une capacité de discernement et d'expression de volonté suffisantes du majeur protégé. L'autonomie de la volonté du majeur protégé était déterminante dans les dispositions du Code civil, elle l'était beaucoup moins dans celles du Code de la santé publique. Seules les personnes majeures placées sous tutelle ou curatelle étaient visées par ce texte. Le consentement devait être systématiquement recherché et pris en compte, pour ces majeurs, s'ils étaient aptes à exprimer leur volonté. L'aptitude à exprimer leur volonté -éclairée ? - n'était donc pas à elle seule nécessaire et suffisante pour autoriser l'acte, mais faisait l'objet d'une « prise en compte » par le juge. En revanche, le refus ou la révocation du consentement faisait obstacle à toute décision positive d'une stérilisation, ainsi que l'alinéa 3 de l'ancien

⁵⁹⁸ Art. 458 al. 1er.

⁵⁹⁹ Pour certains d'entre eux en tout cas, car la disposition ne fait référence qu'au majeur en tutelle ou curatelle.

⁶⁰⁰ CA Douai, Ch. Protection juridique des majeurs et des mineurs, 12 décembre 2013, n°13/213, *Dr. Fam.* 2014, n° 5, comm. 84, obs. I. MARIA.

⁶⁰¹ Contrairement à ce que considérait le juge des tutelles, lequel avait constaté que la majeure en tutelle possédait un « *état de santé mentale, psychologique et physique lui permettant de prendre seule [sans représentation] une décision médicale personnelle éclairée* », faisant application de l'article 459 du Code civil.

article L. 2123-2 en disposait.

150. La stérilisation contraceptive après l'ordonnance du 11 mars 2020. Les modifications opérées par l'ordonnance du 11 mars 2020 sont relatives aux personnes concernées par le dispositif spécifique aux majeurs protégés, aux auteurs de la saisine, ainsi qu'à la nature de l'intervention du juge⁶⁰². En effet, l'intervention n'est plus subordonnée à une décision du juge, mais à une autorisation. Les personnes concernées ne sont plus seulement celles sous tutelle ou curatelle, mesures qui devaient être justifiées par « l'altération des facultés mentales constituant un handicap », mais désormais toute personne bénéficiant d'une mesure de protection juridique justifiée par l'altération de leurs facultés mentales. La référence au handicap disparaît. Aucune distinction n'est faite ici sur la nature patrimoniale ou personnelle, ou complète, de la mesure de protection. Autrement dit, le majeur protégé n'ayant aucun besoin de protection en matière personnelle, devra tout de même passer par le filtre de l'autorisation judiciaire. Tous les majeurs protégés sont désormais soumis au dispositif de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique. L'alinéa 3 relatif au consentement est en revanche demeuré inchangé. Seule l'hypothèse du majeur protégé apte à exprimer sa volonté, et donc éventuellement son refus, est envisagée. Dans cette hypothèse, tout comme antérieurement à l'ordonnance du 11 mars 2020, son consentement doit être systématiquement recherché « et pris en compte », après la délivrance d'une information adaptée à son degré de compréhension. Les rédacteurs de l'ordonnance auraient pu profiter de cette occasion pour harmoniser les termes utilisés ici avec ceux modifiés au titre du droit à l'information médicale des majeurs protégés au III de l'article L. 1111-2, où ils ont préféré la délivrance de l'information « d'une manière adaptée à leur capacité de compréhension ». L'utilisation de ce terme dans une disposition relative aux majeurs protégés semble pour le moins maladroite, tant elle renvoie à l'idée de capacité juridique. Si la différence est ténue, la clarté des termes utilisés dans une législation contribue à la clarté de la législation elle-même. Celle relative aux majeurs protégés en matière de décisions médicales et médico-sociales, obscure et contradictoire, était justement l'objet de cette ordonnance. La disposition inchangée relative au consentement est également discutable au regard de l'élargissement du dispositif à tous les majeurs protégés. En effet, pour ceux n'ayant aucun besoin de protection ou d'assistance en matière personnelle, leur consentement ne sera toutefois pas suffisant, mais sera « pris en compte », en contradiction avec

⁶⁰² Sur ces modifications, voir *infra* les § 167 et 172.

le socle général de l'article 459 du Code civil⁶⁰³. Le refus ou la révocation du consentement demeure toutefois un obstacle dirimant. Enfin, rien n'est dit du majeur protégé inapte à consentir. Puisque seule est envisagée l'hypothèse du majeur protégé apte à consentir, et que ce n'est que dans ce cas que son consentement doit être recherché et pris en compte ; *a contrario*, lorsque le majeur est inapte à consentir, son consentement n'a pas à être recherché et pris en compte. Le juge entendra la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne, ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Dans tous les cas, avant de « se prononcer », il recueillera l'avis d'un comité d'experts⁶⁰⁴.

151. Bilan. Ainsi, la consécration du principe de la capacité naturelle pour les actes strictement personnels posée à l'article 458 est sans effets en matière de stérilisation contraceptive, qui pourtant constitue un acte strictement personnel. En effet, quoi de plus personnelle que la décision de supprimer de façon irrémédiable sa capacité de procréer ?⁶⁰⁵ La stérilisation contraceptive constitue en cela une exception au principe posé à l'article 458⁶⁰⁶. Le processus décisionnel n'est pas identique à celui de certains actes, qualifiés de strictement personnels, mais soumis à une autorisation préalable du juge⁶⁰⁷.

Finalement, jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020, l'articulation ou la combinaison du Code civil et du Code de la santé publique était possible, mais complexe et souvent confuse, donc sujette à des différences d'interprétation. C'est pourquoi la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 relative à la modernisation de notre système de santé, avait autorisé le gouvernement à prendre, par ordonnance, les mesures permettant de mieux articuler les dispositions du Code civil, du Code de la santé publique et du Code de l'action sociale et des familles, relatives aux conditions dans lesquelles les majeurs protégés peuvent exprimer leur volonté pour toute décision relative à un acte médical ou médico-social⁶⁰⁸. Cette ordonnance n'a jamais vu le jour dans le délai imparti. Il faudra attendre la loi du 23 mars 2019 pour réitérer

⁶⁰³ Contradiction tolérée par l'article 459-1 du Code civil.

⁶⁰⁴ Voir par ex. pour les directives anticipées, art. L. 1111-11 al. 7 CSP. Sur l'autorisation préalable du juge en matière de stérilisation contraceptive, cf *infra* §172.

⁶⁰⁵ Monsieur Le Professeur HAUSER constate ainsi : « Au total, le choix de ne pas donner la vie par une stérilisation contraceptive est pratiquement libre – et même possible – exercé par un tiers au nom de la personne concernée. », J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in Ph. JACQUES (dir.), *Etre parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et documentaires, 2010, p.9, spéc. p. 14.

⁶⁰⁶ En ce sens, J. HAUSER, op. cit., p. 13.

⁶⁰⁷ Tel le testament, art. 476 al. 2 C. civ., ou les directives anticipées, art. L. 1111-11 al. 7 CSP.

⁶⁰⁸ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, art. 211. V. J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *Pan., D.* 2016. 1523.

cette autorisation⁶⁰⁹, qui a finalement conduit à l'ordonnance du 11 mars 2020⁶¹⁰, laquelle est entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2020⁶¹¹. Pourtant, si elle opère une unification à certains égards, force est de constater qu'à d'autres, l'objectif d'harmonisation et de mise en cohérence des dispositions des différents codes n'est pas atteint⁶¹².

B-ALTÉRATION DES FACULTÉS MENTALES ET CONSENTEMENT : UNE ALLIANCE IMPOSSIBLE ?

152. Annonce de plan. Pour désigner les personnes entrant dans le cadre des dispositions de l'article L.2123-2 du Code de la santé publique, le législateur faisait référence à « une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle ». Depuis l'ordonnance du 11 mars 2020, il doit s'agir d'une « personne majeure dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique »⁶¹³. L'altération des facultés mentales doit, par hypothèse, être d'un degré suffisant pour justifier le placement de la personne sous un régime de protection, et suppose ainsi une capacité de discernement à tout le moins amoindrie. Aussi, la valeur accordée au consentement d'une telle personne, pour une intervention aussi complexe dans ses retentissements, fait inévitablement l'objet de nombreuses interrogations, dont celles relatives à la nature de l'acte. Mais dès avant celles-ci, la question première se situe dans la détermination des personnes visées par la loi du 4 juillet 2001, puis modifiées par l'article 20 de l'ordonnance du 11 mars 2020.

⁶⁰⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art 9, IV.

⁶¹⁰ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique

⁶¹¹ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020, art. 46.

⁶¹² En ce sens, A. BATTEUR, L. MAUGER-VIELPEAU, F. ROGUE et G. RAOUL-CORMEIL, « Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020. 992 ; L. MAUGER-VIELPEAU, « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. fam.* 2020, n°7-8, comm. 107.

⁶¹³ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, article 20.

1-Les personnes concernées

153. Conditions cumulatives. Le dispositif mis en place imposait deux conditions cumulatives pour déterminer les personnes entrant dans son champ d'action. Toutefois, de cette rédaction découlait certaines difficultés. Si la personne majeure souffrait d'une altération de ses facultés mentales si importante qu'elle entraînait un handicap, mais aussi qu'elle avait justifié un placement sous un régime de protection ⁶¹⁴, et particulièrement une tutelle, il semblait difficile de concevoir que cette même personne puisse être considérée « apte à exprimer sa volonté » concernant une intervention supprimant ses facultés procréatrices. En effet, « on sait, par ailleurs, et notamment dans le cas de personnes atteintes de maladies somatiques, que la compréhension de son propre état par un sujet malade peut être fortement diminuée du fait des processus de régression psychique qui accompagnent l'état de maladie. Toute information concernant cet état est donc susceptible d'être interprétée par le sujet en fonction de ses désirs conscients et inconscients. Cette situation se trouve aggravée dans le cas de personnes porteuses de déficiences intellectuelles et, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit de mesures concernant les organes et les fonctions reproductives [...]. Il est donc extrêmement difficile de s'assurer de la compréhension effective par le sujet des propositions qui lui sont faites » ⁶¹⁵.

154. Détermination des régimes de protection concernés par les dispositions issues de la loi du 04 juillet 2001. La référence au régime de protection de la personne concernée a elle-même fait l'objet de modifications rédactionnelles avant l'adoption définitive de la loi du 4 juillet 2001. Il était question, dans un premier temps, d'« une majeure sous tutelle », restreignant ainsi le champ d'application du dispositif aux seules femmes sous un régime de tutelle. Mais la référence au sexe de la personne en tant que critères de détermination des personnes visées ne pouvait être conservée sans risque d'inconstitutionnalité. La formule a été modifiée, et la disposition adoptée par l'Assemblée Nationale, en seconde lecture, le 17 avril 2001 était ainsi rédigée : la stérilisation contraceptive « ne peut être pratiquée [que] sur une personne majeure dont l'altération irréversible des facultés mentales [...] a justifié son placement sous tutelle ».

⁶¹⁴ Cf. Art. 425 C. civ. qui précise que la personne susceptible de bénéficier d'un régime de protection juridique doit être dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération médicalement constatée de ses facultés mentales.

⁶¹⁵ A. GIAMI, « Stérilisation et sexualité des personnes handicapées mentales », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p. 273.

Le dispositif a ensuite été élargi au régime de la curatelle, même si dans ce cas, la personne intéressée conserve par hypothèse la capacité « de s'exprimer pour son compte »⁶¹⁶. Laurence PECAUT-RIVOLIER, alors présidente de l'Association nationale des juges d'instance⁶¹⁷, a exprimé, en 2001, ses inquiétudes à l'égard de ces dispositions relatives aux régimes d'incapacité : « le texte nous pose un énorme problème : il s'applique indistinctement aux tutelles (régime de protection totale) et aux curatelles (protection partielle, où le majeur conserve certains droits personnels). Pour nous, c'est une hérésie, car il s'agit de deux catégories bien différentes. Pour les tutelles qui ont un minimum de conscience, notre rôle sera de vérifier qu'on leur a bien expliqué. Mais pour les autres, cela pose des questions éthiques bouleversantes au juge »⁶¹⁸.

Le dispositif finalement adopté ne prenait pas en compte les personnes placées sous sauvegarde de justice, non plus que la situation des personnes incapables de fait. Pour les premières, les dispositions relatives à la stérilisation contraceptive en général trouvaient donc à s'appliquer⁶¹⁹. La personne sous sauvegarde de justice devait être l'auteur de la demande de stérilisation, et exprimer une « volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète » sur les conséquences de l'intervention. Pour les secondes, aucun régime particulier relatif au consentement n'étant organisé, le droit commun s'imposait, et par hypothèse les dispositions générales relatives à la stérilisation contraceptive aussi.

Enfin, l'article L.2123-2 du Code de la santé publique faisait référence aux personnes placées « sous tutelle ou sous curatelle ». Mais comme le soulignait Pierre ECHAVIDRE, il est essentiel de dire en tutelle et non sous tutelle, puisque « dans le "sous" il y a une position hiérarchique, de dépendance, un joug, une influence à subir, un effacement du pupille derrière son tuteur qui, lui, est en représentation »⁶²⁰. Cette remarque était particulièrement importante concernant une disposition de cette envergure, qui tentait de garantir une place prépondérante au consentement.

⁶¹⁶ T. FOSSIER et T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs, aperçu rapide », *JCP G.*, n°30, 25 juillet 2001, Actualité, p. 1477.

⁶¹⁷ De 2001 à 2006.

⁶¹⁸ L. PECAUT-RIVOLIER, Interview, in B. GROSJEAN, *La stérilisation des handicapés mentales sort de l'ombre*, journal Libération, mercredi 30 mai 2001.

⁶¹⁹ Article L.2123-1 du Code de santé publique, issu de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, JO 7 juillet 2001, p. 10823.

⁶²⁰ P. ECHAVIDRE, cité in N. DIEDERICH, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

155. Difficultés sémantiques. La référence à « l'altération des facultés mentales » constituant « un handicap » ne permettait pas⁶²¹ de façon aisée la détermination précise des personnes susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ces dispositions. Ces notions en question ont d'ailleurs fait l'objet de discussions et de modifications avant l'adoption définitive du projet de loi⁶²². En effet, la notion de handicap mental ne fait l'objet d'aucune définition juridique précise⁶²³. D'ailleurs, elle n'a pas été définie par la loi de 1975, dite « en faveur des personnes handicapées », en raison même de la grande diversité des situations qu'elle recouvre. Nicole DIEDERICH qualifiait cette notion de « notion fourre-tout », en ce qu'elle est « d'un flou déconcertant », et s'étonnait dès lors de sa présence dans une loi d'une si grave portée : « comment alors élaborer une loi sur une notion qui ne recouvre aucune réalité précise ? »⁶²⁴. Ce que n'a pas manqué de relever Madame LIGNIERES-CASSOU, rapporteure du projet de loi au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales à l'Assemblée Nationale⁶²⁵. Le Sénat avait d'ailleurs précédemment adopté un amendement supprimant la référence à la personne « handicapée mentale », considérant effectivement l'absence d'une telle définition juridique. Mais cette suppression n'avait donné lieu à aucune autre modification. Madame LIGNIERES-CASSOU a dès lors pu constater que « la définition des personnes visées par cet article se heurte toutefois à une difficulté juridique. Il est donc proposé ici de se référer à « l'altération irréversible des facultés mentales justifiant le placement sous tutelle », plutôt que simplement à la notion de personne handicapée mentale qui est plus une définition médicale que juridique »⁶²⁶. Elle a par ailleurs indiqué que la formulation retenue pouvait être améliorée. En effet, « l'altération irréversible » des facultés mentales conduisait à une sorte de redondance – outre qu'elle constitue un « handicap » -, dans le sens où une altération des facultés mentales est principalement définitive et par là même irréversible, c'est pourquoi ce dernier qualificatif

⁶²¹ La remarque est toujours valable sous l'empire de l'ordonnance du 11 mars 2020.

⁶²² Initialement, l'article L.2123-2 faisait référence à « une personne handicapée mentale, majeure sous tutelle », et était intitulé « stérilisation à visée contraceptive des personnes handicapées ». L'association des juges des tutelles s'était alors étonnée de cette formule : « La référence à la personne handicapée mentale, majeure sous tutelle est étonnante : le handicap mental n'est pas la seule cause de mise sous tutelle, et faut-il comprendre que si la personne handicapée mentale n'est pas sous tutelle, on en revient alors au droit commun pur et simple ? En tout cas, la juxtaposition d'une notion médicale, sans doute incertaine quant à son champ d'application, et d'une catégorie juridique risque d'être problématique », v. Association des juges des tutelles, citée in N. MAJSTER, *La stérilisation des handicapés mentaux consacrée par l'Assemblée Nationale*, 28 mai 2001, site Internet freud-lacan.com.

⁶²³ Cf *supra* §3.

⁶²⁴ N. DIEDERICH, Audition du 24 janvier 2001, op. cit.

⁶²⁵ M. LIGNIERES-CASSOU, Rapport n°2977, fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi modifié par le Sénat, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Assemblée Nationale, 5 avril 2001.

⁶²⁶ M. LIGNIERES-CASSOU, op. cit.

n'a finalement pas été retenu. Sans doute aussi le législateur a-t-il préféré l'emploi d'une notion juridique existante antérieurement dans les textes, puisque la notion d'altération des facultés mentales était présente notamment à l'article 490 ancien du Code Civil, relatif précisément aux causes d'ouverture d'un régime de protection d'une personne majeure⁶²⁷. Reprise ensuite à l'article 425 par la loi du 5 mars 2007⁶²⁸. Il reste que les critiques relatives à l'emploi de ces notions, dans la détermination des personnes susceptibles d'être concernées par ces dispositions, n'ont pas manqué⁶²⁹. En effet, si la notion reprise à l'article L.2123-2 du Code de la santé publique est identique à celle présente à l'article 490 ancien du Code civil et à l'article 425, « on est donc en présence d'une notion connue. La loi prévoit qu'elle doit être d'un degré suffisant pour avoir justifié un placement sous tutelle ou sous curatelle. Ce qui pourra recouvrir des cas de figure sans commune mesure les uns avec les autres »⁶³⁰.

Ainsi, le secteur du handicap mental était concerné tout particulièrement, et dans son acception la plus large, car même si « le texte final ne parle plus de handicap mental mais d'altération des facultés mentales qui justifieraient une stérilisation, [cela] n'offre aucune avancée significative en ce qui concerne la définition des troubles visés : [...] le problème est que l'on ne dispose pas de bornes objectives pour délimiter la frontière du handicap mental ou de l'altération des facultés mentales. Non seulement les notions sont floues, subjectives et contextuelles le plus souvent, mais le public concerné est très hétérogène »⁶³¹. La remarque vaut également sous l'empire de l'ordonnance du 11 mars 2020, car si la référence au handicap a disparu du texte, la référence à l'altération des facultés mentales ayant justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique demeure. C'est alors que la crainte de dérives eugéniques se dévoile à travers le risque de voir s'organiser l'infécondité d'une catégorie non définie de la population⁶³².

Si la notion de handicap mental n'était pas satisfaisante dans la détermination des personnes visées par l'article L.2123-2 du Code de la santé publique, la notion d'altération des facultés

⁶²⁷ Notion reprise à l'article 425 du Code civil.

⁶²⁸ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, art. 7.

⁶²⁹ Malgré le peu d'écrits qu'a suscitée cette partie de la loi.

⁶³⁰ D. BOURGAULT-COUDEVYLE, « Commentaire de la loi IVG-contraception, deuxième partie », *Rev. Pers. & Fam.*, octobre 2001, n°10, p.6.

⁶³¹ N. DIEDERICH, in G. BENLOULOU, « La stérilisation des personnes handicapées mentales : un risque de dérives eugéniques », Interview, *Lien Social* n°590, 27 septembre 2001.

⁶³² V. §19. V. aussi la chronique de Marie-Hélène MATHIEU, in *Ombres et lumières*, n°133, Editorial, 2 juillet 2002.

mentales, bien que connue du droit, n'en est pas moins susceptible de se voir affublée des mêmes critiques. Dans ce sens, « si le handicap mental fait penser (souvent à tort) à des troubles permanents, installant la personne dans un type de prise en charge et dans un statut de handicapé, l'altération des facultés mentales fait plutôt penser à des troubles temporaires, susceptibles d'évolution, pas forcément encore très handicapants mais qui pourraient le devenir »⁶³³. Si l'interprétation peut être discutée, en revanche « cette notion peut recouvrir non seulement le déficit intellectuel et la maladie mentale, mais encore d'autres catégories de personnes plus ou moins " altérées " : si nous omettons les personnes très âgées, ayant subi une fuite de neurones significatives, et qui ne devraient pas avoir besoin d'être stérilisées, il reste tout de même pas mal de postulants à cette étiquette. En stigmatisant de la sorte les " altérés ", c'est-à-dire un peu tout le monde à des degrés variables mais surtout les plus fragiles, psychologiquement et socialement, le législateur ouvre grand la porte à de nouvelles dérives eugéniques »⁶³⁴. En cela, « cette formule risque de rendre difficile la détermination exacte des personnes visées par le texte »⁶³⁵. La question qui se posait alors était de savoir comment la loi pourrait rester d'application spécifique alors que la catégorie de personnes visées était aussi mal définie.

156. Effets de l'ordonnance du 11 mars 2020. Paradoxalement, le législateur n'a cessé de tenter de l'éliminer de la formulation de la loi du 4 juillet 2001, pour finalement la faire réapparaître dans la rédaction définitive. Comme l'ont souligné Messieurs FOSSIER et VERHEYDE, « la référence au " handicap ", notion née avec la loi du 30 juin 1975, fait au mieux double emploi avec la notion d'altération des facultés mentales, [et] risque de semer le trouble sur la détermination exacte des personnes visées par le texte nouveau »⁶³⁶, en dépit de la seconde condition, cumulative, et relative au placement de la personne visée sous un régime de protection (tutelle ou curatelle). A cet égard, Nicole DIEDERICH avait souligné que « le législateur dans sa sagesse a mentionné qu'il s'agissait de personnes sous tutelle ou sous curatelle. Cela réduit un peu le nombre de personnes concernées par les actions de stérilisations. Toutefois, ces mesures de protection concernent cinq cent mille personnes, soit un pour cent de la population majeure, ce qui n'a pas d'équivalent en Europe »⁶³⁷. Il semble que cette sagesse

⁶³³ N. DIEDERICH, in G. BENLOULOU, op. cit.

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ Ibid.

⁶³⁶ T. FOSSIER et T. VERHEYDE, « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs, aperçu rapide », *JCP* 2001, éd. G., Actualités, p. 1477.

⁶³⁷ N. DIEDERICH, op. cit. Fin 2014, le nombre de personnes sous protection judiciaire s'élevait à 680 000, source *Infostat Justice*, n°143, juill. 2016; *Dr. Fam.* n°10, octobre 2016, alerte 77. Fin 2019, leur nombre s'élevait à

n'ait pas été retenue par les rédacteurs de l'ordonnance du 11 mars 2020, dans la mesure où, en l'absence de précision sur l'étendue de la mesure et la nature de son instauration, la disposition est désormais applicable à l'ensemble des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique. Celle-ci devant par ailleurs avoir été justifiée par l'altération de leurs facultés mentales⁶³⁸, véritable pléonasme au regard de l'article 425 de Code civil. Seule peut-on y voir une exclusion des majeurs bénéficiant d'une mesure de protection juridique justifiée par l'altération de leurs facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de leur volonté. La stérilisation des personnes mineures demeure interdite, mais l'incohérence des dispositions précédentes n'a pas été corrigée par l'ordonnance : les père et mère du mineur figurent encore parmi les auteurs de la saisine du juge des tutelles, qui ne peut pourtant qu'être celui des majeurs.

2-La valeur du consentement

157. Contenu du consentement. Si la personne majeure protégée n'est pas dépourvue de volonté propre, et est donc « apte à exprimer son consentement », celui-ci « doit être systématiquement recherché et pris en compte ». L'ordonnance du 11 mars 2020 n'a pas opéré de modifications sur les modalités de recueil du consentement. La difficulté se trouve toutefois dans le crédit qui peut être accordé à ce consentement dans la mesure où les capacités de discernement de la personne sont amoindries. « Ce consentement repose sur une série de facteurs difficilement maîtrisables »⁶³⁹.

En effet, « l'expression n'apporte pas une garantie suffisante, car un consentement exprimé peut être vide de sens. Son contenu qualitatif est essentiel »⁶⁴⁰. Il ne suffit pas d'avoir formellement obtenu l'expression apparente d'un consentement, si ses caractéristiques ne permettent pas de le regarder comme valide. « Le seuil de la compréhension, et donc de la capacité à consentir, n'est jamais facile à définir. Il varie selon chaque individu, en fonction de

730 000, selon les chiffres annoncés dans le Rapport général n° 140 (2019-2020) de MM. Arnaud BAZIN et Éric BOCQUET, relatif au Projet de loi de finances pour 2020: Solidarité, insertion et égalité des chances, fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat le 21 novembre 2019.

⁶³⁸ Art. 477 al. 1^{er} pour le mandat de protection future ; art. 494-1, *in limine*, modifié par la loi du 23 mars 2019 ; art. 433 al.1^{er} pour la sauvegarde de justice.

⁶³⁹ N. DIEDERICH, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

⁶⁴⁰ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome IV, annexe III, p.50.

ses aptitudes intellectuelles, physiques, mentales, de sa personnalité, ou du moment. Ainsi, certains handicaps mentaux génèrent des lucidités à éclipse [...]. La notion de handicapé recouvre des situations et des catégories très diverses [...], mais il est possible d'affirmer qu'une personne souffrant d'un handicap mental, même léger, ne sera jamais à même de consentir en pleine conscience à une stérilisation »⁶⁴¹. Cette remarque vaut également pour la notion d'altération des facultés mentales.

La mission de l'Inspection Générale des Affaires Sociales, chargée du rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées, a ainsi souhaité affirmer clairement sa position : « Si l'expression d'un consentement libre et éclairé préalable à une stérilisation est toujours délicate chez un sujet doué de discernement, elle est impossible chez un handicapé mental »⁶⁴². D'autres auteurs vont dans le même sens en estimant que les dispositions relatives au consentement du majeur protégé manquent, pour le moins, de pertinence : « En tout état de cause, [ces dispositions] manquent de sérieux. Qu'est-ce que le consentement d'un handicapé mental à un acte aussi engageant pour l'avenir, aussi invasif physiquement et psychologiquement, qu'une stérilisation ? Quand on songe que pour un majeur capable, il faut une « volonté libre, motivée et réfléchie », attestée par l'exigence d'un délai de réflexion de quatre mois après la première consultation médicale, ainsi que par une confirmation écrite, on se demande ce que peut recouvrir le consentement [du majeur protégé] concerné. On ne voit pas comment avec une disposition aussi absurde, en contradiction avec la fonction même du droit [des majeurs protégés] qui est de protéger les faibles, on ne verra pas un flot de contestations surgir »⁶⁴³.

Si le consentement d'une personne handicapée mentale, donc aux facultés mentales altérées, pose problème sur le terrain de la compréhension effective de la situation et de ses conséquences, en d'autres termes sur la réalité d'un consentement éclairé, il peut aussi susciter certaines interrogations sur le terrain de la liberté de consentir.

158. Liberté du consentement. En effet, même si l'alinéa 2 de l'article L. 2123-2 le prévoit, la personne concernée est rarement à l'origine de la demande de stérilisation, qui émane

⁶⁴¹ Ibid.

⁶⁴² M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome IV, annexe III, p.50.

⁶⁴³ F. BELLIVIER, *RTD Civ.*, oct-déc. 2001, Législation française, section droit de la santé publique, p. 972.

principalement de l'entourage proche de la personne, en dépit de la liste limitative des auteurs de la saisine du juge des tutelles⁶⁴⁴. Le problème se pose alors de savoir dans quelle mesure le consentement de la personne protégée peut être influencé par la volonté de l'entourage : « Le problème réside donc dans le pouvoir d'initiative et de régulation qui est conféré *de facto* et *de jure* aux différents entourages des handicapés mentales. Ce pouvoir est principalement concentré entre les mains des parents, des tuteurs ou des curateurs qui sont les représentants légaux des [majeurs protégés] »⁶⁴⁵. De cette façon, il n'est pas improbable que des parents⁶⁴⁶, convaincus du fait qu'une intervention stérilisante est la meilleure solution contraceptive pour leur « enfant » handicapé mental, puissent peser sur lui afin d'obtenir son consentement⁶⁴⁷. En effet, « ce sont des conditions éminemment favorables à la création de liens affectifs qui risquent de peser sur la liberté de la personne handicapée mentale confrontée à un choix. C'est pourquoi l'on peut penser que les parents ne sont pas toujours les meilleurs défenseurs des intérêts et des droits légitimes de l'handicapée : leur forte implication dans la vie quotidienne de la personne handicapée mentale peut les conduire à ne plus distinguer clairement leurs propres intérêts de ceux de la personne qu'ils ont à leur charge »⁶⁴⁸. En ce sens, le consentement du majeur protégé ne serait plus libre, puisqu'une certaine forme de contrainte pèserait sur lui.

En effet, comme le constatait Nicole DIEDERICH lors de son audition par le groupe socialiste du Sénat relativement au projet de loi IVG-Contraception, « on peut déjà repérer le type de pressions « douces » qui conduisent à accepter cet acte et les personnes handicapées peuvent en venir éventuellement à l'accepter, tout simplement parce qu'elles n'ont pas appris à dire « non », ni à s'opposer à la volonté de l'entourage »⁶⁴⁹. Cette constatation a également été faite avec vigueur par la Fondation Jérôme Lejeune, dans un communiqué relatif au projet de loi IVG-Contraception : « peut-on croire un instant que devant l'intérêt évident des structures d'accueil aucune pression, même douce, ne sera effectuée sur la personne handicapée mentale

⁶⁴⁴ V. *infra* § n°167.

⁶⁴⁵ A. GIAMI, Ch. LAVIGNE, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le "consentement libre et éclairé" », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.69. Les curateurs sont désormais exclus des personnes autorisées à saisir le juge des tutelles en vue d'une intervention stérilisante, cf *infra* les auteurs de la saisine.

⁶⁴⁶ Lesquels ne sont plus admis en tant que tels comme auteurs de la saisine du juge des tutelles depuis l'ordonnance du 11 mars 2020.

⁶⁴⁷ Dans le même sens, Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

⁶⁴⁸ Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, op. cit.

⁶⁴⁹ N. DIEDERICH, D. MOYSE, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr. Le témoignage d'un couple d'infirmes moteurs cérébraux, Isabelle et Pierre, est à cet égard révélateur.

afin d'orienter son " consentement " ? On ne lui demande pas son " choix " mais bien son " consentement "... Ce qui induit déjà la réponse. Comment aider la personne handicapée à résister à tant de pression ? Rien n'est prévu dans la [loi] pour garantir effectivement cette liberté de la personne handicapée »⁶⁵⁰.

159. Opposition d'intérêts. C'est ici poser la question de l'opposition d'intérêts entre le représentant du majeur protégé, et le majeur protégé lui-même. La loi du 4 juillet 2001 est restée muette sur ce point, mais le droit commun des majeurs protégés prévoit deux possibilités pour remédier à cette opposition. La première, prévue à l'article 454 du Code civil, consiste en la désignation par le juge d'un subrogé tuteur ou curateur qui est substitué au curateur ou tuteur en cas d'opposition d'intérêts. La seconde est offerte à l'article 455 du même Code et consiste en la nomination par le juge (ou le conseil de famille s'il a été constitué) d'un curateur ou tuteur *ad hoc*. Le législateur a consacré un paragraphe intitulé « Du curateur *ad hoc* et du tuteur *ad hoc* », dans la sous-section 3 relative aux « Organes de protection », intégrée à la section 4, du chapitre 2 « Des mesures de protection juridique des majeurs ». Ce paragraphe, uniquement constitué de l'article 455, démontre l'importance que le législateur a souhaité accorder à cette protection du majeur protégé en cas de conflit d'intérêts⁶⁵¹.

160. Consentement-acceptation. Dans le dispositif prévu par l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, c'est bien le consentement qui doit être systématiquement recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté, tandis que, comme le souligne O. GUILLOD, « pour la clarté du concept, on devrait plutôt parler de " choix éclairé " car il s'agirait d'une formule qui ne préjuge pas de la décision que prendra le patient. L'expression " consentement éclairé " présente un biais en faveur de l'acceptation du traitement »⁶⁵². Cette forme de consentement n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle que le Professeur Hauser qualifiait de « consentement- acceptation »⁶⁵³. L'argumentation est particulièrement convaincante concernant la stérilisation contraceptive, c'est sans doute la raison pour laquelle le

⁶⁵⁰ Fondation Jérôme Lejeune, Communiqué, *Stérilisation des personnes handicapées mentales : le législateur doit aujourd'hui prendre parti contre la discrimination des personnes handicapées*, 28 mars 2001.

⁶⁵¹ Sur ce point, voir G. RAOUL-CORMEIL, « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 57-83.

⁶⁵² O. GUILLOD, citée in N. DIEDERICH, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

⁶⁵³ Ou « consentement- autorisation », par opposition au « consentement-offre », ou « consentement- initiative ». J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007, p. 547.

consentement de la personne concernée ne sera pas seul suffisant dans la prise de décision du juge ⁶⁵⁴.

Pourtant, lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 22 décembre 1976 concernant les prélèvements d'organes, Simone Veil estimait que le recours aux parents ou aux représentants légaux des majeurs protégés pour l'obtention d'un consentement, avait pour fonction de protéger ces personnes des abus qui pouvaient être commis sur elle par le pouvoir psychiatrique et par les administrations des hôpitaux. « Or, dans le cas des adultes handicapés mentaux, on se trouve confronté à une situation où la demande de stérilisation émane principalement des familles censées protéger les droits et les intérêts de ces personnes sans que la demande de ces dernières soit vraiment entendue » ⁶⁵⁵. C'est la raison pour laquelle la décision finale de procéder ou non à une intervention stérilisante appartiendra au seul juge ⁶⁵⁶, après intervention d'une instance consultative, selon les dispositions de la loi du 4 juillet 2001.

161. Point de vue médical. A l'inverse, d'aucuns affirment la réalité de la capacité de consentir des personnes concernées. Ainsi, le Docteur CHEVRANT-BRETON, gynécologue obstétricien au CHU de Rennes et expert près la Cour d'Appel de Rennes, a déclaré lors des travaux de l'UNAPEI relatifs à la contraception et à la stérilisation, qu'il ne lui était jamais arrivé de rencontrer de personne ayant une déficience mentale dont il aurait été impossible d'obtenir une opinion donnée en connaissance de cause, « sans doute parce que dans les cas de handicap très grave la question ne se pose généralement pas [...]. Aussi ne convient-il peut-être pas de se focaliser exagérément sur les cas rarissimes de supposée incapacité à donner un consentement éclairé » ⁶⁵⁷.

Dans le même sens, le Pr. GOUEMAND, professeur de psychiatrie, affirmait lors de son intervention au colloque sur la protection des majeurs organisé par l'Association Française de Psychiatrie, que les personnes « incapables de discernement » avaient néanmoins la capacité de consentir : « contrairement à l'opinion publique qui fait souvent du malade mental ou du

⁶⁵⁴ V. *infra* § 166 l'intervention du juge des tutelles.

⁶⁵⁵ Fondation Jérôme Lejeune, op. cit.

⁶⁵⁶ L'ordonnance du 11 mars 2020 a remplacé le terme de « décision » par celui d' « autorisation », v. *infra* § 178.

⁶⁵⁷ Dr CHEVRANT-BRETON, cité in N. DIEDERICH, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr. V. Dr. CHEVRANT-BRETON, in *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur sa prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part*, Synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, Paris, UNAPEI, mars 1995.

déficient mental un sujet « incapable » de discernement, celui-ci est capable de consentir. En effet, en ce qui concerne la pathologie mentale ou la déficience mentale, le trouble n'est jamais totalement hétéronomique et une part d'autonomie persiste ; autrement dit, il demeure toujours une part de liberté chez le sujet aussi atteint puisse-t-il paraître. Il y a toujours une partie saine du psychisme qui subsiste ; il n'y a pas de folie intégrale [...]. En conséquence, la recherche de consentement va s'adresser à cette partie libre du psychisme du sujet »⁶⁵⁸. Il reste que si cette analyse est sans doute pertinente en psychiatrie, elle ne peut l'être en droit dans la mesure où la personne doit être « apte à exprimer sa volonté » pour que son consentement soit « pris en compte ». Elle le sera ou ne le sera pas. Si elle ne l'est pas, son consentement ne pourra être valide, ne remplissant pas les conditions substantielles inhérentes à la validité d'un consentement. Le concept de consentement juridique est toujours difficile à appliquer à une personne majeure protégée : la réalité du consentement est toujours sujet à caution. Le terme même de consentement n'est sans doute pas très approprié. La plupart du temps, il s'agit plutôt d'une approbation, d'un acquiescement.

162. Refus de consentir. Si la liberté de consentir du majeur protégé peut être mise en doute lorsqu'il consent, elle l'est beaucoup moins lorsqu'il refuse de consentir à l'intervention stérilisante. L'article L. 2123-2 du Code de la santé publique prévoit sur ce point qu'« il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement ». Cependant elle ne figurait pas initialement dans le projet de loi relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

La Commission des affaires sociales a alors proposé au Sénat d'adopter un amendement précisant « qu'il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement »⁶⁵⁹. Selon elle, « cette rédaction vise à offrir aux majeurs sous protection des garanties afin de s'assurer que leur volonté, s'ils peuvent l'exprimer, soit respectée et qu'à défaut, la décision soit prise en connaissance de cause. Elle est en cela conforme au principe 22-2 de la Recommandation du Conseil de l'Europe du 23 février 1999, qui exige, lorsque des textes autorisent une intervention médicale sur un majeur protégé sans bénéfice direct pour celui-ci,

⁶⁵⁸ Pr. M. GOUEMAND, *La question de la personne : le consentement, les libertés individuelles*, Colloque « La protection des majeurs », Association Française de Psychiatrie et Association régionale de Psychiatrie du Nord Pas-de-Calais, Lille, 20 et 21 mars 1998.

⁶⁵⁹ F. GIRAUD, Rapport n°210, fait au nom de la Commission des Affaires sociales, site Internet senat.fr.

une protection accrue pour limiter les risques d'abus et d'irrégularités »⁶⁶⁰. Cette rédaction semble être plutôt conforme au principe 24 de cette même recommandation qui indique que le droit interne peut prévoir, conformément aux instruments internationaux en vigueur, des dispositions particulières applicables aux interventions qui, en raison de leur caractère spécial, exigent une protection supplémentaire de l'intéressé. Le principe indique en son paragraphe deux que de telles dispositions peuvent prévoir une dérogation limitée au critère de bénéfice direct, à condition que la protection supplémentaire soit telle qu'elle limite au maximum les risques d'abus ou d'irrégularité. Le respect du refus de consentir à une stérilisation est en ce sens conforme à la Recommandation du Conseil de l'Europe, et l'amendement a ainsi été adopté, comme le souhaitait l'Association des juges des tutelles : « comme en d'autres matières voisines, il faudrait indiquer que le refus de consentir de la majeure, ou la révocation de son consentement, doit en toute hypothèse être respecté »⁶⁶¹. L'indication est en effet d'une grande importance, dans la mesure où la situation du majeur protégé refusant de consentir à un acte médical, se trouve difficilement réglée par le droit, à travers les mêmes difficultés rencontrées dans le cadre du consentement⁶⁶². La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées ne se réfère quant à elle qu'au consentement⁶⁶³.

Les dispositions relatives au refus de consentir et à la révocation du consentement permettent ainsi aux majeurs protégés d'exercer un droit absolu fondé sur l'exercice d'une liberté publique individuelle fondamentale, celle de ne pas accepter d'atteinte à son intégrité physique. Comme le souligne M. Jean PENNEAU, « de manière fondamentale, l'exigence du consentement du patient permet à celui-ci, dans une perspective de droit public, l'exercice d'une liberté fondamentale : la liberté de refuser –quelle que soit la situation pathologique en cause- de subir

⁶⁶⁰ Ibid.

⁶⁶¹ Association des juges des tutelles, citée in N. MAJSTER, *La stérilisation des handicapés mentaux consacrée par l'Assemblée Nationale*, 28 mai 2001, site Internet freud-lacan.com.

⁶⁶² V. *supra* §144 le régime juridique du consentement du majeur protégé.

⁶⁶³ Art 17- Protection de l'intégrité de la personne : Toute personne handicapée a droit au respect de son intégrité physique et mentale sur la base de l'égalité avec les autres. Art 25- Santé : Les États Parties reconnaissent que les personnes handicapées ont le droit de jouir du meilleur état de santé possible sans discrimination fondée sur le handicap. Ils prennent toutes les mesures appropriées pour leur assurer l'accès à des services de santé qui prennent en compte les sexospécificités, y compris des services de réadaptation. En particulier, les États Parties : [...] 4- Exigent des professionnels de la santé qu'ils dispensent aux personnes handicapées des soins de la même qualité que ceux dispensés aux autres, notamment qu'ils obtiennent le consentement libre et éclairé des personnes handicapées concernées; à cette fin, les États Parties mènent des activités de formation et promulguent des règles déontologiques pour les secteurs public et privé de la santé de façon, entre autres, à sensibiliser les personnels aux droits de l'homme, à la dignité, à l'autonomie et aux besoins des personnes handicapées.

la moindre atteinte à son intégrité corporelle »⁶⁶⁴. L'ordonnance du 11 mars 2020 vient d'ailleurs renforcer la prise en compte du refus de consentir du majeur protégé, en ajoutant avec vigueur à l'alinéa 2 de l'article L. 2123-2 que « le refus de la personne protégée fait obstacle à la saisine du juge »⁶⁶⁵.

163. Inaptitude à consentir. La loi n'exige le consentement de la personne concernée que lorsque celle-ci est apte à exprimer sa volonté, elle ne dit rien dans le cas contraire. Il en résulte que lorsque la personne concernée n'est pas apte à exprimer sa volonté, c'est au juge qu'il reviendra de prendre la décision, ou de donner l'autorisation, depuis la modification opérée par l'ordonnance du 11 mars 2020. La stérilisation, si elle est décidée, ne sera plus volontaire mais « justifiée ». En ce sens, la circulaire du 13 février 2003, émanant de la Direction générale de la santé, et relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi du 4 juillet 2001 (article L.2123-2 du Code de santé publique), précise qu' « en l'absence d'un consentement libre et éclairé valide de la part des intéressés, et face aux difficultés inhérentes au consentement pour autrui lorsque c'est un tiers qui fait la demande, seul un motif médical impérieux peut justifier une stérilisation : une contre-indication formelle aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement »⁶⁶⁶.

Certains auteurs estiment dès lors qu'il en ressort une signification très claire : « On admettrait ainsi la possibilité légale d'une atteinte maximale à l'intégrité physique et psychique des personnes les moins capables de se protéger, et ce dans le but d'éviter une naissance considérée comme un fardeau pour les personnes en charge de l'incapable [...]. Il s'agit là d'une véritable question de principe »⁶⁶⁷. En conséquence, « c'est donc à travers les non-dits que l'on doit déduire que lorsque la personne sera déclarée incapable d'exprimer sa volonté, l'acte de stérilisation pourra être pratiqué sans le consentement de l'intéressé »⁶⁶⁸. Dès lors, « n'y a-t-il pas un paradoxe à affirmer de manière ferme l'importance du consentement, surtout en matière

⁶⁶⁴ J. PENNEAU, « Le consentement face au droit de la responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 1999, 1^{er} sem., p. 7.

⁶⁶⁵ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, art. 20. Sur la nature des ordonnances non ratifiées, v. P. DEUMIER, « Les ordonnances non ratifiées ou la pyramide baroque » à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020, n°2020-843 QPC, *Force 5, RTD civ.* 2020. 596.

⁶⁶⁶ Circulaire DGS/DS 6D n°2003-71 du 13 février 2003 relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Bulletin Officiel n°2003-9. V. aussi la circulaire DGS/DHOS n°2001-467 du 28 septembre 2001.

⁶⁶⁷ F. BELLIVIER, *RTD Civ.* Oct.-déc. 2001, Législation française, Droit de la santé publique, p.972.

⁶⁶⁸ Site Internet beccaria.com.

médicale, à ancrer ce principe dans divers textes, et à autoriser la stérilisation forcée de personnes vulnérables ? Cette loi ne remet-elle pas en cause toute la théorie du consentement ? »⁶⁶⁹. La rapporteuse spéciale sur les droits des personnes handicapées s'est ainsi alarmée de cette disposition, dans son rapport de 2019 suite à sa visite en France : elle « constate avec préoccupation que l'article L. 2123-2 [du Code de la santé publique] prévoit la possibilité, dans certaines situations, de stériliser sans leur consentement les personnes qui présentent un handicap psychosocial, et autorise les juges, les membres de la famille ou les représentants légaux de ces personnes à consentir à des interventions en leur nom »⁶⁷⁰. Certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de la recherche d'un consentement d'une personne qui n'est pas douée de discernement⁶⁷¹. Selon l'Inspection Générale des Affaires Sociales, « l'objet de cet acte et ses caractéristiques empêchent qu'un consentement valable puisse être recueilli. L'expression d'un consentement licite par un handicapé mental pour une stérilisation est toujours sujette à caution, quelle que soit la qualité avec laquelle a été menée la discussion préalable. L'existence d'un vice du consentement est en ce domaine, s'agissant des handicapés, très facile à démontrer. Une stérilisation pratiquée sur un handicapé mental ne pourra donc jamais être considérée comme volontaire. Ce sera toujours une intervention forcée »⁶⁷².

164. Bilan. L'alliance « altération des facultés mentales » et consentement s'avère difficile à réaliser, dans la mesure où le doute plane toujours inévitablement sur la validité du consentement émis, lorsque celui-ci peut l'être. Si, de manière fondamentale, « la personne qui doit parler pour [le majeur vulnérable], c'est d'abord le majeur protégé lui-même, s'il le peut »⁶⁷³, force est de constater que « la plus grande partie des [majeurs protégés] n'est pas plus à même de gouverner sa personne que de gérer son patrimoine »⁶⁷⁴. C'est dans ce contexte que

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ La rapporteuse poursuit : « Les instruments relatifs aux droits de l'homme, les organes et les entités des Nations Unies ont établi que la stérilisation forcée des personnes handicapées constituait une discrimination et une forme de violence, de torture et de traitement cruel, inhumain ou dégradant (voir A/72/133, par. 30) » ; C. DEVANDAS-AGUILAR, Rapport sur les droits des personnes handicapées, visite en France, présenté au Conseil des droits de l'homme, 40^{ème} session, 25février-22 mars 2019, A/HRC/40/54/Add.1, p. 14, point 55.

⁶⁷¹ V. par ex. G.M. APPLEBAUM et J. LAPUMA, *La stérilisation d'un mineur handicapé mental : obtenir le consentement de quelqu'un qui ne peut avoir de discernement*, Cambridge quarterly of healthcare ethics, 1994, Vol.3, n°2, p.209.

⁶⁷² M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome IV, annexe III, p.55.

⁶⁷³ Ph. MALAURIE, *La Cour de cassation au XXe siècle*, Cour de cassation, Rapport annuel, année 1999, La Documentation française, p.18.

⁶⁷⁴ Th. FOSSIER, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* 1985, I, 3195.

la loi du 4 juillet 2001 a fait intervenir le juge des tutelles⁶⁷⁵.

SECTION II

LES GARANTIES PROCÉDURALES

165. Procédure spécifique. L'article L.2123-2 du Code de la santé publique prévoit une procédure spécifique à la stérilisation à visée contraceptive des personnes dont les facultés mentales sont altérées. Elle fait intervenir le juge des tutelles⁶⁷⁶ qui se trouve au centre du processus décisionnel dans la mesure où il sera le seul détenteur du pouvoir d'autorisation (I). La loi prévoit toutefois la consultation impérative d'un comité pluridisciplinaire d'experts (II).

§I- L'INTERVENTION DU JUGE DES TUTELLES

166. Annonce de plan. Le législateur a souhaité accorder une place centrale au juge dans le dispositif relatif à la stérilisation des personnes majeures protégées. Il constitue ainsi dans la procédure, le garant des droits et libertés fondamentales de la personne protégée⁶⁷⁷. Les conditions de sa saisine, première étape de la procédure, ont été strictement définies par la loi. C'est ensuite à lui que revient l'autorisation finale en matière de stérilisation d'une personne protégée.

⁶⁷⁵ Attribution désormais dévolue au juge des contentieux de la protection depuis le 1^{er} janvier 2020, art. L. 213-4-1 COJ, (Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 95 29°) ; V. G. RAOUL-CORMEIL, « Vulnérabilité et protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2020, n°5, dossier 11.

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Th. FOSSIER, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* 1985, I, 3195. Monsieur FOSSIER insiste en effet sur le rôle du juge des tutelles en tant que garant des libertés de la personne majeure protégée.

A-LA SAISINE DU JUGE DES TUTELLES

167. Conditions de la saisine. Le juge doit, en premier lieu, être saisi par les personnes habilitées à le faire. Il procède ensuite à l'audition de diverses personnes, dont certaines sont impératives, puis recueille l'avis du comité d'experts⁶⁷⁸. Ce n'est qu'au terme de cette procédure qu'il se prononce sur la stérilisation envisagée. L'ordonnance du 11 mars 2020 n'a pas modifié ce mécanisme procédural. Elle instaure en revanche un véritable droit de veto du majeur protégé anté- procédural, dès avant la saisine du juge et la mise en œuvre du processus décisionnel : son refus fait obstacle à la saisine du juge. Son refus en cours de procédure, ou la révocation de son consentement demeure un obstacle dirimant. La loi du 4 juillet 2001 prévoit que la saisine du juge n'est ouverte qu'à un nombre limité de personnes, « ce qui est encore un gage de protection des [majeurs protégés] »⁶⁷⁹. L'article L.2123-2 du Code de la santé publique précisait en effet que le juge « est saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée ». L'ordonnance du 11 mars 2020 apporte quelques précisions sur les auteurs de la saisine. Il reste qu'en dépit de cette disposition, des risques persistent pour la personne concernée.

1-Les auteurs de la saisine

168. Père et mère du majeur protégé. Le projet de loi initial ne faisait aucune mention des personnes autorisées à saisir le juge. Lors de l'examen du projet de loi par le Sénat en première lecture, la Commission des Affaires Sociales n'a pas manqué de relever cette lacune : « le texte adopté par l'Assemblée Nationale ne mentionne paradoxalement pas qui est à l'origine de la demande de stérilisation »⁶⁸⁰. Elle a, dès lors, proposé d'adopter un amendement prévoyant « que la stérilisation ne peut être pratiquée qu'à la demande des parents ou du représentant légal de la personne concernée », amendement qui a effectivement été adopté par le Sénat. La formulation a de nouveau été modifiée par l'Assemblée Nationale en précisant que le juge des tutelles ne pouvait être saisi que « par les père et mère ou le représentant légal de la personne

⁶⁷⁸ V. *infra* §180 l'étude de ces comités.

⁶⁷⁹ D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « Commentaire de la loi IVG-Contraception, Deuxième partie », *Rev. Pers. & Fam.*, oct. 2001, n°10, p. 6.

⁶⁸⁰ F. GIRAUD, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Sociales, Sénat, n°210.

concernée »⁶⁸¹. Cette nouvelle rédaction subordonnait par conséquent la validité de la saisine du juge à la demande du père *et* de la mère de la personne visée. Il semblait que la saisine du juge par un seul des parents ne pût être pas suffisante⁶⁸². Aussi, « les père et mère – à supposer qu'ils ne soient tuteur ni l'un ni l'autre – [étaient] explicitement cités parmi les requérants ou initiateurs de l'opération »⁶⁸³. Cette présence des parents dans le dispositif autorisant la stérilisation d'un tiers, et particulièrement leur place en tant qu'initiateurs, a été consacrée par la loi du 4 juillet 2001, mais n'a pourtant pas fait l'unanimité.

D'une part, certains s'inquiétaient du conflit d'intérêts qui pouvait exister à l'endroit des parents, et du caractère subjectif qui en découlait dans la véritable motivation de la demande, tandis que, d'autre part, d'autres réclamaient cette association des parents à la procédure, en tant que représentants de leur « enfant » et principaux concernés, après lui, dans les répercussions d'une telle intervention. Pour les premiers, tel le Comité Consultatif National d'Ethique, « dans tous les pays démocratiques où une politique de stérilisation des personnes handicapées mentales fut pratiquée, il apparut, quelle que soit la qualité de l'affection des parents, que leurs intérêts, mêmes légitimes, ne coïncidaient pas toujours avec ceux des enfants. De plus, chez certains parents, l'attachement à un enfant handicapé, « éternel enfant », pouvait être tel, qu'accepter l'éveil de sa sexualité était intolérable »⁶⁸⁴. C'est la raison pour laquelle il n'estimait pas souhaitable la présence des parents dans la procédure. Pour les seconds en revanche, si « une décision de stérilisation ne peut être prise par les seuls parents [...], il est impossible de les exclure du processus [...] car c'est la famille ou les proches, après l'intéressé(e), et non les praticiens, qui subiront toutes les conséquences d'une éventuelle stérilisation »⁶⁸⁵. En dépit du risque de conflit d'intérêts inhérent à leur qualité de parents, leur présence en tant que requérants dans le processus paraissait justifiée, dans la mesure où ce sont eux principalement qui prennent en charge leur « enfant » majeur déficient. Leur association à

⁶⁸¹ M. LIGNIERES-CASSOU, Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Culturelles, Familiales et Sociales, Assemblée Nationale, n°2977.

⁶⁸² V. en ce sens F. FRESNEL, « La stérilisation volontaire contraceptive », Interview, *D.* 2001, n°26, 5 juillet 2001, p.2045.

⁶⁸³ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », Actualité, *JCP* 2001, éd. G, n°30, p.1477.

⁶⁸⁴ Comité Consultatif National d'Ethique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

⁶⁸⁵ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, n°1998011, Tome IV, annexe III, p.101.

la procédure était en ce sens conforme à l'esprit de la loi du 3 janvier 1968 dont l'un des objectifs premiers était de privilégier le rôle de la famille dans la prise en charge des majeurs déficients, objectif réitéré par la réforme du 5 mars 2007⁶⁸⁶.

L'ordonnance du 11 mars 2020 est pourtant revenue sur la place des père et mère du majeur protégé dans la procédure de stérilisation, d'une façon extraordinairement incohérente. En effet, le Code de la santé publique interdit la stérilisation contraceptive sur une personne mineure. Cette interdiction est affirmée avec force, en tête de chacun des articles L. 2123-1 et L. 2123-2, le premier relatif au régime général des stérilisations contraceptives, le second relatif à la stérilisation contraceptive des personnes bénéficiant d'une mesure de protection juridique justifiée par l'altération de leurs facultés mentales. L'ordonnance ne modifie pas ce principe, mais a curieusement précisé dans l'énumération des auteurs de la saisine du juge, qu'il s'agissait des père et mère « du mineur ». Si l'on considère qu'il s'agit d'une maladresse rédactionnelle, la précision est au mieux inutile, et ajoute à la confusion. Elle est pourtant réitérée à l'alinéa 4, listant de façon non exhaustive les personnes susceptibles d'être auditionnées par le juge. Elle produit également un effet de taille, qui est d'exclure les père et mère du majeur protégé de la liste des auteurs de la saisine du juge. Ne reste plus dans cette liste, que le majeur protégé lui-même, et la personne chargée de la mesure de représentation relative à la personne. Or, si en pratique le majeur protégé est très rarement à l'initiative de cette demande, il ne restera *in fine* que la personne chargée d'une mesure de représentation relative à la personne, autorisé à saisir le juge. Si l'objectif des rédacteurs de l'ordonnance était de retirer les père et mère du majeur protégé de la liste des auteurs de la saisine, pourquoi ne pas avoir simplement supprimé la référence aux père et mère ? D'autant que la difficulté sera contournée par ces derniers lorsqu'ils auront la qualité de représentant relatif à la personne du majeur protégé. La nécessité de distinguer les régimes des deux catégories de personnes vulnérables que sont les mineurs et les majeurs protégés, mal maîtrisée, aboutit ici à une hérésie.

169. Personne chargée de la protection. Quant à la référence au représentant légal, si elle existe pour le régime de tutelle, elle posait problème s'agissant d'une curatelle. D'une part, « en droit, n'est représentant légal que le tuteur, le curateur n'est que l'assistant. Donc cela signifie que si la personne concernée, ou les père et mère ne demandent pas au juge des tutelles de

⁶⁸⁶ Article 415 al. 4 C. civ.

statuer, le curateur ne peut rien, de lui-même, demander »⁶⁸⁷. En conséquence, « lorsque la protection est une curatelle, et non une tutelle, le majeur intéressé par l'opération demeure conformément au Code civil capable de s'exprimer pour son compte : le curateur ne peut pas être le requérant, et son audition par le juge est facultative, au titre des personnes utiles »⁶⁸⁸. Certains auteurs ont estimé qu'il s'agissait d'une garantie supplémentaire pour la personne concernée : « c'est un garde-fou, même si on peut faire pression pour que la personne concernée le demande. En effet, le curateur peut toujours faire pression sur le curatelaire »⁶⁸⁹. On pouvait toutefois se demander s'il ne s'agissait pas simplement d'une maladresse rédactionnelle, finalement préservée en ce qu'elle occasionnait effectivement une protection supplémentaire du curatelaire. L'ordonnance du 11 mars 2020 a remédié aux incertitudes en remplaçant le terme de représentant légal par celui de « [...] personne chargée de cette mesure », « si la personne concernée fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne », ce qui exclut toutes les mesures de protection juridique prévoyant une assistance relative à la personne, ainsi que celles n'en prévoyant aucune. En revanche, cette formulation permet d'inclure les mesures de protection juridique conventionnelles, prévoyant une mission de représentation relative à la personne. Cette liste des auteurs de la saisine présente un caractère exhaustif.

2- Des risques persistants

170. Représentation par un préposé d'établissement. La liste des personnes autorisées à saisir le juge se veut exhaustive, sans doute afin de limiter les abus dans les demandes de stérilisation d'un tiers. D'ailleurs, « le personnel médical et les responsables des établissements chargés de l'accueil des personnes handicapées ne sont pas compris dans cette liste. Ce qui est logique, mais la précision est utile au regard des pratiques actuelles »⁶⁹⁰. En effet, ils ne sont pas fondés à demander la stérilisation de leurs pensionnaires, mais le risque est alors de transmettre cette demande à travers les parents de la personne concernée. Ce risque a disparu

⁶⁸⁷ F. FRESNEL, « La stérilisation volontaire contraceptive », Interview, *D.* 2001, n°26, 5 juillet 2001, p.2045.

⁶⁸⁸ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *Actualité, JCP* 2001, éd. G, n°30, p.1477. V. CA Douai, Ch. Protection juridique des majeurs et des mineurs, 12 déc. 2013, *Dr. Fam.* n°5, mai 2014, comm. 84.

⁶⁸⁹ F. FRESNEL, *op. cit.*

⁶⁹⁰ D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, « Commentaire de la loi IVG-Contraception, Deuxième partie », *Rev. Pers. et Fam.*, octobre 2001, n°10, p.6.

avec l'ordonnance du 11 mars 2020, sauf si l'un d'eux a reçu une mission de représentation relative à la personne de leur enfant majeur protégé. L'exclusion expresse du personnel médical ou des services préposés d'établissement de santé, du champ de la saisine du juge était impérative : « leur participation directe à une procédure préalable à une intervention médicale comme une stérilisation n'est pas souhaitable, car leur légitimité n'est pas suffisante. Leur seul rôle est de protéger et d'alerter, lorsqu'il leur apparaît qu'une situation appelle la mise en œuvre d'une démarche contraceptive, voire une stérilisation »⁶⁹¹. Pourtant, les directeurs d'établissements qui assument des charges tutélaires ont la possibilité de contourner cette difficulté. En effet, la qualité de tuteur peut être assurée par un préposé d'établissement de santé ou d'établissement social ou médico-social⁶⁹². Comme le souligne Nicole DIEDERICH, « pour des raisons de compression de personnels, certains se tournent vers la solution de la stérilisation pour les usagers. C'est aussi la solution la plus simple. Au CAT de Sens, tristement célèbre avec celui d'Auxerre, quatorze voire dix-huit jeunes femmes ont été stérilisées de force par leur tuteur également directeur d'établissement »⁶⁹³. Elle s'alarme en constatant que « le mépris dans lequel certains directeurs tiennent la population sur laquelle ils ont tout pouvoir est effarant. On ne peut donc que s'inquiéter que ces derniers franchissent une étape supplémentaire dans le pouvoir qu'ils ont sur les jeunes femmes ». Il est vrai que la demande de stérilisation paraît outrepasser les devoirs du tuteur, lequel doit avoir avant tout une fonction d'aide et d'accompagnement. En ce sens, le risque de conflit d'intérêts est ici élevé. C'est la raison pour laquelle l'article 459-1 alinéa 2 du Code civil permet la possibilité de confier cette mission au subrogé tuteur ou curateur, ou la nomination d'un curateur ou tuteur *ad hoc*. Le recours à l'article 459-1 alinéa 2 devrait être érigé en principe en présence d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, confiée à une personne ou un service préposé d'un établissement de santé, ou d'un établissement social ou médico-social. Ce n'est toutefois qu'une faculté offerte au juge. Se pose ainsi plus largement la question de la légitimité et de l'indépendance des préposés d'établissement.

171. Saisine par le majeur protégé. Enfin, et la précision est importante, même si elle ne figurait pas initialement dans le projet de loi modifié à plusieurs reprises, la personne concernée

⁶⁹¹ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, rapport n°1998011, Tome IV, annexe III, p.103.

⁶⁹² Art. 451 C. civ.

⁶⁹³ N. DIEDERICH, D. MOYSE, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

par le dispositif a aussi été introduite dans les personnes autorisées à saisir le juge. Elle se trouve d'ailleurs placée en tête de cette liste exhaustive, ce que ne modifie pas l'ordonnance du 11 mars 2020. Il reste que, paradoxalement, on sait que de manière générale les demandes de stérilisation n'émanent pas des personnes concernées elles-mêmes, sauf à subir certaines pressions. Si toutefois elle l'exerce, la démarche ne pourra faire l'économie d'une suspicion de contrainte exercée à son encontre, puisque, en dépit de la formulation de la seconde circulaire d'application qui déclare que « les dispositions [...] visent à permettre à une catégorie de personnes particulièrement vulnérables [...], de bénéficier d'une intervention médicale considérée comme légitime par la loi [...] »⁶⁹⁴, elle reste une intervention grave aux conséquences multiples et complexes pour l'avenir et le devenir d'un individu. En outre, si le juge des tutelles est le détenteur du pouvoir d'autoriser une stérilisation sur une personne protégée, il ressort des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 qu'il ne peut se saisir d'office.

B-L'AUTORISATION DU JUGE DES TUTELLES

172. Dispositif légal. Lorsque le juge a été valablement saisi d'une demande de stérilisation d'une personne protégée, il doit se prononcer sur l'issue qui va être donnée à cette demande. Selon le dispositif de la loi du 4 juillet 2001, il doit dans un premier temps procéder à des auditions préalables, dont celle, impérative, de la personne concernée, puis dans un second temps recueillir l'avis d'un comité d'experts.

1- Les auditions préalables

173. Audition du majeur protégé. Les dispositions issues de la loi du 4 juillet 2001 prévoient que « le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée », puis, jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020, il devait « [entendre] les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal, ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile »⁶⁹⁵. Selon ce dispositif, l'audition de la personne visée par la demande doit précéder toutes les autres. Lors de celle-ci, si la personne est apte à exprimer sa volonté, son

⁶⁹⁴ Circulaire DGS/DS 6D, n°2003-71, du 13 février 2003, relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001.

⁶⁹⁵ Article L.2123-2 du Code de la santé publique.

consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte postérieurement à la délivrance d'une information adaptée à son degré de compréhension. Le juge des tutelles se présente ainsi comme le garant du consentement de la personne concernée dans la procédure : « son rôle est de préserver le lien nécessaire entre le respect des procédures et des droits fondamentaux »⁶⁹⁶. Cette audition apparaît donc comme une étape essentielle de la procédure, et un parallélisme peut sans doute être fait avec l'audition de la personne à protéger dans le cadre d'une demande de mise sous protection juridique, dans laquelle elle présente un caractère obligatoire et constitue une formalité substantielle d'ordre public⁶⁹⁷. Si la finalité n'est pas la même, l'une pouvant conduire à supprimer la capacité de procréer, l'autre à supprimer ou atténuer la capacité d'exercice, l'importance et les enjeux de ces auditions ne sont pas étrangers.

174. Ordonnance du 11 mars 2020. Après avoir procédé à l'audition de la personne concernée, le juge des tutelles entendait les père et mère – ou le représentant légal – qui, semble-t-il, dans les mêmes conditions que lors de la saisine, devaient être présents l'un et l'autre. Il s'agissait alors d'un entretien, mais les parents n'avaient aucun autre pouvoir de décision que celui de saisir le juge. L'ordonnance du 11 mars 2020 précise désormais que le juge entend les père et mère « du mineur ou la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne [...] ». Cette modification appelle deux remarques. La première est relative aux père et mère « du mineur ». Toute stérilisation contraceptive étant interdite sur une personne mineure⁶⁹⁸, aucun père et mère de mineur ne sera jamais entendu sur le fondement de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique. En revanche, cette précision exclut *de jure* l'audition impérative des père et mère d'une personne majeure, quand bien même elle bénéficierait d'une mesure de protection juridique. Ne reste donc que la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec assistance ou représentation relative à la personne, audition qui semble impérative, ce qui appelle la seconde remarque. Si l'audition de la personne chargée d'une mission de représentation relative à la personne semble justifiée au regard de son rôle dans la saisine du juge et de la nature de la protection, celle de la personne chargée d'une mission d'assistance relative à la personne semble plus étonnante, puisque cette dernière n'est pas autorisée à saisir le juge d'une demande de stérilisation contraceptive du majeur protégé. Aussi, ce n'est que dans l'hypothèse où le

⁶⁹⁶ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, op. cit., Tome IV, annexe III, p.105.

⁶⁹⁷ Si l'état de la personne le lui permet, art. 432 C. civ. V. également les art. 1220-2 et 1220-3 C. pr. civ.

⁶⁹⁸ V. les articles L. 2123-1 alinéa 1 et L. 2123-2 alinéa 1 CSP.

majeur protégé bénéficiant d'une mesure d'assistance à la personne, aura lui-même saisi le juge des tutelles d'une demande de stérilisation contraceptive pour son compte, que le protecteur en assistance à la personne sera nécessairement entendu par le juge. La seule exception pouvant éventuellement se trouver dans l'hypothèse où le majeur protégé bénéficierait d'une mesure de représentation en matière patrimoniale, et d'assistance en matière personnelle. Cette référence à la mesure d'assistance à la personne, la seule du dispositif, semble étonnante au regard de l'accès désormais restreint de la personne chargée de la mesure de protection avec mission d'assistance relative à la personne à l'information médicale concernant son protégé⁶⁹⁹.

175. Les auditions facultatives. S'il le souhaite, le juge pourra également entendre « toute personne dont l'audition lui paraît utile », et bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation sur l'opportunité de telles auditions. Il lui serait ainsi possible d'auditionner les directeurs de structure, les éducateurs, le médecin traitant. A cet égard, Florence Fresnel précisait : « est-ce à dire que si le juge des tutelles veut entendre l'avocat qu'il considère comme une personne dont l'audition lui paraît utile, il peut l'appeler ? Pourquoi pas. Ce qu'il faut dire aussi, c'est qu'il y a un article du nouveau Code de procédure civile qui est très peu utilisé, l'article 1261⁷⁰⁰ qui permet au magistrat dans la procédure de mise sous tutelle de demander la présence d'un avocat assistant le majeur pour la mise sous tutelle ou sa mainlevée. En l'espèce, on peut considérer que le magistrat pourrait étendre le champ d'application de l'article 1261 pour qu'un avocat soit présent à ses côtés. Mais cela n'est pas fait bien que cela soit contraire à la dernière décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 janvier 2001 »⁷⁰¹. L'article 1261, devenu l'article 1214 du Code de procédure civile, ne permet pas véritablement au magistrat de demander la présence d'un avocat aux côtés du majeur lors de la procédure d'ouverture d'une mesure de protection juridique. Il offre seulement la possibilité au majeur protégé ou à protéger de « faire le choix d'un avocat »⁷⁰², ou de « demander à la juridiction saisie que le bâtonnier lui en désigne un d'office ». Seul le majeur vulnérable est à l'initiative de la demande. Quant à l'information délivrée au majeur sur cette *possibilité*, elle n'est prévue qu'au stade de l'acte de convocation⁷⁰³. Pourtant l'alinéa 2 de l'article 1214 qualifie expressément cette faculté

⁶⁹⁹ Cf *supra* § n°135 ; art. L. 1111-2 III CSP.

⁷⁰⁰ Devenu l'article 1214 C. pr. civ.

⁷⁰¹ F. FRESNEL, « La stérilisation contraceptive volontaire », Interview, *D.* 2001, n°26, p.2045. CEDH, 3^{ème} sect., 30 janv. 2001, Vaudelle c/ France.

⁷⁰² V. CA Versailles, 31 mars 1017, n°16/09293, obs. A. PORTMANN, *Dalloz*, actualités, 25 avril 2017 ; *AJ Fam.* 2017, p.303, note V. MONTOURCY.

⁷⁰³ Voir sur ce point la froide motivation de la Cour de cassation se bornant, pour rejeter le moyen tiré de la violation

d'assistance, de « droit ». Mais le plus souvent, le majeur, par hypothèse vulnérable, car il se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts⁷⁰⁴, ne sera précisément pas en mesure d'exercer ce droit seul⁷⁰⁵. L'article 1214 constitue ainsi un cercle vicieux au détriment de la personne pour laquelle il offre théoriquement protection.

En effet, si la recherche d'une protection maximale de la personne concernée est au centre du dispositif, il reste que la personne vulnérable ne bénéficie d'aucune assistance destinée à protéger uniquement ses droits et intérêts personnels, car « le juge n'a pas le monopole du droit, mais se veut technicien du débat, grâce à une démarche organisée et neutre »⁷⁰⁶. Un ministère d'avocat obligatoire aurait été nécessaire et indispensable dans une procédure d'ouverture d'une mesure de protection juridique⁷⁰⁷, tout comme dans celle autorisant la stérilisation sur demande d'un tiers, d'autant que l'autorisation finale est prise par un juge unique, et pour laquelle il n'a pas été prévu de voie de recours spécifique dans le dispositif⁷⁰⁸.

2-De la décision à l'autorisation judiciaire

176. Compétence décisionnelle issue de la loi du 4 juillet 2001. Jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020, l'alinéa 2 de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique disposait que « l'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles »⁷⁰⁹. Comme

du droit à un procès équitable invoquée par une majeure protégée qui avait comparu seule devant le juge des tutelles, à constater que la prescription de l'article 1214 du Code de procédure civile figurait bien dans l'acte de convocation, Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2016, n°15-11.002, *AJ Fam.* 2016, p.166, note V. MONTOURCY.

⁷⁰⁴ Selon l'art. 425 C. civ.

⁷⁰⁵ En ce sens, V. MONTOURCY, « L'avocat du majeur protégé est un droit, il doit devenir une nécessité », *AJ Fam.* 2016, p. 166.

⁷⁰⁶ T. FOSSIER, M. BAUER, *Les tutelles : protection juridique et sociale des enfants et adultes*, éd. ESF, 1996 (2^{ème} édition), p.337.

⁷⁰⁷ En ce sens, V. F. FRESNEL, « L'avocat choisi dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle », *D.* 23 janv. 2014, n°3 ; V. MONTOURCY, F. FRESNEL, « Lettre ouverte aux femmes et hommes de bonne volonté : pour la présence obligatoire de l'avocat auprès des majeurs protégés », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2016, n°2, p.14. - *Contra*, Th. VERHEYDE, « L'absence d'assistance ou de représentation obligatoire du majeur à protéger ou déjà protégé par un avocat est-elle conforme à la Constitution ? » – Cour de cassation, 1^{re} civ. 8 juillet 2015 –, *AJ fam.* 2015. 547. Dans l'arrêt du 8 juillet 2015, la Cour de cassation répond à une question prioritaire de constitutionnalité incidente, relative à la conformité de l'alinéa 1^{er} de l'article 432 à la Constitution, et plus largement au droit fondamental à un procès équitable.

⁷⁰⁸ Selon l'art. 1239 CPC, seules les décisions du juge des tutelles sont susceptibles d'appel. Cette disposition n'ayant pas fait l'objet de modification, il est permis de se demander si les autorisations délivrées par le juge des tutelles entrent également dans son champ d'application. Car en effet, les deux notions ne sont pas synonymes : sinon, pourquoi le législateur aurait-il substitué l'autorisation à la décision dans le dispositif de l'article L. 2123-2 ?

⁷⁰⁹ Cette référence au juge des tutelles demeure sous l'empire de l'ordonnance du 11 mars 2020 ; V. G. RAOUL-

le soulignait Thierry FOSSIER, « en tutelle comme en curatelle, on s'étonnera de voir le juge "décider" et non pas "autoriser", et de voir que le Parquet est exclu du débat ! »⁷¹⁰. En effet, les textes prévoient de manière générale que le juge des tutelles autorise certains actes selon le régime de protection, mais il ne « décide » pas lui-même d'un acte concernant le patrimoine du majeur protégé, pas plus d'un acte touchant à la personne du majeur protégé. Il en résultait cependant que c'était sur lui seul que reposait la décision ultime de procéder à la stérilisation d'une personne vulnérable alors que certains auraient souhaité une forme de prise de décision collégiale, en ce que la collégialité serait plus respectueuse des droits des personnes handicapées⁷¹¹. Cette affirmation pouvait être comprise dans le sens où elle aurait offert une garantie supplémentaire à la personne concernée contre toute décision relevant d'un juge unique. A cet égard, l'association du procureur de la République à la procédure aurait été souhaitable, ce que n'a pas estimé le législateur. C'est une illustration du recul général de l'intervention du Ministère public dans le domaine civil, en particulier dans la protection des majeurs. Plus généralement, les juges se sont inquiétés de cette nouvelle compétence qui leur a été attribuée de façon discrétionnaire, sans aucune consultation préalable, dans la mesure où ils étaient absents des débats devant l'Assemblée Nationale. Selon Laurence PECAUT-RIVOLIER, juge d'instance et ancienne présidente de l'Association nationale des juges d'instance, « ce texte nous confie une responsabilité écrasante. Pourtant, c'est évident qu'il nous revient d'intervenir. Cela fait partie de notre travail ordinaire de s'assurer de la volonté des personnes protégées »⁷¹². Mais sur ce point, la loi du 4 juillet 2001 introduisait une grande nouveauté puisque le juge des tutelles devenait le garant du consentement des personnes handicapées mentales à la stérilisation.

CORMEIL, « Vulnérabilité et protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2020, n°5, dossier 11.

⁷¹⁰ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *Actualité, JCP G*, 25 juillet 2001, n°30, p.1477. Le Parquet est exclu du débat dans la procédure relative à la stérilisation contraceptive d'une personne majeure protégée, mais dans le même sens, cela concerne presque tout le contentieux civil.

⁷¹¹ V. par ex. La position de l'Inspection Générale des Affaires Sociales en ce sens, *op. cit.*, Tome IV, annexe III, p.104-105. Cette collégialité a d'ailleurs tendance à disparaître dans le contentieux classique.

⁷¹² L. PECAUT-RIVOLIER, in B. GROSJEAN, *La stérilisation des handicapées mentales sort de l'ombre*, Interview de L. PECAUT-RIVOLIER, article paru dans le journal Libération, mercredi 30 mai 2001, site Internet portailhandicap.free.fr.

177. Exclusion du conseil de famille. L'Association des juges des tutelles avait proposé une version alternative au texte, déplaçant la prise de décision vers le conseil de famille ⁷¹³. La version proposée indiquait : « l'intervention est subordonnée à une autorisation d'un conseil de famille spécialement convoqué pour délibérer et après avis du Procureur de la République et du médecin traitant. Le conseil de famille ne peut statuer qu'après audition de la personne concernée, éventuellement assistée de son conseil, auquel doit être donnée, dans toute la mesure du possible, une information adaptée à son degré de compréhension ». La proposition prévoyait aussi la présence, à titre consultatif, de personnes qualifiées inscrites sur une liste par la Cour d'appel, lors de la délibération du conseil de famille. Cette proposition réintroduisait le rôle du conseil de famille, mais incluait aussi le Procureur de la République dans la procédure, ainsi que le médecin traitant de la personne concernée, professionnel au plus proche en pratique de la situation personnelle de l'intéressé. Les dispositions relatives au consentement du majeur protégé étaient d'ailleurs semblables à celles retenues par le législateur. Mais ce dernier a finalement donné sa préférence à une procédure fondée sur l'intervention du juge plutôt que sur celle du conseil de famille, ce qui « est un précédent fâcheux en matière de tutelle » soulignait Thierry FOSSIER, qu'il qualifiait de « disqualification » du conseil de famille ⁷¹⁴. Toutefois le législateur souhaitait sans doute éviter, dans ce domaine particulièrement délicat, les risques de conflits d'intérêts entre les proches de la personne concernée et elle-même, gage d'une subjectivité certaine. Ceci aussi certainement pour des raisons d'économies et de rapidité, car moins de un pour cent des tutelles fonctionnaient avec un conseil de famille. Il aurait sans doute été souhaitable de constituer des conseils *ad hoc*, ayant une nature mixte, c'est-à-dire composés de sachants qui travaillent au quotidien au plus près du majeur protégé, et de personnes proches qui manifestent un intérêt pour ce dernier.

Le juge des tutelles constitue en cela une garantie d'objectivité et de respect effectif des conditions de fond d'une stérilisation, puisqu'elles sont contrôlées par une autorité judiciaire. En ce sens, le droit comparé révèle que tous les pays occidentaux s'étant dotés de régimes spécifiques aux personnes handicapées mentales en matière de stérilisation, font appel à une

⁷¹³ V. cette proposition sur le site Internet freud-lacan.com, in N. MAJSTER, *La stérilisation des handicapés mentaux consacrée par l'Assemblée Nationale*.

⁷¹⁴ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, *op. cit.*

autorisation judiciaire préalable, se conformant en ce sens aux recommandations du Conseil de l'Europe⁷¹⁵. Mais les juges des contentieux de la protection sont des juges uniques, souvent débordés par une charge de travail de plus en plus importante. Selon un rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales relatif au fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, les juges des tutelles n'ont pas les moyens de leur mission dans la mesure où la population dont ils s'occupent ne cesse de croître⁷¹⁶. Les juges sont isolés, surchargés et sous influence : « les juges soulignent le poids des associations et même leur sentiment d'une pression exercée sur le juge des tutelles [...]. Le juge est le seul acteur non permanent du système et un acteur souvent inexpérimenté car il exerce généralement cette fonction en début de carrière »⁷¹⁷. C'est pourquoi « on peut se demander, dans de telles conditions, comment les procédures de stérilisation pourraient être traitées en toute objectivité et avec circonspection »⁷¹⁸.

178. Rectification par l'ordonnance du 11 mars 2020. S'il revenait en effet au juge des tutelles d'intervenir dans le processus autorisant une intervention stérilisante sur un majeur protégé, il ne semblait cependant pas opportun de lui conférer ce pouvoir en totalité, tant devant l'ampleur de la croissance démesurée de sa charge de travail, que de la gravité de la « décision » qu'il lui revient de prendre. Sur ce dernier point, l'ordonnance du 11 mars 2020 procède à une rectification bienvenue, en substituant un régime d'autorisation au régime de décision⁷¹⁹. En effet, l'intervention stérilisante n'est désormais plus « subordonnée à une décision du juge », mais doit « être autorisée par le juge ». L'ordonnance procède ainsi à une unification du régime d'autorisation dans le droit des majeurs protégés, tandis que la loi du 23 mars 2019 a exclu le mariage de ce régime⁷²⁰. D'une compétence nouvelle octroyée par la loi du 4 juillet 2001, on assiste à un retour à la compétence traditionnelle du juge des tutelles, fonction elle-même

⁷¹⁵ V. *supra* §67 et s. le détail de ces différents régimes spécifiques.

⁷¹⁶ V. L. PECAUT-RIVOLIER et Th. VERHEYDE, Les chiffres de la protection des majeurs, *AJ Fam.*2012, p. 273, et *Infostat Justice* n°143, juill. 2016, *Dr. Fam.* 2016, n°10, alerte 77. V. également Les chiffres de la protection des majeurs, *AJ Fam* 2017, p.267. Fin 2019, leur nombre s'élevait à 730 000, selon les chiffres annoncés dans le Rapport général n° 140 (2019-2020) de MM. Arnaud BAZIN et Éric BOCQUET, relatif au Projet de loi de finances pour 2020: Solidarité, insertion et égalité des chances, fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat le 21 novembre 2019.

⁷¹⁷ J.-P. FOUCAULT, M. TREMOIS, *Rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mai 1998, p.38.

⁷¹⁸ N. DIEDERICH, in G. BENLOULOU, « La stérilisation des personnes handicapées mentales : un risque de dérives eugéniques », Interview, *Rev. Lien Social* n°590, 27 septembre 2001.

⁷¹⁹ Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, art. 20.

⁷²⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 10.

désormais dévolue au juge des contentieux de la protection. Pourtant, et curieusement, cette compétence décisionnelle n'a pas été modifiée par l'ordonnance en matière de prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un majeur protégé en tutelle, ou en curatelle ou sauvegarde de justice inapte à consentir, pour lesquels ce prélèvement demeure encore subordonné à une « décision » du juge des tutelles⁷²¹.

179. Bilan. L'intervention du juge se trouve donc au cœur du dispositif autorisant la stérilisation de personnes majeures protégées. Sa saisine est ouverte à un nombre limitatif de personnes, mais la liste n'est pas aussi étanche que le législateur l'avait souhaité, ce qui fragilise une disposition qui devait constituer une des grandes garanties pour la personne susceptible d'être stérilisée. Ce garde-fou ne semble donc pas aussi infaillible qu'il n'y paraît. Selon les dispositions originaires de la loi du 4 juillet 2001, il n'appartenait pas seulement au juge des tutelles d'autoriser l'intervention stérilisante, mais de la « décider », ce qui lui donnait une toute autre dimension dans la procédure, en ce que la loi lui conférait finalement tout pouvoir sur l'avenir procréateur d'un individu. Il était alors permis de se demander si la prise de décision par le seul juge était une garantie supplémentaire dans la protection des personnes protégées, ou au contraire, si elle constituait une ingérence intolérable dans la vie intime, et donc exclusivement personnelle, de ces personnes. C'est pourquoi l'ordonnance du 11 mars 2020 est finalement revenue sur ce pouvoir de décision, lui préférant le régime traditionnel de l'autorisation judiciaire. Cette autorisation, aujourd'hui comme hier, devra être précédée de la consultation d'un comité d'experts.

§II- L'AVIS DU COMITÉ D'EXPERTS

180. Annonce de plan. Aux termes de l'article L.2123-2 du Code de la santé publique, le juge, préalablement au prononcé de son autorisation, « recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées ». Il s'agit donc d'un organe pluridisciplinaire, qui n'a cependant qu'une vocation consultative auprès du juge. Il devra toutefois prendre une place importante dans le processus d'autorisation, au regard de la mission qui lui est confiée (B). Un décret d'application

⁷²¹ Art. L. 1241-4 al.2 et 3 CSP.

du 3 mai 2002 est venu préciser les modalités de constitution et de fonctionnement de ces comités ⁷²² (A). Ces dispositions ont été codifiées aux articles R. 2123-1 à R. 2123-7 du Code de la santé publique, par un décret du 21 mai 2003⁷²³.

A-COMPOSITION ET MISE EN PLACE DES COMITÉS D'EXPERTS

181. Compétence territoriale. L'article R. 2123-1 précise que chaque région sera dotée d'un comité d'experts, ce qui implique la constitution de comités d'experts régionaux qui seront compétents exclusivement en matière de stérilisation de personnes majeures protégées. Leur compétence territoriale dépendra du lieu de domiciliation de la personne concernée par la procédure de demande de stérilisation.

182. Composition médicale des comités d'experts. L'article R. 2123-2 précise la composition des comités régionaux, point sur lequel la loi du 4 juillet 2001 ne s'était pas attardée, et restait somme toute très imprécise dans la mesure où elle n'indiquait que « l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées ». Nulle autre information n'était délivrée sur la nature de ces comités, ce qui ne manquait pas d'alimenter une critique déjà vigoureuse à l'encontre d'une grande imprécision de ses dispositions. Les comités doivent comprendre, en tant que « personnes qualifiées sur le plan médical », deux médecins spécialistes qualifiés en gynécologie-obstétrique, ainsi qu'un médecin psychiatre. A titre de comparaison, le comité d'experts, compétent en matière de prélèvements de cellules hématopoïétiques sur une personne majeure protégée⁷²⁴, siège en deux formations de cinq membres, dont un médecin et un psychologue⁷²⁵. Ce comité est plus large au regard de celui instauré en matière de stérilisation des majeurs protégés, ce dernier comprenant pour le tout cinq membres. Cette disparité prend sa cause essentiellement dans la différence de nature des deux types de comités. L'un est une instance décisionnelle⁷²⁶ tandis que l'autre est une instance consultative. En revanche, l'un et

⁷²² Décret n°2002-779 du 3 mai 2002, pris pour l'application de l'article L.2123-2 du Code de santé publique, J.O. n°105, 5 mai 2002, p.8639.

⁷²³ Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique.

⁷²⁴ Art. L. 1241-4 CSP.

⁷²⁵ Art. L. 1231-3 CSP.

⁷²⁶ Art. L. 1231-3 al. 4 CSP qui dispose que « les décisions prises par le comité ne sont pas motivées » ; V. les art. L. 1241-3 pour le prélèvement de cellules sur une personne mineure, qui fait référence à « l'autorisation [...] »

l'autre doivent « apprécier la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ».

183. Composition associative des comités d'experts. La composition des comités d'experts compétents en matière de stérilisation de majeurs protégés, est complétée par l'introduction de deux membres qui ne sont pas des professionnels du monde médical. L'article R. 2123-2 du Code de la santé publique prévoit en effet la présence au sein de ces comités de « deux représentants d'associations de personnes mentionnées à l'article L.2123-2 du Code de la santé publique »⁷²⁷. Or, cette disposition fait référence aux « associations de personnes handicapées », mais les personnes mentionnées en tête de cet article sont les personnes majeures « dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique ». La formulation est confuse : faut-il comprendre les associations mentionnées, ou les personnes mentionnées ? Car la référence au handicap constitué par l'altération des facultés mentales a été supprimée par l'ordonnance du 11 mars 2020. Pourtant, elle demeure pour les associations concernées dans la composition des comités. La nature du handicap n'y est pas précisée non plus, alors que le handicap physique est exclu au regard de la définition des personnes visées par le texte. Des représentants d'associations de personnes handicapées physiques ne devraient donc pas pouvoir siéger au sein des comités, mais le décret d'application n'a pas apporté plus de précisions que la disposition législative. Si l'on se tourne vers les personnes mentionnées, force est de constater qu'il n'existe pas d'associations représentant uniquement les personnes handicapées mentales placées sous un régime de protection. Et toutes les personnes souffrant d'altération de leurs facultés mentales ne sont pas sous un régime de protection juridique. En ce sens, les associations répondant à ce double critère n'existent pas en tant que telles. Cette maladresse rédactionnelle du troisième alinéa de l'article deux du décret d'application était d'autant moins souhaitable que le décret en question était attendu impatientement en ce qu'il devait permettre de clarifier et d'atténuer les imperfections de la loi

accordée par le comité ; mais l'art. L. 1241-4 distingue la personne faisant l'objet de mesure de tutelle, laquelle ne requerra qu'un avis du comité d'experts, recueilli par le juge des tutelles, qui prendra la « décision » du prélèvement, et la personne faisant l'objet du mesure de curatelle ou de sauvegarde de justice ayant la faculté de consentir au prélèvement. Dans cette hypothèse, l'acte est « subordonné à [l'] autorisation du comité d'experts ». En cas d'inaptitude à consentir, le texte opère un retour au régime des personnes en tutelle. Ces dispositions n'ont pas fait l'objet de modifications par l'ordonnance du 11 mars 2020, laissant subsister les anciennes références aux mesures judiciaires, et ainsi les difficultés de coordinations avec les dispositions du Code civil.

⁷²⁷ Décret n°2002-779 du 3 mai 2002, article 2, J.O. du 5 mai 2002, n°105, p.8639.

du 4 juillet 2001⁷²⁸.

184. Modalités de désignation des membres. La désignation de ces associations s'effectuera par désignation du directeur général de l'agence régionale de santé⁷²⁹. Une fois désignée, chaque association devra établir une liste sur laquelle elle propose le nom de ses membres qu'elle souhaite voir retenus dans la composition du comité d'experts. Chaque association devra toutefois proposer deux fois plus de noms que de nominations à prononcer. C'est ensuite au directeur général de l'agence régionale de santé qu'il revient de désigner les représentants d'associations qui siégeront au comité d'experts, tout comme leurs suppléants. Les critères permettant de faire ce « choix » ne sont pas précisés dans le décret, non plus que dans les circulaires qui l'ont succédé. Aussi, ce choix se fera sans nécessité de motivation, ne pouvant être indemne par-là même d'une prise en compte de considérations plus ou moins étrangères aux qualifications et aux compétences de la personne nommée, telle l'importance de l'implantation d'une association dans la région, ou le poids de ses activités. L'article R. 2123-3 indique seulement que le mandat des membres représentant une association « prend fin lorsque le mandataire perd la qualité au titre de laquelle il a été désigné ». Enfin, de manière générale, les membres du comité sont désignés pour trois ans, leur mandat est renouvelable⁷³⁰, et ils exercent leur fonction à titre gratuit. C'est la Direction régionale de la santé qui assure le secrétariat du comité d'experts, dont les réunions se dérouleront dans ses locaux⁷³¹.

B-UNE POSITION COLLECTIVE

185. Annonce de plan. Le comité d'experts constitue l'organe collégial du dispositif législatif permettant d'aboutir à la stérilisation contraceptive d'une personne majeure protégée. Cette construction pluridisciplinaire permet d'obtenir une expertise et une approche objective de la singularité de chaque situation, dont la consultation sera essentielle au juge des tutelles pour se prononcer sur la délivrance d'une autorisation.

⁷²⁸ V. en ce sens, T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP G.*, Actualité, 25 juillet 2001, p.1477.

⁷²⁹ Décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tirant les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 63 modifiant l'article R. 2123-2 CSP.

⁷³⁰ Art. R. 2123-3 al. 1 CSP.

⁷³¹ Art. 5 décret n°2002-779 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, codifié à l'art. R. 2123-5 CSP.

1-L'organe collégial de la procédure

186. Absence de consensus sur la collégialité. Le Comité Consultatif National d'Ethique avait souhaité la présence d'un comité d'experts étendu, soulignant l'importance qu'il accorde à une prise de décision collective⁷³². La commission souhaitée par le Comité Consultatif National d'Ethique en 1996, avait ainsi vocation à rassembler de nombreux membres, bien plus que le comité d'experts institué par la loi du 4 juillet 2001, et dont les spécialités excédaient le domaine purement médical. Si cette diversité dans les domaines d'expertises était susceptible d'offrir une plus grande qualité au travail de cette commission, elle n'en aurait pas moins fait l'économie de la critique de Messieurs FOSSIER et VERHEYDE, adressée au comité d'experts retenu dans l'article L.2123-2 du Code de la santé publique⁷³³. En effet, on peut penser que la multitude des membres d'une telle commission est l'antithèse d'une formule adaptée à cette situation, d'autant que le type de commission préconisé par le Comité Consultatif National d'Ethique est décisionnel, et non uniquement consultatif.

L'Inspection Générale des Affaires Sociales, si elle n'était pas hostile au principe de l'intervention de ces commissions, particulièrement dans le processus décisionnel, se trouvait néanmoins en profond désaccord sur cette question avec la conception du Comité Consultatif National d'Ethique⁷³⁴. Selon elle, il était impératif que la stérilisation contraceptive d'une personne aux facultés mentales altérées fasse l'objet d'une autorisation judiciaire, indépendamment de l'intervention de toute commission. Le dispositif adopté par le législateur correspond à cette conception. Le comité ne pourra délibérer valablement que si ses cinq membres, titulaires ou suppléants, sont présents. Il statue à la majorité, et son avis est signé par

⁷³² « En effet, l'évaluation d'une demande de stérilisation est une tâche trop complexe et une responsabilité trop grave pour être confiée à une seule personne. Cette évaluation relève de compétences et implique des responsabilités telles qu'il paraît indispensable de faire intervenir, dans le cadre d'une commission, des professionnels tout spécifiquement formés aux problèmes des personnes handicapées mentales, dont des médecins (neurologues, gynécologues, psychiatres, généticiens, et pédiatres), des juristes et des assistants sociaux », Comité Consultatif National d'Ethique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport et Avis n°49, 3 avril 1996.

⁷³³ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP G.*, 25 juillet 2001, Actualité, p.1477. Cf *infra* § n°190.

⁷³⁴ En effet, elle estimait qu'« il n'est pas interdit à des experts de se réunir pour confronter leurs points de vue. Mais la question essentielle est de savoir qui doit prendre la décision finale. La mission est hostile à la prise de décisions de stérilisation par des commissions non juridictionnelles, c'est sur ce point qu'elle adopte la position la plus contraire à celle exprimée par le Comité Consultatif National d'Ethique », M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, Inspection Générale des Affaires Sociales, op. cit., Tome IV, annexe III, p.104.

chacun des membres⁷³⁵. Il communique ensuite son avis par écrit au juge des tutelles, lequel doit en informer le majeur protégé et l'auteur de la demande⁷³⁶.

2- Une approche objective

187. Mission d'expertise. L'article L 2123-2 du Code de la santé publique prévoit que « ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ». L'article R 2123-6 précise ainsi qu'« il vérifie qu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. A ce titre, il s'assure que des solutions alternatives à la stérilisation à visée contraceptive ont été recherchées et évalue les risques d'effets secondaires graves sur les plans physique ou psychologique de l'intervention ». Il s'agit de la mission confiée au comité d'experts par la loi du 4 juillet 2001. Pour cela, il a la faculté de procéder à toutes les consultations, en particulier consulter tout praticien ou tout professionnel dont la qualification est requise⁷³⁷, mais il peut aussi faire procéder à tous les examens qu'il estime nécessaires pour éclairer son avis⁷³⁸. En revanche, la nature exacte de ces examens n'est pas précisée, ce qui laisse un large champ d'appréciation au comité, et pose une nouvelle fois la question de l'aptitude à consentir du majeur protégé, ainsi que son droit au secret médical⁷³⁹.

188. Exclusion de l'environnement familial. La vocation d'un comité d'experts ou d'une commission pluridisciplinaire est de rendre un avis – ou une décision- de façon collective, en jouant son rôle d'expertise, mais en le faisant en toute objectivité et indépendance. « Les conférences de consensus sont une pratique très répandue pour l'exercice de la médecine hospitalière. Et c'est parce que certains médecins estimaient que les handicapé(e)s sont parfois “ l'otage ” de leur famille, qu'est apparue cette notion de commission pluridisciplinaire »⁷⁴⁰. Le Comité Consultatif National d'Ethique était lui aussi soucieux de préserver la prise de décision de stérilisation de toute pression ou subjectivité familiale. C'est pourquoi il préconisait de ne

⁷³⁵ Art. R 2123-4 CSP.

⁷³⁶ Art. R 2123-7 CSP.

⁷³⁷ Circulaire DGS/DS 6D, n°2003-71, du 13 février 2003, relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, Bulletin Officiel n°2003-9.

⁷³⁸ Art. R 2123-6 CSP.

⁷³⁹ V. art. R. 2123-4 CSP, les membres sont tenus au secret professionnel.

⁷⁴⁰ Inspection Générale des Affaires Sociales, op. cit., Tome IV, annexe III, p.104.

pas faire intervenir la famille dans la composition d'une commission pluridisciplinaire. Selon lui, « il est important que les personnes qui siègent dans ces commissions soient choisies en dehors des familles ou des tuteurs des personnes handicapées mentales. L'indépendance de la commission par rapport aux familles est un impératif : on peut, en effet, comprendre que les demandeurs ne peuvent pas être à la fois juge et partie »⁷⁴¹.

La constitution d'un comité d'experts, chargé de rendre un avis sur la recevabilité d'une demande de stérilisation, a pour but de tempérer le pouvoir de la famille – ou du représentant légal – qu'elle détient traditionnellement dans ce domaine. Le comité d'experts permet ainsi, théoriquement, d'équilibrer les données personnelles et émotives en présentant des garanties d'objectivité et de rationalité. A l'inverse, les parents sont réticents à faire intervenir d'autres instances qu'eux-mêmes dans le processus de demande de stérilisation. Ils voient une connotation péjorative dans les termes « comité d'experts », ou « commission pluridisciplinaire », dans le sens où un tel mécanisme évoque chez eux la réunion de professionnels dans le but d'étudier un problème, exercer un pouvoir et par-là même s'ingérer dans une démarche personnelle et privée. Selon eux, un comité d'experts a pour fonction d'étudier et de résoudre des questions problématiques, ce qui est inapproprié dans le cas de leur « enfant » puisque la situation est simple, et demande une réponse simple. C'est en effet l'illustration de l'opposition d'intérêts entre le majeur protégé et sa famille : cette dernière se trouve dans l'impossibilité de donner un avis objectif. Elle ne pouvait qu'être exclue de la composition des comités. La vision des parents à propos de l'existence et de l'utilité de ces comités a d'ailleurs été décrite de façon très juste par André DUPRAS : « Ils se sentent compétents pour résoudre ce problème et ne désirent pas subir un procès d'intention. Ils ne sont pas intéressés à “comparaître” devant un comité et ainsi laisser les professionnels s'approprier une question personnelle qui ne concerne qu'eux et qu'ils ne veulent pas céder à d'autres personnes. Les parents vont “disqualifier” les professionnels dans le processus décisionnel en faisant de la demande de stérilisation une question individuelle pour un cas d'espèce »⁷⁴².

⁷⁴¹ Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit., Rapport et Avis n°49.

⁷⁴² A. DUPRAS, « Les parents et la stérilisation de leur enfant handicapé mental : de la fécondité biologique à la fécondité psychosociale », in A. GIAMI, H. LERIDON, *Les enjeux de la stérilisation*, INED, Paris, 2000, p.287.

189. Audition de la personne protégée. Le comité d'experts devra finalement pouvoir garantir une approche objective de la personne majeure protégée, sans aucune implication personnelle dans le cas présenté. La seconde circulaire d'application prévoit l'audition de la personne concernée par le comité d'experts : « Cette audition doit permettre au comité d'assurer son rôle d'écoute, d'information et d'évaluation ; elle apparaît importante pour permettre une bonne appréciation des risques et des conséquences de l'intervention pour l'intéressé, du degré d'information et de compréhension du patient »⁷⁴³. L'article R 2123-6 précise également que le comité procède à l'audition de la personne concernée, et s'assure qu'une information adaptée au niveau de compréhension de l'intéressé a été délivrée.

190. Bilan. Le recours à un collège d'experts dans un dispositif aussi délicat n'est pas dénué de sens. Encore faut-il veiller à ce que ce dernier soit indemne de toutes critiques, particulièrement en matière de modalités de constitution et de fonctionnement, d'indépendance, d'objectivité et de compétence. D'autant que le recours à la formule d'un comité d'experts n'était pas traditionnel en droit français, comme le soulignait Claude SUREAU : « la recherche d'avis éthiques et juridiques s'inscrit dans la logique juridique, sociale et médicale anglo-saxonne. La France a plutôt tendance à préférer les vertus du colloque singulier, et à faire appel à la sagesse des juges en cas de litige »⁷⁴⁴. Dans ce sens, certains auteurs ont regretté « que le comité d'experts s'annonce pléthorique : ni l'intimité du majeur, ni la nécessaire célérité de la délibération n'y trouveront leur compte »⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Circulaire DGS/DS 6D n°2003-71 du 13 février 2003, relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001.

⁷⁴⁴ Cl. SUREAU, « Commentaire des considérations éthiques du comité de la Fédération Internationale de Gynécologie F.I.G.O. sur la stérilisation », Athènes 1989, *Rev. de Gynécologie* n°319.

⁷⁴⁵ T. FOSSIER, T. VERHEYDE, « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs », *JCP G.*, 25 juillet 2001, Actualité, p.1477.

Conclusion du Titre 1

191. La stérilisation des personnes handicapées mentales à leur insu et bien souvent au mépris de leurs droits fondamentaux constituait un phénomène et un problème majeur au sein de cette population. Depuis l'affaire des « stérilisés de Bordeaux », jurisprudence datant de 1937⁷⁴⁶, le principe était l'illégalité de l'acte stérilisant en général, sauf à établir une nécessité thérapeutique. Mais cette exception, appliquée à la situation des personnes handicapées mentales, devenait bien souvent le principe justifiant de telles interventions en réalité purement contraceptives, et effectuées en catimini. A l'inverse, les personnes en possession de toutes leurs facultés mentales, émettant un consentement libre et éclairé, et pleinement informées de la nature et des conséquences de l'intervention, souhaitant procéder à cette dernière pour les raisons qui leur appartiennent, se voyaient refuser cette liberté en ce qu'elle n'était pas autorisée par notre droit, mais aussi réprimée au titre d'une mutilation volontaire.

De nombreuses instances éthiques ou associatives appelaient de leurs vœux un débat public sur la question en France, à la suite de certains scandales relayés par la presse et ayant éclaté dans certains pays scandinaves, notamment en Suède. La presse s'est dès lors intéressée à la situation en France. C'est un article paru dans le journal Charlie Hebdo le 10 septembre 1997 qui est à l'origine de la campagne de presse qui a eu lieu sur ce sujet à la fin de l'année 1997⁷⁴⁷. Il s'en est suivi de nombreux articles sur ce sujet, mais la polémique s'est très vite essoufflée puisque dès la fin novembre de la même année, le sujet n'était plus abordé par la presse écrite ou les médias télévisés⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Cass. Crim, 1^{er} juillet 1937, BARTOSEK et PREVOTEL, *Gaz. Pal.* 1937, 2^{ème} sem., p. 358 ; *RSC.* 1937, 680, obs. MAGNOL, *Sirey* 1938, I, 193, note TORTAT.

⁷⁴⁷ F. CAME et R. LENGLET, « *Stérilisations forcées : la France aussi* », Journal Charlie Hebdo, 10 septembre 1997.

⁷⁴⁸ V. par ex. : J.Y. NAU, « *Des stérilisations de handicapés mentaux ont été effectuées en France : 15.000 femmes y auraient été contraintes selon Charlie-hebdo* », *Le Monde*, 11 septembre 1997 ; Entretien avec le Professeur S. TOMKIEWICZ, Psychiatre, Chercheur à l'INSERM, « *Il ne faut pas de loi d'exception pour les handicapés* », *La Croix*, 12 septembre 1997 ; J.Y. NAU, « *L'IGAS va mener une enquête sur la stérilisation des handicapés mentaux* », *Le Monde*, 12 septembre 1997, M. GOMEZ, « *Le gouvernement ouvre une enquête sur les*

L'intervention législative prônée par certains, et notamment les gynécologues obstétriciens confrontés au premier chef aux demandes de stérilisation d'une personne déficiente mentale, a finalement eu lieu le 4 juillet 2001 à l'occasion de la révision de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Paradoxalement, l'allongement du délai légal d'interruption volontaire de grossesse a suscité une vive polémique, notamment sur le plan de l'eugénisme, tandis que la légalisation des stérilisations de personnes dont « l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié [leur] placement sous tutelle ou sous curatelle », population particulièrement vulnérable, est passée presque totalement inaperçue, d'aucuns diront « accueillie dans un silence stupéfiant »⁷⁴⁹. Pourtant, si la volonté initiale du législateur était sans doute de remédier à des situations tragiques dont étaient victimes de nombreuses personnes handicapées mentales – au moins 30 000 stérilisations par an – les dispositions adoptées s'avéraient finalement décevantes, voire dangereuses par leur imprécision, et pourraient avoir des conséquences inattendues.

En premier lieu, la catégorie des personnes visées était beaucoup trop imprécise et risquait d'englober des personnes non concernées initialement par la loi. Le « handicap » que constitue « l'altération des facultés mentales », c'est-à-dire le handicap mental, est en réalité susceptible de recouvrir de nombreuses situations. En effet, la frontière entre les problèmes sociaux et les troubles mentaux est parfois très mince, « les problèmes sociaux, les carences affectives et éducatives sont d'ailleurs étroitement corrélées aux troubles mentaux des enfants et même des adultes »⁷⁵⁰. En conséquence, « des populations fragilisées socialement sont reconnues comme « handicapées mentales ». Et cette désignation continue de s'étendre aux catégories les plus vulnérables. La stérilisation risque de les concerner un jour ou l'autre comme le montre l'exemple de la Suède ou des Etats-Unis. A cet égard, la modification apportée par l'ordonnance du 11 mars 2020, supprimant la référence au handicap, mais conservant celle à l'altération des facultés mentales, ne fait que retrancher le pléonasme existant : l'altération des facultés mentales constitue *de facto* un handicap pour la personne qui en souffre. D'ailleurs, la référence

stérilisations forcées : l'IGAS devra déterminer l'ampleur des stérilisations pratiquées chez les handicapés mentaux placés en institution », La Croix, 12 septembre 1997 ; F. CAME et R. LENGLET, « Stérilisations : faux culs et compagnie : les gynécos et les parents de handicapés font semblant de se réveiller. Alors que la situation est peut-être pire que ce que nous écrivions », Charlie-Hebdo, 17 septembre 1997 ; J. PLANTET, « Stérilisation forcée en Scandinavie... et ailleurs », *Lien Social*, 18 septembre 1997. Cette liste n'est pas exhaustive.

⁷⁴⁹ M.-H. MATHIEU, « La stérilisation des personnes handicapées mentales, légale ? », *Ombres et Lumières*, n°133, 2 juillet 2002.

⁷⁵⁰ N. DIEDERICH, D. MOYSE, in Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

au handicap demeure pour les associations susceptibles d'être représentées au sein des comités d'experts.

« Cette loi court donc le risque de devenir, dans les faits, une loi participant de l'eugénisme »⁷⁵¹. C'est un risque majeur susceptible de prendre une réelle ampleur lorsque l'on sait que la « débilité légère » n'a cessé de croître durant les trois dernières décennies. Selon Nicole DIEDERICH, l'extension de la désignation de handicap mental est pratiquée pour des raisons économiques. Il s'agirait pour certaines personnes très défavorisées de véritables stratégies de survie, d'autant que la loi du 5 mars 2007 a supprimé la curatelle pour prodigalité⁷⁵². Ces personnes risquent dès lors d'être visées par les dispositions d'une loi qui au départ ne les concernait pas.

Les personnes visées par les dispositions de la loi du 4 juillet 2001 devaient satisfaire à une seconde condition, celle du placement sous tutelle ou curatelle. Or cette seconde exigence faisait courir le risque de voir augmenter ces placements sous un régime de protection juridique, afin ensuite de procéder à une demande de stérilisation pour la personne en question. L'ordonnance du 11 mars 2020 fait disparaître cette référence au profit de « l'instauration d'une mesure de protection juridique ». Cette condition a dès lors vocation à concerner une population de majeurs protégés beaucoup plus vaste que la précédente. Elle est toutefois contredite par la disposition relative aux auteurs de la saisine du juge, qui ne le permet que pour la personne concernée ou la personne chargée d'une mesure de représentation relative à la personne, excluant ainsi les personnes chargées d'une mesure de protection en assistance relative à la personne, ou encore les personnes chargées d'une mesure de protection dépourvue d'une mission d'assistance ou de représentation relative à la personne du majeur protégé. La disposition permet curieusement aux père et mère du mineur de saisir le juge d'une demande de stérilisation contraceptive pour ce dernier, alors que l'article L 2123-2 débute par l'affirmation du principe d'interdiction de cette intervention sur toute personne mineure. En revanche, elle a pour effet d'exclure les père et mère du majeur protégé de la saisine du juge.

Mais la légalisation de la stérilisation des personnes aux facultés mentales altérées risque d'avoir des conséquences inattendues. Lorsque le risque de grossesse est définitivement écarté au moyen du recours à la stérilisation, l'attention et l'accompagnement accordés à la personne

⁷⁵¹ N. DIEDERICH, D. MOYSE, *op. cit.*

⁷⁵² Art. 488 ancien C. civ. ; v. L. MAUGER-VIELPEAU, « Le retour du prodigue », *JCP N* 2008. 1269.

handicapée mentale dans le domaine de la sexualité n'ont plus lieu d'être, et cette dernière se retrouve ainsi livrée à elle-même – et aux autres. Faute d'accompagnement, d'information et d'éducation sexuelle, - et en l'absence de risque de grossesse -, le risque d'être contaminé par des maladies sexuellement transmissibles sera démultiplié⁷⁵³. Nicole DIEDERICH considère qu'il s'agit d'une solution rationnelle de type « vétérinaire », qui offre une réponse radicale et définitive à un problème complexe ⁷⁵⁴.

Sans aller jusque-là, il est toutefois possible d'affirmer, au vu de ce qui précède, que cette législation comporte des risques majeurs de dérives graves, attentatoires aux droits fondamentaux et à la dignité de la personne humaine, en dépit de la bonne volonté du législateur. En effet, malgré les garanties qu'elle tente d'assurer aux personnes dont les facultés mentales sont altérées, sa conciliation avec certains principes fondamentaux et libertés individuelles risque d'être mise en cause, en ce qu'elle supprime, sinon un droit, à tout le moins une liberté, celle de procréer, avec pour fondement principal la volonté d'en préserver une autre : la liberté sexuelle. Aussi, la légalisation de la possibilité d'une suppression de la liberté de procréer, d'une part sans consentement véritable, d'autre part au moyen d'une intervention chirurgicale, peut-elle être regardée en conformité avec le principe fondateur des droits de l'Homme que constitue la dignité de la personne humaine, ainsi qu'avec le principe fondamental de la loi du 5 mars 2007, celui de l'autonomie ?

Finalement, « on pouvait penser qu'une intervention législative pour le cas particulier de la stérilisation était inutile : notre droit étant suffisamment armé pour assurer la défense [du majeur protégé], mais encore fallait-il qu'il ait été appliqué ! » ⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Ce risque semble se confirmer d'autant plus que les établissements accueillant des personnes handicapées n'ont plus l'obligation de délivrer une information et une éducation à la sexualité et à la contraception, depuis l'abrogation de l'article L.6121-6 du Code de la santé publique par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009.

⁷⁵⁴ G. BENLOULOU, « La stérilisation des personnes handicapées mentales : un risque de dérives eugéniques », Entretien avec Nicole Diederich, *Rev. Lien Social* n°590, 27 septembre 2001.

⁷⁵⁵ J-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse, Bordeaux, 1998, Doctorat et Notariat, coll. de thèses, 2001, n°671, p. 401.

TITRE II

LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ ACCEPTÉE

192. Enjeux. Admettre la stérilisation contraceptive des majeurs protégés a pour corollaire la constatation, voire l'affirmation de leurs capacités procréatrices. A ce titre, la procréation ne peut que leur être reconnue. Mais elle implique alors la nécessité de la maîtriser (chapitre 1), dans le respect des libertés individuelles inhérentes à la procréation (chapitre 2).

CHAPITRE 1^{er}

LA MAÎTRISE DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ

193. Summa divisio. La maîtrise de la procréation suppose la possibilité de la contrôler *a priori*. Il s'agit dès lors de l'accès à la contraception, qui désigne toute technique de nature à prévenir la conception⁷⁵⁶, dont l'histoire juridique fut mouvementée⁷⁵⁷. Il existe deux grandes catégories de contraception, la première réversible et temporaire, la seconde définitive et irréversible⁷⁵⁸. Mais les conséquences sociales, médicales et juridiques différeront selon leur mise en œuvre. C'est la raison pour laquelle elles sont nettement différenciées par notre droit.

⁷⁵⁶ R. LETTERON, *Le droit de la procréation*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1^{re} éd., 1997, p.18.

⁷⁵⁷ Sur l'évolution de la prise en compte par le droit de l'accès à la contraception, v. R. LETTERON, op. cit., spéc. p.24.

⁷⁵⁸ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et documentaires, 2010, p.11.

SECTION I

L'ACCÈS À LA CONTRACEPTION RÉVERSIBLE

194. Annonce de plan. La contraception réversible n'entraîne pas de suppression définitive de la faculté de procréer. Elle permet seulement de ne pas concevoir pendant le temps où l'individu choisit de ne pas le faire. Si aucune disposition spécifique ne concerne les majeurs protégés dans l'accès à la contraception réversible (§I), c'est en revanche l'impossibilité, médicale ou matérielle, de mise en œuvre d'une contraception réversible qui peut fonder la mise en place d'une contraception irréversible et définitive (§II).

§I- L'ACCÈS AUX CONTRACEPTIFS TEMPORAIRES

195. Condition *a contrario*. L'accès à la contraception réversible figure *a contrario* parmi les conditions évitant une stérilisation contraceptive pour les personnes majeure protégées. En posant deux conditions objectives relatives toutes les deux à la contraception et sa mise en œuvre, la loi du 4 juillet 2001 pose le principe de l'accès à la contraception, et de la primauté de la contraception réversible pour les personnes majeures protégées souffrant d'altération des facultés mentales. Toutefois les conditions sont inégales. La première est très restrictive puisqu'il s'agit d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception : or devant la diversité des méthodes proposées, cette condition ne sera remplie qu'exceptionnellement. La seconde en revanche s'avère au contraire extensive, car en pratique il est souvent difficile de mettre en œuvre de façon efficace une contraception chez les personnes souffrant d'altération des facultés mentales.

A-LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTE CONTRACEPTIF

196. Annonce de plan. L'accès à l'acte contraceptif temporaire pour les personnes majeures protégées⁷⁵⁹ suppose en premier lieu de déterminer l'auteur du consentement à l'acte envisagé (1), puis de découvrir la diversité des modes de contraception réversibles et temporaires (2).

1-Le consentement à la contraception

197. Absence de disposition particulière. Aucune disposition spéciale relative à la contraception ne concerne les majeurs protégés, contrairement aux mineurs⁷⁶⁰. Il est d'ailleurs remarquable de constater que la loi du 4 juillet 2001 a consacré l'autonomie personnelle de la mineure en matière de contraception⁷⁶¹. Et, dans le même temps, a légalisé la stérilisation contraceptive des personnes aux facultés mentales altérées au moyen d'un dispositif centré sur la primauté de la contraception réversible, mais sans un mot sur les modalités d'accès et de décision en la matière pour cette population. Jusqu'à la réforme du 5 mars 2007, seul était dès lors applicable l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, qui nécessitait l'accord du tuteur en plus de celui du tuteur⁷⁶², et demeurait silencieux pour les autres mesures de protection. Le dispositif relatif aux actes personnels et strictement personnels mis en place par la loi du 5 mars 2007 a remis en question ce mécanisme de prise de décision⁷⁶³. En effet, l'articulation entre les dispositions du Code de la santé publique, et le droit commun des actes personnels du majeur protégé inscrit dans le Code civil, était complexe, voire confuse⁷⁶⁴. C'est la raison pour laquelle la loi du 26 janvier 2016 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance des

⁷⁵⁹ V. Ph. BELLANGER, *Actes de soins et personnes vulnérables*, ss. dir. de F. VASSEUR-LAMBRY, Thèse de droit privé, Université de l'Artois, 20 décembre 2019.

⁷⁶⁰ Article L 5134-1 CSP.

⁷⁶¹ Loi n°2001-588 du 4 juill. 2001, art 24-I, codifié à l'art. L. 5134-1 al.3 CSP.

⁷⁶² La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie n'avait pas opéré de modifications substantielles sur ce point.

⁷⁶³ Cf *supra* §144 le consentement à l'acte médical du majeur protégé.

⁷⁶⁴ Ibid. V. également par exemple F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875 ; A. BATTEUR, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. fam.* n°2, Février 2011, dossier n°5.

mesures pour y remédier, ce qui n'a pas été réalisé dans le délai imparti⁷⁶⁵. Il aura fallu attendre la loi du 23 mars 2019 pour renouveler l'habilitation, dont est finalement issue l'ordonnance du 11 mars 2020. L'objectif d'harmonisation dont elle était l'objet, n'est toutefois pas réalisé. L'articulation des dispositions des deux Codes dépend avant tout de la qualification juridique de l'acte de contraception, et de l'aptitude à consentir du majeur protégé. Deux qualifications peuvent être envisagées, celle d'acte strictement personnel, ou celle d'acte dit simplement personnel.

198. Qualification d'acte strictement personnel. Il serait possible de considérer que l'acte ou le traitement contraceptif entre dans la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, car ils « affectent directement et principalement l'être dans son intimité corporelle ou psychique, indépendamment des éventuels retentissements patrimoniaux tirés de leurs coûts »⁷⁶⁶. Dans cette hypothèse, jusqu'à l'intervention du 11 mars 2020, l'exception tirée de l'article 459-1 qui recouvre l'ensemble des dispositions de la sous-section IV dont fait partie l'article 458, aurait imposé l'application de l'article L. 1111-4, prévoyant avant l'ordonnance l'intervention « d'un représentant légal ». Mais cette intervention ne concernait par conséquent que les majeurs en tutelle⁷⁶⁷. S'ils étaient aptes à exprimer leur volonté « et à participer à la décision », leur consentement devait être systématiquement recherché et pris en compte, mais n'était pas suffisant, celui du tuteur l'était également⁷⁶⁸. S'ils se trouvaient inaptes à consentir valablement, seul le consentement du tuteur étaient requis. Pour les autres mesures de protection, dans le silence de l'article L. 1111-4, le retour au droit commun des actes personnels s'imposait, sous l'égide de l'article 458, puisqu'aucune autre disposition particulière n'était prévue par la loi concernant la contraception des majeurs protégés. Ainsi, les majeurs protégés par une curatelle, un mandataire spécial pour la sauvegarde de justice, ou une

⁷⁶⁵ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 211, selon lequel : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi permettant de mieux articuler les dispositions du code civil et du Code de la santé publique relatives aux conditions dans lesquelles peut s'exprimer la volonté des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, pour toute décision relative à un acte médical. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance* ».

⁷⁶⁶ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso, 5ème édition, n°1038, p. 526.

⁷⁶⁷ Ainsi que le mandat de protection future dans les conditions de l'article 479 du Code civil, et ayant pris effet, et l'habilitation familiale générale dans les conditions de l'article 494-6 dudit Code.

⁷⁶⁸ V. *supra* §144 le consentement du majeur protégé à l'acte médical.

habilitation familiale avec mission d'assistance relative à la personne⁷⁶⁹, devaient seuls consentir, sans aucune assistance ni représentation. Les majeurs protégés sans protection en matière d'acte personnel étaient soumis à un régime identique. Aussi, si le majeur protégé était apte à délivrer un consentement libre et éclairé, il pouvait accéder à l'acte ou au traitement contraceptif. Si en revanche l'altération de ses facultés mentales ne lui permettait pas de délivrer un consentement éclairé, la contraception lui était entièrement fermée⁷⁷⁰. Cette solution était valable, quelle que soit la catégorie à laquelle il était possible de rattacher les actes contraceptifs : portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle⁷⁷¹ ou à l'intimité de la vie privée, ou bien répondant aux deux qualificatifs, car l'alinéa 1 de l'article 459 excluait de son application les actes strictement personnels.

L'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020 modifierait le régime de l'acte ou du traitement contraceptif qualifié de strictement personnel, essentiellement pour le majeur protégé avec représentation relative à la personne apte à consentir. L'article L.1111-4 ne fait plus référence au représentant légal, y compris pour les mineurs. L'article 459-1 excepte du régime général des actes personnels les dispositions du Code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Toutefois, le nouvel alinéa 8 de l'article L. 1111-4 fait référence à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Si l'on accepte de le qualifier ainsi, il faut admettre que l'exception tirée de l'article 459-1 s'applique. Le majeur protégé faisant l'objet d'une mesure avec représentation relative à la personne pourra désormais consentir seul, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection, s'il est apte à exprimer sa volonté. L'assistance introduite par l'ordonnance pose néanmoins la question de la forme qu'elle devra recouvrir dans ce cas. Ne devrait-on pas parler d'accompagnement dans cette situation ? S'il n'est pas apte à consentir en revanche, l'ancienne solution demeurerait : le consentement de son représentant – son

⁷⁶⁹ Depuis la loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

⁷⁷⁰ En faveur de la qualification d'acte strictement personnel de l'acte contraceptif : voir le raisonnement de G. RAOUL-CORMEIL relatif aux actes médicaux portant sur l'infertilité et la grossesse, qui pourrait être appliqué à l'acte contraceptif, selon lequel « Le critère commun du refus du législateur de distinguer entre les personnes majeures n'est pas l'atteinte à l'intégrité de leur corps humain, mais le postulat selon lequel il s'agit de droits strictement personnels. Cette explication s'impose en l'absence de textes spéciaux établissant une incapacité d'exercice. [...] Dans le silence de la loi, il faut donc réputer le majeur protégé apte à prendre une décision sur son corps », « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.161 ; Voir également N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, Dalloz Référence, 2013/2014, n°87.22, p.507.

⁷⁷¹ Avant la loi du 23 mars 2019.

« autorisation » - serait suffisant. Le nouvel alinéa 8 offre la précision étonnante selon laquelle cette autorisation doit être délivrée « en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée », laquelle se trouve pourtant dans l'inaptitude à consentir.

Cette qualification d'acte strictement personnel de la contraception aboutirait pourtant, en l'état des textes, à permettre un mécanisme de décision substitutif en cas d'inaptitude à consentir du majeur protégé, ce que ne permet pas l'article 458 du Code civil. Deux conclusions s'imposent alors : soit le législateur considère que la contraception ne constitue pas un acte strictement personnel, mais uniquement personnel ; soit il doit revoir d'urgence son dispositif législatif.

L'ancienne solution demeure pour les autres mesures de protection, c'est-à-dire pour celles bénéficiant d'une assistance à la personne, puisque l'ordonnance n'a opéré aucune modification les concernant : ils demeurent absents de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. La solution demeure également valable quel que soit le type d'actes, puisque l'ordonnance n'a pas introduit de distinction.

199. Qualification d'acte simplement personnel. Il est également possible de considérer que l'acte ou le traitement contraceptif constitue une décision personnelle, telle qu'entendue par l'article 459 du Code civil ⁷⁷². Les difficultés d'articulation avec l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique surgissaient à nouveau ⁷⁷³, en application de l'article 459-1 du Code civil. Il y avait ici une contradiction majeure entre les deux dispositions : dans le cas où le majeur en tutelle disposait d'un discernement suffisant pour consentir seul à l'acte contraceptif, il devait néanmoins obtenir le consentement de son tuteur. Ce que n'aurait pas imposé l'application de l'article 459 du Code civil. Cela supposait encore qu'une mission de protection ait été confiée au tuteur en application de l'article 459 alinéa 2. Si tel n'était pas le cas, le tuteur n'avait pas qualité juridique pour agir en matière personnelle, fût-ce sur ordre du droit médical ⁷⁷⁴. Ce

⁷⁷² En ce sens, voir par ex. S. SELLAMI, *La sexualité des personnes handicapées*, Thèse, Limoges, 2017, p. 42 ; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse en droit privé, Lyon 3, 2008, p. 247 ; M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse Lyon 3, 2006, p. 79, n° 183 ; J. ROCHE DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* juin 2011, n° 83, p. 80 ; A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in *Nouveau droit des majeurs protégés*, op. cit., p. 228 ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 360.

⁷⁷³ Cf *supra* §143 et s. les développements consacrés au consentement à l'acte médical du majeur protégé.

⁷⁷⁴ Cf la définition de la représentation qui constitue « une action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre -incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté », Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11e éd., 2016, p.905.

dernier aurait alors imposé le consentement d'un organe qui n'est pas titulaire du droit d'agir⁷⁷⁵. Cette dernière hypothèse aboutissait théoriquement à un blocage, dû ici à l'impossibilité d'articuler les deux dispositions.

Si le majeur en tutelle était dépourvu de volonté autonome, en application de l'article L. 1111-4, seul le tuteur était en mesure de consentir. Il était alors nécessaire de s'interroger sur la sous-qualification juridique de l'acte, et effectuer un retour au Code civil, au travers l'alinéa 3 de l'article 459. Il semblait difficile de qualifier l'acte contraceptif temporaire d'acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle, dans la mesure où précisément ce type de contraception n'évite que de façon temporaire la procréation, sa réversibilité totale peut être mise en œuvre à tout moment. Ce critère a par ailleurs été retiré de la liste des actes personnels nécessitant une autorisation du juge par la loi du 23 mars 2019⁷⁷⁶. En revanche, il était possible de s'interroger sur la qualification d'acte portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée. La contraception « recouvre l'ensemble des moyens volontairement mis en œuvre pour éviter, de façon temporaire, que les rapports sexuels n'aboutissent à une fécondation. Elle se distingue de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) en ce qu'elle intervient avant la fécondation et ne vise pas à interrompre une grossesse. [...] La contraception se distingue également de la stérilisation par son caractère temporaire permettant de choisir le moment où la femme désire avoir un enfant »⁷⁷⁷. Et « la prise de contraceptifs relève désormais du régime de droit commun de la prise de médicaments »⁷⁷⁸. Enfin, la contraception ne constitue pas seulement l'exercice d'une liberté individuelle, composante du domaine de la vie privée, c'est aussi une donnée de la politique de santé publique, démographique d'un Etat, dans le cadre général des politiques de régulation des naissances⁷⁷⁹. Dans cette perspective, la contraception constitue bien un acte relevant de la vie privée, et de l'intimité de celle-ci, puisque c'est un acte visant la faculté de procréation de la personne. En revanche, le caractère de gravité de l'acte y portant atteinte peut être discuté⁷⁸⁰. D'ailleurs, dans cette hypothèse, quel élément serait susceptible de le distinguer

⁷⁷⁵ Raisonement certes théorique, car en pratique les juges des tutelles prononcent le plus souvent des mesures aux biens et à la personne, cf P.-O. DANINO, « Observations pratiques et contrastées sur la santé du majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 184.

⁷⁷⁶ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9.

⁷⁷⁷ Dictionnaire Permanent santé, bioéthique et biotechnologies, °Contraception.

⁷⁷⁸ Ibid.

⁷⁷⁹ Voir. R. LETTERON, *Le droit de la procréation*, PUF, Que sais-je ?, 1997, p.26.

⁷⁸⁰ En faveur du critère de gravité, S. SELLAMI, *La sexualité des personnes handicapées*, Thèse, Droit privé, Limoges, 2017, p.52-53.

de l'acte strictement personnel ?

Si l'acte ou le traitement contraceptif était qualifié d'acte portant gravement atteinte à l'intimité de la vie privée, ou répondant aux deux qualificatifs, l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il avait été constitué, était nécessaire en sus du consentement du tuteur ou de la personne chargée d'une mission de représentation de la personne du majeur, lorsque le majeur était inapte à consentir, conformément à l'alinéa 3 de l'article 459 du Code civil⁷⁸¹. En effet, la disposition particulière constituée par celle du Code de la santé publique était moins protectrice que la disposition générale de l'article 459. Dès lors, il fallait considérer qu'il était possible d'effectuer un retour à l'article 459 pour imposer en sus l'autorisation du juge, dans la mesure où cette disposition n'était pas contraire à l'article L. 1111-4 : *generalia specialibus non derogant*⁷⁸². On constatait de nouveau la gymnastique du va-et-vient entre le Code de la santé publique et le Code civil.

Dans le même sens, et dans le silence de l'article L. 1111-4 pour les autres mesures de protection juridique, un retour au socle de droit commun des actes personnels semblait nécessaire, prévoyant un consentement du majeur protégé seul si son état le lui permettait, ou avec assistance. En revanche, l'alinéa 3 de l'article 459, ne permettait pas son application aux mesures prévoyant une assistance relative à la personne, dans le sens où dans ce cas le protecteur n'avait pas le pouvoir de « prendre une décision ».

La nouvelle rédaction de l'article L. 1111-4 dispose que « le consentement [...] de la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection ». Le principe est harmonisé avec celui de l'article 459 du Code civil : le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet, c'est-à-dire dans la mesure où il est apte à exprimer sa volonté. Dans ce cas, son consentement doit être obtenu. Le mécanisme d'autonomie gradué de l'article 459 tente d'être reproduit dans le nouvel article L. 1111-4 : ce n'est que si le majeur protégé n'est pas apte à exprimer sa volonté, que son protecteur en représentation relative à la

⁷⁸¹ Cf *supra* §144 les développements relatifs au consentement du majeur protégé à l'acte médical. En ce sens, voir T. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », *D.* 2009, p. 1397.

⁷⁸² *Contra*, F. SAUVAGE, « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine & Droit* 2011. 235, note 6.

personne donnera son “autorisation”⁷⁸³, « en tenant compte de l’avis exprimé par la personne protégée ». Enfin, et c’est une nouveauté inspirée directement de l’article 459 du Code civil, « sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l’un ou l’autre à prendre la décision », mais contrairement à ce dernier, la disposition nouvelle de l’article L 1111-4 ne précise pas les auteurs de cette saisine⁷⁸⁴. Cette tentative de transposition du dispositif de l’article 459 est pourtant maladroite, car dans le principe d’autonomie graduée de ce dernier, ce n’est que lorsque l’assistance ne suffit pas au majeur protégé pour prendre seul une décision personnelle éclairée, qu’une mesure de représentation relative à la personne doit être prononcée. Il s’agit de l’ultime gradation dans la perte d’autonomie. Or, seule cette catégorie de mesure est prise en compte dans l’article L. 1111-4, contrairement à l’article L. 1111-2 du même Code.

La sous-qualification juridique des actes portant gravement atteinte à l’intégrité corporelle ayant été retirée des actes personnels graves soumis à autorisation du juge, il suffira de l’autorisation du protecteur en représentation relative à la personne pour y procéder, si le majeur protégé est inapte à consentir. En revanche, les actes portant gravement atteinte à l’intimité de la vie privée demeurent sous le giron de l’autorisation judiciaire de l’alinéa 3 de l’article 459. L’ordonnance étant restée silencieuse sur ce type d’actes, malgré sa tentative de transposition de l’article 459, l’ancienne solution demeure : *generalia specialibus non derogant*, tout comme la nécessaire gymnastique d’aller-retour entre les deux Codes.

Pour les majeurs protégés qui ne sont pas en tutelle ou qui ne bénéficient pas d’une mesure de protection avec représentation relative à la personne, et en l’absence de toute disposition spéciale les concernant, il est nécessaire d’effectuer un retour au socle de droit commun des actes personnels présent dans le Code civil ⁷⁸⁵. Le consentement sera délivré avec l’assistance du protecteur, si celle-ci a été prévue par le juge ou le conseil de famille. L’ordonnance du 11 mars 2020 ne modifie pas cette conclusion, et ce faisant, une nouvelle fois, ne supprime pas la gymnastique antérieure du va-et-vient entre les deux Codes.

Enfin, et en tout état de cause, le droit à l’information et à la prise de décision sur la

⁷⁸³ Et non pas « consentement » ou « décision ».

⁷⁸⁴ L’article 459 précise dans l’hypothèse d’un désaccord, que le juge autorise l’un ou l’autre à prendre la décision, à leur demande ou d’office.

⁷⁸⁵ Cf *supra* §144 les développements relatifs au consentement du majeur protégé à l’acte médical.

contraception est affirmé à l'article L. 5134-1 alinéa 1 du Code de la santé publique⁷⁸⁶. La disposition renvoie expressément aux articles L. 1111-2 et L. 1111-4 relatifs respectivement au régime juridique de l'information médicale, et à celui du consentement à l'acte médical. La disposition générale relative à la contraception renvoyant, notamment, à l'article L. 1111-4, il n'est donc pas possible de l'écarter pour l'acte contraceptif.

2-La diversité des modes de contraception

200. Contours. Le dispositif autorisant la stérilisation contraceptive mis en place par la loi du 4 juillet 2001 à l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique, subordonne l'acte à deux conditions objectives : l'existence d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception, ou une impossibilité de les mettre en œuvre. Il semble donc opportun d'étudier les méthodes de contraception disponibles, et de les confronter à la population des personnes souffrant « d'altération des facultés mentales ». Dans la mesure où, en pratique, il est le plus souvent fait référence aux personnes handicapées mentales par les professionnels du monde médical, cette référence pourra être conservée. Depuis la loi du 28 décembre 1967, autorisant la fabrication et la vente des contraceptifs, les méthodes de contraception n'ont cessé de se perfectionner malgré le retard pris dans ce domaine par la France. Elles ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients, pour les personnes ordinaires ou pour les personnes souffrant d'une altération de leurs facultés mentales, sans qu'il s'agisse systématiquement de contre-indication médicale absolue. Les méthodes à application locale, tels diaphragmes ou préservatifs, ne semblent toutefois pas adaptés à la situation des personnes déficientes mentales en ce qu'elles nécessitent une manipulation qui se révélerait trop aléatoire pour être efficace. S'il existe de nombreuses méthodes contraceptives, elles s'adressent presque exclusivement aux femmes.

Le préservatif constitue encore aujourd'hui la principale contraception masculine en dépit des recherches menées dans ce domaine. S'agissant des conditions objectives de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique permettant une stérilisation contraceptive sur une personne aux facultés mentales altérées, puisqu'une contre-indication médicale absolue à l'utilisation du

⁷⁸⁶ Loi n°2016-41 du 26 janv. 2016, art. 11 : « En application des articles L. 1111-2 et L. 1111-4, toute personne a le droit d'être informée sur l'ensemble des méthodes contraceptives et d'en choisir une librement ».

préservatif est hypothétique, cette exigence revient à exclure de fait les hommes handicapés mentaux de son application. Elle conduit alors de fait à opérer une discrimination fondée sur le sexe des personnes déficientes mentales. Aussi, les modes contraceptifs, d'une part à application locale, d'autre part hormonaux qui vont suivre, ne concerneront que les femmes.

a-La contraception locale

201. Divergences sur les dispositifs intra-utérins. Les dispositifs intra-utérins font l'objet de certaines divergences quant à leur application aux personnes déficientes mentales. Le Docteur Ch. Sérié estime que « la pose de stérilet⁷⁸⁷ représente une méthode efficace. Néanmoins, elle peut entraîner, chez certaines femmes handicapées, des difficultés qui nécessitent parfois une anesthésie générale »⁷⁸⁸. Ces « difficultés » ne paraissent toutefois pas correspondre à ce qui pourrait constituer une contre-indication médicale absolue à cette méthode, et si cela était le cas, il faudrait encore qu'elle s'applique à tous les autres modes contraceptifs. Dans le chapitre de l'Encyclopédie médico-chirurgicale qui traite de « La contraception des cas particuliers et difficiles », la situation des patientes présentant un retard mental est spécifiquement abordée concernant les dispositifs intra-utérins : « Le dispositif intra-utérin peut représenter une option intéressante puisqu'une fois en place, il assure une protection extrêmement efficace avec peu d'effets secondaires. Le problème est représenté par les douleurs et les ménorragies qui peuvent témoigner d'une complication. Chez les patientes présentant un retard mental, elles ne seront pas toujours signalées et reconnues ; ainsi dans certains cas peut se constituer à bas bruit une infection pelvienne. »⁷⁸⁹. C'est la raison pour laquelle la plupart des gynécologues- obstétriciens sont opposés à leur prescription aux femmes présentant une déficience mentale. Le risque infectieux des dispositifs intra-utérins est en effet le double de celui observé chez des femmes n'utilisant aucune contraception, entraînant une augmentation du risque de chirurgie gynécologique, parfois majeure⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Dispositif intra-utérin.

⁷⁸⁸ Ch. SERIE, « Les méthodes contraceptives chez la personne handicapée mentale », *Rev. Vivre ensemble*, n°17, mai-juin-juillet 1993, p. 34-35.

⁷⁸⁹ B. GUIDICELLI, M. GAMERRE, S. OLIVIER, A. NOIZET, *La contraception des cas particuliers et difficiles*, Encyclopédie médico-chirurgicale, Gynécologie, 738-A-05, 1995.

⁷⁹⁰ BURKAM RT et coll, « Association between intrauterine device and pelvic inflammatory disease », *Obstetrical Gynecology*, 1981, n°57, p. 269- 276, étude citée in Inspection Générale des Affaires Sociales, op. cit., Tome I, p. 55.

Cependant ces « contre-indications » généralement avancées par les gynécologues ne peuvent correspondre à ce que la loi qualifie de « contre-indication médicale absolue » permettant une stérilisation contraceptive, dans la mesure où elles sont inhérentes à la technique contraceptive utilisée, indépendamment de l'existence ou non d'une déficience mentale. Ces contre-indications éventuelles ne devront s'établir qu'a posteriori, selon chaque femme, et non se fonder sur la déficience mentale de la patiente. De plus, la mise au point de nouveaux dispositifs intra-utérins aux moindres effets secondaires n'a fait que renforcer les possibilités d'une bonne utilisation chez les femmes handicapées mentales ⁷⁹¹.

b-La contraception hormonale

202. Diversité. Il existe un autre type de méthodes, représenté par la contraception dite hormonale. Celle-ci peut se présenter sous deux formes, la contraception par injections d'hormones ou la contraception orale.

La contraception par injection d'hormones constitue la méthode la plus utilisée chez les femmes handicapées mentales puisqu'elle consiste en une seule injection intramusculaire par trimestre ⁷⁹²: « On constate le reflet des pratiques institutionnelles : la piqûre trimestrielle notamment constitue le moyen le plus connu par les personnes handicapées, après la pilule, alors que, chez les normaux (sic), il se classe en avant-dernière position. » ⁷⁹³. Au contraire, l'Inspection générale des affaires sociales déclare que « les progestatifs injectables sont de moins en moins utilisés compte tenu de l'importance des effets secondaires » ⁷⁹⁴. Comme tout produit actif, elles peuvent en effet occasionner certains effets secondaires, mais qui sont en réalité peu nombreux. En ce sens, le Comité Consultatif National d'Éthique estime que « le seul inconvénient [...] tient dans des saignements, parfois assez fréquents, au cours des premières semaines d'administration de ce produit. Il peut également à plus long terme provoquer des situations d'aménorrhée [...], d'ailleurs en général plutôt « bienvenue » chez les jeunes femmes

⁷⁹¹ Pour une description plus précise de ces différents dispositifs intra-utérin, V. Rapport IGAS préc., Tome I, p.56.

⁷⁹² De même, Il existe des injections mensuelles.

⁷⁹³ J. DELVILLE, J.L. COLLIGNON, M. MERCIER, « Education pour la santé et handicap mental : analyse de l'image du corps et de son fonctionnement », in *L'intervention en déficience mentale : théories et pratiques*, Deuxième congrès international francophone, Lille, 4-6 avril 1991, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 141-156.

⁷⁹⁴ Inspection Générale des Affaires Sociales, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, mars 1998, Tome I, p. 53.

handicapées mentales pour qui les questions d'hygiène, notamment menstruelle, posent souvent problèmes »⁷⁹⁵. Cette méthode pourra souvent se révéler adaptée à la situation d'une jeune femme déficiente mentale.

La méthode des implants progestatifs microdosés, dont les dernières mises au point permettent une protection d'une durée de cinq à sept ans selon le nombre de bâtonnets insérés sous la peau, a été mise en avant par certains experts⁷⁹⁶. Le dernier en date, appelé « Implanon » ou « Norplant II » a obtenu son autorisation de mise sur le marché européen et comporte un bâtonnet unique qui agit durant trois ans. Son intérêt est souligné en ce qu'il ne comporte que très peu d'effets secondaires, dont le principal consiste en des cycles irréguliers. Cette méthode présente dès lors de nombreux avantages, pour les femmes ordinaires comme pour les femmes déficientes mentales, avec très peu d'inconvénients.

Les méthodes de contraception hormonale comportent aussi la plus connue de toutes, la contraception orale. « Les contraceptifs oraux sont très utilisés chez les handicapées mentales qui ont accepté une mesure contraceptive pour prévenir une grossesse et en assurent la prise régulière, ou du moins sous le contrôle d'une tierce personne »⁷⁹⁷. En effet, cette méthode est très efficace mais elle est aussi très contraignante comparativement aux autres procédés. C'est la raison pour laquelle elle est souvent déconseillée pour les femmes handicapées mentales. Toutefois, il existe une contraception orale qui leur est mieux adaptée dans la mesure où il s'agit d'une pilule œstroprogestative normale, mais dont la prise est continue, avec vingt et une pilules « actives » et sept placebos. Il ne leur est donc pas nécessaire de comptabiliser les jours de prise et les jours d'arrêt. Il reste que la prise doit être régulière pour être efficace. En revanche, la contraception orale est contre-indiquée chez certaines femmes handicapées mentales dont la déficience est associée à une autre pathologie, lorsqu'il y a des anomalies de la circulation ou un alitement. Elle est aussi généralement contre-indiquée chez les femmes trisomiques atteintes de cardiopathies ou de troubles glucido-lipidiques, incompatibles avec la prise d'oestrogénostatifs. Dans ces cas spécifiques, et devant la gravité des risques encourus qui peuvent se révéler vitaux, la contre-indication médicale absolue à la contraception orale peut sans doute être retenue. Toutefois d'autres modes contraceptifs pourront être utilisés. Par

⁷⁹⁵ Comité Consultatif National d'Éthique, op. cit., Avis et Rapport n°49.

⁷⁹⁶ Rapport IGAS préc., p. 54.

⁷⁹⁷ Ibid.

ailleurs, certains traitements pourront rendre incertaine l'efficacité de la contraception orale, notamment la prise d'anticonvulsivants. L'effet attendu de la contraception orale est alors neutralisé et celle-ci se révèle seulement inadaptée.

203. Bilan. Chaque méthode contraceptive présente ses avantages et ses inconvénients, qu'il s'agisse d'une femme ordinaire ou d'une femme handicapée mentale. Dans de rares cas, tout mode contraceptif pourra présenter un réel danger pour la santé et\ ou la vie de la personne. Mais devant la diversité des moyens contraceptifs proposés, l'exigence légale d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception permettant de justifier une stérilisation contraceptive, semble pour le moins restrictive et ne pourra trouver à s'appliquer qu'exceptionnellement, ce qui n'est pas le cas de la seconde exigence.

B-LES DIFFICULTÉS D'UNE CONTRACEPTION ADAPTÉE

204. Annonce de plan. Les personnes déficientes mentales ne forment pas une population homogène, chaque cas est particulier. C'est pourquoi le mode de contraception doit être adapté à la personne et à sa déficience. Le choix contraceptif doit s'opérer en fonction de la situation globale de la personne pour espérer une mise en œuvre efficace, tant les obstacles sont nombreux.

1-Le choix d'une contraception

205. Critères. « Pour toute personne handicapée mentale, outre les caractéristiques propres à sa déficience, [l'analyse de sa situation] devra prendre en compte l'expression concrète d'une sexualité dans le cadre de son milieu de vie : vie de couple, vie familiale, institutionnelle ou mixte »⁷⁹⁸. En effet, lorsque l'utilisation d'une méthode contraceptive est envisagée, l'étude de son milieu et de son mode de vie est indispensable pour trouver la contraception adaptée. La qualité du suivi de la contraception, de l'accompagnement et de l'entourage de la personne déficiente mentale détermineront aussi pour une grande part le choix contraceptif.

⁷⁹⁸ Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Avis et Rapport n°49, 3 avril 1996.

206. Mise en œuvre pratique. Ainsi, dans les institutions, les deux modes de contraception les plus connus des personnes handicapées mentales sont la pilule et la piqûre trimestrielle ⁷⁹⁹. Cette dernière procure en effet le double avantage d'un moyen contraceptif très sûr, qui est maîtrisé par le personnel médical et éducatif sans intervention active de la personne intéressée. La principale difficulté résidera dans le mode d'administration des progestatifs, c'est-à-dire dans la piqûre, qui provoquera généralement chez les personnes concernées une grande frayeur et un refus de s'y soumettre, l'emploi de la force et l'absence de prise en compte du refus de consentir n'étant alors pas acceptable. « Il y a cette piqûre qui fait mal, parce que c'est un produit huileux et, quand on l'injecte, cela distend les tissus [...]. Donc, cette contraception par piqûre est adaptée à certains terrains, mais pas à tout le monde » ⁸⁰⁰.

La contraception orale ne présente pas cet inconvénient majeur. En revanche, selon la situation de la personne handicapée mentale, son efficacité pourra se révéler aléatoire. Elle nécessitera en effet généralement la présence d'une tierce personne chargée de veiller à son administration et à son organisation dans l'arrêt et la reprise du comprimé. Si cela semble possible à l'intérieur des institutions, le problème se pose lorsque les personnes quittent momentanément l'établissement, lors des vacances, week-ends, ou autres déplacements. Une liaison doit alors s'effectuer entre le personnel médical et la famille sur ce sujet délicat afin que cette dernière puisse prendre le relais, mais l'assurance d'une prise continue et effective de la contraception orale n'est plus garantie.

2- Les principaux obstacles

207. Lieu et mode de vie. La surveillance doit se faire de façon assidue pour espérer la contraception efficace, sans que cela ne se transforme en un contrôle abusif de la personne. C'est ici toute la difficulté d'une mise en œuvre efficace de la contraception qui doit être assurée par un tiers lorsque la personne n'est pas en mesure de le faire seule, sans aboutir à un contrôle

⁷⁹⁹ J. DELVILLE, J.L. COLLIGNON, M. MERCIER, « Education pour la santé et handicap mental : analyse de l'image du corps et de son fonctionnement », in *L'intervention en déficience mentale : théories et pratiques*, Deuxième Congrès international francophone, Lille, 4-6 avril 1991, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 141-156.

⁸⁰⁰ Dr CHEVRANT- BRETON, « Contraception et conception : la relation de la personne handicapée avec le médecin », in *Journée Nationale d'étude sur la protection juridique : « Personnes handicapées mentales et natalité »*, UNAPEI, 21 novembre 1992, *Tutelles Infos* 1993, n°77, p. 82.

total sur la personne. Par ailleurs, les familles ne voient généralement pas l'utilité d'une contraception lorsque la personne handicapée mentale reste à domicile. Lorsqu'elle vit en milieu mixte, la détermination de la contraception la mieux adaptée ne sera pas plus aisée. Il sera nécessaire de prendre en considération de nombreux paramètres tels son mode de vie, ou ses propres possibilités dans l'appréhension d'un mode contraceptif puisqu'un suivi journalier et constant n'est pas possible dans ce cas.

208. Interactions médicamenteuses. Les interactions médicamenteuses constituent aussi une difficulté majeure dans l'efficacité d'un produit contraceptif. Les personnes souffrant d'un handicap mental connaissent souvent d'autres pathologies telles qu'hypertension artérielle, malformation cardiaque, obésité, épilepsie, anomalies de la circulation, pour lesquelles elles sont traitées. Aussi, il n'est pas rare qu'un produit contraceptif interfère avec un traitement en cours, ce qui aura pour conséquence de diminuer ou de rendre inefficace le traitement ou bien la contraception⁸⁰¹. Dès lors, une méthode qui semblait convenir au mode de vie et à la situation personnelle de la personne ne le sera plus. Aussi, et devant toutes ces difficultés, certaines associations prenant en charge des personnes handicapées mentales prennent des décisions autoritaires de contraception orale collective⁸⁰².

Si de nombreux obstacles doivent être surmontés pour mettre en œuvre une contraception adaptée et efficace aux personnes déficientes mentales, cet argument est néanmoins trop souvent avancé par les tiers ayant en charge ces personnes à l'appui d'une demande de stérilisation.

⁸⁰¹ V. *supra* §202 les développements consacrés à la contraception hormonale.

⁸⁰² UNAPEI, « *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur la prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part* » : synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, UNAPEI, Paris, mars 1995, p.16-22.

§II-LES PRINCIPALES JUSTIFICATIONS DES STÉRILISATIONS

209. L'impossibilité de mettre en œuvre efficacement les méthodes de contraception.

Condition extensive. Cette impossibilité chez une personne déficiente mentale est très souvent avancée par les parents eux-mêmes pour justifier la stérilisation de leur enfant car « au quotidien, c'est aux familles et aux professionnels de santé que revient la charge de rechercher les solutions les plus adaptées pour chaque personne handicapée mentale [...] »⁸⁰³. Cependant, la complexité des problèmes sont tels qu'ils tendent parfois à se réduire à la seule discussion de l'opportunité d'une stérilisation »⁸⁰⁴. Cette justification principale consistant en l'impossibilité de mettre en œuvre une contraception efficace cache en réalité deux autres justifications : d'une part le contrôle « nécessaire » de la sexualité de ces personnes (A), d'autre part la préservation du « mythe de l'enfant éternel » (B).

A-LE CONTRÔLE DE LA SEXUALITÉ

210. Stérilisation contraceptive : forme de contrôle externe de la vie sexuelle. Comme l'indique le CCNE, « malgré toutes les options contraceptives, les parents et/ ou l'entourage peuvent se sentir démunis face à une femme handicapée mentale dont le comportement global, et la vie sexuelle en particulier, échappent à leur contrôle. [...] La stérilisation est, en effet, parfois présentée comme une option contraceptive bien adaptée au cas particulier de la personne handicapée mentale »⁸⁰⁵. Les parents se sentent en effet souvent dépassés par cette situation dont ils n'ont pas ou plus le contrôle. Ils se tournent alors vers la « contraception » qui est à leurs yeux la mieux adaptée⁸⁰⁶, estimant que les autres méthodes dites ordinaires ne pourront pas être mises en œuvre de façon efficace sur leur enfant. Cette situation est particulièrement accrue lors de l'entrée en institution ou en établissement spécialisés. Certaines institutions

⁸⁰³Ibid.

⁸⁰⁴Comité Consultatif National d'Éthique, op. cit., Rapport n°49.

⁸⁰⁵Ibid.

⁸⁰⁶Mais le plus souvent, il s'agira de la contraception la mieux adaptée aux intérêts des parents et non à ceux de la personne handicapée mentale, même si l'intention des parents est de faire au mieux pour leur enfant. Il y a semblait-il dans cette situation sinon une opposition d'intérêts, à tout le moins une absence de convergence des intérêts en présence.

posent la stérilisation comme condition d'entrée, et lorsque cela n'est pas le cas, l'inquiétude des parents qui ne pourront plus assurer un suivi quotidien les portent plutôt à envisager la méthode la plus radicale pour éviter tout risque de grossesse ⁸⁰⁷. Mais derrière le désarroi des parents face à la contraception de leur enfant, et derrière la justification fallacieuse généralement invoquée à l'appui d'une stérilisation, de l'impossibilité de trouver et de mettre en œuvre de manière efficace une contraception adaptée, se cache d'autres motifs plus équivoques.

Envisager la contraception chez une personne déficiente mentale, c'est envisager qu'elle puisse avoir une sexualité ⁸⁰⁸. La sexualité des personnes déficientes mentales est socialement construite comme un « problème » par les membres de leur entourage, mais aussi par l'opinion publique. L'activité sexuelle de ces personnes « dérange leur entourage et principalement leurs familles et les professionnels qui les accompagnent dans les institutions où elles sont prises en charge » ⁸⁰⁹. Les membres du personnel éducatif ainsi que les parents ont souvent une représentation de la sexualité des personnes déficientes mentales qui attribue des caractéristiques propres à cette sexualité. Ils partent de l'hypothèse que la déficience de ces personnes serait à l'origine de leurs formes particulières d'expression sexuelle, qui est perçue comme incontrôlable. « Ce qui est certain en tout cas, c'est que la sexualité des handicapés ou des malades mentaux fait peur. Toute pratique sexuelle qui sort des normes classiques du couple stable est considérée comme pathologique et immorale » ⁸¹⁰. Devant l'angoisse de ce qu'ils ne peuvent pas maîtriser, il arrive souvent que « les parents n'acceptent la sexualité de leur enfant qu'à la condition d'être rassurés par une stérilisation » ⁸¹¹. La stérilisation s'inscrit alors dans une forme de contrôle externe de leur activité sexuelle, ce qui permet à l'entourage de préserver une surveillance, voire une certaine maîtrise sur la personne handicapée mentale dont il s'estime garant.

⁸⁰⁷En ce sens, V. « *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur la prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part* », Synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, UNAPEI, Paris, mars 1995, p.16-22.

⁸⁰⁸V. *infra* §253 s. les développements consacrés à la sexualité de la personne majeure protégée.

⁸⁰⁹A. GIAMI, « Stérilisation et sexualité des personnes handicapées mentales », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.273.

⁸¹⁰M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome I, p.62.

⁸¹¹*Ibid.*

B-LE MYTHE DE L'ENFANT ÉTERNEL

211. Mythe parental. A l'inverse, l'enfant handicapé mental représente généralement l'enfant éternel, qui ne grandira jamais et sera toujours placé sous la dépendance de ses parents, peu importe son âge. « Ils affirment que leur “enfant” n'est pas “concerné par la sexualité”. En revanche, les parents n'excluent pas l'idée que des handicapés mentaux, autres que leur propre “enfant”, puissent exprimer une sexualité »⁸¹². Si la personne handicapée mentale reste « un enfant éternel », elle ne peut avoir d'activité sexuelle impliquant le risque d'une procréation. Il existe généralement un large consensus chez les parents quant au refus de la procréation pour les personnes déficientes mentales. La représentation de leur enfant conduit dès lors à lui prohiber définitivement l'accès à la procréation.

Pour ce faire, contrairement à la contraception provisoire qui maintient réellement et symboliquement la possibilité de la procréation, seule la stérilisation élimine cette possibilité et préserve ainsi la représentation rassurante que se font les parents de leur « enfant ». « Les parents qui dénie la génitalité de leurs enfants préfèrent avoir recours à la stérilisation, qui a pour effet de barrer à leur enfant, au plan symbolique, l'accès au statut d'adulte »⁸¹³. La possibilité d'une procréation chez une personne déficiente mentale effraie aussi les parents dans la mesure où l'incompétence parentale de leur enfant leur paraît évidente. Ils se verraient alors dans l'obligation de prendre en charge la progéniture de leur propre « enfant » handicapé mental, dont ils se font une représentation identique, ce qui n'est pas tolérable à leurs yeux. En ce sens, Jacques DELVILLE constate que « les demandes de stérilisation d'un adolescent ou d'un adulte déficient mental émanent le plus souvent des parents. L'étude de Bambrick et Roberts (de 1991), qui ont interrogé cent quatre-vingt-huit pères et mères de personnes déficientes mentales modérées ou sévères de treize à vingt-cinq ans, montre que plus de la moitié d'entre eux réfléchissent à la solution de la stérilisation pour leur enfant »⁸¹⁴.

⁸¹²A. GIAMI, op. cit.

⁸¹³F. HERITIER, « Stérilité, aridité, sécheresse : quelques invariants de la pensée symbolique », in M. AUGÉ, C. HERZLICH, *Le sens du mal. Anthropologie, histoire, sociologie de la maladie*, Paris, Ed. Des Archives Contemporaines, p.123, cité par A. GIAMI, « Stérilisation et sexualité des personnes handicapées mentales », p.282.

⁸¹⁴J. DELVILLE, « Procréation et déficience intellectuelle : quelles interventions ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Eres, 1998, p.207.

212. Bilan. Effets pervers de l'impossibilité avérée de mise en œuvre efficace d'une contraception. Nicole DIEDERICH a attiré l'attention sur des effets pervers significatifs de la seconde condition légale pour permettre la stérilisation contraceptive d'un majeur protégé : d'une part, « l'hypothèse d'une impossibilité avérée de mettre en œuvre efficacement la contraception pose un problème de taille car cela sous-entend que cet acte chirurgical va alors dépendre de facteurs contextuels, parmi lesquels des considérations économiques, et non plus en rapport direct avec la personne »⁸¹⁵. Selon elle, « il s'agit d'une formulation dangereuse en période de restrictions budgétaires et de compressions des personnels »⁸¹⁶. D'autre part, elle estime que cette condition « implique que la question de la parentalité éventuelle des personnes handicapées mentales ne saurait être envisagée, ce qui laisse entendre qu'il deviendrait légitime de viser à supprimer cette possibilité pour toutes les personnes "handicapées mentales" en âge de procréer. L'autorisation de stérilisation effectuée dans l'hypothèse d'une impossibilité avérée de mettre en œuvre efficacement la contraception, sous-entend également que les personnes "handicapées mentales" n'ont guère le choix d'avoir ou non un moyen contraceptif »⁸¹⁷. Certes, ces risques sont évoqués de façon alarmante, mais il n'en demeure pas moins que cette seconde condition présente finalement de nombreux inconvénients, et constitue sans doute elle-même un des défauts majeurs du dispositif, en ce qu'elle est susceptible d'ouvrir grande la porte aux abus redoutés.

213. D'une condition restrictive à une condition trop extensive. Les deux conditions objectives imposées par l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique pour procéder à une stérilisation sur une personne aux facultés mentales altérées, semblent aux antipodes l'une de l'autre. La première a sans doute une vocation restrictive dans la mesure où elle exige une nécessité médicale « absolue » de n'utiliser aucune des méthodes contraceptives usuelles, ce qui est exceptionnel devant la diversité des moyens existants⁸¹⁸. La seconde, à l'inverse, aura une vocation beaucoup plus extensive en ce qu'elle consacre le motif généralement invoqué lors d'une demande de stérilisation d'un tiers : l'impossibilité de procéder à une contraception

⁸¹⁵N. DIEDERICH, *Communiqué relatif au projet de loi concernant la stérilisation des personnes « handicapées mentales »*, Paris, 25 mars 2001.

⁸¹⁶N. DIEDERICH, *op. cit.*

⁸¹⁷N. DIEDERICH, D. MOYSE, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

⁸¹⁸Cf *supra* §200 la diversité des modes de contraception.

efficace chez la personne concernée.

D'une part, si la contraception chez les personnes déficientes mentales présente en effet certaines difficultés principalement dues à la diversité des situations rencontrées dans cette population, la justification avancée cache souvent d'autres motifs plus subjectifs, qui ne pourraient valablement être pris en compte dans le cadre d'une législation autorisant une atteinte à l'intégrité physique de la personne dans une société démocratique. D'autre part, l'Inspection Générale des Affaires Sociales a pu estimer que le nombre de femmes handicapées et malades mentales qui pourraient présenter des difficultés de contraception particulières n'est pas élevé ; elle l'a estimé à cent mille personnes. Elle constate cependant que les praticiens n'ont pas une connaissance suffisante de ces cas, et notamment de l'éducation et de l'accompagnement des femmes déficientes mentales et de leurs familles, qui sont nécessaires à la conduite d'une contraception efficace⁸¹⁹. Il est vrai que les praticiens sont, pour une large part, déterminants dans l'adoption et le suivi d'une contraception efficace. Il reste que dans de rares cas la stérilisation révèle une réelle difficulté à trouver un moyen de contraception adapté à la physiologie et au comportement de certaines personnes déficientes mentales. Elle intervient alors en dernier recours.

⁸¹⁹ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome I, p.60.

SECTION II

L'ACCÈS À LA CONTRACEPTION IRRÉVERSIBLE

214. Légalisation. L'intervention législative de 2001 a eu pour conséquence de légaliser la stérilisation contraceptive. Lorsque celle-ci est volontaire, le texte fait primer la liberté individuelle en l'entourant de garanties relatives principalement au respect d'un consentement libre et éclairé. Cependant, la loi autorise aussi la stérilisation contraceptive non volontaire pour laquelle le consentement fait défaut. C'est pourquoi le législateur, tout en l'autorisant, a souhaité qu'elle n'intervienne qu'en dernier ressort, dans la mesure où elle procède d'une différence de nature avec la contraception : l'une est réversible et temporaire, tandis que l'autre est irréversible et définitive. C'est la raison pour laquelle la contraception est placée au cœur du dispositif légalisant la stérilisation non volontaire.

§I- LE CARACTÈRE IRRÉVERSIBLE DES STÉRILISATIONS.

215. Annonce de plan. Il existe plusieurs techniques de stérilisation dont les conséquences sont plus ou moins importantes (A). Toutefois, l'amélioration de ces techniques a remis en cause l'irréversibilité jusque-là incontestée d'une stérilisation (B).

A-LES PRINCIPALES TECHNIQUES DE STÉRILISATION

216. Délimitation. En premier lieu, il est nécessaire de distinguer les techniques de stérilisation à visée contraceptive des actes chirurgicaux aux conséquences stérilisantes, tels l'endométrectomie, l'hystérectomie ou la castration dont il ne sera pas question ici. En second lieu, la stérilisation à visée contraceptive peut être masculine ou féminine, bien que cette

dernière soit largement plus répandue. Enfin, il est nécessaire de distinguer les techniques consistant en une simple obturation des voies permettant la fertilité (1), de celles, particulièrement invasives, conduisant à la destruction partielle ou totale de ces voies (2).

1- Les techniques d'obturation

217. Stérilisation masculine. La vasectomie constitue la principale technique de stérilisation masculine. Elle consiste en une intervention chirurgicale pratiquée sous anesthésie locale, par occlusion des canaux déférents. Les suites médicales sont minimales, avec de rares hématomes ou quelques phénomènes inflammatoires douloureux pendant quelques jours. Le CCNE qualifie cette technique de « intervention chirurgicale simple et rapide »⁸²⁰. D'autres abondent dans le même sens : « la vasectomie est un acte chirurgical simple, toujours réalisé sous anesthésie locale dans notre expérience, ambulatoire, ne nécessitant qu'une heure ou deux d'indisponibilité. [...] L'efficacité est excellente, avec un taux d'échec inférieur à cinq pour mille »⁸²¹. Toutefois l'efficacité n'est obtenue qu'après six à huit semaines.

218. Stérilisation féminine. En revanche, de nombreuses techniques sont utilisées pour procéder à la stérilisation féminine. La majorité de ces méthodes implique une forme d'occlusion des trompes de Fallope par voie de coelioscopie. La pose de clips spéciaux pour l'occlusion des trompes de Fallope est la méthode la plus connue⁸²². L'occlusion des trompes peut aussi se faire par la pose d'anneaux ou d'agrafes. L'anneau de « Fallope » ou de « Yoon » est placé sur une petite boucle formée au niveau de la trompe, mais « comparé au clip, il détruit une portion tubaire légèrement plus longue »⁸²³. Le taux d'échec est inférieur à cinq pour mille⁸²⁴. Toutefois, cette technique présente quelques inconvénients : d'une part l'applicateur de

⁸²⁰ Comité Consultatif National d'Éthique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

⁸²¹ A. BOURMEAU, « La stérilisation masculine volontaire à but contraceptif. Expérience du Centre de planification et d'éducation familiale de l'hôpital Saint-Jacques à Nantes (1975-1997) », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.183.

⁸²² Elle consiste à « étirer la trompe utérine et à placer le clip perpendiculairement sur la partie médiane du segment isthmique ». Le clip possède généralement une face interne en caoutchouc siliconé qui continue d'occlure la trompe à mesure qu'elle s'atrophie. Cette intervention peut être effectuée sous anesthésie locale. Le taux d'échec est d'environ deux pour mille. V. S. KILLICK, « La stérilisation féminine », in *Les enjeux de la stérilisation préc.*, p. 213 et s..

⁸²³ S. KILLICK, op. cit.

⁸²⁴ S. KILLICK, op. cit.

l'anneau peut parfois occasionner de petites hémorragies, d'autre part des douleurs temporaires sont souvent constatées, c'est pourquoi l'intervention nécessite généralement une anesthésie générale. Enfin, la méthode « Essure » ou méthode par insertion d'un dispositif intratubaire, apparue dans les années 2000⁸²⁵, s'est considérablement développée depuis quelques années. Elle consiste en l'obturation des trompes par l'insertion de micro-implants « doux et flexibles »⁸²⁶ qui permettront à l'organisme de former « une barrière naturelle autour de ces implants »⁸²⁷ dans les trois mois qui suivent l'intervention. Cette méthode présente de nombreux avantages car le praticien procède par voie hystéroscopique⁸²⁸, et peut donc être réalisée en ambulatoire et sans anesthésie⁸²⁹. En revanche, « cette technique impose une double contrainte : poursuivre une contraception pendant trois mois et réaliser un examen de contrôle pour confirmer la procédure »⁸³⁰ au terme de ce délai.

2-Les techniques invasives

219. Techniques de stérilisation par destruction ou section. La diathermie, consistant en l'application d'un courant d'électrocoagulation, fait partie des techniques de stérilisation par destruction thermique tout comme l'utilisation d'un faisceau laser ou la cryochirurgie. Elle consiste à assécher le segment isthmique sur deux centimètres, de chaque côté, et se pratique sous coelioscopie. Cependant cette technique a été mise en cause dans des cas de brûlures accidentelles.

Mais la méthode qui fut longtemps la plus utilisée pour procéder à une stérilisation et qui reste encore aujourd'hui largement pratiquée est la section ou ligature des trompes⁸³¹. Elle

⁸²⁵ P. LOPES, E. VAUCEL, S. PLOTEAU, « La stérilisation par voie hystéroscopique : méthode Essure-Expérience du CHU de Nantes », in SERFATY D., *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p.489. Les auteurs précisent que « l'équipe nantaise est la première équipe française à avoir placé ces implants dès février 2002 [...] ».

⁸²⁶« La contraception définitive : 10 ans de loi, Quel bilan ? Quel avenir ? », Débat presse organisé par la société Conceptus, le 7 juin 2011, Paris.

⁸²⁷ Ibid.

⁸²⁸ C'est-à-dire par voies naturelles, à l'aide d'un hystéroscope. Cf. A. AUDEBERT, « Stérilisation féminine et masculine », in D. SERFATY, *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p. 477-488. Selon l'auteur, « la méthode hystéroscopique représente [...] une avancée significative en raison de sa facilité de réalisation, ses faibles risques et sa très grande efficacité », p.487.

⁸²⁹ P. PANEL, S. JOST, I. GROSDÉMOUGE, L. FRIEDERICH, J. NIRO, A. LE TOHIC, « Contraception permanente par pose hystéroscopique d'implants tubaires », *Rev. Gynécologie Obstétrique et Fertilité*, vol. 40, n°7-8, juillet 2012, p.434-444.

⁸³⁰ Ibid.

⁸³¹ L'article L. 2123-2 du Code de la santé publique ne vise d'ailleurs que cette méthode de stérilisation. Sur celle-

consiste en la formation d'une boucle au niveau du segment isthmique de la trompe, qui sera ligaturée à sa base avec du fil résorbable. Lorsque le fil se résorbe, les parties sectionnées se détachent, réduisant les risques de reperméabilisation ultérieure. Cette méthode implique la résection d'un segment assez long de la trompe utérine, mais elle a l'avantage d'être rapide et peu onéreuse. Toutefois, elle nécessite une laparotomie⁸³² et une anesthésie générale, impliquant les risques potentiels inhérents à ce type d'anesthésie. C'est la raison pour laquelle cette méthode décline au profit de la méthode Essure, qui est en plein essor⁸³³. D'autres méthodes se développent, consistant en une injection de substances afin d'obstruer les trompes de Fallope⁸³⁴.

ci, v. P. PANEL, S. JOST, I. GROSDÉMOUGE, L. FRIEDERICH, J. NIRO, A. LE TOHIC, « Contraception permanente par pose hystéroscopique d'implants tubaires », *Rev. Gynécologie Obstétrique et Fertilité*, vol. 40, n°7-8, juillet 2012, p.434-444, voir figure 2. Selon les auteurs, « le nombre de stérilisations tubaires passe de près de 27 000 à plus de 33 000 avec une diminution constante du nombre de ligatures tubaires par voie coelioscopique ou laparotomique qui passe de 19 000 à 15 000 et une très forte croissance du nombre de stérilisations par voie hystéroscopique qui a concerné plus de 18 000 femmes en 2010 dépassant ainsi pour la première fois le nombre de ligature de trompes réalisées par les autres voies d'abord ».

⁸³² Ouverture chirurgicale de l'abdomen.

⁸³³ Ibid.

⁸³⁴ La première permet d'injecter un bouchon de caoutchouc siliconé qui durcit ensuite. Toutefois son efficacité se révèle relative dans la mesure où l'occlusion des deux trompes n'est obtenue que dans quatre-vingt-cinq pour cent des cas au maximum. Selon les protagonistes, « la méthode semble très intéressante [et] les recherches pour la mise au point d'un bouchon plus efficace se poursuivent », v. S. KILLICK, op. cit.

La seconde méthode consiste en l'injection d'un produit sclérosant dans la trompe utérine. Mais elle entraîne des difficultés, notamment dans la recherche d'un produit chimique à faible toxicité et injectable avec précision. Ces deux méthodes ne semblent pas encore au point même si elles sont estimées prometteuses. Une autre méthode par voie hystéroscopique, tout comme la méthode Essure, est apparue en 2008. Il s'agit de la méthode dite *Adiana* dont les premières études révèlent des résultats moins performants que la méthode Essure « qui doit dorénavant constituer la méthode de référence hystéroscopique », v. LOPES P., VAUCÉL E., PLOTEAU S., « La stérilisation par voie hystéroscopique : méthode Essure- Expérience du CHU de Nantes », in SERFATY D., *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p.494.

La méthode Adiana a d'ailleurs fait l'objet d'un avis défavorable de la Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé pour son inscription sur la liste des Produits et Prestations prévue à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale qui permet le remboursement par le régime de sécurité sociale, au motif que le Service Attendu (SA) de cette méthode est à l'heure actuelle insuffisant : « Compte-tenu des éléments fournis, la Commission estime que les données cliniques non comparatives actuellement disponibles ne permettent pas d'établir l'intérêt du système ADIANA chez les femmes majeures en âge de procréer souhaitant une stérilisation tubaire permanente comme moyen de contraception. ». La Commission considère en effet que les études cliniques existantes sont trop peu nombreuses et trop récentes pour apprécier la portée et les avantages de la méthode Adiana : « Un suivi clinique à plus long terme sur un nombre suffisant de patientes permettrait de déterminer son intérêt comme méthode de contraception définitive », Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé, Haute autorité de santé, Avis n°2248 du 12 janvier 2010, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2010-01/cnedimts-2248-adiana.pdf>.

220. Bilan. Toutes les méthodes de stérilisation nécessitent une intervention chirurgicale au sens médical ⁸³⁵. Dès lors, elles ne peuvent être regardées comme usuelles ou bénignes puisqu'elles doivent être considérées comme portant atteinte à l'intégrité physique du corps humain comme toute chirurgie. En conséquence, seul un consentement libre et éclairé, doublé d'une nécessité médicale de ces interventions, permettraient de faire échec au principe d'interdiction d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne. Néanmoins, la loi du 4 juillet 2001 prévoit la possibilité d'effectuer ce genre d'interventions sur les personnes déficientes mentales, en l'absence des deux conditions cumulatives, et seules constitutives de l'exception au principe d'ordre public interdisant toute atteinte à l'intégrité physique. En effet, d'une part si le consentement doit être systématiquement recherché, il n'est pas nécessaire à la validité de l'intervention. D'autre part, si la nécessité médicale constitue une des deux conditions permettant de justifier une stérilisation, à travers l'exigence « d'une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception », elle n'est qu'une condition alternative, et peut être écartée au profit de la seconde. Enfin, la nature strictement personnelle d'un tel acte ne permettrait aucune assistance ou représentation ⁸³⁶.

Cependant, les techniques chirurgicales de stérilisation se sont améliorées et de nouvelles méthodes se sont développées, amenant à reconsidérer le caractère principal de la stérilisation, son irréversibilité.

B-LE CARACTÈRE IRRÉVERSIBLE DISCUTÉ

221. Enjeux. Le dictionnaire de médecine Flammarion définit la stérilisation comme « la suppression définitive de la possibilité de reproduction d'un être vivant », tandis que la contraception désigne « l'ensemble des méthodes ou produits visant à éviter la fécondation de façon réversible et temporaire ». La stérilisation et la contraception sont opposées par une différence de nature, l'une est définitive, l'autre pas. Le fondement de la distinction entre contraception et stérilisation est le caractère irréversible et définitif de cette dernière. Cette distinction est essentielle, car si elle disparaissait, c'est tout l'édifice juridique distinguant les

⁸³⁵ Pour une définition de la chirurgie, voir le Dictionnaire médical de l'Académie de Médecine, version 2015-2, site internet de l'Académie Nationale de Médecine, [http:// www.academie-médecine.fr](http://www.academie-médecine.fr).

⁸³⁶ Cf *supra* §144 et 149, 150, le consentement à l'acte médical et la nature de l'acte de stérilisation contraceptive.

deux actes qui s'écroulerait, il n'aurait plus lieu d'être. La nature juridique de l'acte de stérilisation pourrait être remise en cause. Or elle ne fait plus l'objet d'une position unanime. Le développement des nouvelles méthodes de stérilisation a relancé la question, conduisant ainsi à une certaine remise en cause de son irréversibilité de principe (1). Néanmoins, le maintien du caractère irréversible des stérilisations est avancé (2).

1-La remise en cause de l'irréversibilité de principe

222. Potentielle réversibilité. Le CCNE a pu constater que « des techniques récentes de stérilisation masculine et féminine ne font qu'altérer l'état des organes reproducteurs : la ligature des trompes ou des déférents permet théoriquement une reperméabilisation ultérieure »⁸³⁷. Dans le même sens, Anne-Marie Dourlen-Rollier affirme que « la relative facilité des nouvelles techniques de stérilisation, leur innocuité grandissante, leur très grande efficacité et l'accroissement du taux de réversibilité ont entraîné dans certains pays une progression tant de la stérilisation féminine que de la vasectomie »⁸³⁸. Ces déclarations laissent apparaître une certaine évolution dans l'appréhension de ce que le CCNE a pu qualifier d'« irréversibilité de principe ». Pourtant, d'autres constatent que les nouvelles méthodes de stérilisation par destruction thermique ou par la pose d'un bouchon chimique sont généralement irréversibles. Pour les premières, « la réversibilité de cette méthode s'avère souvent difficile », tandis que pour la seconde « la plupart des trompes sont restées occluses après retrait du bouchon »⁸³⁹. En revanche un consensus semble s'établir sur la réversibilité d'une méthode en particulier, la stérilisation par la technique de pose de clips. Le Docteur Charles Serié est pour sa part catégorique : « l'obturation des trompes par clips est une technique souvent employée. Par microchirurgie, la reperméabilisation est possible à cent pour cent car elle s'opère sur des trompes saines. A l'heure actuelle, compte tenu des progrès de la technique, il ne doit plus être parlé de « mutilation », puisque la ligature des trompes peut être réversible grâce à la microchirurgie »⁸⁴⁰. Selon lui, il ne fait aucun doute que cette intervention est désormais

⁸³⁷ Comité Consultatif National d'Éthique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

⁸³⁸ A. M. DOURLLEN-ROLLIER, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in *Les enjeux de la stérilisation*, préc., p.145.

⁸³⁹ S. KILLICK, op. cit., p. 215-216.

⁸⁴⁰ Ch. SERIE, « Les méthodes contraceptives chez la personne handicapée mentale », *Rev. Vivre ensemble*, mai-juin-juillet 1993, n°17, p.34.

réversible, mais il va encore plus loin en affirmant un taux de réversibilité de cent pour cent.

Si cela était le cas, la stérilisation deviendrait alors une méthode de contraception parmi d'autre, dans la mesure où son opposition de nature avec les autres méthodes aurait disparue. Dans le même sens, la loi du 4 juillet 2001 apparaîtrait alors trop restrictive, voire excessive eu égard à l'utilisation d'une simple méthode de contraception. Ce serait oublier, à tout le moins s'agissant des personnes déficientes mentales, qu'elle reste une intervention chirurgicale, constitutive à ce titre d'une atteinte à l'intégrité de la personne. Il est le seul à affirmer une position aussi radicale, d'autres protagonistes ayant adopté une position plus prudente. Le CCNE constate dans ces deux rapports – mais de façon très discrète- que « l'obturation par clippage offre les meilleures chances de reperméabilisation »⁸⁴¹ et que « la pose des clips paraît le mieux assurer la réversibilité éventuelle de l'intervention »⁸⁴². D'autres expliquent que la différence de nature entre la stérilisation et la contraception « est aujourd'hui remise en question par la pose de clips, soit sur les canaux déférents de l'homme, soit sur les trompes de la femme, clips qu'une nouvelle opération permettrait d'enlever en rendant la stérilisation réversible »⁸⁴³. Dans le même sens, le Docteur S. KILLICK considère que dans l'utilisation de cette technique, « seule une courte portion de la trompe est détruite, d'où le potentiel de réversibilité offert par cette méthode »⁸⁴⁴. Il semble donc que cette technique de stérilisation soit réversible, sinon à cent pour cent, du moins dans une certaine mesure.

L'« irréversibilité de principe » des stérilisations est alors remise en cause et par conséquent la définition même de la stérilisation s'avère ne plus être totalement adaptée : il ne s'agit plus « d'une intervention physique visant à empêcher de manière irréversible la procréation »⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ CCNE, op. cit., Rapport n°50.

⁸⁴² CCNE, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

⁸⁴³ UNAPEI, « La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur la prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part », synthèse des travaux du groupe d'étude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, Paris, UNAPEI, mars 1995, p.16.

⁸⁴⁴ S. KILLICK, op. cit., p. 215.

⁸⁴⁵ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome I, p. 2.

2-Le maintien du caractère irréversible

223. Variabilité selon les techniques d'intervention. Des instances se sont opposées à la remise en cause du caractère principal des stérilisations. L'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) maintient sa position en déclarant que les stérilisations doivent être « regardées comme des mutilations car elles présentent un caractère largement irréversible »⁸⁴⁶, « elles doivent être considérées comme irréversibles »⁸⁴⁷. Mais dans le même temps, elle constate pour la stérilisation masculine que « la reperméabilisation dépend de la technique de la vasectomie et de l'ancienneté de cette dernière. Pour Schoysman, la reperméabilité est de soixante-dix pour cent ». Pour la stérilisation féminine, « la réversibilité est possible par reperméabilisation. La méthode par application des agrafes de Hulka est considérée comme à haut potentiel de réversibilité, avec un taux de grossesse intra- utérine compris entre soixante et quatre- vingt pour cent selon les auteurs. Pour les anneaux de Yoon, les séries de déstérilisation rapportent soixante pour cent de grossesse intra- utérine »⁸⁴⁸. L'Inspection générale des affaires sociales montre ainsi une position plutôt ambiguë dans la mesure où elle affirme le caractère irréversible des stérilisations, mais rapporte des taux de réussite de reperméabilisation supérieurs à cinquante pour cent pour les méthodes de stérilisation par occlusion des trompes.

224. Arguments en faveur du maintien du caractère irréversible. Le CCNE montre lui aussi une position nuancée puisqu'après avoir constaté la réversibilité de certaines méthodes, il estime qu'« une stérilisation ne peut être considérée comme réversible uniquement parce qu'il existe la possibilité de recourir à une intervention réparatrice permettant d'aboutir à la reconstitution d'une anatomie normale. La réversibilité n'est effective que lorsque l'intervention réparatrice est suivie de grossesse et de naissance. [...] Or seul le nombre d'enfants nés vivants par rapport au nombre de demandes initiales de reperméabilisation peut nous donner une estimation adéquate de la réversibilité de la technique »⁸⁴⁹. Le CCNE donne sa conception de la définition du terme « réversibilité » et semble ainsi vouloir montrer qu'elle

⁸⁴⁶ Ibid, Tome IV, annexe III, p. 9.

⁸⁴⁷ Ibid, Tome I, p. 2.

⁸⁴⁸ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome I, p. 11.

⁸⁴⁹ Comité Consultatif National d'Éthique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n°50, 3 avril 1996.

n'est pas aussi effective que certains auteurs l'affirment. Toutefois, les données présentées par l'IGAS démontrent un taux de réversibilité important par le biais des grossesses postérieures à une reperméabilisation, entrant ainsi complètement dans le cadre de la conception du CCNE mais n'aboutissant pas aux mêmes conclusions quant à la réversibilité d'une stérilisation. La stérilisation a pour but de supprimer les capacités procréatrices d'un individu. Or, la survenue d'une grossesse après reperméabilisation constitue la preuve matérielle qu'une stérilisation peut est réversible.

Cependant, le CCNE, considère que « la réversibilité d'une technique de stérilisation est une notion qui renvoie à une probabilité : même si la probabilité est bonne pour une méthode spécifique, cette réversibilité ne peut être garantie pour chaque personne individuellement »⁸⁵⁰. En effet, il faut reconnaître que si la réversibilité d'une stérilisation est possible et est de plus en plus souvent une réussite, elle n'est pas systématique et ne peut être garantie à cent pour cent. C'est pourquoi le CCNE estime qu'« il paraît alors souhaitable d'envisager toute stérilisation comme un acte de suppression définitive de la capacité de procréer », considération partagée par le Collège National des Gynécologues- Obstétriciens : « la stérilisation doit toujours être considérée comme une méthode de limitation de la procréation définitive »⁸⁵¹. Cette position doit être approuvée, d'une part dans la mesure où le succès d'une reperméabilisation ne peut être garanti, et d'autre part dans la mesure où la demande de stérilisation doit rester une démarche traduisant la volonté d'une suppression définitive de la capacité de procréer.

Le CCNE justifie cette position en considérant qu'« en dépit de nouvelles techniques permettant d'envisager une bonne probabilité de réversibilité de l'intervention stérilisante, ce qui distingue la stérilisation de la contraception est la volonté d'aboutir, par un seul acte, à une suppression définitive de la capacité de procréer. [...] La stérilisation se présente donc nécessairement comme un acte aux implications lourdes pour l'avenir procréateur de l'individu. Quelles que soient les possibilités de rétablir la capacité procréatrice de la personne stérilisée, il paraît préférable, pour la clarté de la réflexion et de l'information, d'envisager la stérilisation comme un acte de suppression définitive de la fertilité »⁸⁵². Le CCNE préfère ainsi adopter une position prudente sur la question de la réversibilité d'une stérilisation, dans l'intérêt des

⁸⁵⁰ Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit., Rapport n°50.

⁸⁵¹ J.-M. ANTOINE, J.-B. DUBUISSON, M. TOURNAIRE, H. LERAT, *Enquête sur les demandes de destérilisation tubaire*, Collège National des Gynécologues- Obstétriciens français, janvier- février 1994.

⁸⁵² Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit. Rapport n°50.

individus susceptibles de recourir à cette intervention. Toutefois, il reconnaît la possibilité d'une réversibilité, particulièrement concernant certaines méthodes. En effet, la Haute autorité de santé fait également la distinction entre la stérilisation par insertion d'un dispositif intratubaire⁸⁵³ et la stérilisation par « ligature des trompes et autres méthodes (électrocoagulation, pose d'anneaux ou de clips) »⁸⁵⁴. Pour la première, elle affirme clairement que « la reperméabilisation chirurgicale est impossible »⁸⁵⁵, mais elle est plus nuancée pour les secondes, en considérant que « la reperméabilisation chirurgicale est possible mais difficile et d'efficacité incertaine ». Quant à la vasectomie, « le recours à une opération restauratrice est possible mais le résultat aléatoire ». Le recours à la fécondation *in vitro* est présenté comme une alternative possible à l'irréversibilité d'une stérilisation, mais les résultats semblent par l'instant assez peu satisfaisants⁸⁵⁶.

225. Bilan. L'irréversibilité de principe des stérilisations est largement remise en cause par de nombreux auteurs, et semble-t-il, avec raison. Si une reperméabilisation effective est encore à l'heure actuelle aléatoire, l'amélioration des techniques de stérilisation tend vers une réversibilité de plus en plus souvent réussie : elle n'est plus une fiction. Dès lors, il est permis de penser que dans quelques années la réversibilité d'une stérilisation devienne totale et systématique, ce qui conduirait à une modification profonde de la conception actuelle des stérilisations, en particulier de l'appréhension de cet acte par le droit⁸⁵⁷. Toutefois, cette conception actuelle distingue encore stérilisation et contraception par une différence de nature, c'est pourquoi la dernière se trouve au cœur du dispositif de la première, la stérilisation ne devant intervenir que lorsque tous les autres modes de contraception sont inapplicables.

⁸⁵³ Méthode Essure, cf. *supra* §218.

⁸⁵⁴ Haute Autorité de Santé, Fiche Mémo, Stérilisation à visée contraceptive chez l'homme et chez la femme, avril 2013 p.2, site internet de la Haute Autorité de Santé, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-04/fiche-contraception-sterilisation.pdf>

⁸⁵⁵ Ibid. Voir également A. AUDEBERT, « Stérilisation féminine et masculine », in D. SERFATY, *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p. 481.

⁸⁵⁶ A. AUDEBERT, op. cit., p. 482.

⁸⁵⁷ Ibid.

§II- LA PRÉVALENCE DE LA CONTRACEPTION RÉVERSIBLE

226. Unique condition du dispositif de l'article L. 2123-2. Le dispositif prévu par la loi du 4 juillet 2001 en matière de stérilisation se trouve entièrement tourné vers la contraception. Mais, paradoxalement, aucun dispositif spécifique relatif à l'accès à la contraception pour les personnes aux facultés mentales altérées n'a été prévu dans le même temps. Elle se situe pourtant au centre du dispositif puisqu'elle en est l'unique condition : la stérilisation est autorisée s'il existe une contre- indication médicale absolue aux méthodes de contraception, ou s'il existe une impossibilité de mettre en œuvre ces méthodes de contraception. Le dispositif mis en place se caractérise alors par une absence de prise en considération d'autres critères pour justifier une stérilisation (A), même si celui du risque de grossesse apparaît en filigrane (B).

A-L'ABSENCE D'AUTRES CRITÈRES

227. Annonce de plan. Il est bien délicat de déterminer les critères permettant de légitimer une stérilisation contraceptive pratiquée sur une personne handicapée mentale. Néanmoins, d'autres critères que l'impossibilité d'accéder à une contraception auraient sans doute pu être pris en compte. Le droit comparé se révèle à cet égard riche d'enseignements. En effet, l'activité sexuelle et procréatrice de la personne handicapée mentale est prise en compte dans de nombreux dispositifs étrangers (1), de même que le meilleur intérêt de la personne, lequel devrait logiquement primer tout autre (2).

1-L'activité sexuelle et procréatrice

228. Activité sexuelle effective. En Grande- Bretagne, le juge de la Haute Cour doit s'assurer qu'il y a un réel besoin de contraception : la personne doit être « en train de s'engager dans une activité sexuelle dans des conditions telles qu'il y a un réel danger de grossesse, et pas seulement un simple risque »⁸⁵⁸. Dans le même sens, aux États- Unis les lois sanitaires de l'État de Virginie exigent que la contraception soit nécessaire parce que la personne est active

⁸⁵⁸ V. *supra* §82 ; V. A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8 ; M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *op. cit.*, Tome IV, annexe III, p.68.

sexuellement ou susceptible de l'être dans un avenir proche⁸⁵⁹. Ce critère est aussi pris en compte au Canada, où la Commission de Réforme de droit du Canada avait recommandé que la Commission d'autorisation des stérilisations s'assure de l'existence de conditions minimales, parmi lesquelles figure l'activité sexuelle effective⁸⁶⁰. En France, le CCNE avait tenté antérieurement à la loi du 4 juillet 2001 de relever les critères qui permettraient d'envisager une stérilisation. Parmi ces critères figuraient celui exigeant que « la personne handicapée mentale doit être active sexuellement »⁸⁶¹. Toutefois il n'a pas été repris dans la loi de 2001. Pourtant, si la personne concernée n'est pas sexuellement active, il est inutile de procéder à une stérilisation : cette condition n'aurait dès lors pas lieu d'être semble-t-il. Au contraire, elle est primordiale dans la mesure où la plupart des tiers qui font la demande de stérilisation l'effectuent préventivement à toute activité sexuelle de la personne handicapée mentale.

229. Preuve de fertilité. Dans le même sens, tout aussi fondamentale est la condition de fertilité de la personne concernée. Il est totalement inutile de procéder à une intervention stérilisante sur une personne handicapée mentale infertile. D'ailleurs, certains handicaps mentaux sont associés à un état d'infertilité⁸⁶². Certains États ont pris en compte ce critère comme l'Afrique du Sud, où la loi exige que la personne soit capable de procréer, mais aussi aux États-Unis, au Royaume-Uni ou encore au Canada où il doit exister des preuves de la fertilité de la personne handicapée mentale, ce qui constitue une garantie supplémentaire contre des abus⁸⁶³.

2-Le meilleur intérêt de la personne

230. « *In the patient's best interests* ». Certains États ayant pris en compte le problème de la stérilisation des personnes handicapées mentales ont imposé que l'intervention soit effectuée pour préserver les meilleurs intérêts de la personne concernée. C'est le cas de la Grande-

⁸⁵⁹ V. *supra* §107.

⁸⁶⁰ V. *supra* §113.

⁸⁶¹ Comité Consultatif National d'Éthique, op. cit., Rapport n°49.

⁸⁶² Il s'agit principalement des personnes trisomiques, et particulièrement les hommes. V. Synthèse des travaux du Groupe d'Étude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur sa prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part*, UNAPEI, mars 1995 ; N. DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH, *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.9.

⁸⁶³ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit., et Rapport IGAS préc., Tome IV, annexe III, p. 76.

Bretagne, où la stérilisation doit être autorisée par les tribunaux « in the patient's best interests ». L'autorisation reposera sur une appréciation empirique de la situation de la personne concernée. L'intérêt de la personne handicapée mentale en tant que critère d'une stérilisation existe aussi en Belgique à travers deux avis du Conseil National de l'Ordre des Médecins qui préconisent notamment qu'une commission de trois médecins devra « démontrer la nécessité d'une stérilisation dans l'intérêt même de la personne handicapée concernée »⁸⁶⁴. Cette exigence semble le préalable indispensable et naturel à toute procédure de stérilisation d'un majeur protégé, mais en réalité elle n'est pas aussi simple, dans la mesure où la demande émane généralement d'un tiers – en dépit du fait qu'il s'agisse du représentant légal- et que dans cette hypothèse les intérêts du demandeur ne sont pas toujours semblables aux « meilleurs intérêts » de la personne déficiente mentale. L'exigence d'un tel critère au soutien d'une stérilisation est donc loin d'être inutile.

231. Bilan coûts-avantages. Dans le même sens, en restant dans le domaine de l'intérêt de la personne concernée, les États-Unis et la Grande-Bretagne imposent une sorte de bilan coûts-avantages de la stérilisation, afin de s'assurer que la stérilisation elle-même ne causera pas de torts supérieurs aux effets bénéfiques escomptés : « la stérilisation ne doit pas provoquer de dommages physiques ou psychologiques plus importants que le bénéfice attendu »⁸⁶⁵.

232. Bilan. L'ensemble de ces critères fondamentaux ne sont pas expressément inscrits dans la loi française du 4 juillet 2001. Certains diront qu'ils sont nécessairement sous-entendus par les exigences relatives à la contraception, alors qu'en réalité cela n'est pas aussi évident. En effet, si certains États ont estimé nécessaire la présence expresse de ces critères dans leur dispositif, c'est sans doute qu'ils sont indispensables dans la détermination d'une législation de stérilisation spécifique aux personnes majeures protégées, afin d'offrir une protection accrue et de limiter les risques d'abus. Il reste que l'exigence de l'impossibilité d'utiliser un tout autre mode contraceptif se retrouve dans la plupart des dispositifs étrangers connaissant un régime spécifique aux personnes majeures protégées, tout comme en France⁸⁶⁶.

D'autres critères pourraient intervenir dans un tel régime d'autorisation des stérilisations,

⁸⁶⁴ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit., et Rapport IGAS préc., Tome IV, annexe III, p. 76.

⁸⁶⁵ Par exemple au Danemark, en Allemagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis.

⁸⁶⁶ Comité Consultatif National d'Éthique, op. cit., Rapport n°49.

mais la difficulté majeure réside justement dans l'établissement de critères fiables, incontestables et suffisants. En 1996, le CCNE avait tenté de déterminer ces critères tout en reconnaissant la complexité de la tâche : « Ce serait sans doute un non-sens [que] d'aborder ces problèmes en globalisant : on ne pourrait alors que méconnaître l'extraordinaire diversité potentielle des personnes »⁸⁶⁷. Nicole DIEDERICH estimait en effet qu'il est de fait impossible d'établir des critères fixes : « Et si, en définitive, le Comité [Consultatif National d'Ethique] rencontre tant de difficultés, c'est parce que l'exercice était non seulement difficile mais véritablement impossible. »⁸⁶⁸.

Toutefois le législateur de 2001 devait le faire en autorisant la stérilisation contraceptive de personnes majeures protégées, et si ces critères ne font état que de contraception, c'est avant tout le risque de grossesse qui apparaît en filigrane.

B-LE SPECTRE DE LA GROSSESSE

233. Fondements du risque de grossesse. Le but de toute procédure permettant de procéder à la stérilisation d'un majeur protégé est finalement de prévenir une grossesse. Dans la loi française, il n'y a pas de référence expresse au risque de grossesse, alors que dans la plupart des dispositifs étrangers, cette référence est explicite. Mais généralement la prise en compte de ce risque est appréhendée à travers différents critères. Le plus souvent, la notion de grossesse apparaît lorsque celle-ci constitue un risque pour la santé de la personne déficiente mentale. Dans ce cas, c'est l'intérêt de la personne concernée qui est au centre de l'exigence. Ce risque devient alors un motif pouvant justifier une stérilisation. Il est placé en relation directe avec celui de l'incapacité parentale de la personne concernée à travers le risque pour sa santé psychique (1). Toutefois, un autre risque a pu être appréhendé afin de permettre la justification d'une intervention stérilisante, mais n'ayant pas trait à l'intérêt même de la personne : le risque de transmission du handicap mental (2).

⁸⁶⁷ N. DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, éd. Erès, 1998, p.9.

⁸⁶⁸ Ibid.

1-Le risque de grossesse et l'intérêt de la personne

234. Danger pour la santé physique ou mentale. La loi finlandaise admet ce motif : « L'intervention peut être effectuée [...] lorsque la grossesse est susceptible de présenter un danger pour la vie ou la santé de la femme »⁸⁶⁹. Ce critère n'est pas sans rappeler l'un de ceux exigés par notre droit en matière d'intervention médicale de grossesse, lequel consiste en un péril grave pour la santé de la femme⁸⁷⁰. Déjà présent dans notre droit, il aurait sans doute pu utilement intégrer ceux permettant une stérilisation contraceptive sur une personne aux facultés mentales altérées. En revanche, aux États-Unis, il suffit que la grossesse soit « probable », ce qui laisse place à de larges possibilités d'interprétations. La loi allemande fonde la possibilité d'une stérilisation sur la situation de détresse qu'engendrerait une grossesse éventuelle pour la majeure protégée. Ce critère n'est pas sans rappeler celui exigé par la loi française jusqu'en 2014 en matière d'interruption volontaire de grossesse⁸⁷¹. Selon la loi allemande, la stérilisation n'est possible que pour éviter des situations graves de détresse qui seraient liées à une grossesse future. Une telle situation de détresse peut exister lorsqu'on pourrait craindre d'une grossesse un danger pour la vie ou un danger de préjudice grave pour la santé physique ou mentale de la personne enceinte. Est considéré comme un danger grave pour la santé mentale de la personne enceinte le danger d'une souffrance profonde et durable en lien avec la menace d'un retrait de l'enfant par décision judiciaire⁸⁷². Cette dernière considération met en relief la question de « l'incapacité parentale », autre critère utilisé à travers la prévention d'une grossesse pour admettre la stérilisation.

235. Incapacité parentale. En effet, l'incapacité parentale en tant que motif permettant de valider une stérilisation est admise par certains États. Toutefois, dans le cas de l'Allemagne, la notion expresse d'incapacité avérée de la personne handicapée à élever un enfant, figurant dans le projet de loi, n'a finalement pas été retenue⁸⁷³. Ceci s'explique sans doute par l'absence de définition homogène et précise de cette notion, qui est emprunte d'une extraordinaire

⁸⁶⁹ A. BERNARD, D. SIROUX, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8.

⁸⁷⁰ Art. L. 2213-1 CSP.

⁸⁷¹ L'exigence d'une situation de détresse pour recourir à une intervention volontaire de grossesse a été supprimée par la loi n°2014-873 du 4 août 2014.

⁸⁷² T. VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ? », *JCP G* 1993, I, p. 396.

⁸⁷³ L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, op. cit., Tome IV, annexe III, p.62.

subjectivité. D'autres États ont malgré tout souhaité inclure ce critère dans leur dispositif. C'est le cas du Danemark où « une stérilisation peut être obtenue [...] lorsque la personne [...], est considérée comme inapte à dispenser convenablement des soins aux enfants en raison d'une débilité ou arriération mentale ⁸⁷⁴. La loi finlandaise de 1985 possède le même critère puisqu'elle énonce que la stérilisation peut être effectuée « lorsqu'une maladie ou tout autre cause analogue limiterait sérieusement la capacité de la personne à donner des soins à un enfant ». La notion d'incapacité parentale proprement dite n'est pas inscrite dans ces lois, qui se réfèrent pudiquement à « l'incapacité de donner des soins à un enfant ».

En revanche, certains États sont très clairs sur le critère de l'incapacité parentale. Aux États-Unis, « le patient doit être incapable de s'occuper d'un enfant même avec une aide raisonnable ». Plus particulièrement, l'État de Virginie impose que la nature et l'étendue de l'incapacité mentale rende la personne qui en est atteinte, incapable de façon permanente de s'occuper d'un enfant et de l'élever. L'exigence de la permanence de l'incapacité parentale existe aussi en Grande-Bretagne où « la patiente [doit être] définitivement incapable de s'occuper d'un enfant, même avec une aide raisonnable ». Il existe une grande similitude entre les critères d'incapacité parentale retenus par ces États. Dans le même sens, l'Afrique du Sud utilise aussi le critère de l'incapacité parentale, mais emploie des termes différents : la stérilisation peut être autorisée lorsqu'en raison d'un handicap mental permanent la personne concernée est incapable de comprendre les conséquences de l'acte sexuel, ou d'assumer la responsabilité parentale ⁸⁷⁵.

236. Absence de définition. Cependant, outre l'exigence d'une permanence de ce critère, aucune définition ni même aucune précision n'est donnée sur la notion d'incapacité parentale. La diversité des termes employés est d'ailleurs révélatrice du flou qui entoure cette notion. Il semble dès lors difficile de l'ériger en critère pouvant justifier la stérilisation sur une personne handicapée mentale. Toutefois, le CCNE l'avait pris en compte dans son rapport du 3 avril 1996, parmi les critères susceptibles de justifier une stérilisation. Selon lui, « on doit avoir acquis suffisamment d'informations pour considérer comme hautement vraisemblable le fait que la personne handicapée mentale risque d'être incapable d'assumer valablement un rôle et une fonction maternelle (ou paternelle) : handicap profond, éventuellement évolutif, instabilité motrice et émotionnelle, conduites à risque itératives, troubles de la personnalité, pronostic vital

⁸⁷⁴ Ibid.

⁸⁷⁵ A. BERNARD, D. SIROUX, op. cit.

engagé à court terme »⁸⁷⁶.

Le CCNE a tenté, à défaut de l'existence d'une véritable définition, de rassembler les éléments qui permettraient d'établir l'incapacité parentale d'une personne handicapée mentale. Si ces éléments pouvaient sans doute être pris en considération dans une telle évaluation, le législateur français de 2001 n'a pas souhaité inclure l'exigence d'une incapacité parentale dans le dispositif autorisant la stérilisation des majeurs protégés⁸⁷⁷. Pourtant, cette notion n'est pas étrangère à notre droit. En effet, en matière d'assistance éducative, des mesures peuvent être ordonnées par justice lorsque « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises »⁸⁷⁸. Dans le même sens, une mesure d'accueil peut être ordonnée « lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évalués comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale »⁸⁷⁹. Enfin, le droit de l'autorité parentale permet le retrait de celle-ci, lorsque les père et mère, « soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant »⁸⁸⁰. Ces dispositions traduisent les critères qualifiant une incapacité parentale au sens de notre droit. S'ils peuvent justifier d'une mesure judiciaire d'accueil de l'enfant, ou le retrait de l'autorité parentale, ils auraient sans doute pu être intégrés aux conditions susceptibles de justifier une stérilisation, car si ces comportements se constatent *a posteriori*, lorsque l'enfant existe, un certain nombre d'entre eux préexistent *a priori*.

⁸⁷⁶ Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit., Rapport n°49.

⁸⁷⁷ V. sur ce sujet, P. ECHAVIDRE, « Présentation de l'enquête statistique « les personnes ayant un handicap mental et la natalité », in Journée Nationale d'Etude sur la Protection Juridique, *Personnes handicapées mentales et natalité*, Rev. Tutelle Infos, 1993, n°77, p. 61 et s.

⁸⁷⁸ Art. 375 al. 1 C. civ.

⁸⁷⁹ Art. 375 al. 4 C. civ.

⁸⁸⁰ Art. 378-1 al. 1 C. civ.

2-Le risque de transmission du handicap mental

237. Evaluation du risque de transmission. Un autre critère permettant de légitimer l'intervention stérilisante en prévention de toute grossesse a pu être mis en avant, il s'agit du risque de transmission du handicap mental. La loi danoise l'utilise comme l'une des conditions permettant d'autoriser une stérilisation : « une autorisation de stérilisation peut être obtenue, lorsqu'en raison de dispositions héréditaires de la personne, ou de son conjoint ou concubin, l'enfant à naître risque d'être atteint d'un trouble physique ou mental d'une gravité telle que l'on peut estimer souhaitable d'empêcher la procréation »⁸⁸¹. Dans le même sens, l'Afrique du Sud permet la stérilisation d'une personne handicapée mentale lorsque celle-ci « est atteinte d'une affection héréditaire telle que si elle venait à procréer, l'enfant serait atteint d'un défaut physique ou mental tel qu'il serait gravement handicapé ». Toute la difficulté de ce critère réside dans l'évaluation précise du caractère héréditaire de l'affection. Ce caractère diffère selon la nature du handicap mental.

Les études démontrent à cet égard des risques très variables de transmission selon la déficience mentale⁸⁸². Selon l'Inspection Générale des Affaires Sociales, la raison d'une stérilisation, constituée par le risque de transmission du handicap n'a plus lieu d'être. « Même dans les cas de risque élevé, de un pour deux, les performances du diagnostic anténatal permettent de l'écarter. En ce qui concerne les maladies mentales, si nombre d'auteurs s'accordent sur l'existence probable d'une prédisposition génétique, sa transmission ne se fait jamais en voie directe »⁸⁸³. Le CCNE estime pour sa part qu'« un risque génétique éventuel est à évaluer au cas par cas »⁸⁸⁴. Ce critère existe pourtant déjà dans notre droit, en matière d'intervention médicale de grossesse et d'assistance médicale à la procréation. En effet, la première est possible « lorsqu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »⁸⁸⁵. La seconde a pour objet soit de remédier à l'infertilité d'un couple, soit « d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière

⁸⁸¹Ibid.

⁸⁸²V. par ex, M.O. RETHORE, « Le risque de handicap mental constitutionnel », in M.L. LAGADERE, H. STRHOL, B. EVEN *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome II, annexe I, n°9.

⁸⁸³M.L. LAGADERE, H. STRHOL, B. EVEN, op. cit., Tome I, p. 66.

⁸⁸⁴Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit., Rapport n°49.

⁸⁸⁵ Art. L. 2213-1 al. 1 CSP.

gravité »⁸⁸⁶. Ce critère n'a pourtant pas été retenu par le législateur, probablement à cause du passé propre à la stérilisation, car le risque de glissement vers un critère de stérilisation de type eugénique ne serait pas loin.

238. Bilan. Le législateur français s'est très peu inspiré du droit comparé. Il a préféré centrer le dispositif autorisant la stérilisation des majeurs protégés sur la contraception : nécessité médicale de ne pas utiliser les moyens contraceptifs usuels ou impossibilité de les mettre en œuvre de façon efficace. Le dispositif français se caractérise alors par l'absence d'autres critères, mais surtout, l'absence de critères à dimension plus humaine, prenant en compte la personne, et non uniquement la contraception, notion en réalité purement technique. Certains auraient sans doute pu y figurer, comme celui du meilleur intérêt de la personne concernée.

La maîtrise de la procréation du majeur protégé à travers la contraception, qu'elle soit réversible ou irréversible, met au premier plan les facultés de procréation du majeur protégé, qu'il n'est plus possible d'éluder ou d'ignorer. Si la contraception peut se traduire par la liberté de ne pas procréer, la liberté positive, celle de procréer, devrait également trouver à s'appliquer.

⁸⁸⁶ Art. L. 2141-2 al. 1 CSP.

CHAPITRE 2

LA LIBERTÉ DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ

239. Annonce de plan. Une Résolution de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations-Unies de 1993, relative aux règles universelles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées, établissait que « les lois ne doivent pas établir de discrimination à l'encontre des personnes handicapées quant aux relations sexuelles, au mariage et à la procréation ». Il résulte toutefois de la loi du 4 juillet 2001 un risque accru de discrimination à l'encontre des personnes déficientes mentales dans la mesure où elle établit un choix imposé à ces personnes en leur sacrifiant certaines libertés individuelles au profit d'autres libertés individuelles qui se trouveraient ainsi préservées (I). La liberté individuelle suppose l'existence d'une volonté propre et discernante, permettant de l'exercer ou au contraire de ne pas l'exercer. C'est alors cette volonté qui est fondatrice de la légalité de l'acte. Lorsque la personne concernée est majeure protégée, il s'agit de s'interroger sur la place de la volonté dans la procréation (II).

SECTION I

DU DROIT DE PROCRÉER À LA LIBERTÉ SEXUELLE

240. Une liberté supprimée pour une liberté préservée ?. En 1975, le combat en faveur de la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse était mené au nom de la liberté de la femme à disposer de son propre corps, et en filigrane, de celui de ne pas procréer. Les opinions favorables à la légalisation de la stérilisation contraceptive volontaire développaient également les arguments identiques en insistant sur la liberté inhérente à tout individu de décider de procréer ou de ne pas procréer. Toutefois, dans le cadre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relatives aux personnes dont les « facultés mentales sont altérées », la possibilité est ouverte de leur retirer la faculté de procréer en dehors de toute manifestation de volonté dans ce sens. Il s'agit en réalité d'un choix qui peut leur être imposé (I). Toutefois il est nécessaire de se demander si cette liberté individuelle est ainsi véritablement reconnue, garantie et préservée pour les personnes handicapées mentales (II).

§I-LA SUPPRESSION DE LA FACULTÉ DE PROCRÉER

241. Annonce de plan. « *La stérilisation : [...] nous ne pouvons donc être aveugles au fait qu'elle ne constitue pas simplement un empêchement de procréer, mais, dans bien des cas, une réelle invalidation de la personne handicapée mentale* »⁸⁸⁷. La possibilité qu'une personne déficiente mentale puisse un jour engendrer et ainsi se reproduire est l'objet d'une peur aux origines très lointaines. Procréer signifie dans l'inconscient populaire se reproduire à l'identique, ou de façon très proche, finalement se refléter à travers sa progéniture. La possibilité qu'une personne déficiente mentale puisse procréer implique dès lors que sa

⁸⁸⁷ D. MOYSE, « Des enjeux éthiques de la question : « les stérilisations pratiquées en France relèvent-elles de l'eugénisme ? », *Revue Européenne du Handicap Mental*, 1998, Vol. 5, n°18, p.36.

progéniture sera irrémédiablement le reflet de son image. La question de l'hérédité de la déficience ou de la maladie mentale se situe alors au cœur même de la procréation de ces personnes, puisqu'elle sous-tend la justification de la suppression de leur faculté de procréer (A). Pourtant, si la faculté de procréer est un attribut inhérent à l'être humain, sa suppression en l'absence de toute volonté propre de la personne semble bien contraire à certains principes fondamentaux (B).

A-LE CARACTÈRE HÉRÉDITAIRE DE LA DÉFICIENCE MENTALE

242. Postulat. L'affirmation du caractère héréditaire des dégénérescences mentales est un postulat aux origines lointaines, mais tenaces – encore aujourd'hui (1). Ces thèses ont longtemps justifié les stérilisations forcées de personnes considérées comme porteuses d'anomalies mentales, terme générique sous lequel se trouvaient regroupées selon les époques diverses catégories de personnes, allant de l'alcoolique au criminel, de l'épileptique à la personne aux mœurs légères. Pourtant, les scientifiques s'accordent à présent pour démentir cette présomption auparavant irréfragable (2).

1-Un postulat aux origines lointaines

« La stérilisation peut en fait être proposée comme moyen de restriction et non de sélection des naissances. Dans le premier cas, il s'agit de stérilisations d'inspiration malthusienne. Dans le second de stérilisations eugénistes. En l'occurrence, c'est bien le maintien artificiel, non souhaité par les intéressés, de certaines personnes dans un état d'infécondité qui est visé. De sorte que la stérilisation des déficients mentaux ou autres malades a toujours relevé d'une logique sélective de la procréation »⁸⁸⁸.

243. Thèses eugénistes. Dès la fin du XVI^{ème} siècle, des traces de mesures coercitives à l'encontre des personnes déficientes mentales ont pu être retrouvées, notamment des mesures stérilisantes au motif qu'un dégénéré n'engendre qu'un autre dégénéré et qu'il est indispensable

⁸⁸⁸ D. MOYSE, *op. cit.*p.36, note 19.

de limiter leur reproduction. Mais c'est vers la fin du XIX^{ème} siècle que les thèses sur l'hérédité des comportements asociaux et de la dégénérescence – divers comportements regroupés sous la dénomination générale et trompeuse de déficience mentale – émergent réellement en France, et plus largement en Europe Occidentale.

En France, en 1900, H. TULIÉ estime que « le dégénéré est un danger social, danger immédiat et danger futur, en ce sens qu'il reproduit un dégénéré, c'est-à-dire une non-valeur et, par suite, un nouvel être dangereux »⁸⁸⁹. A cette époque, le déficient mental est assimilé à un asocial, criminel en puissance dont il est nécessaire de protéger la société en l'enfermant mais aussi en faisant en sorte qu'il ne puisse donner naissance à un être porteur des mêmes gènes et causant les mêmes risques. A cet égard, leur stérilisation constituait un instrument de contrôle de la diffusion des « gènes délétères », et permettait de limiter « l'incidence des tares »⁸⁹⁰.

Pourtant, dès 1950 le caractère héréditaire des affections mentales est discuté, et l'utilité des pratiques de stérilisations eugéniques largement effectuées en Suède et aux Etats-Unis l'est aussi : « très peu de maladies héréditaires sont réellement évoquées. La faiblesse d'esprit, par exemple, n'est pas une entité morbide : les cas qui ont une base héréditaire nettement déterminée sont l'exception, quoi qu'on en ait pu dire. A quoi sert la stérilisation dans ces cas ? Elle apparaît comme une mesure coercitive ; on tue dans l'œuf une possibilité de transmettre un gène hypothétique ; on frappe en aveugle et, bien souvent, des individus condamnés au confinement et incapables d'avoir des enfants »⁸⁹¹.

2-Un postulat dépassé

244. Postulat contredit. Avec l'essor de la recherche génétique et les progrès accomplis dans le domaine des sciences médicales, les thèses affirmant le caractère inéluctablement héréditaire des dégénérescences mentales ont perdu de leur prééminence. Elles étaient toutefois particulièrement influentes concernant les handicaps mentaux « moyens ou profonds ». Les concernant, le Professeur Marie-Odile RETHORE a analysé les causes de ces handicaps, et

⁸⁸⁹H. TULIE, « Le dressage des jeunes dégénérés, ou orthophrénopédie », 1900, cité par A. GIAMI, « Stérilisation et sexualité des personnes handicapées mentales », in A. GIAMI et A. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.273.

⁸⁹⁰J. SUTTER, *L'Eugénique*, Paris, P.U.F., 1950. Jean Sutter était membre actif de la Société Française d'Eugénique avant la Seconde Guerre Mondiale.

⁸⁹¹Op. cit., p.229, l'auteur fait le bilan des stérilisations eugéniques pratiquées en Suède et aux Etats-Unis en particulier.

établi les risques d'hérédité éventuelle propres à chacun ⁸⁹².

Il ressort de son étude que ces handicaps ont trois causes principales : les « ennuis après la naissance », les ennuis *in utero* par maladie ou intoxication, et les maladies constitutionnelles. Dans le premier cas, le risque de « récurrence » est nul, ce qui signifie que le caractère héréditaire est inexistant. Dans le second cas, la réponse est tout aussi formelle, et le caractère héréditaire est tout à fait absent. En revanche, la réponse est plus complexe s'agissant du troisième type de cause. En effet, le caractère héréditaire du handicap mental pourra être établi selon qu'il s'agisse de maladies géniques ou de maladies chromosomiques. Pour les premières, dont les atteintes ne sont perçues que par étude de la génétique moléculaire, la transmission éventuelle est régie par les Lois de Mendel ⁸⁹³. Pour les secondes, qui sont à l'origine de nombreux handicaps mentaux sévères et sont transmissibles, elles touchent deux garçons pour une fille et ne provoquent pas un état d'infertilité chez les sujets masculins, contrairement à la trisomie 21.

S'agissant de cette affection, laquelle stigmatise généralement le handicap mental, les risques de transmission d'anomalies sont évalués à cinquante pour cent chez les femmes trisomiques 21 « en cas de trisomie libre, mais également très élevés en cas de translocation (mauvaise division des chromosomes par accollement) ⁸⁹⁴. Quant aux hommes trisomiques, ils sont en général stériles par troubles de la spermatogenèse. Toutefois, les travaux réalisés en 1994 par le Groupe d'Etude de l'UNAPEI précisent que « des syndromes dysmorphiques avec handicap mental [...] sont de plus en plus attribués à des anomalies génétiques complexes dont la découverte va croissant » ⁸⁹⁵. Leur caractère héréditaire serait alors incertain. En ce qui concerne les maladies mentales au sens large, si nombre d'auteurs s'accordent sur la probabilité

⁸⁹²Pr M.O. RETHORE, *Etat actuel des connaissances sur le handicap constitutionnel*, in M.L LAGARDERE, H. STRHOL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n°1998011, mars 1998, Tome II, annexe I, n°9, p.83.

⁸⁹³Lois de Mendel : la maladie a pour origine deux gènes appariés chez l'enfant, chacun transmis par un parent.
~ Si l'un des gènes est dominant, il suffit pour déterminer la maladie, le risque de transmission d'un parent à ses enfants est de un sur deux.
~ Si les deux gènes sont équivalents, l'anomalie doit se retrouver chez les deux parents pour déterminer la maladie : lorsque le gène est récessif, deux gènes sont en cause, et les enfants doivent les recevoir de leur mère et de leur père.

Les risques pour les descendants d'une personne atteinte de maladie récessive sont nuls si elle procréé avec une personne « normale ».

⁸⁹⁴Synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI au cours de l'année 1994, *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur sa prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part*, Paris, UNAPEI, mars 1995, p.18.

⁸⁹⁵Ibid.

de l'existence d'une prédisposition génétique, ils se réunissent aussi autour d'un consensus selon lequel leur transmission ne se fait jamais en voie directe ⁸⁹⁶.

245. Conseil génétique. Lorsqu'une grossesse est identifiée chez une personne handicapée mentale, le risque de transmission héréditaire de l'affection à l'enfant à naître est la raison de la sollicitation d'un généticien. « Le conseil génétique va commencer, comme toujours, par une tentative de diagnostic chez la mère mais aussi chez le père si celui-ci est identifiable. L'interrogatoire est le plus souvent illusoire, le dossier médical quasi inexistant et l'étude généalogique impossible si l'on ne peut rencontrer les parents du couple. La tentative de diagnostic va donc reposer sur l'examen clinique et les examens complémentaires » ⁸⁹⁷. Dans cette hypothèse, les difficultés rencontrées pour déterminer avec certitude le caractère exact des origines de l'affection renforcent l'incertitude et contribuent ainsi à alimenter les peurs fantasmatiques – pour ne pas dire légendaires – d'un « monstre engendrant irrémédiablement un autre monstre », alors qu'il est aujourd'hui établi que le caractère héréditaire d'une affection mentale est extrêmement rare. Il reste que dans ces hypothèses, qui sont selon le Docteur Annie NIVELON-CHEVALLIER « de loin la majorité des cas », le diagnostic est incertain et le généticien hésitant : « on ne sait pas, et on a alors aucun argument pronostic sur l'état de l'enfant et aucun argument pour justifier l'interruption de la grossesse » ⁸⁹⁸. P. ECHAVIDRE estime qu'il n'existe que des cas particuliers. Partant, sauf à raisonner de travers, aucun n'est généralisable. Par conséquent, « il est faux, donc, de proclamer que tous les enfants de personnes ayant un handicap mental doivent naître handicapés » ⁸⁹⁹. Enfin, Le Docteur Marie-Odile RETHORE affirmait, en 1983, que seulement dix pour cent des parents handicapés relevant des centres spécialisés pour recevoir des personnes handicapées mentales, avait à chaque naissance une probabilité de un sur deux d'avoir un enfant handicapé ⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶M.-L. LAGADERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n°1998011, mars 1998, Tome I, p.66.

⁸⁹⁷Dr A. NIVELON-CHEVALLIER, *Retard mental et grossesse*, in Rapport IGAS précité, Tome III, annexe II, n°10, p.98.

⁸⁹⁸Dr A. NIVELON-CHEVALLIER, précitée.

⁸⁹⁹P. ECHAVIDRE, « Procréation et exercice de la fonction parentale chez les personnes dites handicapées mentales », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 2000, p.154.

⁹⁰⁰Dr M.-O. RETHORE, citée in P. ECHAVIDRE, *Le devenir des enfants nés de parents ayant un handicap mental*, UNAPEI, 1984, p.8-9.

246. Bilan. En dépit de croyances anciennes mais néanmoins persistantes, le caractère héréditaire d'une affection mentale n'est plus aujourd'hui admis en tant que systématisme, et n'est susceptible d'exister que dans des hypothèses particulières et d'autant moins nombreuses, comme a pu le démontrer le Docteur Marie-Odile RETHORE. Son utilisation en argument principal justifiant la stérilisation des personnes atteintes de déficience mentale n'est dès lors plus permise, non plus qu'admise en ce qu'elle est dépourvue de fondement. Désormais, il est possible d'affirmer que l'argument largement invoqué justifiant la suppression de la liberté de procréer de certains individus doit être « censuré pour manque de base scientifique ».

B-DES PRINCIPES BAFOUÉS

« L'entrée dans le troisième millénaire semble de prime abord conforter l'hypothèse qui nous réunit et selon laquelle nous cheminerions vers un millénaire des droits de l'Homme. (Mais) il semble en effet, que par l'un de ces paradoxes dont l'histoire est friande, le temps de la plus haute consécration de ces droits soit aussi celui qui tolère les atteintes à la personne même de l'homme ! »⁹⁰¹.

247. Problématique. On peut se demander si la légalisation de la possibilité d'une suppression de la faculté de procréer, d'une part sans consentement en l'absence d'aptitude à consentir, et par le biais d'une intervention chirurgicale d'autre part, peut être regardée en conformité avec le principe fondateur des droits de l'Homme que constitue la dignité de la personne humaine (1). La question se révèle d'un maniement délicat tant la faculté de procréer est intimement liée à la notion même de personne en tant qu'être. Par suite, un autre principe ne peut qu'être un peu plus déstabilisé, il s'agit du *noli me tangere* fondamental⁹⁰² (2).

⁹⁰¹B. PAUVERT, « Quel Homme pour les Droits de l'Homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique », in J. FERRAND (dir.), *Fondations et naissances des Droits de l'homme*, L'Harmattan, 2003, pp. 203 à 237.

⁹⁰²J. CARBONNIER.

1- Le principe de dignité de la personne humaine

248. Socle fondateur. Si les premiers textes relatifs aux droits de l'Homme ne font pas de référence explicite à la notion de dignité de la personne humaine, celle-ci n'en est pas moins présente dans l'esprit. Elle est en quelque sorte inhérente à la notion même d'être humain, comme fondement indépassable de l'humanité. La Cour européenne des droits de l'homme interprète ainsi la Convention EDH à la lumière de ce principe. Mais ce n'est qu'à la suite de la Seconde Guerre Mondiale que cette notion apparaît véritablement dans les textes proclamant les droits de l'homme⁹⁰³. Le recours à ce concept s'est multiplié et a été invoqué pour une diversité de situations. Si bien que « tout se passe comme si, désormais, ce concept prenait le relais des droits de l'Homme, impuissants à défendre l'individu contre les dangers contemporains qui le menacent »⁹⁰⁴. Le risque réside alors dans une dilution trop grande de ce principe qui conduirait à le vider de son sens originel et fondamental, ce qui desservirait la finalité de son existence et de sa proclamation⁹⁰⁵. Car il est clairement admis que « la dignité de la personne humaine est à l'origine des droits qui sont reconnus à l'homme, elle est le principe matriciel par excellence (...), elle est le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'Homme et partant, le droit des droits de l'Homme. En ce sens la dignité transcende les autres droits et libertés. Elle a un caractère absolu »⁹⁰⁶.

249. Analyse polysémique. Sa signification précise reste en revanche laborieuse à appréhender tant « la dignité humaine est sans doute d'abord une notion intuitive, plus facile à percevoir qu'à définir »⁹⁰⁷. Selon Bertrand PAUVERT, « cette quasi impossible définition s'explique sans doute par l'origine d'abord philosophique du principe, lequel n'intègre pas sans difficulté la terminologie juridique »⁹⁰⁸. Toutefois, dans la perspective qui nous intéresse ici, la

⁹⁰³V. par exemple la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, laquelle commence par la formule « considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous membres de la famille humaine... ».

⁹⁰⁴B. EDELMAN, « Publicité et dignité humaine », note sous CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, p.619, n°17.

⁹⁰⁵V. en ce sens, V. SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, chron., p. 61.

⁹⁰⁶B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, chron., p.285.

⁹⁰⁷B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *R.D.P.* 1999, p.165.

⁹⁰⁸B. PAUVERT, « Quel Homme pour les Droits de l'Homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique », in J. FERRAND (ss dir.), *Fondations et naissances des Droits de l'homme*, L' Harmattan, 2003, pp. 203 à 237.

conception de dignité de la personne humaine ne peut qu'être reliée à celle d'humanité. « C'est alors que le caractère polysémique de la notion de dignité de la personne autorise une autre lecture de l'idée d'humanité et qu'il devient possible d'assimiler la dignité, loin de toute dimension ontologique liée à l'humanité, à la seule dimension construite et rationnelle de la personne humaine. [Dès lors], ce n'est qu'à partir du moment où le sujet pense – se pense – de manière rationnelle qu'il accède à la dignité, celle-ci étant attachée non à la personne, mais à la personne douée de raison »⁹⁰⁹. Cette dichotomie entre le corps et la raison se trouve aujourd'hui amplifiée par la multiplication des procédés visant à empêcher l'apparition – la naissance – d'êtres dénués de capacité rationnelle. Dans ce sens, la dignité se trouvant liée à la capacité rationnelle de la personne, elle est sauvegardée. Par conséquent, « dès lors que la dignité ne se trouve envisagée que dans la seule perspective du caractère autonome d'un sujet doté de raison, il est certain que la naissance d'êtres humains affligés de tel ou tel handicap, d'ordre physique ou plus spécifiquement mental, porte assurément atteinte à cette conception de la dignité de l'être humain. Or, il se trouve que notre ordre juridique et social, pourtant fondé sur l'idée du respect des droits de l'homme en raison de la dimension ontologique que chacun porte en lui, accepte de plus en plus fréquemment de reconnaître que la vie de tel ou tel être humain se trouve marquée du sceau de l'indignité »⁹¹⁰.

C'est de cette analyse dont sont les premières victimes les personnes déficientes mentales, car de cette logique il ressort qu'elles doivent être écartées de la reproduction en ce qu'elles sont porteuses d'indignité. Partant du principe de dignité de la personne humaine, cette conception aboutit à leur imposer un principe général d'indignité ! Car, tel que l'écrit Monsieur Pierre ECHAVIDRE, « stériliser une personne sans son consentement pour l'empêcher de procréer c'est porter atteinte à sa dignité, c'est l'exclure de l'humanité en la traitant soit comme une chose, soit comme un animal. Une chose dont on modifie, sans l'en informer, la plomberie par la pose de clips. Un animal que l'on châtré comme le ferait un vétérinaire »⁹¹¹. A la seule différence que la personne handicapée devient autre, « irrémédiablement autre »⁹¹². En dépit de tout cela, et en fin de compte, comme le souligne Monsieur PAUVERT, à rebours du principe d'autonomie de l'individu, c'est la société en la personne du juge qui s'arroge le droit de

⁹⁰⁹Ibid.

⁹¹⁰B. PAUVERT, op. cit.

⁹¹¹P. ECHAVIDRE, cité in N. DIEDERICH, « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.26.

⁹¹²D. MOYSE, « Handicap mental : le même et l'autre », *Revue Européenne du Handicap Mental*, juin 1994, n°2.

considérer qu'une personne ne doit pas se reproduire, qu'elle est indigne de procréer. Ainsi, la dignité de la personne est liée à la qualité de son existence, et non à la seule existence. On aboutit à ce que des tiers puisse souverainement décider que l'absence d'une certaine qualité de vie en retire la dignité à son titulaire ⁹¹³. Dans son rapport général pour 2019 sur les droits des personnes handicapées, la rapporteuse spéciale affirme la valeur du principe de respect de la dignité au sens de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées : « le principe du respect de la dignité intrinsèque [...] doit, en particulier, être une considération primordiale. Le nombre d'occurrences du terme "dignité" dans la Convention est plus élevé que dans tout autre instrument universel »⁹¹⁴. Elle précise également la notion de dignité qui doit être entendue au sens de la Convention : « les termes "dignité intrinsèque" renvoient à la valeur inhérente à chaque personne. La reconnaissance de la dignité intrinsèque rappelle avec force que les personnes handicapées, du simple fait qu'elles sont humaines, méritent le respect et sont aussi dignes que les autres ».

250. Valeur normative du principe de sauvegarde de la dignité humaine. Le Conseil Constitutionnel, par une décision en date du 27 juillet 1994, a consacré la valeur constitutionnelle du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ⁹¹⁵. Selon lui, « il ressort [des termes du Préambule de la Constitution de 1946], que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Le concept consacré est d'autant plus fondamental que d'aucuns lui confèrent un caractère de supra-constitutionnalité ⁹¹⁶.

C'est ainsi qu'en application de ce principe, le Conseil d'Etat a pu juger que l'attraction de « lancer de nain », consistant à faire lancer un nain par des spectateurs, conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que par son objet même, cette pratique porte atteinte à la dignité de la personne humaine ⁹¹⁷. Si certains commentateurs ont estimé la décision trop contraignante au regard des libertés individuelles ⁹¹⁸,

⁹¹³B. PAUVERT, « Les droit de l'homme au risque de la bioéthique : la réification de la personne humaine en droit français », *op.cit.*

⁹¹⁴ Rapport général pour 2019 sur les droits des personnes handicapées, C. DEVANDAS-AGUILAR, Conseil des droits de l'homme, 43^{ème} session, 24 février-20 mars 2020, Assemblée Générale des Nations-Unies, A/HRC/43/41.

⁹¹⁵Cons. Const., décision n°94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Rec.* p. 100, cons. n°2.

⁹¹⁶V. en ce sens, S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématité du droit », *Archives de philosophie de Droit*, t.31, 1986, p.57.

⁹¹⁷CE Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *D.* 1996, 177, note G. LEBRETON ; *Rec.* p. 372.

⁹¹⁸G. LEBRETON, préc.

d'autres ont souligné que la position ainsi adoptée avait au moins le mérite de montrer la vigueur d'un principe ⁹¹⁹. Ceci, bien que l'autonomie de la volonté de l'individu n'était plus à démontrer. En revanche, une intervention législative autorisant la stérilisation contraceptive de personnes déficientes mentales dépourvues d'autonomie de volonté, n'a pas été déclarée inconstitutionnelle. Elle serait donc conforme au principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine... Comment dans ces conditions le Conseil Constitutionnel a-t-il pu déclarer la loi du 4 juillet 2001 conforme à la Constitution ? La loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, a été déférée dans les conditions prévues à l'article 61 alinéa 2 de la Constitution au Conseil Constitutionnel, par soixante sénateurs. Mais ceux-ci n'ont pas déposé dans leur saisine de conclusions à l'encontre de l'inconstitutionnalité de l'article 27 de la loi ⁹²⁰. Le Conseil Constitutionnel a rendu une décision de conformité de la loi à la Constitution ⁹²¹. Une seconde saisine est alors déposée à l'encontre de dispositions différentes de celles portant les griefs de la première⁹²². Cependant le Conseil Constitutionnel a alors considéré que « lorsque le Conseil a rendu une décision en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, il ne peut être saisi d'un nouveau recours contre le même texte » ⁹²³.

C'est ainsi que la situation aboutit à faire que « le législateur accepte que soit mené un combat pour que progressivement les « anormaux » disparaissent de l'humanité » ⁹²⁴. Partant, il semble qu'en fin de compte la consécration du principe de dignité va de pair avec la multiplication des procédés et législations permettant de lui porter atteinte. Ainsi que le constate Dominique THOUVENIN, il y a « un recours massif à ce terme ; tout est objet de dignité : la personne, le fœtus, le génome humain, les thérapies géniques... à tel point qu'on est en droit de s'interroger sur ce que masque une utilisation aussi incantatoire du mot, puisque chaque fois qu'il est invoqué ce sont de possibles atteintes à la personne qui sont discutées. (...) On a affaire à un principe qui se donne comme absolu, alors que sa fonction véritable est la fixation des

⁹¹⁹Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, Statut du corps humain, de ses éléments et produits, Feuille n°23, 15 juin 2000, p.2370.

⁹²⁰Cet article, prévoyant la possibilité d'une stérilisation de personnes majeures protégées, est devenu l'article 2123-2 du Code de la santé publique.

⁹²¹Cons. Const., 27 juin 2001, déc. n°2001-446 DC ; Voir sur cette décision, B. MATHIEU, « Une jurisprudence selon Ponce Pilate », *D.* 2001. 2533.

⁹²² Dont l'article 27 de la loi.

⁹²³Cons. Const., 4 juillet 2001, déc. n°2001-449 DC (cons. n°3) ; Voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « "Saisine sur saisine ne vaut" ou les insuffisances du contrôle de constitutionnalité à la française, *D.* 2001. 3374.

⁹²⁴A. BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain – les « anormaux » et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, n°149, 14 décembre 1994, p.30.

limites qui peuvent être apportées à la protection de la personne »⁹²⁵. Vraisemblablement, ces limites n'ont pas encore été considérées comme franchies s'agissant des personnes déficientes mentales et de leur stérilisation autorisée par la loi. Il reste que si « l'être doué de raison porte sa dignité en écharpe ; les autres... [sic] »⁹²⁶.

2- Le droit au respect du corps humain

251. Stérilisation contraceptive et droit au respect du corps humain. « *Ce corps, enveloppe de l'âme, constitue le siège de la dignité de l'homme et le droit organise donc la protection de ce corps, la dignité dont il est le support fondant son inviolabilité (...)* ».⁹²⁷ La consécration légale du droit au respect du corps humain a constitué l'apport principal de la loi du 29 juillet 1994⁹²⁸, dont les dispositions relatives à ce droit sont d'ordre public⁹²⁹. Ainsi, la personne en son corps bénéficie d'une protection juridique par la notion d'intégrité physique. Toutefois, la doctrine n'a jamais été unanime sur l'existence et la nature d'un « droit » de la personne à la protection de son intégrité physique⁹³⁰ et certains auteurs suggèrent plutôt d'y voir « une liberté... l'une des expressions de la liberté physique »⁹³¹. Il est traditionnellement admis que la protection de l'intégrité physique de la personne se traduit d'abord par une protection de celle-ci contre les atteintes des tiers. Ainsi le corps humain est-il considéré comme inviolable. C'est l'inviolabilité du corps humain en tant que règle fondamentale, qui justifie et assure la protection de l'intégrité physique de la personne. Toutefois, le principe n'est pas absolu puisqu'il ne fait pas obstacle à ce que des atteintes puissent être portées au corps humain pourvu qu'elles soient librement consenties et répondent à une finalité prévue par la loi.

⁹²⁵D. THOUVENIN, « Les lois n°94-548 du 1^{er} juillet 1994, n°94-653 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualités législatives Dalloz*, 1995, com. légis. p.149, n°70.

⁹²⁶-G. MEMETEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », in 4^{es} Journées René Savatier, Poitiers, 25-26 mars 1993, *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, coll. Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p.53.

⁹²⁷B. PAUVERT, « Les droits de l'homme au risque de la bioéthique ; la réification de la personne humaine en droit français », op. cit..

⁹²⁸Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994. Mod. par les lois du 6 août 2004, du 7 juillet 2011 et du 6 août 2013.

⁹²⁹V. article 16-9 du Code civil.

⁹³⁰Sur cette position et les discussions qui en découlent, I. ARNOUX, « Les droits de l'être humain sur son corps, cité » in Dictionnaire Permanent de Bioéthique et biotechnologies, Statut du corps humain de ses éléments et produits, Feuillet n°23, 15 juin 2000, p.2367.

⁹³¹J. CARBONNIER, cité in Dictionnaire Permanent de Bioéthique et biotechnologies, op. cit.

Certes, la stérilisation contraceptive répond à une finalité prévue par la loi, une nécessité médicale ou une impossibilité avérée de mettre en œuvre efficacement les méthodes de contraceptions traditionnelles, - ce qui ne signifie pas pour autant que cette finalité soit légitime – mais ces interventions ne peuvent être considérées comme librement consenties. Les conditions nécessaires à une atteinte au corps humain sans encourir la transgression du principe d'intégrité physique, et plus largement d'inviolabilité du corps humain, ne sont dès lors pas remplies. En effet, le principe d'inviolabilité du corps humain postule que nul ne peut être contraint de subir une intervention médicale ou scientifique sur son corps. Telle est bien la règle de portée générale qui ne peut supporter d'exception qu'autant que les deux conditions substantielles sont réunies. Si tel n'est pas le cas, le droit au respect du corps humain tel que consacré par l'article 16-1 du Code civil, qui puise au travers du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, un fondement constitutionnel ⁹³², est sans nul doute violé ⁹³³.

Mais le législateur de 1994 est allé encore plus loin en ne limitant pas la règle à la seule protection de l'intégrité corporelle. Il est allé au-delà en l'étendant à la protection de l'intégrité de l'espèce humaine. En vertu de l'article 16-4 du Code civil, « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ». Les dispositions semblent très claires pour des lecteurs avertis, tout comme pour ceux qui le sont moins. Elles signifient précisément « que certaines pratiques sont par elles-mêmes interdites (...). Il en est ainsi notamment (...) de la stérilisation forcée » ⁹³⁴. Malgré la clarté de cet article ainsi que du principe qui en découle, le législateur est allé à son encontre, d'autant que le Conseil de l'Europe préconisait lui aussi dans une recommandation du 23 mars 1994 relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme, qu'aucune atteinte irréversible ne soit portée aux capacités de reproduction des individus.

⁹³²V. en ce sens, Dictionnaire Permanent de Bioéthique et biotechnologie, Statut du corps humain, de ses éléments et produits, Feuillet n°23, 15 juin 2000, p.2370.

⁹³³V. à ce sujet et à titre de comparaison, J. MERTUS, S. HELLER, « Norplant meets the new eugenicists : The impermissibility of forced contraception », in Saint Louis University Public Law Review, 1992, Vol. 11, p.359-383. A propos d'une étude américaine qui établit qu'en décembre 1990 la Food and Drug Administration a approuvé l'utilisation d'implants contraceptifs auprès de femmes d'une certaine catégorie : cette atteinte à l'intégrité corporelle et à l'autonomie procréatrice se justifierait auprès de femmes dont les comportements addictifs ne permettraient pas qu'elles élèvent un enfant dans ce qui serait les conditions attendues par le corps social. Etude citée par B. ANDRIEU, « A qui appartient le corps ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.110.

⁹³⁴B. MATHIEU, « Le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP*, 1999, p.107.

§II- LA PRÉSERVATION DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTALES

252. Distinction de la liberté sexuelle et de la liberté de procréer. L'article 415 du Code civil énonce que la protection juridique des majeurs est assurée « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ». L'article 16 du même Code déclare que « la loi assure la primauté de la personne, [...] et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». La personne majeure protégée bénéficie donc, comme tout autre être humain, de la protection de ses droits et libertés fondamentales. Dans le domaine de la procréation, deux libertés peuvent être convoquées : celle relative à la sexualité, et celle relevant de la procréation. Car si elles étaient auparavant étroitement liées, voire confondues, les « révolutions sexuelles » et l'évolution des mœurs sont à l'origine de leur dissociation croissante. La sexualité n'a plus pour unique objectif la procréation, qui n'en est qu'une conséquence éventuelle (A). La procréation quant à elle, aura pour origine un fait naturel ou une technique artificielle (B).

A-LA LIBERTÉ SEXUELLE

253. Annonce de plan. La vie affective et sexuelle des personnes déficientes mentales constitue encore aujourd'hui un sujet délicat, qu'il est difficile d'aborder dans la société sans instaurer un sentiment de malaise. Ces personnes bénéficient pourtant par principe de la protection de leur vie sexuelle, au même titre que toute autre personne (1). Néanmoins, en pratique, l'accès à la sexualité pour les personnes handicapées relève souvent de l'utopie (2).

1- Les fondements de la liberté sexuelle

254. Dissociation de la sexualité et de la procréation. La sexualité ne se réduit pas au rapport sexuel, qui n'en est qu'un des aspects. Elle va bien au-delà, car son champ va intéresser et peser sur de nombreux aspects de la vie et du développement personnel. A tel point que désormais la référence à la « santé sexuelle » s'inscrit dans de nombreux travaux. L'Organisation Mondiale de la Santé la définit comme « un état de bien-être physique, mental

et social dans le domaine de la sexualité. Elle requiert une approche positive et respectueuse de la sexualité et des relations sexuelles, ainsi que la possibilité d'avoir des expériences sexuelles qui soient sources de plaisir et sans risque, libres de toute coercition, discrimination ou violence »⁹³⁵. La sexualité s'est peu à peu détachée de la procréation pour devenir une notion autonome⁹³⁶. L'expression de « vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité » dégagée en 1994, lors de la Conférence internationale sur la population et le développement qui s'est déroulée au Caire, constituera la « formule de référence » pour désigner la vie sexuelle dissociée de la procréation dans l'élaboration de travaux et textes ultérieurs⁹³⁷.

255. Reconnaissance de la liberté sexuelle. Aucun texte contraignant interne ou international ne consacre un droit à la sexualité⁹³⁸ : « le droit d'avoir des relations sexuelles n'est pas garanti sous la forme d'un “droit à ”⁹³⁹, le droit à la sexualité n'existe pas »⁹⁴⁰. Notre droit est particulièrement discret lorsqu'il s'agit de sexualité, sauf pour en poser les interdits légitimes. En revanche, la liberté d'entretenir des relations sexuelles tire sa légitimité de la libre disposition de son propre corps et du droit au respect de sa vie privée. La liberté sexuelle est une liberté individuelle qui constitue une composante de ce « droit matriciel » consacré par l'article 9 du Code civil⁹⁴¹. Le juge interne a ainsi affirmé que « la vie sexuelle fait incontestablement partie de la sphère privée »⁹⁴² et que « le respect de la vie sexuelle est une composante de la vie privée et une liberté individuelle et que toute restriction doit répondre à des finalités légitimes, doit

⁹³⁵Organisation Mondiale de la Santé, site internet : http://www.who.int/topics/sexual_health/fr/

⁹³⁶V. par exemple A. GIAMI, « Sexualité, santé et Droits de l'homme : l'invention des droits sexuels », *Rev. Sexologies* 2015, n°24, p.105-113, qui constate que « la déclaration des droits sexuels de la WAS [World Association for sexology] vient s'inscrire dans la nouvelle perspective qui se dessine en droite ligne d'un concept de santé sexuelle dissocié de la santé reproductive et centré sur le « droit au plaisir sexuel » ».

⁹³⁷A. GIAMI, op. cit.

⁹³⁸Ibid.; D. BORILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009 ; E. PETITPAS, *Les « droits sexuels » : un nouveau paradigme dans le système de protection des droits humains ?*, Mémoire de Master, ss. la dir. F. BENOIT-ROHMER, Strasbourg, Université Robert Schuman, 2008 ; F. CABARELLO, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010. En revanche, des organisations internationales de plus en plus nombreuses élaborent des Déclarations des droits sexuels. Voir par exemple la Déclaration des droits sexuels de l'International Planned Parenthood Federation (IPPF) de 1996, révisée en 2008, ainsi que la Déclaration des droits sexuels de la World Association for Sexology (WAS), Valence 1997, et Hong Kong 1999.

⁹³⁹D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 13.

⁹⁴⁰J.-B. THIERRY, « Appréhension juridique de la sexualité des personnes handicapées : le droit a-t-il réponse à tout ? », in *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Toulouse, Erès, Pratique du champs social, 2011, p. 143.

⁹⁴¹J.-C. SAINT-PAU, *Juris-Classeur Communication*, Fasc.34 : Droit au respect de la vie privée, spéc. Points-clés et n°54 et 55.

⁹⁴²TGI Bordeaux, 1^{re} ch. Civ, 27 juillet 2004, *D.* 2004, Jur., p. 2392, note E. AGOSTINI ; *Somm.*, p. 2965, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. Fam.*, septembre 2004, p. 22 et octobre 2004, p. 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

être adéquate et proportionnée »⁹⁴³.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a, elle aussi, reconnu un principe de liberté sexuelle comme partie intégrante du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) : le droit au respect de la vie privée suppose « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »⁹⁴⁴. C'est dans cette perspective que chacun dispose du droit de mener sa vie sexuelle en conformité avec son identité profonde⁹⁴⁵. La CEDH a dégagé le concept d'autonomie personnelle, qui désormais « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »⁹⁴⁶. A la lumière de ce concept, elle a consacré le droit à disposer librement de son corps, dont le droit d'entretenir des relations sexuelles⁹⁴⁷, et plus largement le « droit à l'autodétermination sexuelle »⁹⁴⁸. Cette liberté sexuelle consacrée en tant que partie intégrante du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et interprétée à la lumière du concept d'autonomie personnelle, a surtout été mise en œuvre à l'occasion de questions relatives à l'identité sexuelle⁹⁴⁹ ou à l'orientation sexuelle⁹⁵⁰. Ce fut le cas également pour des questions soulevées par des pratiques sexuelles⁹⁵¹. Ainsi, la liberté sexuelle protégée par le principe d'autonomie personnelle permet-elle de pratiquer librement des relations sexuelles sadomasochistes.

⁹⁴³Voir J. HAUSER, « Personnalité du majeur protégé : relations sexuelles et droit de vote », *RTD civ.* 2013. 91, à propos de l'arrêt CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n° 11BX01790, *AJDA* 2013. 115, concl. D. KATZ ; *D.* 2013. 312, obs. F. VIALLA - Dijon, 6 juin 2012, n° 12/00220, *AJfam.* 2012. 507, obs. T. VERHEYDE.

⁹⁴⁴Comm. EDH, déc., 13 mai 1976, X c/ Islande, *D. et R.*, 5, p.86 ; Le principe a été souvent réaffirmé par la CEDH, mais sans reprendre exactement une formulation identique : relève de l'article 8§1 « le droit pour l'individu de nouer et d'entretenir des relations avec ses semblables », CEDH, 16 déc. 1992, Niemietz c/ Allemagne, n°13710/88 ; CEDH 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, n°2346/02, *D.* 2002, IR, p. 1596.

⁹⁴⁵CEDH, 27 sept. 1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, *JCP G*, 2000, I, 203, note F. SUDRE ; CEDH, 26 mars 1985, X et Y c/ Pays-Bas.

⁹⁴⁶CEDH, 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni n°2346/02, *RTD Civ.* 2002, 482, obs. J. HAUSER, et 858, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁹⁴⁷CEDH, 17 fév. 2005, K.A. Et A. D. c/ Belgique, n°42758/98 et 45558/99, *D.* 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN ; *RTD Civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁹⁴⁸CEDH, 12 juin 2003, Van Kuck c/ Allemagne, n°35968/97.

⁹⁴⁹CEDH 11 juill. 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, n°28957/95.

⁹⁵⁰Voir par exemple CEDH, 22 oct. 1981, Dudgeon c/ Royaume-Uni, série A, n°45, F. SUDRE *et al.*, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2ème éd., 2004, p. 346 et s.

⁹⁵¹CEDH, 17 fév. 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique, *op. cit.*

256. Limites à la liberté sexuelle. Les limites à la liberté sexuelle demeurent néanmoins le consentement de la personne et l'ordre public⁹⁵². Ce n'est que lorsque l'une de ces limites est franchie que le droit intervient en matière de sexualité. La liberté sexuelle suppose en effet la liberté d'accomplir l'acte ou de ne pas l'accomplir. La volonté est au centre de la liberté sexuelle, comme de toute liberté : l'une ne peut s'exercer sans l'autre. « Cette nécessité première de protéger le caractère consensuel de la relation sexuelle »⁹⁵³ justifie que le droit offre une protection particulière aux personnes vulnérables⁹⁵⁴, dont le consentement est par principe présumé défaillant. Le droit pénal aggrave les peines encourues en matière d'agressions sexuelles et de viol lorsqu'ils sont commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité est apparente ou connue de l'auteur⁹⁵⁵. La maladie ou la déficience physique ou psychique constituent des causes de cette particulière vulnérabilité. Une autre circonstance aggravante permet de protéger la personne vulnérable d'un consentement qui pourrait être obtenu sous contrainte, physique ou morale, de la part de toute personne qui aurait sur elle une autorité de fait ou de droit⁹⁵⁶. Notre législation se conforme ainsi à la jurisprudence de la Cour EDH qui impose une obligation positive à la charge des Etats en la matière⁹⁵⁷, tout en garantissant le principe de non ingérence des Etats dans l'exercice de la liberté sexuelle consentie et privée⁹⁵⁸. Cette protection ainsi offerte aux personnes vulnérables, dont les personnes déficientes mentales font partie, conduit toutefois à compliquer leur accès à la sexualité pleinement consentie.

⁹⁵²J. BERNARD, *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, ss la dir. B. PY, Thèse, juillet 2013, p.366.

⁹⁵³D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508.

⁹⁵⁴Dont la vulnérabilité peut avoir pour origine l'âge, une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique ou un état de grossesse.

⁹⁵⁵Voir les articles 222-29 C. pén. pour les agressions sexuelles et 222-24 C. pén. pour le viol.

⁹⁵⁶Art. 222-30 C. pén.

⁹⁵⁷CEDH, 26 mars 1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, Série A, n°91. La Cour précise : « Etant donné qu'en matière sexuelle, le consentement est un élément généralement décisif pour déterminer si un certain comportement relève ou non du domaine pénal, l'impossibilité pour les personnes des catégories précitées [les personnes handicapées mentales] de former ou d'exprimer leur volonté exige de la part des autorités des mesures de protection qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour les sujets en pleine possession de leurs capacités physiques et mentales ». Voir D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 111.

⁹⁵⁸N. DEFFAINS, « La liberté sexuelle : quelle liberté ? Quel régime ? », in N. DEFFAINS et B. PY, (dir.), *Le sexe et la norme*, PUN, 2010, p.37.

2- L'accès à la sexualité pour les personnes déficientes mentales

257. Annonce de plan. Si la liberté d'avoir une vie sexuelle ne leur est pas formellement interdite par les textes, la protection octroyée par le droit aboutit à les exclure de l'exercice de cette liberté⁹⁵⁹, particulièrement lorsqu'ils résident en établissement spécialisé (a). Cet état de fait conduit à la revendication de plus en plus prégnante d'un accès à la sexualité pour les personnes en situation de handicap (b).

a- La sexualité en établissement spécialisé

258. Restrictions à la liberté sexuelle. L'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles garantit à toute personne accueillie dans les établissements sociaux et médico-sociaux l'exercice de ses droits et libertés individuelles, et notamment « Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement », dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur. L'exercice de la sexualité constituant une liberté individuelle protégée par le droit au respect de la vie privée, les personnes handicapées mentales devraient pouvoir entretenir des relations sexuelles consenties dans le cadre de l'intimité de leur lieu de séjour privatif⁹⁶⁰.

Mais de nombreux établissements préfèrent ignorer la sexualité de leurs résidents⁹⁶¹, ou restreignent les rapprochements sexuels, voire seulement affectifs entre pensionnaires⁹⁶². D'autres encore interdisent aux résidents toute relation de nature sexuelle ou affective dans leur règlement intérieur⁹⁶³, se fondant sur l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique relatif aux

⁹⁵⁹Voir Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 1961, *Gaz. Pal.* 1962, 1^{ère} Sem. Jur., 195, cité par D. BORRILLO in *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 111, pour qui « Le principe est celui selon lequel les handicapés mentaux du premier degré sont présumés ne jamais consentir à des rapports sexuels. Depuis 1961, les juges sont particulièrement stricts en la matière car, même sans violence ou surprise, un rapport sexuel entre une jeune fille de 16 ans « arriérée mentale » et un jeune homme valide est considéré comme un viol [...] faisant donc de son amant un criminel ».

⁹⁶⁰ Sur le statut de la chambre d'hôpital, en établissement social ou médico-social, voir CA Paris, 17 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986, p. 429 ; Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, cité par J. BERNARD, *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, thèse de doctorat en Droit privé et Sciences criminelles ss la dir. B. PY, Université de Lorraine, juillet 2013, n°416, p.366-367.

⁹⁶¹ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p.117 ; M. BARILLET-LEPLEY, *Sexualité et handicap : le paradoxe des modèles : d'Alter à Alius, du statut d'adulte au statut d'handicapé*, Paris, L'Harmattan, 2001.

⁹⁶² En ce sens, les faits qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 mars 2016 en sont un exemple éclairant : CA Paris, 9 mars 2016, n°15/07071, *RDSS* 2016, p.781, obs. P. VERON.

⁹⁶³ Voir F. VIALLA, « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », *RDS* n°45, 2012, p.23-35, qui constate que le règlement intérieur de certains établissements assimile l'acte sexuel

hospitalisations psychiatriques sans consentement, lequel énumère les droits que conservent les patients concernés, « en tout état de cause », mais dont l'exercice de la liberté sexuelle ne fait pas partie. Cette disposition précise ainsi, relativement à l'exercice des libertés individuelles, que « lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis ». Cette restriction à l'exercice des libertés individuelles, dont la liberté sexuelle est une composante, étendue de façon générale et absolue dans un règlement de fonctionnement d'une unité de soins psychiatrique, a été censurée par la jurisprudence⁹⁶⁴.

259. Consentement et liberté sexuelle. Le souci de protection de ces majeurs vulnérables est très - trop ? - souvent avancé pour justifier ces restrictions à la liberté d'entretenir des relations affectives et/ou sexuelles. Mais c'est oublier que la loi du 5 mars 2007 a posé en principe que la protection juridique des majeurs « est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »⁹⁶⁵. Elle est également venue préciser, s'agissant des relations inter-individuelles, que la personne protégée « entretient librement des relations personnelles avec tout tiers »⁹⁶⁶. Ce n'est qu'en cas de danger ou lorsque sa volonté ne dispose d'aucune autonomie que la protection pourra s'interposer dans la relation personnelle entre la personne protégée et le tiers⁹⁶⁷.

Car c'est bien la question du consentement dans la relation personnelle, y compris sexuelle, qui constitue le cœur de cette liberté. Et si les personnes vulnérables doivent être protégées, le régime de protection juridique dont la plupart bénéficie ne doit pas avoir pour effet de leur interdire l'exercice de leur liberté sexuelle. Lorsqu'ils sont en mesure d'exprimer une volonté libre et autonome, leur décision d'avoir une relation sexuelle dans l'intimité avec un tiers, lui aussi pleinement consentant, ne semble pas pouvoir être entravée par notre droit⁹⁶⁸. Il en va du

à un comportement inacceptable susceptible de sanctions, tout comme le vol.

⁹⁶⁴CAA Bordeaux, 2ème ch., 6 nov. 2012, n°11BX01790, JurisData n°2012-031255 ; Ch.-A. DUBREUIL, « Reconnaissance de la liberté sexuelle au profit des personnes hospitalisées sans consentement », *JCP AC*, Déc. 2012, n°50, act.885. Voir également M. GIRER, G. ROUSSET, « Sexualité et règlement intérieur en psychiatrie », *in* Dossier Droit des usagers- Les dessous de la sexualité, *Juris assoc.* 2015, n°530, p.20.

⁹⁶⁵Art. 415 C. civ.

⁹⁶⁶Art. 459-2, al 2. C. civ.

⁹⁶⁷Art. 459-2, *in fine*.

⁹⁶⁸ Voir J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », art. 6, Dossier « La protection de la personne majeure

respect du principe d'autonomie et des libertés individuelles affirmés par la réforme du 5 mars 2007. En revanche, lorsque le majeur protégé ne possède pas de volonté autonome, le mécanisme juridique de protection doit prendre le relais. Cette décision, si personnelle, ne peut accepter aucune assistance ou représentation : comment pourrait-on en effet imaginer l'application du mécanisme de prise de décision en matière personnelle de l'article 459 du Code civil s'agissant de l'accomplissement d'un acte sexuel ? Ce consentement ne peut relever que de la capacité naturelle de la personne, car il s'agit d'un acte « dont la nature implique un consentement strictement personnel »⁹⁶⁹. La liste de l'article 458 du Code civil n'étant pas exhaustive, l'on peut également ajouter, avec Madame LAMARCHE, que « l'article 458 du Code civil relatif aux actes strictement personnels (notamment déclaration de naissance d'un enfant, reconnaissance, acte de l'autorité parentale) en témoigne *a contrario*, dès lors que ces actes sont en réalité des conséquences juridiques éventuelles de cette liberté sexuelle »⁹⁷⁰. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est en effet prononcée, au visa de l'article 458, affirmant que « les relations sexuelles relèvent par définition des actes strictement personnels, de sorte que l'autorisation préalable du juge des tutelles n'est pas nécessaire »⁹⁷¹.

b- La revendication de l'accompagnement sexuel

260. Assistance sexuelle. La loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a instauré un principe de compensation des conséquences du handicap⁹⁷². Elle dispose en effet en son article 11, codifié à l'article L 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles que « la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie. Cette compensation consiste à répondre à ses besoins [...] ». Se fondant sur ce texte, des voix de personnes handicapées se sont élevées pour réclamer un accompagnement à la sexualité, ou encore une assistance sexuelle qui leur

vulnérable, ou comment concilier protection et autonomie ? », *Dr. Fam.* 2011, p.28, pour qui, envisageant le majeur protégé acteur d'une procréation, « dans le cadre des procréations à l'ancienne, ou encore en alcôve, le droit n'a rien à dire [...] ».

⁹⁶⁹ Art. 458 al.1er C. civ. La discussion peut en revanche porter sur la nature juridique de l'acte sexuel, lequel ne constitue pas un acte juridique, mais bien un fait juridique.

⁹⁷⁰ M. LAMARCHE, « Hospitalisation psychiatrique et liberté sexuelle : l'une n'exclut pas l'autre. Vers la révolution sexuelle pour les personnes vulnérables ? », *Dr. Fam.*, Fév. 2013, n°2, alerte 5.

⁹⁷¹ CA Paris, 9 mars 2016, n°15/07071 : *RDSS* 2016, p.781, obs. P. VERON.

⁹⁷² Loi n°2005-102 du 11 février 2005, JO du 12 fév. 2005.

permettrait de compenser autant que faire se peut les conséquences de leur handicap dans ce domaine ⁹⁷³. Il n'existe pas de définition juridique de l'assistance sexuelle ou de l'accompagnement sexuel. Ces deux expressions se rejoignent d'ailleurs le plus souvent lorsque les spécialistes les évoquent, mais leur délimitation reste floue ⁹⁷⁴. Dans un rapport parlementaire rendu sur la prostitution, l'assistance sexuelle a été définie comme « un service sexuel rendu, par des personnes spécifiquement formées, à des personnes handicapées, contre rémunération »⁹⁷⁵. Une telle définition révèle immédiatement le problème de droit inhérent à la revendication de l'assistance sexuelle : elle entre dans le champ de la définition de la prostitution telle que développée par la Cour de cassation selon laquelle l'acte de prostitution « consiste à se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »⁹⁷⁶. Si la prostitution n'est pas interdite en tant que telle en France⁹⁷⁷, le proxénétisme est réprimé⁹⁷⁸, tout comme le recours à la prostitution depuis la loi 13 avril 2016⁹⁷⁹. Dans le cadre de l'assistance sexuelle, la personne handicapée tomberait sous le coup de la loi nouvelle en ayant recours à un acte prostitutionnel, de même que la personne de son entourage qui l'aiderait à y avoir recours. Le Comité Consultatif National d'Ethique s'était d'ailleurs prononcé contre l'instauration de l'assistance sexuelle en France⁹⁸⁰.

⁹⁷³Voir M. NUSS (dir.), *Handicaps et sexualités. Le livre blanc*, Paris, Dunod, 2008.

⁹⁷⁴Voir J.-B. THIERRY, « Appréhension juridique de la sexualité des personnes handicapées : le droit a-t-il réponse à tout ? », in *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Toulouse, Erès, 2011, p. 143-157. M. Thierry constate qu'« il n'existe pas d'unanimité sur les définitions de ces pratiques qui sont très variées : il peut s'agir d'une aide à la relation sexuelle – si l'accompagnant aide deux personnes à se positionner, se coucher, se relever, etc.-, mais également de caresses érotiques, voire de relations sexuelles. ». D'autres définitions ont été proposées : Selon M. Nuss, « l'accompagnement sexuel consiste à prodiguer des prestations sexuelles à des personnes ayant un handicap, en contrepartie d'une rémunération », M. NUSS, « Accompagnement à la vie affective et sexuelle », in P. PITAUD (dir.), *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Erès, 2011, p.187 ; Selon M. GAMALEU-KAMENI, « littéralement, l'assistance sexuelle est le fait de soutenir ou de secourir sexuellement une personne », Ch. GAMALEU-KAMENI, « Peut-on légiférer à propos de l'assistance sexuelle en France ? », *Rev. Médecine et Droit* 2013, p. 181-186.

⁹⁷⁵G. GEOFFROY, *Rapport en conclusion des travaux d'une mission sur la prostitution en France*, 31 avril 2011, Rapp. Ass. Nat. n°3334, p.282.

⁹⁷⁶Cass. Crim, 27 mars 1996, n°96-82016, Bull. Crim. n°138, p. 396, RSC 1996, 853, obs. Y. MAYAUD. Voir également sur le rapprochement assistance sexuelle et prostitution J. BERNARD, B. PY (dir.) *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Lorraine, juillet 2013, spéc. n°436, p.383.

⁹⁷⁷Voir R. PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », RSC 2016, p.373.

⁹⁷⁸Art. 225-5 et 225-6 C. pén.

⁹⁷⁹Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées a instauré la contravention de recours à la prostitution à l'article 611-1 du Code pénal, qui devient délictuel en cas de récidive, prévu à l'alinéa 1er de l'article 225-12-1 du même code. Désormais, ce n'est plus la personne qui se livre à la prostitution qui est sanctionnée (suppression de l'infraction de racolage), mais celle qui y a recours.

⁹⁸⁰CCNE, Avis n°118 du 27 septembre 2012, *Vie affective et sexuelle des personnes handicapées, Question de l'assistance sexuelle*. Voir pour une analyse de cet avis, P. BRASSEUR et P. DETUNCQ, « L'assistance sexuelle : Qu'est-ce à dire ? Quels enjeux ? », *Rev. Vie sociale et Traitements*, 2014/3, n°123, p. 51-56.

En revanche, les formations à l'assistance sexuelle ou à l'accompagnement sexuel ne sont pas illicites⁹⁸¹.

L'assistance sexuelle -ou accompagnement sexuel - est reconnue et mise en place dans plusieurs pays voisins tels la Belgique, les Pays-Bas, le Danemark, l'Allemagne ou la Suisse⁹⁸². Cette dernière a choisi d'instaurer une législation expressément dérogatoire à la prostitution au bénéfice de l'assistance sexuelle, distinguant ainsi clairement les deux activités⁹⁸³. Ce n'est pas le chemin emprunté par le législateur français au vu de la loi nouvelle sur la prostitution⁹⁸⁴, tandis que certaines associations, au premier rang desquelles l'APPAS⁹⁸⁵, considèrent que l'accompagnement sexuel en France est pourtant « une réalité en marche »⁹⁸⁶.

⁹⁸¹TGI Strasbourg, ord. Réf. 6 mars 2015, n° 2015/205. Voir B. PY, « Quand une juridiction statue sur la licéité d'une formation à l'accompagnement sexuel sur le sol français », *RDS* 2015, n°65, p. 464-467 ; P. CASSAN, « Sexe et handicap : la nécessité de légaliser le recours aux assistants sexuels », *RDS* 2016, n°72, p. 485-490.

⁹⁸²P. CASSAN, et B. PY, op. cit.

⁹⁸³Loi L. Prost (10447) -I2 49 sur la prostitution : « *les assistants sexuels pour personne handicapée au bénéfice d'une formation adéquate n'entrent pas dans le champ d'application de la présente loi* », citée in B. PY, op. cit. Voir M. BANIC, *L'assistance sexuelle et la prostitution*, Mémoire de master 2 sciences criminelles, Nancy, 2012, p. 23. Sur l'assistance sexuelle en Suisse, voir par ex. C. AGTHE DISERENS, « L'assistance sexuelle : une suppléance possible pour encore « grandir » ? Situations de handicaps, réflexion éthique et esquisses de réponses concrètes », *Archives de Pédiatrie* 2012, 19, p. 200-2001.

⁹⁸⁴Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, JO 14 avril 2016. Avant l'intervention de cette loi, Monsieur DUCHOSAL envisageait pourtant cette solution pour la France, qui permettrait, tout comme pour la Suisse, de légitimer l'assistance sexuelle : « Il conviendrait de créer un régime juridique dérogatoire en leur faveur ; Il s'agirait alors de créer une permission, un cas de légitimation de la loi pour exonérer les personnes procédant à l'acte d'entremise de toute répression », O. DUCHOSAL, « L'assistance sexuelle : revendications, état de droit et perspectives », *Juris associations* 2015, n°530, p.21.

⁹⁸⁵Association pour la promotion de l'accompagnement sexuel, www.appas-asso.fr.

⁹⁸⁶M. NUSS (Président-fondateur de l'Association pour la promotion de l'accompagnement sexuel) et J. NUSS, « Handicaps, sexualités et politiques », Dossier : droit des usagers- Les dessous de la sexualité, *Juris associations* 2015, n°530, p.24.

B-LA LIBERTÉ DE PROCRÉER

« *N'est-ce pas le prolongement du droit à la vie que celui de la transmettre ?* »⁹⁸⁷.

261. Annonce de plan. La suppression de la faculté de procréer s'est trouvée au cœur des débats et enjeux relatifs à la stérilisation contraceptive des majeurs protégés⁹⁸⁸. C'est une faculté inhérente à la personne, un attribut intrinsèque à l'être humain. La procréation constitue non seulement une faculté, dont le corps humain est possesseur, mais au-delà, elle constitue une liberté individuelle, dont le prolongement se situe dans le droit de décider de procréer ou pas. C'est un droit que l'on peut qualifier de « droit-liberté »⁹⁸⁹, reconnu par un certain nombre de textes supranationaux (1), mais aussi objet de conceptions doctrinales plurielles (2).

1-Une reconnaissance textuelle

262. Droit sacré. Dans notre Code civil, il est nécessaire de rappeler que rien ne limite l'accès à la maternité et à la paternité pour les personnes déficientes mentales. A cet égard un juge de Poitiers a déclaré, le 11 juin 1982, qu'une personne incapable majeure a « le droit le plus sacré de mettre au monde un enfant qu'elle désire »⁹⁹⁰. Aucun texte de notre droit interne ne consacre expressément, sinon le droit de procréer, la liberté individuelle de procréer. Mais la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), applicable en France depuis le 20 mars 2010, affirme à l'article 23 §1, le droit de fonder une famille, ainsi que « le droit de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances ainsi que le droit d'avoir accès, de façon appropriée pour leur âge, à l'information et à l'éducation en matière de procréation et de planification familiale; et à ce que les moyens nécessaires à l'exercice de ces droits leur soient fournis ». Enfin, la CIDPH déclare que « Les personnes handicapées, y compris les enfants, conservent leur fertilité, sur la

⁹⁸⁷J. ROBERT et J. DUFFAR, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1994, p.205.

⁹⁸⁸Cf art. 16-4 C. civ : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ».

⁹⁸⁹ Par opposition aux « droit-créances ». V. par ex. L. CORRE, « Les “droits-créances” et le référé-liberté », DA n°2, fév. 2012, étude 3 ; L. FAVOREU et al., *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7è éd. 2015, n°210 et s. p. 171 et s.

⁹⁹⁰Cité par P. ECHAVIDRE, « Procréation et exercice de la fonction parentale chez les personnes dites handicapées mentales », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.149.

base de l'égalité avec les autres »⁹⁹¹. La Cour EDH, à l'image de la place qu'elle a reconnue à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, a affirmé que la Convention européenne des droits de l'homme devait être lue à la lumière de la CIDPH⁹⁹². Faisant œuvre d'interprétation dynamique⁹⁹³ de la Convention européenne des droits de l'homme, elle a dégagé certains principes en la matière (a). D'autres instruments internationaux font référence à la liberté de procréer de façon explicite, même si tous ne sont pas contraignants (b).

a-La Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH)

263. Le droit de procréer au regard de la Convention EDH. Le droit de procréer n'est pas protégé en tant que tel par la Convention EDH. Toutefois, l'article 2 dispose que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ». Cet article est relayé par l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, lequel dispose que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine ». Ces deux textes ne consacrent pas explicitement le droit de procréer, mais ils sont généralement invoqués par les géniteurs qui y voient le « droit de donner la vie », c'est-à-dire le droit de procréer⁹⁹⁴. Selon Robert BADINTER, « le droit à la vie est le droit de tout être humain de donner la vie (...) »⁹⁹⁵. Mais cette interprétation semble peut-être quelque peu trop extensive pour l'appliquer valablement à la reconnaissance du droit de procréer. L'article 2 tend plutôt à s'appliquer en aval de la procréation et partant, d'un droit de procréer.

L'article 12 de la Convention consacre toutefois le droit de se marier et de fonder une famille. Dans la mesure où fonder une famille signifie notamment exercer sa faculté de procréation, puis établir un lien de droit entre le parent et l'enfant, il découlerait du droit de fonder une famille, le droit de procréer. Si, dans un premier temps, la Cour EDH refusait d'envisager l'indépendance des deux droits énoncés à l'article 12⁹⁹⁶, elle s'est finalement ralliée à la position prise par la

⁹⁹¹ Art. 23 §1 c) CIDPH.

⁹⁹² CEDH, 23 février 2016, n°51500/08, Çam c/ Turquie : JurisData n°2016-004822 ; *JCP G* 2016. 374. Note L. AUDOUY.

⁹⁹³-F. SUDRE, Convention européenne des droits de l'homme- Droits garantis, Juris Cl. Europe Traité, fasc. 6525.

⁹⁹⁴-I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, PU Bordeaux, 1995, p.300-301.

⁹⁹⁵-R. BADINTER, cité par I. ARNOUX, op. cit., p.459.

⁹⁹⁶Elle a tout d'abord rappelé que la droit de fonder une famille « ne se conçoit guère sans celui de vivre ensemble » (ABDULAZIZ, CABALES et BALKANDALI, 28 mai 1985, A. 94, *GA*, n°24, § 62.), pour ensuite affirmer qu'en « garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent (...) le but poursuivi [de l'article 12] consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (REES, 17 octobre 1986, A. 106, *GA*, n°26.).

Commission européenne des droits de l'homme, dissociant mariage et procréation. La Commission a ainsi admis le droit au mariage des détenus en estimant que « l'essence du droit de se marier consiste...à former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme »⁹⁹⁷. Elle a ainsi admis que l'impossibilité d'avoir des rapports conjugaux n'est pas un obstacle au mariage, et dissocié par là même le droit de se marier de celui de fonder une famille. En particulier, la Commission a pu affirmer que le lien opéré dans la Convention EDH entre mariage et famille ne permettait pas d'en déduire que la capacité de procréer en serait une condition fondamentale, ni même que la procréation en soit une fin essentielle⁹⁹⁸. Elle a d'ailleurs estimé, dans une affaire relative aux droits d'un détenu, que si le droit de fonder une famille est un droit absolu, cela ne signifie pas qu'il faille donner à tout moment à une personne la possibilité de procréer⁹⁹⁹. La Cour EDH s'est ralliée à la position de la Commission, dans son arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*, en déclarant que « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier »¹⁰⁰⁰. Mais le droit de fonder une famille au sens de la Convention EDH suppose la préexistence d'un couple¹⁰⁰¹, et « force est [...] de constater que les aspects les plus sensibles du droit de fonder une famille sont appréhendés au titre de l'article 8 »¹⁰⁰². En effet, si le droit de fonder une famille contient intrinsèquement la procréation, artificielle ou naturelle, l'inverse n'est pas toujours vrai : ainsi que le souligne le Professeur HAUSER, « coucher, procréer n'est pas forcément famille fonder [...] »¹⁰⁰³.

C'est sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH, et plus particulièrement le droit au respect de la vie privée interprété à la lumière du concept d'autonomie personnelle, que la Cour EDH a reconnu « le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en

⁹⁹⁷Comm. EDH, *HAMER c/ Royaume-Uni*, Rapp. 13 décembre 1979, *D. et R.*, 24, p.5 ; puis CEDH, *Frasik c/ Pologne*, 5 janvier 2010, n°22933/02 ; *GACEDH*, n°50.

⁹⁹⁸Comm. EDH, *VAN OOSTERWIJCK c/ Belgique*, Rapp. 1^{er} mars 1979, Série B, vol.36, § 59.

⁹⁹⁹Comm. EDH, 21 mai 1975, X c/ Royaume-Uni, n° 6564/74, D. et R n°2, p.105.

¹⁰⁰⁰CEDH, gde. ch., *GOODWIN c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, *GACEDH*, n°45.

¹⁰⁰¹CEDH, 26 févr. 2002, *FRETTE c/ France*, n° 36515/97 : *Rec. CEDH* 2002, I ; *JCP G* 2002, II, 10074, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; ; *D.* 2002. Somm. 2024, obs. GRANET ; et *D.* 2002. 2569, obs. COURTIN ; *JCP* 2002. I. 165, n° 6, obs. FAVIER ; *RJPF* 2002-4/30, obs. LE BOURSICOT ; *Dr. et patr.* juin 2002. 107, obs. LOISEAU ; *AJDA* 2002. 401, étude POIROT-MAZERES ; *LPA* 10 juill. 2002, p. 10, note VASSEUR-LAMBRY et CARIUS ; *Dr. fam.* 2002. Étude 19, par DEBET ; *RTD civ.* 2002. 280, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2002. 389, obs. MARGUENAUD. .

¹⁰⁰²C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, Coll. Université, 1^{ère} éd. 2016, p.185.

¹⁰⁰³J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », in La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?, Actes du colloque, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. fam.* n°2, Février 2011, article 6, p. 28.

avoir »¹⁰⁰⁴. Autrement dit, la Cour EDH reconnaît le droit au respect de la décision de procréer ou de ne pas procréer : « le droit de procréer naturellement constitue un droit-liberté »¹⁰⁰⁵, par opposition à un droit-créance, qui « est un pouvoir d'autodétermination que l'homme peut exercer sur lui-même et qui implique de la part des Etats et de tout individu un devoir de non-ingérence »¹⁰⁰⁶. La Cour a également reconnu « le droit de choisir les circonstances dans lesquelles devenir parent »¹⁰⁰⁷. Le droit de procréer, envisagé comme le droit au respect de la décision d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant naturellement est donc protégé par la Convention EDH. En revanche, il n'existe pas de « droit de procréer artificiellement »¹⁰⁰⁸, mais un « droit des parents de procréer un enfant indemne de la maladie génétique dont ils sont porteurs »¹⁰⁰⁹.

b-Les autres instruments internationaux

264. Annonce de plan. La Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes présente un intérêt inattendu dans le cadre des interrogations portant sur la reconnaissance du droit de procréer. Mais d'autres textes internationaux ne sont pas en reste en la matière, moyennant la reconnaissance d'un droit à la santé sexuelle et génésique.

¹⁰⁰⁴CEDH, gde ch., EVANS c/ Royaume-Uni, 10 avril 2007, n° 6339/05, §71, *RDSS* 2007, p.810, note D. ROMAN ; *D.* 2007, 1202, obs. DELAPORTE-CARRE ; *RTD civ* 2007, 295, obs. MARGUENAUD, et 545, obs. HAUSER.

¹⁰⁰⁵E. BLONDEAU-DEBRIGODE, *La famille monoparentale et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA de Droit privé, ss la dir. de Monsieur DUPUIS, Univ. du Droit et de la Santé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille II, année 1998-1999, p.16-17.

¹⁰⁰⁶M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les PMA », *RTD Civ.*, 1988, p.664.

¹⁰⁰⁷CEDH, TERNOVSKY c/ Hongrie, 14 déc. 2010, §26, *JCP G* 2010, act. 1322, GRABARCZYK.

¹⁰⁰⁸Voir ce point les développements de C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, Coll. Université, 1^{ère} éd. 2016, p.186, n°338 ; F. SUDRE, *Convention européenne des droits de l'homme- Droits garantis*, Juris-Cl. Europe Traité, fasc. 6525, n°17 ; ainsi que L. LAMBERT-GARREL, « La Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas de droit subjectif « à procréer » en faveur des couples stériles », obs. à propos de l'arrêt CEDH, gr. ch., S.H. et autres c/ Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, *RDS* 2012, n°46, p.274.

¹⁰⁰⁹ CEDH, COSTA et PAVAN c/ Italie, 28 août 2012, n°54270/10, *RTD Civ.* 2012, 697, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJ fam.* 2012. 552, comm. A. DIONISI-PEYRUSSE ; Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies, sept. 2012, bull. n° 229, p. 4, note D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* nov. 2012. Comm. 170, obs. G. PUPPINK ; *JCP* 2012, n° 43, p. 1148, note L. PICHERA ; *Méd. et droit* 2014, n° 125, p. 34, note B. BEVIERE-BOYER et G. BOUFFARD ; *RDSS* 2013. 67, note C. BENOS.

α)– La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

265. Consécration onusienne. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes fut adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 18 décembre 1979. Elle est entrée en vigueur à titre de traité international, le 3 septembre 1981, après ratification par le vingtième pays. Si elle expose en détail les droits civils de la femme, la Convention consacre aussi une grande attention à « un souci vital entre tous pour les femmes, à savoir leur droit de procréer »¹⁰¹⁰. En effet, le Préambule déclare que « le rôle de la femme dans la procréation ne doit être une cause de discrimination ». Or, il est établi que la stérilisation contraceptive pratiquée sur des personnes déficientes mentales ne concernent presque exclusivement que des femmes. Si dans la loi du 4 juillet 2001, la référence au sexe des personnes concernées est absente des dispositions en cause, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, les demandes de stérilisation concernent principalement les femmes, et la cause en est précisément leur « rôle dans la procréation ». L'article 5 de la Convention précise qu'il est recommandé de bien faire comprendre que la maternité est une fonction sociale et que, en conséquence, sa protection est considérée comme un droit essentiel. L'article 5 insiste également sur la signification et l'importance de la maternité pour la femme, en ce qu'elle lui permet de se réaliser personnellement mais aussi socialement.

Mais c'est en son article 16 que la Convention consacre explicitement la liberté de procréer en tant que droit fondamental. Elle garantit aux hommes et femmes « les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances »¹⁰¹¹. Ainsi, si la Convention vise essentiellement les droits de la femme dans l'égalité des droits de l'Homme, elle déclare le droit et la liberté de procréer effectifs aux deux sexes. Une commission d'experts de l'ONU a ainsi relevé sur ce point en avril 1989 que « le droit fondamental de contrôler sa propre fertilité englobe tant le droit de procréer que le droit de ne pas avoir d'enfants »¹⁰¹². Dans le même sens, en 1995, le programme d'action de la Conférence mondiale sur les femmes a déclaré que le droit des femmes « à être maîtresses de

¹⁰¹⁰Site Internet www.casac.ca/French_Pages/cedawfr.htm.

¹⁰¹¹Article 16 alinéa e de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

¹⁰¹²Courrier U.S.P.D.A, n°48, juin 1999.

leur fécondité est une base importante pour la jouissance d'autres droits »¹⁰¹³. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes consacre ainsi la liberté de procréer en tant que droit fondamental inhérent à l'homme et à la femme, et qui doit être protégé en tant que tel.

β)–Droit de procréer et droit à la santé sexuelle et génésique.

266. Le droit de procréer et le droit à la santé. Le droit à la santé est consacré dans de nombreux textes internationaux : la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, en son article 25 §1 ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale de 1965, en son article 5 §e) iv) ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes mentionnée plus haut, en ses article 11 §f) et 12 ; ainsi qu'à l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989. Mais le Pacte International des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entré en vigueur le 3 janvier 1976, garantit en son article 12 le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, permettant de vivre dans la dignité. Il constitue l'article le plus complet consacré dans le droit international des droits de l'Homme au droit à la santé. Dans ces conditions, le droit de procréer peut-il être compris comme une composante intrinsèque de ce droit à la santé ?

Ainsi qu'il ressort du processus d'élaboration et du libellé spécifique du paragraphe 2 de l'article 12, le droit à la santé englobe une grande diversité de facteurs socio-économiques. Il est étroitement lié à d'autres droits de l'Homme et dépend de leur réalisation. Les libertés comprennent le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps, y compris le droit à la liberté sexuelle et génésique, ainsi que le droit à l'intégrité, notamment le droit de ne pas être soumis à la torture et de ne pas être soumis sans son consentement à une intervention, traitement ou expérience médicale. Particulièrement, le droit à la santé génésique « recouvre la liberté pour les hommes et les femmes de décider s'ils veulent procréer et quand, [ainsi que] le droit d'être informé sur les méthodes sûres, efficaces, abordables et [surtout] acceptables de

¹⁰¹³Courrier U.S.P.D.A, n°47, février 1999.

[contraception], l'accès à la méthode de leur choix »¹⁰¹⁴.

Il ressort que le droit à la santé génésique, tel qu'interprété par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, recouvre de façon non équivoque le droit à la liberté de procréer. Le Comité affirme ainsi que « les Etats-parties sont également tenus d'*assurer* l'exercice d'un droit donné énoncé dans le Pacte lorsqu'un particulier ou un groupe de particuliers sont incapables, pour des raisons échappant à leur contrôle, d'exercer ce droit avec les moyens dont ils disposent »¹⁰¹⁵. Au contraire, la loi française du 4 juillet 2001 conduit à supprimer l'exercice du droit donné qu'est celui de procréer pour les personnes déficientes mentales. En ce sens, il importe de relever que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime que constitue une infraction à l'article 12 du Pacte le fait pour l'État de « se soustraire à l'obligation de respecter par des actions, des politiques ou bien des lois contraires aux normes énoncées à l'article 12 du Pacte et susceptibles de provoquer des atteintes à l'intégrité physique ». Il cite en exemple « l'adoption de lois (...) qui font obstacles à l'exercice de l'une quelconque des composantes du droit à la santé »¹⁰¹⁶.

Par suite, il ressort que le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre et garantit le droit de procréer en tant que composante inhérente du droit à la santé sexuelle et génésique, découlant lui-même du droit général à la santé. Partant, l'adoption par un État d'une loi susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne sans son consentement d'une part, et faisant obstacle à l'exercice de l'une quelconque des composantes du droit à la santé d'autre part, est contraire à l'article 12 du Pacte et constitue un manquement à l'obligation de respecter les normes énoncées par ce même article. La loi française du 4 juillet 2001 pourrait bien correspondre à ces critères.

Le Parlement Européen, dans un Projet de rapport sur la santé et les droits sexuels et génésiques, rendu public le 2 avril 2002, semble lui aussi reconnaître le droit de procréer au travers du droit à la santé sexuelle et génésique¹⁰¹⁷. Il reprend à son compte la définition de la santé génésique donnée par l'Organisation Mondiale de la Santé, qui concerne les processus, les fonctions et le système génésiques à tous les stades de la vie. La santé génésique implique

¹⁰¹⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation Générale n°14, 2000, Application du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 11 août 2000, E/C.12/2000/4.

¹⁰¹⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, op. cit, paragraphe 37.

¹⁰¹⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, op. cit., paragraphe 50.

¹⁰¹⁷ Parlement Européen, Projet de rapport n°2001/2128 (INI) sur la santé et les droits sexuels et génésiques, Commission des droits de la femme et de l'égalité des chances, Rapporteur : Anne E.M. VAN LANCKER.

« ...qu'une personne peut mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle est capable de procréer et libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire »¹⁰¹⁸. Le Parlement européen se fonde aussi sur l'article 96 de la Plateforme d'action de Pékin, selon lequel « les droits humains des femmes incluent le droit de contrôler et de décider librement de tout ce qui concerne sexualité, santé sexuelle et reproductive, sans coercition, ni discrimination et violence (...) », et sur l'Observation Générale n°14 (2000) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relatif à l'article 12 du Pacte du même nom, évoquée précédemment.

Il apparaît ainsi qu'il existe un véritable droit-liberté de procréer naturellement, reconnu et protégé en tant que tel. En revanche, les conceptions doctrinales sur l'existence et la nature de ce droit-liberté sont diverses.

2-Les approches doctrinales

267. Positions de principe. Toutes les familles philosophiques et spirituelles reconnaissent un droit à l'exercice de la capacité de procréer¹⁰¹⁹. Ce qui ne signifie pas qu'il y ait une obligation morale de l'exercer, à tout le moins dans notre culture. Ainsi, si le droit à exercer sa capacité de procréer est reconnu de tous, il devrait nécessairement s'accompagner de son corollaire, celui de ne pas l'exercer. C'est alors que les désaccords apparaissent et dévoilent des conceptions différentes. Mais plus que la question de la maîtrise par la personne de sa propre fécondité, c'est celle de la maîtrise de sa potentielle fécondité qui est posée, le droit de supprimer sa capacité de procréer. Diverses conceptions se distinguent sur ce point, et peuvent être regroupées sous trois positions de principe.

La première affirme que le droit de la personne à supprimer sa capacité de procréer n'existe pas, « car l'atteinte à la fonction corporelle reproductrice dépasse l'exercice de l'usufruit du corps et constitue une atteinte à l'inviolabilité et à la dignité de la personne »¹⁰²⁰. En ce sens, la personne n'a pas un droit absolu sur son corps, il ne lui appartient pas. Elle doit alors respecter

¹⁰¹⁸Parlement Européen, op. cit., Exposé des motifs, paragraphe IA.

¹⁰¹⁹Comité Consultatif National d'Éthique, La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive, Rapport n°50, 3 avril 1996.

¹⁰²⁰Ibid.

les limites que lui impose « la loi morale naturelle dans l'exercice de la capacité de procréer »¹⁰²¹. Pour la seconde position au contraire, ce droit existe de façon absolue « comme corollaire au droit d'exercer librement sa capacité de procréer, et plus généralement comme liberté de disposer de son corps »¹⁰²². C'est uniquement à la personne que revient toute décision importante concernant sa vie sexuelle et reproductive, « y compris [et surtout] celles touchant à l'intégrité du corps ». En ce sens, il convient de préciser qu'en Europe, treize États reconnaissent la liberté d'avoir recours à la stérilisation contraceptive (la France y compris). Il en résulte que le droit de ne pas procréer – le droit de ne pas exercer sa capacité de procréer en la supprimant – est reconnu de façon générale en Europe Occidentale. La troisième position estime que le droit de ne pas procréer en supprimant sa capacité reproductive, existe bien mais n'est pas absolu « dans la mesure où il revient à la collectivité de garantir la sauvegarde de l'exercice de la capacité de procréer »¹⁰²³. Il est nécessaire de limiter ce droit selon cette conception, dans le souci de protéger les personnes contre des actes qui iraient à l'encontre de leurs intérêts. Ces limitations doivent toutefois être justifiées.

Entre la conception adoptant la liberté individuelle totale du droit de procréer et de son nécessaire corollaire, et celle affirmant sa soumission aux lois morales et naturelles, il existe un éventail de positions intermédiaires reconnaissant tantôt la primauté de la liberté individuelle, tantôt sa limitation. Il est alors difficile d'apporter une conclusion tendant vers une approche plutôt qu'une autre.

¹⁰²¹Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit.

¹⁰²²Ibid.

¹⁰²³Comité Consultatif National d'Ethique, op. cit.

SECTION II

LA VOLONTÉ DANS LA PROCRÉATION

268. Annonce de plan. Pour que la liberté de procréer puisse exister, il est indispensable qu'elle soit exercée par une volonté autonome et discernante. Cette liberté implique de façon positive le respect de la volonté de procréer, de manière naturelle comme étudiée précédemment mais aussi de manière artificielle, au moyen des techniques de procréation médicalement assistée (§2). De façon négative, la liberté de procréer contient également le respect de la volonté de ne pas procréer. Ce refus de procréer s'exerce par la contraception, réversible ou irréversible¹⁰²⁴, mais aussi par l'interruption de grossesse (§1).

§I- LA VOLONTÉ DE NE PAS PROCRÉER

269. IVG et IMG. Le législateur en santé publique a prévu des textes spéciaux, réglementant parfois le consentement des personnes majeures protégées – ou certaines d'entre elles- relativement à des techniques médicales spécifiques, tandis que d'autres interventions toutes aussi spécifiques sont restées vierges de dispositions légales s'agissant du consentement de ces personnes. L'interruption de grossesse en est un exemple éclairant. Bien que la volonté de la femme soit une condition essentielle -et substantielle- dans les deux types d'interruption de grossesse, l'un contient une condition supplémentaire que l'on pourrait qualifier de mécanique, tandis que l'autre contient une condition médicale¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴Cf *supra* la contraception et la stérilisation contraceptive.

¹⁰²⁵La loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre femmes et les hommes, JORF du 5 août 2014, p. 12949, a supprimé la condition de détresse en matière d'IVG. V. sur cette loi, D. ROMAN, « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS* 2014, p. 863.

A- L'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE

270. Annonce de plan. Alors que le législateur a instauré un régime spécifique à cet acte médical pour la jeune femme mineure (1), il est resté silencieux pour la femme majeure protégée (2).

1-La prise en compte de la personne mineure

271. Dispositif propre. Dans les dispositions issues de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁰²⁶, le consentement de la femme tient une place déterminante, mais aucune disposition ne fait référence à la femme majeure protégée. Seule la personne mineure est prise en considération. Pourtant, la loi du 4 juillet 2001 est venue modifier celle de 1975, particulièrement dans ce régime spécifique aux mineures, en étendant son autonomie au regard du consentement¹⁰²⁷. Ainsi, « si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin ou à la sage-femme en dehors de la présence de toute personne »¹⁰²⁸. Mais contrairement aux dispositions de 1975, ce consentement n'est plus indispensable préalablement à l'intervention. « Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ». Toutefois, « si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix ». Le législateur a également pris soin de mettre l'accent sur l'information à la contraception pour les jeunes femmes mineures¹⁰²⁹,

¹⁰²⁶Loi n°75-17 du 17 janvier 1975, JORF du 18 janvier 1975. Art. L.2212-1 et s. CSP.

¹⁰²⁷Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, JO 7 juillet 2001, p. 10823.

¹⁰²⁸Article 7 de la loi du 4 juillet 2001, codifié à l'article L.2212-7 du Code de santé publique. Modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, art. 127.

¹⁰²⁹Art. L.2212-7 al.4 CSP.

alors qu'aucune information particulière, autre que celle due à toute femme majeure, n'est prévue pour la majeure protégée.

La jeune femme mineure a atteint un nouveau palier dans l'autonomie de sa volonté, alors que la femme majeure protégée est encore une fois absente du dispositif, ce qui ne manque pas de surprendre dans une loi qui consacre par ailleurs la possibilité d'une stérilisation sur sa personne à la demande d'un tiers.

2-L'absence de régime spécifique pour la femme majeure protégée

272. Dispositions générales. L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique régissant l'interruption volontaire de grossesse dispose que « la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ». L'alinéa 2 précise que « toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement ». Au moins deux consultations sont nécessaires. Lors de la première, le médecin ou la sage-femme doit « informer [la femme] des méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et des risques et des effets secondaires potentiels », et lui remettre un dossier-guide¹⁰³⁰. Puis l'article L. 2212-4 dispose qu'« il est systématiquement proposé, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, à la femme majeure une consultation avec une personne ayant satisfait à une formation qualifiante en conseil conjugal ou toute autre personne qualifiée dans un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé. Cette consultation préalable comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance ou des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés ». Cette consultation préalable est obligatoire pour la jeune femme mineure non émancipée¹⁰³¹. En revanche, aucune précision n'est apportée dans le cas d'une femme majeure protégée. Si la femme renouvelle sa demande d'interruption de grossesse après ces

¹⁰³⁰ Art. L. 2212-3 CSP.

¹⁰³¹ Art. L. 2212-4 al. 2 CSP.

consultations, il lui est alors demandé une confirmation écrite, mais cette dernière ne peut intervenir qu'après un délai de deux jours suivant le dernier entretien¹⁰³². A aucun moment le dispositif ne tient compte de la femme majeure protégée. Il est alors nécessaire de se tourner vers les principes généraux régissant les actes personnels du majeur protégé.

273. Acte strictement personnel. L'avortement n'est pas un acte médical comme un autre : c'est un acte qui porte gravement atteinte à l'intégrité physique et à l'intimité de la vie privée, et qui n'est pas « simplement » personnel. C'est un acte qui touche à l'intimité de l'être en ce qu'il a de plus profond et singulier, puisqu'il s'agit du choix de ne pas donner la vie. Il pourrait ainsi entrer dans la catégorie des actes strictement personnels régis par l'article 458 du Code civil, en dépit de l'absence -à l'heure actuelle- d'actes médicaux figurant explicitement dans cette liste¹⁰³³. Les dispositions de l'article 458 conduiraient alors à n'exiger que le consentement de la femme majeure protégée pour accéder à l'avortement, quel que soit son régime de protection, pourvu qu'elle ait une volonté guidée par son discernement. Si tel n'est pas le cas, l'avortement sera impossible.

274. Difficultés d'articulation. Mais en matière de consentement à l'acte médical, l'article L. 1111-4 alinéa 7 du Code de la santé publique, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 11 mars 2020, contenait une disposition spécifique aux majeurs en tutelle¹⁰³⁴. De son côté, l'article 458 alinéa 1^{er} réserve de son application « les dispositions particulières prévues par la loi ». Cette réserve semble devoir être interprétée comme applicable seulement lorsque la loi a mis en place un régime spécifique aux majeurs protégés s'agissant d'un acte qualifié de strictement personnel¹⁰³⁵. À ce titre, l'article L. 1111-4 ne semblait donc pas entrer dans la réserve de l'article 458 du Code civil. En revanche, l'article 459-1 du même code pose un

¹⁰³² Art. L. 2212-5 CSP.

¹⁰³³ En ce sens, voir F. MARCHADIER, Rép. Civ., °Majeur protégé, spé. n°165, selon lequel « imagine-t-on une représentation ou même une assistance pour décider de questions aussi intimes que l'avortement [...] ? » ; F. SAUVAGE, « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011, p. 235-240. ; J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. Fam.* 2011, Etude 6, p. 28, qui constate une incertitude sur la qualification juridique de « l'IVG volontaire qui suscite bien des discussions » ; G. RAOUL-CORMEIL, « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.152 et s., pour qui « le sujet est trop sensible pour hésiter à y voir autre chose qu'un acte éminemment personnel ».

¹⁰³⁴ Pour lesquels nous supposons a priori que le tuteur s'est vu confié une mission de protection de la personne du majeur protégé.

¹⁰³⁵ Ce que nous enseigne l'arrêt de la Cour d'appel de DOUAI en matière de stérilisation contraceptive, CA DOUAI, 12 décembre 2013, n°13/213, *Dr. Fam.* 2014, n°5, Comm. 84, Obs. I. MARIA.

principe général en matière personnelle, puisqu'il précise que l'ensemble de la sous-section 4 intitulée « Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne » ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le Code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Cette sous-section 4 comprend les articles 457-1 à 463, donc y compris l'article 458. La question qui se posait alors était celle de la nature particulière ou non de la disposition de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique au regard du droit civil. C'est une disposition générale relative au consentement à l'acte médical dans ce code¹⁰³⁶, mais elle doit probablement être regardée comme une disposition particulière comme toutes celles relevant du Code de la santé publique, telles qu'entendues par l'article 459-1, et par extension par le droit civil. Or, si l'on applique à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) le régime de l'article 458, seul le consentement de la majeure protégée, quelle que soit la nature de la mesure de protection, est requis¹⁰³⁷. Mais l'article L. 1111-4 al. 7 commandait un double consentement, celui de la majeure protégée sous tutelle ainsi que celui du tuteur.

Si l'on considérait que l'article L. 1111-4 n'était pas une disposition particulière, alors seul l'article 458 s'appliquait à l'IVG, et seule la majeure protégée prenait la décision. Si elle ne disposait pas d'une volonté discernante, l'IVG ne pouvait pas être pratiquée, personne n'étant autorisé à prendre cette décision à sa place. L'exercice de sa capacité naturelle avait pour conséquence une incapacité de jouissance lorsqu'elle lui faisait défaut.

Si l'on considérait au contraire que l'article L. 1111-4 constituait une disposition particulière¹⁰³⁸, alors, par application de l'article 459-1 al. 1^{er}, le dispositif de l'article 458 devait être écarté au profit de l'article L. 1111-4. L'IVG était soumise au double consentement de la majeure protégée et de son tuteur¹⁰³⁹. En cas de refus de la majeure protégée apte à exprimer sa

¹⁰³⁶ Cf art L. 1111-4 al. 1^{er} qui détermine son champ d'application : « les décisions concernant sa santé ». En ce sens, Th. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note ss TI Nice, 4 fév. 2009, *D.* 2009, p. 1397.

¹⁰³⁷ En ce sens, Th. VERHEYDE, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ Fam.* 2012, p. 257. M. Verheyde constate en effet qu'« il est majoritairement soutenu par les juges des tutelles (...) que le consentement de la mère majeure protégée est considéré comme un acte à caractère strictement personnel au sens de l'article 458 du Code civil ».

¹⁰³⁸ V. par ex. N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, Dalloz Référence, 2013/2014, 3^{ème} éd., n°87.24, p. 508 ; A.-M. LEROYER, « Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD civ.* 2007, p.394.

¹⁰³⁹ Il serait toutefois difficile dans ce cas de soutenir un retour à l'article 459 al. 3 du Code civil s'agissant d'un acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique *et* à l'intimité de sa vie privée pour demander l'autorisation du juge ou du conseil de famille, car l'IVG reste un acte strictement personnel.

volonté, l'IVG ne pouvait être pratiquée¹⁰⁴⁰. En revanche, en cas d'absence de volonté autonome, l'IVG était possible avec l'accord du tuteur. Il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 459 al. 3 du Code civil¹⁰⁴¹, car l'alinéa 1er précise « Hors les cas prévus à l'article 458 », postulat de départ pour l'IVG¹⁰⁴². Dans cette interprétation, la femme majeure protégée en curatelle ou bénéficiant d'une mesure de protection avec assistance relative à la personne¹⁰⁴³, était soumise au retour à l'article 458 car l'article L. 1111-4 ne s'adressait qu'au majeur protégé en tutelle¹⁰⁴⁴, et faisait voler en éclats l'esprit et la lettre du régime des actes strictement personnels.

275. Effets de l'ordonnance du 11 mars 2020. La nouvelle rédaction de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique issue de l'ordonnance du 11 mars 2020, accorde la primauté et le recueil impératif du seul consentement de la majeure protégée bénéficiant d'une mesure avec représentation relative à la personne, si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de son protecteur. Il n'y a plus double consentement, mais consentement avec assistance. Son refus fera également obstacle à l'intervention. En revanche, aujourd'hui comme hier, si la majeure protégée avec représentation relative à la personne n'est pas apte à exprimer sa volonté, il appartiendra à la personne chargée de cette mesure de donner son autorisation à l'intervention¹⁰⁴⁵.

276. Arguments en faveur de l'inapplicabilité de l'article L. 1111-4 à l'IVG. L'application de l'article L. 1111-4 à cet acte éminemment personnel heurte la philosophie et le régime des actes strictement personnels de plein fouet. D'abord, la nouvelle rédaction de l'article L. 1111-4 introduit l'intervention du juge en cas de désaccord entre le majeur protégé et son représentant à la personne. Dans l'hypothèse d'un désaccord, « le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision ». Il est nécessaire de remarquer ici le retour du terme “décision”, alors que l'ordonnance du 11 mars 2020 a pris soin de supprimer ce terme autant que possible,

¹⁰⁴⁰ Art. L 1111-4 al 2 CSP.

¹⁰⁴¹ Y compris dans sa rédaction postérieure à la loi du 23 mars 2019.

¹⁰⁴² *Contra*, F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875. L'auteure se demande dans le cadre de l'IVG, s'il faut appliquer l'article L. 1111-4 CSP, ou les dispositions du Code civil, mais celles de l'article 459, non de l'article 458.

¹⁰⁴³ Ou ne bénéficiant d'aucune protection en matière personnelle.

¹⁰⁴⁴ Ou bénéficiant d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, par renvoi aux textes applicables à la tutelle.

¹⁰⁴⁵ « En tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée », selon la nouvelle rédaction de l'article L. 1111-4 alinéa 8 du Code de la santé publique, alors que l'autorisation du protecteur n'est requise que lorsqu'elle n'est pas apte à exprimer sa volonté... La personne protégée serait ainsi inapte à exprimer une volonté efficiente, mais apte à exprimer un avis efficient...

au profit de celui “d’autorisation”. Le juge *autorise* d’ailleurs l’un ou l’autre à prendre la *décision*. Si la personne chargée de la protection est enjointe de *donner son autorisation* lorsque le majeur protégé est inapte à exprimer sa volonté, il *prendra une décision* en cas de désaccord avec le majeur protégé et sur autorisation du juge. Il semble difficilement concevable que le juge autorise la personne chargée de la protection à prendre une décision pour un tel acte. Car si certains actes strictement personnels se trouvent soumis à un régime particulier, imposant une autorisation du juge, l’autorisation ne peut être délivrée qu’au majeur protégé lui-même. Il s’agit bien d’une autorisation à effectuer l’acte strictement personnel, et non une décision, laquelle impliquerait une appréciation sur l’opportunité de l’acte envisagé. Le Code de la santé publique renferme d’ailleurs un acte strictement personnel en son sein, soumis à une disposition particulière : la rédaction des directives anticipées d’un majeur en représentation relative à la personne, prévue à l’article L. 1111-11 alinéa 7. La disposition précise ainsi, outre que l’acte peut être effectué avec l’autorisation du juge ou du conseil de famille, que la personne chargée de la mesure de protection ne peut ni assister le majeur protégé, ni le représenter pour effectuer l’acte. Ensuite, et dans le même sens, il semble tout autant difficile d’admettre l’assistance de la personne chargée de la protection pour prendre une décision d’IVG. L’article L. 1111-4 du Code de la santé publique n’est absolument pas adapté aux actes strictement personnels médicaux pour les majeurs bénéficiant d’une représentation relative à la personne.

C’est pourquoi la première interprétation semble devoir être préférée si l’on souhaite conserver une cohérence avec l’esprit de l’article 458¹⁰⁴⁶. Il semble d’ailleurs que la pratique majoritaire des juges des tutelles est de considérer l’IVG comme un acte strictement personnel¹⁰⁴⁷ et ainsi de considérer que l’article L. 1111-4 n’est pas une disposition particulière. Un dernier argument peut également être avancé, tenant à sa conformité avec la disposition du Code pénal sanctionnant le délit d’interruption de grossesse prévu à l’article 223-10 dudit Code, selon lequel « l’interruption de la grossesse sans le consentement de l’intéressée est punie de cinq ans d’emprisonnement et de 75 000 euros d’amende ». Cette interprétation aboutit toutefois

¹⁰⁴⁶En ce sens, F. MARCHADIER, Rép. Civ., °Majeur protégé, spé. N°165.

¹⁰⁴⁷Voir. Th. VERHEYDE, « Le majeur protégé, parent d’enfants mineurs », *AJ Fam.* 2012, p.257 ; J. ROCHE DAHAN, « L’accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011. 83 ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE, F. ARBELLOT, *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Référence, 2013-2014, 3^e éd., n° 87.22, p.506 ; *Contra*, A. BATTEUR, « Recherche d’une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. Fam.* 2011, étude 5, p.22, qui fait application de l’article 459 du Code civil régissant les actes « simplement » personnels.

à un écueil, celui de laisser se dérouler une grossesse sur une personne dépourvue de discernement. Car s'il n'est pas concevable d'imposer une IVG à une femme majeure protégée dont les capacités de discernement ne sont pas abolies¹⁰⁴⁸, l'inverse l'est aussi. En ce sens, la consécration des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, point d'orgue du principe d'autonomie lui-même affirmé par la réforme du 5 mars 2007, constitue dans le même temps le point de rupture entre protection et autonomie, les deux grands principes qui sous-tendent le droit des majeurs protégés.

277. Bilan. De la qualification juridique de l'acte d'avortement dépendra son régime¹⁰⁴⁹, mais cette qualification sera pourtant insuffisante à elle-seule pour éviter les difficultés d'interprétation rencontrées. Certains auteurs ont pris position, d'autres ont analysé les conséquences de la qualification d'acte « simplement » personnel, ou strictement personnel, particulièrement lorsque la majeure protégée n'est pas apte à exprimer une volonté lucide, mais ils ont laissé la discussion ouverte¹⁰⁵⁰. L'ordonnance du 11 mars 2020 n'a pas clarifié le régime susceptible d'être appliqué à cet acte pour les majeures protégées, n'apportant ainsi aucune réponse aux difficultés rencontrées.

B- L'INTERRUPTION MÉDICALE DE GROSSESSE

278. Identité de nature, différence de cause. Si l'interruption médicale de grossesse constitue elle aussi une intervention volontaire de grossesse, la seule volonté de la femme dans les douze premières semaines de grossesse n'est pas l'unique condition de cette intervention. Dans ce cas, l'IVG est d'abord fondée sur un motif médical, ce qui permet d'effacer la condition de délai, et de la pratiquer à toute époque de la grossesse. L'article L. 2213-1 du Code de la santé publique énonce ainsi en son alinéa 1er que « l'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse

¹⁰⁴⁸V. TGI Poitiers, 11 juin 1982, *RDSS* 1983, p. 525, étude G. MEMETEAU.

¹⁰⁴⁹V. l'analyse de S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. Fam.*, octobre 2012, Etude 17, p.13.

¹⁰⁵⁰V. par ex. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éd., 2009, n°431, spé. p. 359.

met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Aucune disposition spécifique à la femme majeure protégée n'est là encore prévue. Sans entrer dans une analyse du motif médical¹⁰⁵¹, cette condition cumulative à celle de la volonté de la femme peut-elle amener à une analyse différente de celle avancée pour l'IVG ?

279. Qualification d'acte strictement personnel. Si l'on considère l'interruption de grossesse *uniquement* volontaire comme un acte strictement personnel, il semble difficile de ne pas reconnaître à l'interruption de grossesse volontaire *et* médicale – le terme thérapeutique est sans doute plus approprié ici, dans la mesure où tout acte d'IVG est un acte médical – la même qualité. La nature de l'intervention est identique, seules les causes en sont différentes.

Dans cette perspective, si la femme majeure protégée dispose de l'aptitude à exprimer une volonté discernante, selon l'article 458 du Code civil, elle seule sera en mesure de prendre la décision. Son refus devra être respecté. Si elle est inapte à exprimer une volonté guidée par le discernement, elle ne pourra bénéficier d'aucune assistance ou représentation. Les proches, et/ou protecteur de la femme majeure protégée, seraient ainsi spectateurs d'une telle situation, ou le risque médical encouru par la mère ou par l'enfant serait amené à se réaliser, sans possibilité d'intervenir, sauf l'urgence pour le médecin. C'est certainement la raison pour laquelle de nombreux auteurs ont recours, pour cette IVG, à la qualification juridique d'acte « simplement » personnel, permettant ainsi l'intervention de la personne chargée de la protection de la femme majeure protégée, sur le fondement de l'article 459 du Code civil¹⁰⁵². Il semble toutefois difficile de soutenir qu'entre les deux types d'interruption de grossesse, l'un serait un acte strictement personnel, tandis que l'autre ne le serait pas ¹⁰⁵³.

Il est alors possible de s'interroger sur l'intervention du médecin placé devant le risque grave, et parfois vital que la grossesse fait courir à la santé de la femme majeure protégée.

¹⁰⁵¹V. J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.10-25, spé. p.23.

¹⁰⁵²J. MASSIP, op. cit. ; A.-M. LEROYER, « Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD civ.* 2007, p.394 ; J. HAUSER, op. cit. ; F. SAUVAGE, op. cit.

¹⁰⁵³Sur les hésitations doctrinales en la matière, et particulièrement sur la cohérence de la différence de qualification juridique entre les deux interruptions de grossesse, voir A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 224-242, spé. p.231-232. L'auteure se prononce en faveur de la qualification d'acte personnel pour les deux types d'IVG, permettant l'intervention d'un tiers lorsque la femme majeure protégée est dépourvue de volonté. - *Contra* : J. ROCHE DAHAN, op. cit., qui se prononce pour la qualification d'acte strictement personnel pour les deux IVG.

L'interruption de grossesse ne serait plus uniquement médicale, mais aussi thérapeutique. La disposition d'ordre public de l'article 16-3 du Code civil énonce en effet qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...] ». Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». L'article L. 1111-4 alinéa 5 du Code de la santé publique reprend le principe¹⁰⁵⁴. Il semble en revanche plus difficile d'admettre cette possibilité pour le second critère, celui d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

§II-LA VOLONTÉ DE PROCRÉER

280. Définition. La personne majeure protégée, dans l'exercice de sa liberté de procréation, peut avoir la volonté de procréer, tout en se trouvant dans l'impossibilité de le faire naturellement. Des techniques médicales permettent de pallier ces difficultés. Elles se définissent, sous la commune dénomination d'assistance médicale à la procréation (AMP), comme l'ensemble « des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel »¹⁰⁵⁵. L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué¹⁰⁵⁶. Il s'agit de déterminer si le majeur protégé peut y avoir accès (A), et sous quelles conditions (B).

¹⁰⁵⁴Art. L. 1111-4 al. 5 CSP : « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». Sur la notion d'urgence, v. B. PY, « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ Pénal*, 2012, p. 384.

¹⁰⁵⁵Art. L. 2141-1 CSP issu de la loi n°2004-800 du 6 août 2004. Cet article a été modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011, supprimant la référence à « toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ».

¹⁰⁵⁶Art. L. 214-2 al. 1 CSP.

A- L'ACCÈS DU MAJEUR PROTÉGÉ À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

281. Disposition générale. Disposition spéciale. Les dispositions relatives aux techniques médicales d'aide à la procréation ne contiennent pas de régime particulier relatif aux majeurs protégés, si l'on excepte une disposition spécifique au majeur en tutelle. L'article L. 2141-11 du Code de la santé publique prévoit en effet que « toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité »¹⁰⁵⁷. Ce principe permettant de sauvegarder *a priori* la faculté de procréation en cas de traitement médical à risque pour la fertilité, est également ouvert aux majeurs protégés, y compris au tuteur, puisque la disposition prévoyant le consentement à cette procédure de recueil et de conservation contient une règle spécifique au majeur en tutelle : « ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui [...] du tuteur, lorsque l'intéressé, [...] majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle ». Si le législateur a pris soin de préciser le régime du consentement à cet acte médical pour le majeur en tutelle, deux observations préliminaires peuvent être faites : la première est que, par principe, l'assistance médicale à la procréation est *a priori* ouverte à tous les majeurs, protégés ou non, quel que soit leur régime de protection - principe qui d'ailleurs débute la disposition. Cette dernière semble, en effet, consacrer un véritable droit au recueil et à la conservation de ses gamètes ou tissus germinaux en cas de traitement médical risquant d'altérer sa fertilité¹⁰⁵⁸. La seconde, par conséquent et dans la mesure où les dispositions relatives aux techniques d'assistance médicale à la procréation ne contiennent plus de précisions spécifiques au majeur en tutelle, est d'observer que cet acte est

¹⁰⁵⁷Art. L. 2141-11 CSP, issu de l'ordonnance n°2008-480 du 22 mai 2008, transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen du 31 mars 2004, JO 28 mai 2008, p.8385. Mod. mais maintenu par Loi n°2011-814 du 7 juill. 2011, art. 32. Art. L. 1244-11 anc. CSP, issu de Loi n°2004-800 du 6 août 2004, art.24.

¹⁰⁵⁸Dans le sens entendu par Monsieur Jean Hauser, c'est-à-dire non pas « un droit constitutionnellement garanti comme une liberté fondamentale, mais simplement un droit législativement consacré [...] », in J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », op. cit., p.19. Sur la notion de « droit à », voir M. PICHARD, *Le droit à*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006.

conservatoire, sans préjuger de ce que pourra éventuellement décider le majeur protégé par la suite, c'est à dire recourir à une assistance médicale à la procréation ou non.

282. Consentement à l'acte conservatoire de l'article L. 2141-11. La doctrine n'est pas unanime sur l'auteur du consentement nécessaire à la procédure de recueil de l'article L. 2141-11. Pour certains, la disposition impose un double consentement, celui du tuteur et celui du tuteur. Ainsi Monsieur RAOUL-CORMEIL, considérant l'incohérence du texte, en propose une lecture « en attendant que le législateur ne corrige cette maladresse de plume ». Il convient selon lui, « de lire l'article L.1244-11, [désormais L. 2141-11] du Code de la santé publique avec l'argument *a coherentia* : disqualifions ce « consentement-autorisation » du tuteur à permettre au tuteur de concourir à la conservation de ses gamètes et requalifions-le en un « consentement-engagement » du tuteur d'informer le majeur protégé de son droit à recourir à une assistance médicale à la procréation en utilisant ses gamètes conservés »¹⁰⁵⁹. Pour d'autres, au contraire, le consentement du tuteur est toujours nécessaire, mais celui du tuteur est facultatif¹⁰⁶⁰. Madame TALARICO estime en effet que « le consentement du tuteur est quant à lui, facultatif, comme en témoigne l'expression « le cas échéant » »¹⁰⁶¹. C'est toutefois méconnaître le sens juridique de cette expression, qui n'est pas synonyme de « éventuellement » dans les textes, mais qui « signifie que la règle énoncée ne trouvera à s'appliquer que si certaines conditions ou circonstances sont réunies »¹⁰⁶². Dans le texte, ces conditions sont réunies « lorsque l'intéressé, [...] majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle »¹⁰⁶³. Ces conditions cumulatives de majorité et de mesure tutélaire impliquent dès lors la nécessité du consentement du tuteur doublé à celui de l'intéressé, quelle que soit la capacité de discernement du tuteur par ailleurs. Ces conditions ne se retrouvent pas lorsque le majeur protégé souhaite accéder à la

¹⁰⁵⁹G. RAOUL-CORMEIL, « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeurs protégés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 162.

¹⁰⁶⁰L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse de doctorat de droit privé, Univ. Lyon 3, 2008, n°371, p.165. Selon Madame TALARICO, « ce texte n'exige pas un double consentement du majeur en tutelle et de son tuteur, ni ne fonde un pouvoir alternatif de consentir ».

¹⁰⁶¹Ibid.

¹⁰⁶² Site internet Légifrance, Guide de légistique, <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/III.-Redaction-des-textes/3.3.-Langue-du-texte/3.3.2-Choix-des-terms-et-des-locutions-juridiques>, consulté le 6 mai 2017.

¹⁰⁶³Ibid. Le guide de légistique donne ainsi un exemple d'application : « Elle signifie que la règle énoncée ne trouvera à s'appliquer que si certaines conditions ou circonstances sont réunies ; elle n'est pas synonyme de « éventuellement » (voir sur ce point CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n° 241187 : si un texte précise que l'avis d'appel d'offre mentionne « Le cas échéant, les noms des membres du jury », ces noms doivent impérativement être mentionnés dans le cas où un jury a été désigné.) ».

procédure d'assistance médicale à la procréation. L'incohérence s'est trouvée renforcée avec l'ordonnance du 11 mars 2020, car on peut se demander si la disposition ne concerne que les majeurs en tutelle, ou bien l'ensemble des mesures de protection avec représentation relative à la personne, tel qu'entendu par l'article L. 1111-4 modifié du Code de la santé publique. Car si avant l'ordonnance, il était possible d'interpréter la disposition en ce dernier sens, puisque le Code de la santé publique ne connaissait que le majeur en tutelle, ce n'est plus vrai depuis son intervention¹⁰⁶⁴.

La situation des autres majeurs protégés n'est pas envisagée, avant comme après l'ordonnance. Si, en faisant abstraction de l'oubli de cette disposition par l'ordonnance du 11 mars 2020, il serait possible d'y voir l'influence de la CIDPH et des rapports sur les droits des personnes handicapées¹⁰⁶⁵, soulignant la nécessité d'accorder la plus large autonomie possible aux majeurs protégés, ceux-ci ne bénéficieraient d'aucune protection. Mais c'est oublié que le Code civil prévoit un cadre général pour les décisions relatives à la personne du majeur protégé. Selon son article 459-1 alinéa 1, dans le silence des dispositions particulières du Code de la santé publique prévoyant l'intervention d'un représentant légal¹⁰⁶⁶, il semble nécessaire d'effectuer un retour au socle général des actes personnels régis par la sous-section IV du chapitre II du Titre XI du Code civil consacrée aux « effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne »¹⁰⁶⁷. La question de la qualification de l'acte déterminera alors son régime. L'assistance médicale à la procréation, comme acte procréatif, peut difficilement échapper à la catégorie des actes strictement personnels. De ce point de vue, le majeur protégé pourvu d'une assistance à la personne devra prendre cette décision seul, sans aucune assistance.

¹⁰⁶⁴ Les rédacteurs de l'ordonnance auraient-ils oublié cette disposition, comme d'autres dans le Code de l'action sociale et des familles ?

¹⁰⁶⁵ De la rapporteuse spéciale Madame Catalina DEVANDAS-AGUILAR : Rapport sur les droits des personnes handicapées, Visite en France, Conseil des droits de l'homme, 40^{ème} session, 25 février-22 mars 2019, A/HRC/40/54/Add.1 ; Rapport sur les droits des personnes handicapées, Activités menées en 2019, Conseil des droits de l'homme, 43^{ème} session, 24 février-20 mars 2020, A/HRC/43/41.

¹⁰⁶⁶ Ainsi que du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁰⁶⁷ Les autres mesures juridiques renvoyant à cette section.

B-LES CONDITIONS D'ACCÈS À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION

283. Distinction. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique pose les conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP). Outre la condition essentielle tenant au consentement des membres du couple, deux séries de conditions sont imposées. L'une est relative aux exigences intrinsèques au couple demandeur, l'autre aux conditions médicales d'accès à l'assistance médicale à la procréation.

284. Conditions intrinsèques au couple. La première série de conditions impose au couple demandeur d'être constitué d'un homme et d'une femme. Les couples homosexuels de majeurs protégés se verront donc interdire l'accès à l'assistance médicale à la procréation, comme tout couple homosexuel. De même, l'accès est refusé au majeur protégé seul, comme à toute autre personne n'étant pas en couple. Les deux membres du couple doivent être vivants et en âge de procréer. Ces exigences traduisent une certaine vision du « socle familial » que le législateur souhaite assurer à l'éventuel enfant qui sera accueilli grâce à l'assistance médicale à la procréation. Enfin, si l'exigence d'une durée de vie commune de deux ans a été supprimée pour les couples non mariés¹⁰⁶⁸, le législateur a pris soin d'énoncer clairement les obstacles à l'insémination et au transfert d'embryons lorsque la stabilité du couple est en péril¹⁰⁶⁹. En effet, les membres du couple auteur d'une demande d'aide médicale à la procréation, dont la volonté et le projet sont de devenir parents, ne peuvent valablement poursuivre la procédure d'assistance médicale à la procréation si le couple qu'ils constituaient disparaît.

285. Conditions médicales. La seconde série de conditions imposées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique permettant d'accéder à l'assistance médicale à la procréation, est relative aux indications médicales. L'alinéa 1er précise en effet, que « l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸L'exigence a été supprimée par la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

¹⁰⁶⁹L'article L. 2141-2 CSP précise que « font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

¹⁰⁷⁰Pour une étude de ces indications médicales, v. Dictionnaire Permanent de santé, bioéthique et biotechnologie, V° Assistance médicale à la procréation (AMP), spéc. n° 67 et s.

286. Consentement. L'assistance médicale à la procréation n'est possible qu'avec le consentement des deux membres du couple. C'est un consentement qui suppose une volonté particulièrement consciente et éclairée, car le parcours de l'assistance médicale à la procréation en vue de concevoir un enfant est laborieux¹⁰⁷¹. Il suppose un projet mûrement réfléchi, dont la motivation est soumise à contrôle¹⁰⁷². En ce sens, le consentement demandé n'est pas seulement un consentement à un acte médical, mais un véritable « consentement-engagement », car ce sont les deux membres du couple qui sont à l'origine de la demande d'accès à cet acte médical -ou à cette succession d'actes médicaux- particulier¹⁰⁷³.

Dans l'hypothèse où le couple, dont l'un ou les deux membres sont majeurs protégés, remplit les deux séries de conditions précédemment évoquées, ils devront exprimer leurs consentements préalables au transfert des embryons ou à l'insémination. Le dispositif d'accès à l'assistance médicale à la procréation ne contient aucune disposition spécifique aux majeurs protégés¹⁰⁷⁴, tout comme les dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse. La décision de refuser la procréation constituant, nous semble-t-il, un acte strictement personnel au sens de l'article 458 du Code civil¹⁰⁷⁵, il serait incohérent de refuser cette même qualification à la décision d'accéder à la procréation grâce à l'assistance médicale¹⁰⁷⁶. Dans cette hypothèse, seuls le ou les majeurs protégés du couple auront qualité pour exprimer leurs propres consentements quelle que soit la nature de leur mesure de protection¹⁰⁷⁷. Ce « consentement-engagement » devant procéder d'une volonté particulièrement consciente et douée de raison, s'ils ne sont pas en capacité naturelle d'exprimer une telle volonté, l'accès à l'assistance médicale à la procréation leurs sera fermé.

¹⁰⁷¹V. l'art. L. 2141-10 CSP qui prévoit la procédure de demande d'accès à une AMP, particulièrement rigoureuse.

¹⁰⁷²L'article L. 2141-10 impose aux membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire de « vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple », ce qui suppose, outre des entretiens avec les deux membres du couple, également des entretiens individuels.

¹⁰⁷³Le formalisme du consentement à chaque étape d'une AMP est d'ailleurs exigé, ainsi que l'a explicitement précisé le législateur. Ce dernier a en effet exigé un consentement écrit à chaque mise en œuvre d'une phase de l'AMP. V. par ex. les art. L. 2141-3 al. 2 et 3, L. 2141-4 al.6, art. L. 2141-5, art. L. 2141-6 al.2 CSP..

¹⁰⁷⁴V. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. Fam.* Oct. 2012, ét. 17, p.13.

¹⁰⁷⁵Cf *supra* §281.

¹⁰⁷⁶Dans ce sens, G. RAOUL-CORMEIL, op. cit, pour qui, « si la décision d'établir la filiation est un droit strictement personnel aux termes de l'article 458, alinéa 2 du Code civil qui vise la reconnaissance et l'adoption, alors la décision de recourir à une assistance médicale à la procréation lorsque des relations sexuelles ne permettent pas de procréer naturellement est a fortiori un droit strictement personnel » - *Contra*, F. SAUVAGE, « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine & Droit* 2011, p.235.

¹⁰⁷⁷ Sauf à considérer l'art. L. 1111-4 du CSP comme une disposition particulière au sens de l'article 459-1 CCiv., ce qui représente une contradiction majeure pour les actes médicaux strictement personnels, cf. § 274.

287. Consentement en présence d'un tiers donneur. Lorsqu'il y a un tiers donneur dans le processus médical d'assistance médicale à la procréation¹⁰⁷⁸, ce consentement emporte également des conséquences sur la filiation¹⁰⁷⁹, c'est la raison pour laquelle le formalisme est encore renforcé : dans le cas de l'accueil d'un embryon issu d'un autre couple, le consentement libre et parfaitement éclairé du couple demandeur n'est plus suffisant. L'accueil de l'embryon est soumis à un consentement constaté par acte authentique¹⁰⁸⁰. La loi du 23 mars 2019, poursuivant son œuvre de déjudiciarisation, a en effet transféré cette compétence partagée avec le juge, exclusivement au notaire. Auparavant, si le juge ne faisait que « recevoir » le consentement écrit du couple concepteur de l'embryon, il disposait d'un véritable pouvoir d'appréciation de la qualité de futurs parents éventuels du couple demandeur, puisque dans un premier temps il devait s'assurer que « le couple demandeur rempli[ssait] les conditions prévues à l'article L. 2141-2 [...] », et dans un second temps, il faisait « procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple [était] susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique »¹⁰⁸¹. Ce n'est qu'au terme de cette enquête que « l'autorisation d'accueil [était] délivrée », mais cette autorisation n'était pas acquise définitivement, elle restait limitée dans le temps¹⁰⁸². Le transfert de compétence exclusive au notaire a supprimé l'ensemble du dispositif de contrôle judiciaire. Il semblait, sous l'empire de l'ancien dispositif, objectivement difficile d'envisager, lorsque l'un ou les deux membres du couple demandeur était dans l'impossibilité de pourvoir seuls à leurs intérêts en raison d'une altération de leurs facultés mentales¹⁰⁸³, qu'ils puissent être en mesure de satisfaire à toutes ces exigences¹⁰⁸⁴, et *in fine* pourvoir seuls aux intérêts d'un enfant¹⁰⁸⁵. Dans cette perspective, en dépit de la déjudiciarisation de la procédure, la complexité des informations qu'il incombe au notaire de délivrer préalablement au recueil du consentement, milite pour la

¹⁰⁷⁸Sur l'impossibilité pour un majeur protégé d'être donneur dans une procédure d'AMP, v. J. ROCHE-DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* juin 2011, n°83, p.80. L'auteur se réfère en effet à l'article L. 1241-2 CSP, lequel interdit tout prélèvement de tissus ou de cellules, toute collecte de produits du corps humain en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

¹⁰⁷⁹V. art. 311-19 et 311-20 C. civ.

¹⁰⁸⁰Art. L. 2141-6 al.2 CSP. Art. 1157-2 et 1157-3 CPC.

¹⁰⁸¹Art. L. 2141-6 dans sa version antérieure à sa modification par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, art. 6.

¹⁰⁸²Ibid. L'autorisation était délivrée pour une durée de trois ans, renouvelable.

¹⁰⁸³Pour reprendre la formulation de l'art. 425 C. civ. qui énonce les causes d'ouverture d'une mesure de protection juridique. Outre l'altération des facultés mentales, l'altération des facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté, causant l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, est aussi un cas d'ouverture.

¹⁰⁸⁴V. A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.226.

¹⁰⁸⁵En ce sens, J. ROCHE-DAHAN, op. cit.

même conclusion¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁶ Art. 1157-3 CPC : « Avant de recueillir le consentement, le notaire informe ceux qui s'apprêtent à l'exprimer :
-de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, ou d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci ;
-de l'interdiction d'exercer une action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation au nom de l'enfant, à moins qu'il ne soit soutenu que celui-ci n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ;
-des cas où le consentement est privé d'effet ;
-de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, et d'exercer contre lui une action en responsabilité de ce chef.
L'acte prévu à l'article 1157-2 mentionne que cette information a été donnée. »

Conclusion du Titre II

288. La loi du 4 juillet 2001, en légalisant la stérilisation contraceptive des personnes handicapées mentales¹⁰⁸⁷ a, dans le même temps, mis en avant la contraception réversible et temporaire. Elle a ainsi eu pour effet de constater la réalité de la procréation de ces personnes, et des droits et libertés qui lui sont attachés.

Les actes relatifs à la procréation ont tous une nature personnelle, car la procréation constitue elle-même un attribut inhérent à chaque être humain. Mais la loi du 5 mars 2007 a consacré la nature strictement personnelle de certains actes, dont elle a énoncé certains d'entre eux, laissant la liste ouverte à d'autres. Elle s'est d'ailleurs enrichie depuis. Ils ont tous en commun -à deux exceptions près-, leur caractère familial, pour ne pas dire filial, puisqu'ils concernent tous les relations entre le majeur protégé parent et son enfant. Mais aucun n'est relatif à la procréation de cet enfant. Or, les actes relatifs à la procréation, négative ou positive, semblent bien relever de cette catégorie : qu'il s'agisse de l'assistance médicale à la procréation, de l'interruption de grossesse, ou de la stérilisation contraceptive, qui elle seule a fait l'objet de dispositions spécifiques aux majeurs protégés, et se soustrait au régime de l'article 458 du Code civil. Seule la contraception réversible et temporaire, si elle constitue naturellement une décision personnelle, semble échapper à la sphère irréductible de la capacité naturelle. Il existe toutefois un écueil majeur à notre sens : le Code de la santé publique ne connaît pas les actes strictement personnels, et par conséquent ceux spécifiques à son domaine d'intervention, les actes médicaux relevant de cette catégorie. Seules les directives anticipées, par une disposition spécifique propre aux actes strictement personnels avec autorisation judiciaire, figure dans ce code. L'ordonnance du 11 mars 2020 n'a absolument pas remédié à cette incohérence majeure entre le droit médical et le droit civil. Les difficultés d'articulation et d'interprétation demeurent sur la nature générale ou particulière de l'article L. 1111-4 au sens de l'article 459-1, dont dépendra le droit applicable.

¹⁰⁸⁷ La référence au handicap a été supprimée par l'ordonnance du 11 mars 2020, art. 20, car redondante avec l'altération des facultés mentales.

Conclusion de la Première Partie

289. La légalisation de la stérilisation contraceptive des majeurs protégés a eu le mérite de mettre en lumière la réalité de la procréation des personnes handicapées mentales. Outre les enjeux éthiques et historiques liés à cet acte, c'est le regard porté sur la sexualité et la procréation des personnes handicapées mentales qui a été envisagé. La prise en compte de ces actes par le droit est discrète, et parfois même absente. Le droit commun des actes personnels et strictement personnels issu de la réforme du 5 mars 2007, a vocation à les régir dans le respect des principes posés à l'article 415 du Code civil, mais sous réserve de l'existence de dispositions spéciales prévoyant un représentant légal dans le Code de la santé publique ou de l'Action sociale et des familles. C'est cette articulation fastidieuse imposée par l'article 459-1, particulièrement entre l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique et l'article 459 du Code civil, qui nuit à la clarté du régime des actes personnels et strictement personnels du majeur protégé. La disposition du Code de la santé publique avait pour effet l'intervention systématique du tuteur dans le processus décisionnel relatif à l'acte de santé, peu important l'autonomie de la volonté du tuteur, contrairement à la disposition du Code civil, et à la philosophie du « nouveau droit des majeurs protégés »¹⁰⁸⁸. Face à ce labyrinthe juridique que constitue le régime du consentement à l'acte médical des majeurs protégés, le législateur avait prévu son intervention prochaine¹⁰⁸⁹. Toutefois, aucune ordonnance n'étant intervenue dans le délai imparti par la loi, l'habilitation était caduque¹⁰⁹⁰. Celle-ci a été renouvelée par la loi du 23 mars 2019¹⁰⁹¹, et l'ordonnance du 11 mars 2020 fut cette fois publiée dans les temps¹⁰⁹². Elle tente d'aligner le régime du consentement à l'acte médical de l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique sur celui du consentement aux actes personnels de l'article 459 du Code civil. Le principe du consentement impératif et unique du majeur protégé apte à exprimer sa volonté est affirmé.

¹⁰⁸⁸ Pour reprendre le titre de l'ouvrage sous la direction de Monsieur Gilles RAOUL-CORMEIL, op. cit.

¹⁰⁸⁹ Voir la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, art. 211.

¹⁰⁹⁰ L'habilitation à légiférer par ordonnance n'était valable que pour une durée de six mois.

¹⁰⁹¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 9 IV, JORF n°0071 du 24 mars 2019. L'habilitation était cette fois-ci valable pour une durée de douze mois.

¹⁰⁹² Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, JORF n°0061 du 12 mars 2020. La seconde habilitation était valable jusqu'au 24 mars 2020.

Mais seul le majeur protégé bénéficiant d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne est concerné. Il peut au besoin être assisté par son représentant à la personne, ce qui semble singulier, voire équivoque au regard des dispositions de l'article 459 du Code civil, dont l'objet de l'ordonnance était pourtant une harmonisation avec cette disposition. Si le majeur protégé n'est pas apte à exprimer sa volonté, son représentant à la personne donnera son autorisation. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique s'aligne ici parfaitement sur le régime de l'article 459, tout comme en cas de désaccord entre le majeur protégé et son protecteur, en faisant intervenir le juge. Mais le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de l'harmonisation, en ne précisant pas, comme à l'article 459, quels sont les auteurs de la saisine du juge.

Enfin, les majeurs protégés autres que ceux bénéficiant d'un régime de protection avec représentation relative à la personne, demeurent absents du nouveau dispositif. Pour le majeur protégé dépourvu de toute mesure de protection relative à la personne, il est possible d'en déduire un accès au régime général du consentement à l'acte médical, ainsi que l'édicte d'ailleurs l'alinéa 1^{er} de l'article 459 du Code civil. Mais que faut-il en déduire pour les majeurs protégés bénéficiant d'une mesure de protection juridique avec assistance relative à la personne ? Contrairement à l'article 459, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ne prévoit pas l'intervention du protecteur en assistance¹⁰⁹³. Le souci d'harmonisation, objet principal de l'ordonnance du 11 mars 2020, aurait dû conduire le législateur à prévoir, à l'image de l'article 459, un mécanisme d'autonomie graduée, en instaurant la possibilité pour le majeur protégé bénéficiant d'une assistance à la personne, donc impliquant que son état ne lui permet pas de prendre seul une décision personnelle éclairée, d'être assisté de son protecteur. A défaut, le législateur laisse toute cette catégorie de majeurs protégés sans aucune protection face à la décision médicale, sauf à considérer pour cette catégorie, un retour à l'article 459 du Code civil.

Enfin, si les rédacteurs ont tenté une harmonisation avec le régime général des actes personnels du Code civil, c'était oublier la présence de l'article 458...et de l'article 459-1. Il est en effet des actes médicaux qui revêtent une nature si intimement liée à l'être en ce qu'il a de plus profond, qu'ils ne peuvent être soumis à assistance ou représentation, tels les actes procréatifs. Or, les rédacteurs habilités au travail législatif se sont fourvoyés en omettant cette

¹⁰⁹³ Autre que celle prévue, au besoin, de la personne chargée de la protection en représentation relative à la personne.

catégorie d'actes médicaux. Probablement fort inspirés par la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, et son exhortation à l'autonomie au prix de la protection, ils ont dépourvu les majeurs protégés en assistance à la personne, de cette assistance, et dans le même temps, laissé aux méandres des tentatives d'articulation juridique les actes médicaux strictement personnels du majeur protégé en représentation à la personne. L'harmonisation et la simplification tant espérées n'ont pas eu lieu.

-DEUXIEME PARTIE-

LE MAJEUR PROTÉGÉ ET SON ENFANT

290. Rencontre de deux vulnérabilités. L'arrivée de l'enfant dévoile la rencontre de deux vulnérabilités : celle du majeur protégé, et celle de son enfant. La désignation de l'enfant du majeur protégé suppose, en premier lieu, qu'un lien de parenté les unissant soit établi. L'enfant s'inscrit dans une histoire familiale, une lignée ; il s'agit de l'enfant de quelqu'un, ici d'un majeur protégé. En ce sens, l'enfant peut être mineur ou majeur. L'enfant désigne aussi l'être qui n'a pas encore atteint la majorité, l'adulte en devenir, mais qui n'est pas encore en mesure de pourvoir seul à ses intérêts. Cette vulnérabilité est prise en compte par le droit, afin de pourvoir l'enfant d'une protection. Le protecteur naturel de l'enfant étant le ou les parents, lorsque ce ou ces derniers se trouvent sous une mesure de protection juridique, leur vulnérabilité suppose pourtant *ab initio* la protection de celle de leur enfant. Comment un sujet dont la vulnérabilité a été constatée par le droit, pourrait-il néanmoins se voir investi de la protection d'un autre sujet vulnérable, et sans doute le plus vulnérable d'entre tous, l'enfant ?

La réponse devra être apportée en deux temps, en distinguant dans un premier temps la filiation de l'enfant du majeur protégé (Titre I), puis dans un second temps, l'autorité parentale sur l'enfant du majeur protégé (Titre II). Cette distinction se révèle d'ailleurs dans le droit des majeurs protégés lui-même, selon lequel les actes strictement personnels, dont la liste non exhaustive figure à l'article 458 alinéa 2 du Code civil, sont propres à la filiation de l'enfant ou à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

-TITRE I-

LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

291. Etablissement de la filiation. La filiation de l'enfant du majeur protégé suppose que le lien de filiation de l'enfant soit établi à l'égard du majeur protégé. Lien juridique unissant le parent -père ou mère- à l'enfant, la filiation confère un rapport de parenté en ligne directe. Quelle que soit la nature de la filiation, elle peut être établie en dehors de tout contentieux, ce qui n'exclut pas l'intervention judiciaire. Elle peut également se voir établie par un contentieux, impliquant dès lors une contestation, symbole d'un désaccord sur le lien de filiation. La volonté, dans les deux hypothèses, est toujours convoquée : soit par son absence, soit par sa nécessité. Dès lors, la protection juridique de l'auteur, va devoir être combinée avec le droit de la filiation.

Aussi, l'établissement non contentieux de la filiation de l'enfant du majeur protégé (Chapitre 1^{er}) sera envisagé dans un premier temps, avant de s'attacher à son établissement contentieux (Chapitre 2) dans un second temps.

CHAPITRE 1^{er}

L'ÉTABLISSEMENT NON CONTENTIEUX DE LA FILIATION

292. Manifestation de volonté. L'établissement de la filiation en dehors de tout contentieux peut s'effectuer selon différents modes prévus par la loi. Par principe, le majeur protégé, sujet de droit, doit pouvoir établir le lien de filiation de son enfant sans que la mesure de protection y fasse *a priori* obstacle. Dans ce cadre, la question de la combinaison du droit de la filiation et de celui de la protection des majeurs se pose néanmoins. Pour y répondre, seront distingués les modes d'établissement de la filiation qui ne nécessitent pas de manifestation de volonté de la part du majeur protégé, de ceux soumis à une nécessaire manifestation de volonté.

SECTION I

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION SANS MANIFESTATION DE VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ

293. Annonce de plan. La filiation peut être établie sans manifestation de volonté, par l'effet de la loi, ou par la possession d'état. Dans le premier cas, le cadre légal appliqué aura un effet presque mécanique, l'établissement du lien de filiation. En revanche, l'établissement de la filiation par la possession d'état n'est pas dépourvu de toute manifestation de volonté.

§I- L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR L'EFFET DE LA LOI

294. Distinction entre la filiation maternelle et filiation paternelle. Deux modes d'établissement de la filiation s'effectuent sans manifestation de volonté, par l'effet de la loi. L'un est relatif à la filiation maternelle, l'autre concerne la filiation paternelle.

A-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE

295. Filiation maternelle et protection juridique. Aux termes de l'article 311-25 du Code civil, « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». L'acte de naissance résulte de la déclaration de naissance, à partir de laquelle il est dressé *immédiatement*¹⁰⁹⁴. L'article 311-25 ne distingue pas selon la condition juridique de la mère, mais l'article 458 du Code civil précise que la déclaration de naissance constitue un acte strictement personnel pour la personne majeure protégée.

1-La désignation de la mère dans l'acte de naissance

296. Déclaration de naissance. La naissance d'un enfant doit être déclarée dans les cinq jours suivant l'accouchement¹⁰⁹⁵, par les personnes légalement tenues d'y procéder : « le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée »¹⁰⁹⁶. Le défaut de déclaration de naissance dans les conditions des articles 55 et 56 du Code civil constitue un délit puni de 6 mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende¹⁰⁹⁷. En pratique, ce sont généralement les pères, ou les préposés des responsables de maternité qui sont chargés

¹⁰⁹⁴ Art. 56 al.2 C.civ.

¹⁰⁹⁵ Art 55 C. civ. Le délai était de 3 jours avant la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Voir sur l'allongement de ce délai A. DENIZOT, « Réforme de l'article 55 du code civil : la fausse modernisation d'un vieux problème », *RTD civ.* 2017. 218.

¹⁰⁹⁶ Art. 56 al. 1er C.civ. La mère ne figure pas dans cette liste, mais elle peut (voire elle doit) l'effectuer, notamment lorsque l'accouchement a eu lieu sans témoins, voir Trib. Civ. Toulouse, 22 déc. 1915, *DP* 1917. 2. 15 ; Circ. 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, BOMJ 2011/11, n°15, et site internet Légifrance.

¹⁰⁹⁷ Art. 433-18-1 C. pén.

d'effectuer les déclarations de naissance. Cet acte déclaratif est vu aujourd'hui comme une simple formalité administrative¹⁰⁹⁸, dépouillée de tout caractère symbolique, dont les parents se déchargent volontiers¹⁰⁹⁹. La mère ne figure pas parmi les personnes tenues de déclarer la naissance, cette obligation ne pèse pas sur elle, alors que l'article 458 du Code civil en fait pourtant un acte strictement personnel¹¹⁰⁰. Mais elle peut en être l'auteur. Cette obligation légale pèse en premier lieu sur le père, car selon une jurisprudence constante, ce n'est qu'à défaut du père que naît l'obligation pour autrui de déclarer la naissance¹¹⁰¹. Lorsque celui-ci n'est pas en mesure de manifester sa volonté¹¹⁰², l'acte strictement personnel que constitue la déclaration de naissance doit être effectuée indistinctement par l'une des personnes mentionnées à l'article 56¹¹⁰³.

297. *Mater semper certa est.* Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la désignation du nom de la mère dans l'acte de naissance établit de façon automatique la filiation maternelle¹¹⁰⁴. Ce n'est autre que l'application de l'adage *mater semper certa est*, lequel n'avait pourtant pas les mêmes effets juridiques selon que la mère était mariée ou non, avant l'unification des filiations tentée par l'ordonnance de 2005¹¹⁰⁵, ce qui mettait notre droit en contrariété avec la Convention européenne des droits de l'Homme, telle qu'interprétée par la Cour EDH dans son arrêt Marckx

¹⁰⁹⁸ Y. FAVIER, *Rép. Civ.*, V° Actes de l'état civil, janvier 2016, n°84.

¹⁰⁹⁹ Op. cit.

¹¹⁰⁰ Cf *infra* §299.

¹¹⁰¹ Cass. Crim., 12 nov. 1859, *DP.* 1960. 1, 50.

¹¹⁰² V. J. ROCHE-DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011, n°83, « il semble établi que l'expression « à défaut de père » vise les hypothèses où le père est absent, malade ou décédé ». V. aussi F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-Incapacité Protection*, Dalloz, coll. Précis, 8ème éd., 2012, p. 222, n°224 ; F. TERRE, Ch. GOLDIE-GENICON, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2018, p. 424, n°456.

¹¹⁰³ Ibid.

¹¹⁰⁴ L'ordonnance supprime ainsi la distinction classique filiation légitime, filiation naturelle. L'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi, c'est-à-dire par la désignation de la mère dans l'acte de naissance, permet de ne plus distinguer selon le statut marital de la femme qui accouche.

¹¹⁰⁵ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juill. 2005, p.11159, entrée en vigueur le 1er juillet 2006. Sur cette réforme, voir par ex. J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 2006, doct. 38303, p.6, doct. 38312, p.91, et doct. 38324, p.209 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n°21, p.34 ; J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n°9, p.6 ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, chron., p. 17 ; P. MURAT, « La filiation simplifiée », *Dr. Fam.* 2005, alertes, n°72 ; Dossier spécial filiation, *Dr. Fam.* Janvier 2006, études J. HAUSER, C. NEIRINCK, F. GRANET-LAMBRECHTS, P. SALVAGE-GEREST, P. MURAT, A. GOUTTENOIRE, O. MATOCQ, J. MASSIP, G. LAUNOY, T. FOSSIER et M.-L. CICLE-DELFOSSÉ ; Dossier spécial « Le nouveau droit de la filiation », *AJ Fam.*, n°12/2005, p.424 ; T. GARE, « La réforme de la filiation », *JCP, G.*, 2005, Actualités, p.444 ; N. BAILLON-WIRTZ, « L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance. Présentation de l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N* 2005. 1491.

c/ Belgique¹¹⁰⁶. Le principe de vérité biologique est ainsi consacré à l'article 311-25 du Code civil, mais il n'est pas absolu ; la femme qui a accouché conserve la possibilité de garder le secret de son identité et de son accouchement par une manifestation de volonté expresse¹¹⁰⁷.

Cette désignation emporte également des effets dans l'hypothèse de l'enfant né d'un inceste, l'article 310-2 du Code civil interdisant dans ce cas l'établissement des deux liens de filiation : « [...] la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». L'établissement de la filiation maternelle emportera ainsi l'impossibilité d'établir la filiation paternelle¹¹⁰⁸. En revanche, en cas de reconnaissance paternelle prénatale, « l'officier de l'état civil, doit, s'il en a connaissance lors de la déclaration de naissance, refuser d'inscrire le nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Lorsque l'officier de l'état civil ignore cette reconnaissance ou le caractère incestueux de la filiation qui en résulte, l'inscription du nom de la mère aura pour effet d'établir le double lien de filiation malgré la prohibition légale. En cas de découverte de cette situation, le procureur de la République doit être avisé afin d'engager l'action en annulation de la filiation maternelle. Celle-ci aura pour effet d'entraîner l'annulation de l'acte de naissance et l'établissement d'un nouvel acte, afin que le lien incestueux n'apparaisse pas »¹¹⁰⁹.

2- La déclaration de naissance, un acte strictement personnel ?

298. Présomption de volonté. L'établissement de la filiation maternelle par la désignation de la mère dans l'acte de naissance est fondé sur deux piliers : l'accouchement, que traduit le *mater semper certa est*, lequel constitue le principe de vérité biologique, et la volonté d'accepter

¹¹⁰⁶ CEDH, *Marekx c/ Belgique*, 13 juin 1979, aff. 6833/74, série A, n°31 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la C.E.D.H.*, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2005, n°48. Voir aussi Cass. Civ. 1^{re}, 14 fév. 2006, n°05-13.006, *RTD civ.* 2006, p. 294, obs. J. HAUSER, *RLDC* 2006, n°29, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *AJ Fam.* 2006. 162, obs. F. CHENEDE, *D.* 2006. 1029, note G. KESSLER, et 1139, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

¹¹⁰⁷ Art. 326 C. civ permettant l'accouchement secret et anonyme dit accouchement sous X. Cf infra.

¹¹⁰⁸ En cas d'inceste absolu, art. 161 et 162 C. civ. Cf circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 267 relatif à l'inceste absolu, et § 268 relatif à l'inceste dit « relatif ».

¹¹⁰⁹ Circulaire précitée, § 267. Voir pourtant, pour un refus d'annuler le lien de filiation maternelle, en dépit d'une reconnaissance paternelle prénatale du géniteur incestueux, se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, Caen, 8 juin 2017, n°16/01314, *Juris-Data* n°012460 : *AJ fam.* 2017. 545, obs. J. HOUSIER ; *D.* 2017. 2107, Point de vue, A. BATTEUR ; *D.* 2018. 529, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 224, note H. FULCHIRON ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. GARE.

la qualité de mère de l'enfant qui vient de naître, la « volonté maternelle »¹¹¹⁰. L'accouchement en tant que tel n'est que la constatation d'un phénomène naturel¹¹¹¹, et ne constitue pas un acte juridique nécessitant une manifestation de volonté. En revanche, l'indication du nom de la mère dans la déclaration de naissance, avec son corollaire dans l'acte de naissance, suffira à établir le lien de filiation entre l'enfant et la femme qui a accouché. Cette désignation de la mère s'effectue en l'absence de manifestation de volonté contraire expresse, et repose ainsi sur une présomption de volonté tacite¹¹¹² : « Ainsi se trouve inversée la présomption : à l'exigence d'une manifestation positive de la mère, on substitue l'exigence d'une manifestation négative »¹¹¹³.

299. Qualification juridique de la déclaration de naissance. L'article 458 du Code civil répute, quant à lui, la déclaration de naissance comme un acte strictement personnel, ne pouvant donner lieu à représentation ou assistance. La présence de cet acte dans la liste de l'article 458 a provoqué de nombreuses interrogations¹¹¹⁴. En effet, si la déclaration de naissance doit être accomplie par les personnes ayant assisté à l'accouchement, la mère ne figurant pas parmi celles-ci, comment considérer cet acte comme strictement personnel ? Il est également possible de se demander pour quel majeur protégé l'acte l'est-il ? La mère majeure protégée, ou bien le père majeur protégé, qui procède généralement à la déclaration de naissance, et sur lequel pèse en premier lieu l'obligation édictée par l'article 56 ?¹¹¹⁵ Il semble qu'il s'adresse à la mère majeure protégée, au regard des effets que l'acte produit sur l'établissement de la filiation maternelle. Toutefois, le père étant identifié par l'article 56 comme le principal déclarant, il est permis de se poser la question. Le déclarant possède à cet égard un pouvoir certain sur l'indication du nom de la mère, avec les effets juridiques de l'article 311-25 du Code civil¹¹¹⁶.

¹¹¹⁰ V. C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 2.

¹¹¹¹ Que notre droit traduit en un fait juridique.

¹¹¹² C. NEIRINCK, op. cit. V. également L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 2007, n°128, p.3.

¹¹¹³ J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n°9, p.6.

¹¹¹⁴ V. J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. Fam.* Fév. 2011, étude 6, p. 28, spéc. n°18 ; P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, Etude 17, p.19, spéc. p. 22 ; Y. FAVIER, Rép. Civ., V° Actes de l'état civil, janvier 2016, n°87.

¹¹¹⁵ Ou bien pour les deux, indifféremment ?

¹¹¹⁶ En ce sens, cf. A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.223, spéc. p.233 ; J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », op. cit. : « Celui qui déclare un enfant sous le nom d'une majeure protégée devrait donc prendre garde à l'effet désormais automatique de l'indication de son nom dans l'acte. » ; et C. NEIRINCK, « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 2. : « Or on peut souligner que la déclaration de naissance n'est pas toujours effectuée par la mère et que son nom peut être inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant à

Ce n'est dès lors pas l'acte qui est strictement personnel, mais le consentement à l'accès au statut de mère de l'enfant¹¹¹⁷. Seul le deuxième pilier de l'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi est concerné -la volonté maternelle-, et révèle sa nature strictement personnelle. La difficulté réside alors dans l'automatisme de la filiation maternelle établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, dont l'origine se situe dans la déclaration de naissance.

300. Effets pervers. Si la majeure protégée qui a accouché est en mesure de manifester sa volonté lors de la déclaration de naissance, elle devra le faire de façon expresse et négative si elle ne souhaite pas se voir octroyer le statut de mère de l'enfant. Si elle souhaite au contraire être rattachée à l'enfant qu'elle vient de mettre au monde, elle n'a aucune volonté à manifester. Mais si la majeure protégée n'est pas en mesure de manifester sa volonté, sa volonté maternelle sera présumée, et la filiation établie¹¹¹⁸. La combinaison de l'article 458 et des articles 56 et 311-25 du Code civil aboutit dès lors à une incapacité de jouissance, celle du droit d'accoucher de façon anonyme¹¹¹⁹. Si la majeure protégée n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'acte qui emporte « *de facto* »¹¹²⁰ établissement de la filiation maternelle se fera. Certes, ce n'est pas la déclaration de naissance qui établit le lien de filiation maternelle automatique, mais l'acte de naissance. Or celui-ci est rédigé *immédiatement* par l'officier d'état civil qui reçoit la déclaration de naissance, lequel ne fait que retranscrire les informations que contient cette dernière. L'officier d'état civil n'a d'ailleurs pas à vérifier la valeur juridique et matérielle des renseignements qui lui sont fournis¹¹²¹. Paradoxalement, la présence de la déclaration de naissance dans la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458 conduit à réaliser un acte en l'absence de volonté contraire de la majeure protégée, tandis que pour les autres actes relevant de la même catégorie, l'absence de manifestation de volonté conduit à ne pouvoir les réaliser.

l'initiative de celui qui déclare la naissance, le père par exemple, sans que l'intéressée ait réellement voulu assumer sa maternité ».

¹¹¹⁷ V. en ce sens, D. GUEVEL, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, n°220, p.30.

¹¹¹⁸ En ce sens, L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 2007, n°128, p.3.

¹¹¹⁹ Voir *infra* §383 s. l'accouchement anonyme.

¹¹²⁰ M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », *RLDC* 2006, n°29.

¹¹²¹ R. LE GUIDEC, G. CHABOT, Rép. Civ., V° Filiation, 2° modes extrajudiciaires d'établissement, n°32.

Selon le Professeur SALVAGE-GEREST, « la règle a certainement pour but premier d'interdire à un tuteur de « forcer » une mère qu'il protège à établir la filiation de son enfant à son égard si elle ne le souhaite pas »¹¹²², ou au contraire, de la « forcer » à accoucher de façon anonyme¹¹²³. Dans les deux cas, le but du législateur de 2007, en érigeant la déclaration de naissance en acte strictement personnel, était de reconnaître l'autonomie de la majeure protégée à se rattacher juridiquement l'enfant¹¹²⁴. C'est la volonté maternelle, deuxième pilier de l'établissement de la filiation maternelle, que le législateur a ainsi souhaité réserver à l'autonomie exclusive de la majeure protégée.

Le législateur de 2005 a tant tardé à aligner le régime de l'établissement de la filiation maternelle naturelle sur celui de la filiation maternelle légitime, au motif que le risque était d'imposer une filiation à la mère naturelle qui ne le souhaitait pas¹¹²⁵, le régime de l'une était finalement aligné sur le régime de l'autre. C'est alors l'intervention du législateur de 2007, consacrant la nature strictement personnelle de la déclaration de naissance, qui produit les mêmes effets pervers : la majeure protégée, mariée ou non, se voit imposer la filiation de l'enfant à son égard en l'absence de manifestation de volonté. Cela signifie qu'en l'absence de capacité naturelle à assumer la qualité de mère de l'enfant, la filiation de celui-ci avec la mère est tout de même établie de façon automatique. C'est une illustration des limites de la *ratio legis* de la loi de 2007 réformant la protection juridique des majeurs, qui avait vocation à concilier la promotion de l'autonomie de la volonté du majeur protégé et sa protection. La question de la protection de l'enfant interroge également¹¹²⁶. La règle est conforme à l'esprit de la loi, mais les effets sont finalement contraires au but initialement poursuivi.

¹¹²² P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », op. cit. C'était aussi l'une des raisons avancées pour expliquer l'intervention tardive du législateur de 2005, s'agissant de l'établissement de la filiation maternelle naturelle, pour laquelle la mère naturelle devait procéder à une reconnaissance, manifestant ainsi sa volonté maternelle ; en ce sens, L. MAUGER-VIELPEAU, op. cit.

¹¹²³ V. C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009. 328. Cf *infra* §383 s. l'accouchement anonyme.

¹¹²⁴ L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, thèse, droit privé, Lyon 3, 2008, n°278.

¹¹²⁵ Contrairement à la mère légitime dont la volonté maternelle était présumée par l'existence du mariage, dont le but est la fondation d'une famille.

¹¹²⁶ D'autant qu'une loi réformant la protection de l'enfance était promulguée le même jour : loi n°2007-293 du 5 mars 2007, JO 6 mars 2006, p.4215. Cf *infra* les remèdes à l'incapacité d'exercice de l'autorité parentale.

B-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE

301. Discrimination paternelle. L'ordonnance du 4 juillet 2005, tout en supprimant la distinction traditionnelle entre filiation légitime et filiation naturelle, a conservé une présomption qui ne bénéficie qu'au père marié, lui permettant de se rattacher l'enfant issu de l'accouchement de son épouse. Le père non marié se trouve alors être seul exclu de l'établissement de la filiation par l'effet de la loi.

1-La survivance du *pater is est quem nuptiae demonstrant*

302. Effets de la présomption de paternité sur le père majeur protégé. La présomption de paternité¹¹²⁷ de l'homme marié a été conservée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, et est expressément prévue à l'article 312 du Code civil : l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. Deux exceptions toutefois font échec à la présomption¹¹²⁸. L'une est relative à la date de conception de l'enfant, l'autre à l'absence de désignation du mari en qualité de père dans l'acte de naissance.

Si la première a pour origine la constatation d'un fait biologique, la conception ; la seconde tient à un acte juridique, l'acte de naissance. La présomption de paternité, tout comme l'établissement du lien de filiation maternel, est fondée sur deux piliers : l'un est biologique, l'autre repose sur la volonté paternelle présumée du mari.

L'acte de naissance est établi en fonction des énonciations contenues dans la déclaration de naissance, acte strictement personnel selon l'article 458 du Code civil. La différence notable avec la situation maternelle réside à l'article 56 du Code civil, lequel impose en premier lieu au père d'effectuer la déclaration de naissance. Le père marié est ainsi acteur dans sa désignation en qualité de père de l'enfant, car celle-ci inscrite dans la déclaration de naissance emportera son inscription sur l'acte de naissance. Toutefois la désignation de la mère mariée est alors préalable et nécessaire pour mettre en œuvre la présomption de paternité.

¹¹²⁷ V. par ex. F. GRANET-LAMBRECHTS, « La présomption de paternité », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 3.

¹¹²⁸ Art. 313 C. civ.

Si le père majeur protégé marié est en mesure de manifester sa volonté, il sera le seul détenteur du pouvoir d'effectuer le choix de se désigner en qualité de père de l'enfant, faisant produire effet à la présomption de paternité, ou de ne pas se désigner père de l'enfant, faisant ainsi échec à la présomption. Son autonomie est ici totale, conformément à l'article 458, contrairement à la mère majeure protégée, mariée ou non. En revanche, si le père majeur protégé marié n'est pas en état de manifester sa volonté, sa désignation sera dépendante du tiers déclarant. Il est toutefois à relever que traditionnellement, le mari est désigné en qualité de père de l'enfant lors de la déclaration de naissance effectuée par les préposés des maternités, pratique fondée sur l'idée que le père est celui que le mariage désigne¹¹²⁹. Sa volonté paternelle est alors présumée, tout comme la volonté maternelle. Seul le père non marié est écarté de l'établissement de la filiation de son enfant par l'effet de la loi.

2-L'inégalité dans l'établissement de la filiation par l'effet de la loi

303. Inégalité des sexes. Il existe d'abord une inégalité entre les sexes lorsque les parents ne sont pas mariés, au profit de la femme¹¹³⁰. En effet la mère, majeure protégée ou non, verra sa maternité établie de façon automatique par sa désignation dans l'acte de naissance sans émettre une quelconque manifestation de volonté. Tandis que le père, majeur protégé ou non, devra toujours manifester sa volonté paternelle en reconnaissant l'enfant¹¹³¹, dans un délai d'un an après la naissance s'il veut se voir attribuer ses droits d'autorité parentale sur la personne de l'enfant¹¹³². Dans le cas contraire, seule une volonté positive de la mère qui exerce seule les droits d'autorité parentale permettra au père de les exercer à son tour, sauf à recourir au juge aux affaires familiales¹¹³³. Cette inégalité peut aussi avoir des conséquences sur l'attribution du

¹¹²⁹ Le raisonnement est ici identique dans l'hypothèse où les deux parents mariés sont des majeurs protégés.

¹¹³⁰ V. M. REBOURG, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Rev. Recherches familiales*, 2010/1 (n° 7), p. 29-44. URL : <https://www-cairn-info.docelec.u-bordeaux.fr/revue-recherches-familiales-2010-1-page-29.htm>.

¹¹³¹ Sur la reconnaissance d'un enfant par un majeur protégé, cf infra. C'est un acte présent dans la liste des actes strictement personnels de l'article 458.

¹¹³² Art. 372 al. 2 C. civ.

¹¹³³ Art 372 al.3 C. civ.

nom de famille de l'enfant¹¹³⁴. L'inégalité des sexes pour les couples hors mariage se double d'une inégalité des capacités juridiques, dans l'hypothèse où le père majeur protégé n'est pas en mesure de manifester sa volonté paternelle par la reconnaissance de l'enfant.

304. Inégalité des pères. Il existe ensuite une inégalité des pères. En effet, le père majeur protégé non marié ne bénéficie d'aucune présomption lui permettant d'établir un lien de filiation en l'absence de manifestation de volonté, contrairement au père marié. Pourtant, l'article 458 du Code civil lui est applicable et s'il est en mesure d'exprimer sa volonté, il sera tenu par l'article 56 du même code d'effectuer la déclaration de naissance de son enfant. Il pourra à cette occasion se désigner père de l'enfant, mais cette mention sera tout de même insuffisante à établir la filiation de l'enfant à son égard¹¹³⁵. Dans cette hypothèse, l'acte strictement personnel que constitue la déclaration de naissance est pourtant inefficace dans l'établissement de sa paternité, alors qu'il l'est pour l'établissement de la maternité. La volonté paternelle que le majeur protégé manifeste à cette occasion est ignorée par le droit de la filiation, là où celle du père marié, protégé ou pas, est présumée, tout comme celle de la mère. Il semble difficile alors de justifier le caractère strictement personnel de la déclaration de naissance pour le père majeur protégé non marié : sa volonté paternelle est sans effet juridique à cet instant, l'acte pouvant de plus être accompli par un tiers¹¹³⁶.

305. Remède proposé. A propos de ces inégalités constatées dans l'établissement de la filiation¹¹³⁷, Monsieur le Professeur HAUSER a ainsi qualifié la filiation paternelle de « dernier ghetto sans mariage »¹¹³⁸, ce qui est d'autant plus vrai pour le père majeur protégé non marié. Pour y remédier, une partie de la doctrine a d'ailleurs proposé d'accorder à l'indication du nom du père dans l'acte de naissance, les mêmes effets octroyés à celle du nom de la mère : « une présomption de vérité serait reconnue aux indications de l'acte »¹¹³⁹. Cet alignement des filiations aurait au moins le mérite de réduire ces inégalités¹¹⁴⁰, et la qualification juridique

¹¹³⁴ V. *infra* §422 sur ce point. Il s'agit également d'un acte strictement personnel en vertu de l'article 458.

¹¹³⁵ Il devra pour cela effectuer une reconnaissance de l'enfant.

¹¹³⁶ Cf *supra* § 296 et 299.

¹¹³⁷ V. en ce sens J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 1 ; J. ROCHE-DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011, juin 2011, n° 83, p. 80 à 87, spéc. n°10.

¹¹³⁸ J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n°9.

¹¹³⁹ J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, n°1, 38303, p.6 ; V. également M. REBOURG, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *op. cit.*

¹¹⁴⁰ Tant sexuelles que paternelles.

d'acte strictement personnel de la déclaration de naissance pour le majeur protégé non marié pourrait, *volens nolens*, trouver son fondement dans la volonté paternelle présumée, tout comme pour la volonté maternelle.

§II- L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA POSSESSION D'ÉTAT

306. Définition. Fruit d'une longue évolution législative et jurisprudentielle, la possession d'état constitue aujourd'hui un mode autonome d'établissement de la filiation confirmé par la prescription de l'article 310-1 du Code civil (B). Elle se définit comme « la réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir »¹¹⁴¹. Basée sur de purs faits, elle traduit une vérité sociologique et affective, celle de « la filiation vécue », par opposition à la filiation biologique¹¹⁴², celle du sang (A).

A- LA PRÉÉMINENCE DE LA VÉRITÉ SOCIOLOGIQUE

307. Annonce de plan. L'établissement du lien de filiation par la possession d'état suppose avant tout d'en établir l'existence. L'article 311-1 du Code civil dresse, à cette fin, une liste des éléments constitutifs de la possession d'état (1). Celle-ci révèle alors la manifestation extérieure de la volonté parentale (2).

1- Les éléments constitutifs de la possession d'état

308. Prédominance du *tractatus*. La possession d'état se caractérise traditionnellement par la constatation de la trilogie du *tractatus*, de la *fama* et du *nomen*, définie à l'article 311-1. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a modifié l'ordre d'énumération de ces éléments constitutifs de la possession d'état, pour conférer au *tractatus* une place prédominante et essentielle, mais non

¹¹⁴¹ Art. 311-1 C. civ.

¹¹⁴² J. VIDAL, *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, Mélanges G. Marty, Toulouse, 1978, p.1116.

déterminante à elle seule. Le *nomen*, dernier de la liste, se caractérise par le fait que la personne porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue¹¹⁴³. La *fama*, la réputation ou la renommée, se caractérise par le fait que la personne est reconnue comme l'enfant de celui ou ceux dont on la dit issue par la société dans son ensemble, la famille, l'autorité publique¹¹⁴⁴. La *fama* est le prolongement logique et nécessaire du *tractatus*. Ce dernier, le traitement, se caractérise par le fait que l'enfant a été traité comme tel par son ou ses parents présumés, et que lui-même les a traités en retour comme son ou ses parents, ce qui implique qu'ils aient, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation¹¹⁴⁵.

309. Élément intentionnel. En somme, le *tractatus* réunit l'ensemble des faits propres à constituer le comportement parental à l'égard de son enfant. Dans ce sens, outre l'élément matériel qui consiste à pourvoir à l'entretien et à l'installation de l'enfant, le comportement parental implique nécessairement un élément intentionnel¹¹⁴⁶, celui de se comporter volontairement en tant que parent de l'enfant. La volonté n'est donc pas absente de la possession d'état, bien au contraire, la volonté parentale s'exprime au quotidien. C'est une succession de manifestations de volonté d'agir d'une certaine façon, parce que l'on est le père ou la mère de l'enfant¹¹⁴⁷, et qui est constatée par la *fama*, parfois complétée par le *nomen*. Le *tractatus* et la *fama* impliquent dès lors une dimension temporelle indispensable à leur constitution¹¹⁴⁸.

2- La manifestation extérieure de la volonté parentale

310. Fait juridique. La filiation s'exprime par deux manifestations. D'une part, une manifestation intérieure à l'homme, que constitue la vérité biologique, qui peut exprimer une volonté parentale, mais pas nécessairement. D'autre part, une manifestation extérieure à l'homme, la vérité sociologique que traduit la possession d'état. Celle-ci constitue la manifestation extérieure de la volonté parentale. Le plus souvent, l'une et l'autre seront

¹¹⁴³ Art. 311-1 5° C. civ.

¹¹⁴⁴ Art. 311-1 3° et 4° C. civ.

¹¹⁴⁵ L'ordonnance du 4 juillet 2005 ayant substitué ce dernier terme à celui d'« établissement ».

¹¹⁴⁶ R. LE GUIDEC et G. CHABOT, « Etablissement de la filiation par la possession d'état constatée par un acte de notoriété », Rép. Civ., spéc. n°143.

¹¹⁴⁷ Voir M. REMOND-GOUILLOUD, « La possession d'état d'enfant (à propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD civ.* 1975, n°2, p.461, pour qui la possession d'état est « un aveu de tous les instants ».

¹¹⁴⁸ Cf art. 311-2 C. civ. qui impose, entre autres, le caractère de continuité à la possession d'état.

conformes, mais il est possible qu'elles ne correspondent pas. Dans ce cas, et après une prééminence longtemps accordée à la vérité biologique dans le droit de la filiation, le législateur a permis à la vérité sociologique de s'imposer comme mode autonome d'établissement de la filiation, et parfois même de primer et d'être préservée de la vérité biologique¹¹⁴⁹, dans un souci de sécurisation du lien de filiation.

Dans ce cas, de présomption simple, la possession d'état devient une présomption irréfragable. La jurisprudence s'est également prononcée en faveur de la prééminence de la vérité sociologique dans le cadre de l'action en constatation de la possession d'état, en excluant la prescription de l'expertise biologique¹¹⁵⁰.

311. Absence de condition de capacité juridique. Fait juridique, la possession d'état ne nécessite aucune condition de capacité pour se réaliser. En revanche, lorsque le parent prétendu est majeur protégé, il doit pouvoir manifester cette volonté parentale constitutive de la possession d'état, car sans cette volonté, il lui est impossible de traiter l'enfant comme le sien. L'article 311-2 vient préciser les caractères que doit recouvrir la possession d'état : elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque. Elle doit ainsi être exempte de vices. Le caractère de continuité pourrait interroger s'agissant d'un parent prétendu majeur protégé, lequel par définition souffre d'une altération de ses facultés mentales, et/ou d'une altération de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté¹¹⁵¹.

312. Nécessité d'une capacité naturelle. Trois hypothèses sont alors à envisager : Soit l'altération des facultés mentales est telle qu'elle empêche l'expression de sa volonté, et *a fortiori* celle de sa volonté parentale, la possession d'état sera alors insuffisamment constatée. Soit l'altération des facultés mentales du majeur protégé n'empêchera pas l'expression de sa volonté, y compris parentale, laquelle pourra alors produire ses effets constitutifs de la possession d'état, si elle s'est poursuivie dans le temps. Enfin, si l'altération des facultés corporelles est telle qu'elle empêche toute expression de volonté, il semble difficile d'admettre la réalisation du *tractatus*, voire de la *fama*. La continuité et le caractère non équivoque de la possession d'état seraient

¹¹⁴⁹ V. art. 333 C. civ. selon lequel, à l'issue d'un délai de cinq ans, nul à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état est conforme au titre depuis la naissance ou la reconnaissance effectuée postérieurement. Toute contestation de la filiation devient impossible, sauf les hypothèses d'infractions portant atteinte à la filiation.

¹¹⁵⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n°08-20.475, *D. act.*, 27 juin 2011, note C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ fam.* 2011. 376, note F. CHENEDE ; *RTD Civ.* 2011. 524, obs. J. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2011. 150, comm. C. NEIRINCK.

¹¹⁵¹ Art. 425 C. civ.

également en cause.

313. Exceptions. En revanche, deux situations peuvent permettre la constatation d'une possession d'état alors même que le majeur protégé se trouve hors d'état de manifester sa volonté.

La première se déduit de l'article 317 alinéa 3 *in fine*, qui dispose que la délivrance de l'acte de notoriété constatant la possession d'état peut être demandée dans un délai de cinq ans à compter du décès du parent prétendu. La loi du 28 mars 2011 est venue achever le travail de précision opéré par la loi de ratification du 16 janvier 2009, en ajoutant « y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance ». Le législateur consacre ainsi l'existence d'une possession d'état anténatale, *in utero*. Celle-ci a pour but de permettre à l'enfant d'établir sa filiation à l'égard du parent décédé avant sa naissance, son père le plus souvent, lequel n'a pu effectuer de reconnaissance prénatale ou indiquer son nom lors de la déclaration de naissance. A cet égard, il convient de préciser que l'article 317 permet d'établir la filiation de l'enfant d'un majeur protégé lorsque celle-ci n'est pas établie par l'acte de naissance dont les informations sont issues de la déclaration de naissance, en particulier lorsque le majeur protégé est marié et décède avant la naissance de l'enfant, sans que son nom soit mentionné en qualité de père de l'enfant. Toutefois, cette possession d'état anténatale suppose que le majeur protégé ait été en mesure d'exprimer une volonté parentale dès l'annonce de la grossesse, cette possession étant par principe de courte durée.

La seconde situation réside dans l'évolution de l'altération des facultés mentales. En effet, le majeur protégé peut ne plus être en état de manifester sa volonté, mais l'avoir été auparavant¹¹⁵². L'article 317 permet alors la délivrance de l'acte de notoriété dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée, par l'autre parent ou l'enfant. Car de la même façon qu'elle ne se constitue pas dans l'instant, la possession d'état ne cesse pas brutalement¹¹⁵³.

314. Résultat. La mesure de protection juridique ne fait pas présumer l'impossibilité de manifester sa volonté pour le majeur. Ainsi, la caractérisation de la possession d'état à l'égard de son enfant prétendu ne dépendra pas de son statut juridique, mais de la manifestation factuelle de sa volonté parentale, ainsi que de celle de son enfant prétendu. Dans ce sens, le mode d'établissement de la filiation par la possession d'état ne lui est par principe pas fermé.

¹¹⁵² V. M.-P. BAUDIN-MAURIN, « L'établissement de la filiation naturelle notoire d'un enfant à l'égard d'une personne hors d'état de le reconnaître », *RRJ* 2001, p. 1313.

¹¹⁵³ En ce sens, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse, Lyon 3, avril 2006, n°412.

Mais l'ordonnance du 4 juillet 2005 a institué un certain formalisme accompagnant ce mode désormais autonome d'établissement extrajudiciaire de la filiation.

B- UN MODE AUTONOME D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION

315. Autonomie. A côté de l'effet de la loi et de la reconnaissance volontaire, l'article 310-1 du Code civil dispose que la filiation est légalement établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, dans les conditions du chapitre II du titre septième du Code civil intitulé « De la filiation ». La section III du chapitre II relatif à l'établissement extrajudiciaire de la filiation, est consacrée à l'établissement de la filiation par la possession d'état, et contient une disposition unique, l'article 317 qui en précise les conditions. Même si ce mode d'établissement de la filiation n'est pas fermé à la filiation maternelle, il concernera principalement la filiation paternelle. A son égard, la possession d'état ne vient pas compléter un titre, permettant le lien de filiation par un autre mode d'établissement¹¹⁵⁴, mais intervient à titre principal, selon la prescription de l'article 310-1. C'est la raison pour laquelle son formalisme a été renforcé (1). Se pose alors la question de l'accès du majeur protégé parent à ce mode d'établissement de la filiation (2).

1-Le formalisme de l'établissement de la filiation par la possession d'état

316. Constataion par acte de notoriété. La possession d'état, avant d'établir la filiation de l'enfant, doit être constatée par un acte de notoriété. Jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019¹¹⁵⁵, ce dernier était délivré par le juge du tribunal d'instance à la demande de chacun des parents, ou de l'enfant. Il s'agissait d'une procédure gracieuse¹¹⁵⁶ par laquelle le législateur

¹¹⁵⁴ On pense ici au rétablissement de plein droit de la présomption de paternité de l'article 314, lorsqu'elle aura été écartée pour l'une des causes prévues à l'article 313, sous réserve de l'absence de filiation paternelle déjà établie par un tiers.

¹¹⁵⁵ Loi n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JO n°0071 du 24 mars 2019 ; *JCP N* 2019, n°13, act. 335 et 345. - V. également Ch. Blanchard, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : points intéressant le notariat : *JCP N* 2019, n° 13, act. 332.

¹¹⁵⁶ Sur la nature de cette procédure, et ses ambiguïtés, v. J. HAUSER, « La nature juridique de l'acte de notoriété : de l'état civil et de la procédure civile », obs. ss Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, *RTD Civ.* 2007. 751 ; P. MURAT, *Dr. Fam.*

entendait préciser la nature divisible du lien de filiation qui pourrait ainsi être établi. Compétence désormais dévolue au notaire, les conditions d'obtention de l'acte de notoriété demeurent inchangées. Le délai de prescription est de cinq ans, et court à compter de la cessation de la possession d'état alléguée, ou du décès du parent prétendu¹¹⁵⁷, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance¹¹⁵⁸. Le formalisme se situe d'une part, dans la délivrance de l'acte de notoriété, d'autre part dans la mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, de la filiation ainsi établie par la délivrance de l'acte.

317. Régime juridique antérieur à la loi du 23 mars 2019. L'acte de notoriété doit être établi sur la foi des déclarations de trois témoins au moins, « et, si le juge l'estime nécessaire, de tout autre document produit qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1 »¹¹⁵⁹. Le Code de procédure civile prend soin de permettre au juge de s'assurer de la vérité sociologique qu'il lui est demandé de constater : « Avant de dresser un acte de notoriété, le juge, s'il estime insuffisants les témoignages et documents produits, peut faire recueillir d'office par toute personne de son choix des renseignements sur les faits qu'il y a lieu de constater »¹¹⁶⁰. L'acte de notoriété n'est ainsi rien d'autre que la constatation judiciaire¹¹⁶¹ d' « un ensemble de faits »¹¹⁶². Le refus de délivrance, tout comme la délivrance de l'acte, ne sont pas soumis à recours¹¹⁶³. Dans l'un ou l'autre cas, l'action judiciaire est néanmoins ouverte¹¹⁶⁴.

La délivrance de l'acte de notoriété emporte établissement de la filiation par la possession d'état, et mention en est faite dans l'acte de naissance de l'enfant. Cette mention constitue une compétence liée du Ministère public¹¹⁶⁵, lequel n'a pas d'autre rôle ici que celui d'un « exécutant

2007. 169.

¹¹⁵⁷ Précision apportée par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

¹¹⁵⁸ Nouvelle précision apportée par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées. Cf supra sur ce point.

¹¹⁵⁹ Art. 317 al. 2 C. civ.

¹¹⁶⁰ Art. 1157 C.pr. civ., abrogé par l'article 6 du décret n°2019-756 du 22 juillet 2019 portant diverses dispositions de coordination de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

¹¹⁶¹ V. R. LE GUIDEC et G. CHABOT, Rép. Civ., V° Filiation, 2° Modes extrajudiciaires d'établissement, n°158.

¹¹⁶² Pour reprendre les termes du Professeur HAUSER, in « Définition de la possession d'état », *RTD civ.* 2006, p.100.

¹¹⁶³ Art. 317 al.5.

¹¹⁶⁴ L'action en constatation de la possession en cas de refus de délivrance de l'acte de notoriété (art. 330 C. civ.), et l'action en contestation de la possession d'état (art. 335 C. civ.).

¹¹⁶⁵ Art. 1157-1 C. proc. civ., abrogé par l'article 6 du décret n°2019-756 du 22 juillet 2019 : « Le juge qui délivre l'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant en donne aussitôt avis au procureur de la République du lieu où est détenu l'acte de naissance de l'intéressé. Le procureur de la République fait procéder à la mention du lien de filiation ainsi établi en marge de l'acte de naissance de l'enfant ».

qui veille aux suites de l'acte et à la bonne tenue de l'état civil »¹¹⁶⁶. La Cour de cassation a en effet décidé que les dispositions de l'article 425 du Code de procédure civile prévoyant la communication obligatoire « des affaires relatives à la filiation » au Ministère public, n'ont pas lieu de s'appliquer aux demandes d'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant¹¹⁶⁷. Cette exclusion du champ de l'article 425 s'explique par la nature de l'acte en cause : « il s'agit sans doute d'un acte d'administration de la justice »¹¹⁶⁸, en matière gracieuse.

318. Régime juridique postérieur à la loi du 23 mars 2019. C'est précisément la raison pour laquelle, poursuivant son objectif de déjudiciarisation¹¹⁶⁹, le législateur a transféré cette compétence au notaire, avec la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹¹⁷⁰. D'application immédiate, ce transfert de compétence est entré en vigueur le 25 mars 2019. Modifiant la rédaction de l'article 317 du Code civil, l'acte de notoriété est toujours établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins, mais il est désormais impératif de produire devant le notaire « tout autre document [...] qui attestent une réunion suffisante de faits au sens de l'article 311-1 », c'est-à-dire les caractères établissant la possession d'état. Il reviendra au notaire d'apprécier les éléments factuels qui lui seront soumis, pour décider de délivrer ou non l'acte de notoriété demandé. Ce pouvoir d'appréciation dévolu au notaire ne laisse pas sans questionnement¹¹⁷¹. Le dernier alinéa de l'article 317 est abrogé par la loi du 23 mars 2019 : l'absence de recours contre l'acte ou le refus de délivrance est naturellement supprimé car devenu inutile, l'acte ne ressortissant plus de l'office du juge. La seule solution, aujourd'hui comme hier, consistera en la mise en œuvre de l'action judiciaire¹¹⁷².

¹¹⁶⁶ P. MURAT, « Pas de communication obligatoire au Ministère public dans la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant », note ss. Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill.2007, *Dr. Fam.* n°9, septembre 2007, comm. 169.

¹¹⁶⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n°05-20.204, *Juris-Data* n°2007-039913 ; *Dr. Fam.* 2007, comm. P. MURAT, op. cit. ; *RTD civ.* 2007, p. 751, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2007, n°22. 1639, chron. J. MASSIP ; *AJ Fam.* 2007. 362, note F. C.

¹¹⁶⁸ P. MURAT, op. cit. Dans le même sens, J. HAUSER, « La nature juridique de l'acte de notoriété : de l'état civil et de la procédure civile », *RTD civ.* 2007, p. 751.

¹¹⁶⁹ Sur cette volonté en droit de la famille, voir M. SAULIER, « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », *Dr. Fam.* 2017, n°10, p.14.

¹¹⁷⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, NOR : JUST1806695L, JO n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2. Voir Ch. BLANCHARD, « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : points intéressant le notariat », *JCP N* 2019, n° 13, act. 332.

¹¹⁷¹ Voir M. SAULIER, « Le notaire et l'enfant dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *AJ fam* 2019, p. 259.

¹¹⁷² L'action en constatation de la possession en cas de refus de délivrance de l'acte de notoriété (art. 330 C. civ.), et l'action en contestation de la possession d'état (art. 335 C. civ.).

2-La demande de délivrance d'un acte de notoriété par le parent majeur protégé

319. Nature juridique de la demande émanant d'un majeur protégé. Jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019, la demande de délivrance de l'acte de notoriété par un parent majeur protégé posait néanmoins la question de sa capacité d'ester en justice. En effet, l'article 475 du Code civil énonce que la personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur. Après cette disposition générale, l'alinéa 2 précise, s'agissant des droits extra-patrimoniaux, que le tuteur ne peut agir, en demande ou en défense qu'après autorisation ou sur injonction du juge (ou du conseil de famille s'il a été constitué)¹¹⁷³. Dès lors, par principe, le parent majeur en tutelle conserve la jouissance de son droit d'agir en justice, mais n'en a pas la capacité d'exercice. Pour faire valoir les droits extra-patrimoniaux du majeur protégé, le tuteur doit encore être autorisé par le juge. Sans cette autorisation, le défaut de pouvoir d'agir en justice du tuteur sera sanctionné par la nullité de l'acte¹¹⁷⁴.

S'il était possible de considérer la demande de délivrance d'acte de notoriété comme l'exercice d'un droit extra-patrimonial -quoi que ses effets patrimoniaux soient certains¹¹⁷⁵- cela supposait la représentation du parent majeur protégé par son tuteur, mais aussi que ce dernier ait été autorisé par le juge des tutelles à introduire une requête en délivrance de l'acte de notoriété.

Il était possible de distinguer l'action en justice de la demande en justice, laquelle constitue un acte de procédure. Mais la généralité de l'article 475 al.1er ne le permet pas. Dans le même sens, la nature gracieuse¹¹⁷⁶ ou contentieuse¹¹⁷⁷ de la demande semblait sans effet au regard des dispositions de l'article 475 : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

La demande de délivrance d'un acte de notoriété par le parent majeur sous tutelle aurait donc

¹¹⁷³ La disposition précise également que le juge, ou le conseil de famille peut enjoindre au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transiger.

¹¹⁷⁴ Art. 117 al.3 CPC.

¹¹⁷⁵ L'établissement de la filiation emporte des conséquences en matière successorale, d'obligation alimentaire, d'obligation d'entretien...

¹¹⁷⁶ La délivrance d'un acte de notoriété correspond à la définition que donne le Code de procédure civile de la matière gracieuse, à l'article 25.

¹¹⁷⁷ V. P. MURAT, « Pas de communication au Ministère public dans la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant », *Dr. Fam.* n°9, sept. 2007, comm. 169, qui constate que « la délivrance par le juge d'un acte de notoriété n'est -semble-t-il- en droit positif ni une décision gracieuse ni une décision contentieuse ».

dû passer par le filtre du tuteur, qui lui-même devait se soumettre à l'autorisation du juge des tutelles, sauf pour ce dernier à utiliser la faculté que lui offre l'article 473 alinéa 2. Le contrôle du juge répondait ainsi à la finalité de protection de l'intérêt du majeur dont la mesure de protection est l'outil. Le raisonnement était également valable pour le majeur en curatelle, qui devait être assisté du curateur selon les articles 467 alinéa 1 et 468 alinéa 3. Mais c'était aussi intervenir dans un domaine intimement personnel, celui du lien entre un parent présumé, qui se comporte comme tel, et son enfant présumé, qui se comporte également comme tel.

320. Qualification juridique de la demande au regard de l'article 458 du Code civil. Se posait dès lors la question de la qualification juridique de la demande de délivrance de l'acte de notoriété établissant la filiation par la possession d'état, au regard de l'article 458 du Code civil.

La possession d'état est une notion regroupant un ensemble de faits propres à être constatés, et ne constitue pas un acte juridique. En revanche, la demande de constatation de la possession d'état, constituait un acte juridique dans son acception de *negotium*, dans la mesure où elle représentait une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit¹¹⁷⁸.

La nature de cet acte, dont l'objet était la constatation par le juge de la réalité du comportement parental à l'égard d'un enfant, et dont la finalité résidait dans l'établissement du lien de filiation de l'enfant avec le parent auteur de la demande, semblait extrêmement personnelle. Il s'agissait d'ailleurs d'une demande dont, outre le parent lui-même, seul l'autre parent ou l'enfant était autorisé à agir. La demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état était la traduction de la volonté d'un parent de se rattacher l'enfant dont il s'estimait être le père¹¹⁷⁹. Le parent, en tant que tel, manifestait sa volonté de voir constater par un acte juridictionnel, cette qualité et établir par son effet la filiation de son enfant¹¹⁸⁰.

L'article 458 déclare strictement personnels presque exclusivement des actes relatifs à la filiation de l'enfant du majeur protégé, et à l'autorité parentale de ce dernier sur la personne de son enfant. Ainsi, la déclaration de naissance et la reconnaissance de l'enfant, permettant d'établir sa filiation, sont réputés strictement personnels. La demande de délivrance d'un acte de notoriété, si elle était accueillie par le juge, produisait le même effet, c'est-à-dire

¹¹⁷⁸ V. par ex. C. BRENNER, Rép. Civ. V° Acte juridique, art. 1, spéc. n°10 .

¹¹⁷⁹ En pratique, ce mode autonome d'établissement de la filiation concernera le plus souvent la paternité hors mariage. Cf sur ce point P. MURAT (dir.), *Droit de la famille* 2016/2017, Dalloz Action, p. 695, n°212.101.

¹¹⁸⁰ En sa qualité affective et sociologique.

l'établissement du lien de filiation¹¹⁸¹. Elle était l'expression d'un consentement -initiative¹¹⁸², d'une manifestation de volonté, tout comme la reconnaissance, et contrairement à la déclaration de naissance¹¹⁸³. En revanche, tout comme pour cette dernière, le majeur protégé parent n'était pas le seul titulaire du droit d'agir. En l'absence de règles particulières prévues par la loi, et en application de l'article 458, l'accomplissement de cet acte ne pouvait jamais donner lieu à assistance ou représentation.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'exercice de l'action tendant à faire valoir le droit en cause en matière strictement personnelle¹¹⁸⁴. En raisonnant par analogie, il était possible de considérer que la demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant constituait un acte strictement personnel que le majeur protégé pouvait accomplir seul sans assistance ni représentation. La nature éminemment personnelle de la demande imprimait¹¹⁸⁵ cette nature à l'« action »¹¹⁸⁶ permettant d'introduire la requête. L'absence de filtre des organes de protection qui pouvait être opposée à cette analyse était corrigée ici par la compétence de l'organe juridictionnel chargé de dresser l'acte de notoriété : autrefois compétence du juge des tutelles, c'était le juge d'instance qui s'en trouvait investi¹¹⁸⁷, lequel assurait généralement aussi les fonctions de juge des tutelles. Le rôle du juge dans l'établissement de la filiation par la possession d'état constatée par un acte de notoriété revêtait ainsi une importance particulière. Il devait, dans le cadre de son pouvoir d'*imperium*, procéder à un contrôle approfondi des éléments propres à caractériser la possession d'état¹¹⁸⁸. Il était également possible de recourir à l'article 473 du Code civil, lequel permettait au majeur protégé

¹¹⁸¹ Jusqu'à preuve contraire, dans un délai de 10 ans à compter de la délivrance de l'acte.

¹¹⁸² Voir dans le même sens, la requête en adoption émanant du majeur protégé.

¹¹⁸³ Qui n'exige pas toujours de manifestation de volonté de se rattacher l'enfant pour établir la filiation maternelle.

¹¹⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 6 novembre 2013, n°12-23.766, JurisData n°2013-025047 ; *JCP G*, n°1-2, 13 janv. 2014, 14, note N. PETERKA ; *D.* 2014, 467, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2014, 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2013, 717, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2014. 84, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 2013, 3787, obs. J. MASSIP.

¹¹⁸⁵ Selon l'expression employée par N. PETERKA, in « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », note ss Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, *JCP G* n°1-2, 13 janvier 2014. 14.

¹¹⁸⁶ Quoiqu'il n'y ait pas « action » à proprement parler, comme le constate le Professeur Hauser, in « La nature juridique de l'acte de notoriété : de l'état civil et de la procédure civile », *RTD Civ.* 2007. 751.

¹¹⁸⁷ Art. 317 al. 1 C. civ dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 mars 2019.

¹¹⁸⁸ Comme le lui permettait l'article 1157 du Code de procédure civile avant son abrogation par le décret n°2019-756 du 22 juillet 2019. Pour un critique de la pratique de délivrance d'acte de notoriété avant la réforme du 4 juillet 2005, voir F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D.* 1986. 305. V. également P. MURAT, « Pas de communication au Ministère public dans la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant », op. cit., et J. HAUSER, op. cit.

d'agir seul, mais dont l'effcience de la volonté aurait été vérifiée préalablement à l'acte¹¹⁸⁹.

321. Effets. La conséquence de cette qualification était alors le revers de l'autonomie absolue accordée au majeur protégé en matière d'acte strictement personnel, soit l'impossibilité d'effectuer l'acte si le majeur protégé parent se trouvait hors d'état de manifester sa volonté. Dans cette hypothèse, et conformément aux dispositions de l'article 317 alinéa 1er, il était néanmoins possible à l'autre parent, ou à l'enfant, d'effectuer la demande de délivrance dans le délai et les conditions prévu à l'article 317 alinéa 3.

Avec le transfert de compétence opéré par la loi du 23 mars 2019 du juge vers le notaire, la question de la nature juridique de la demande de délivrance de l'acte de notoriété disparaît. En revanche, celle de la qualification juridique de cette demande au regard de l'article 458 du Code civil demeure, produisant des effets identiques. Le rôle auparavant central qu'occupait l'organe juridictionnel chargé de dresser l'acte de notoriété en présence d'un majeur protégé disparaît.

Ainsi, l'établissement du lien de filiation par la possession d'état n'est pas dénué de toute manifestation de volonté. Elle peut même se trouver déterminante pour le majeur protégé. D'autres modes d'établissement de la filiation sont, en revanche, uniquement fondés sur la volonté expresse de leur auteur.

¹¹⁸⁹ Cf *infra* le recours à ce mécanisme dans le cadre de la requête en adoption par un majeur protégé. *Adde* J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007. 547 ; « La définition des actes strictement personnels du majeur protégé : l'autorité parentale exercée par un majeur protégé », *RTD civ.* 2014. 84 ; et J.-M. PLAZY, « Représentation légale et actes strictement personnels : l'adoption par un majeur sous tutelle », *JCP N* 2007. 1313 ; Pan. Majeurs protégés, *D.* 2014. 2259.

SECTION II

L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ

322. Annonce de plan. Deux modes d'établissement du lien de filiation sont conditionnés par l'action de la volonté propre de leur auteur. Il s'agit de la reconnaissance de paternité ou de maternité (§I), et de l'adoption (§II).

§I- LA RECONNAISSANCE DE PATERNITÉ OU DE MATERNITÉ

323. Définition. La reconnaissance « est l'acte volontaire par lequel un homme ou une femme se reconnaît spontanément et librement père ou mère d'un enfant »¹¹⁹⁰. Il s'agit du mode d'établissement volontaire de la filiation par excellence pour le père non marié¹¹⁹¹, « le seul mode de manifestation expresse de volonté [qui] permet à l'homme d'extérioriser sa volonté d'être père d'un enfant »¹¹⁹². Si la reconnaissance de maternité est possible¹¹⁹³, elle est marginale depuis la réforme du 4 juillet 2005 consacrant l'établissement de la filiation maternelle par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, quel que soit son statut marital¹¹⁹⁴. Ce mode d'établissement du lien de filiation exige une volonté exclusive du majeur protégé, constatée par l'article 458 du Code civil. Mais des remèdes peuvent être apportés lorsque celle-ci fait défaut.

¹¹⁹⁰ J. HAUSER, D. HUET-WEILER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ 2^{ème} éd.1993, p. 492, n°731 ; G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006, p. 393, n°246.

¹¹⁹¹ La reconnaissance de paternité n'est pas fermée au père marié, mais il bénéficiera en général de la présomption de paternité préservée à l'article 312 du Code civil.

¹¹⁹² L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA*, 27 juin 2007, n°128, p.3.

¹¹⁹³ Art. 316 C. civ qui fait expressément mention de la reconnaissance de paternité ou de maternité.

¹¹⁹⁴ Art. 311-25 C. civ. Cf *supra* § 295 s. Sur ce point, voir L. MAUGER-VIELPEAU, *op. cit.*, spéc. n°13, pour qui « de principal, ce mode d'établissement de la filiation maternelle anciennement naturelle deviendra accessoire » car « ce n'est qu'à défaut de cette désignation [dans l'acte de naissance] que la reconnaissance maternelle interviendra ».

A-UNE VOLONTE EXCLUSIVE DU MAJEUR PROTÉGÉ PARENT

324. Acte strictement personnel. L'article 458 alinéa 2 du Code civil réserve la reconnaissance au domaine des actes strictement personnels du majeur protégé. Il est ainsi le seul à pouvoir effectuer cet acte, sans assistance ni représentation, quel que soit son régime de protection, sous réserve de sa volonté libre et consciente. La décision expresse de se rattacher juridiquement un enfant constitue un acte éminemment personnel¹¹⁹⁵, « personnel et discrétionnaire »¹¹⁹⁶, « l'intimité de l'acte le rend strictement personnel (...) »¹¹⁹⁷. La solution entérinée par la loi du 5 mars 2007 était déjà largement admise par la doctrine¹¹⁹⁸ et la jurisprudence¹¹⁹⁹, se fondant sur la double nature de l'acte, à la fois aveu et engagement¹²⁰⁰. « Cet aveu relève de la conscience personnelle de l'individu indépendamment de sa capacité civile »¹²⁰¹. L'auteur avoue d'une part le fait d'avoir eu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant, ayant conduit à sa conception, et s'engage d'autre part à en porter la responsabilité en tant que parent de l'enfant. C'est pourquoi, selon le professeur Jean-Marie PLAZY, « seul détenteur de la vérité, l'incapable, malgré l'incapacité qui le frappe, est susceptible de faire

¹¹⁹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les incapacités, La famille, L'enfant, Le couple*, Vol. 1, PUF, Coll. Quadrige manuels, 1^{ère} éd., 2004, p.1048, n°484.

¹¹⁹⁶ J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, op. cit., n°731. Dans le même sens, M. VERON, « Reconnaître : reconnaissances et actes récongnitifs », *RTD civ.* 1963, 481, pour qui la reconnaissance « s'analyse comme un acte discrétionnaire émanant de la volonté personnelle, certaine et libre de son auteur ».

¹¹⁹⁷ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, Defrénois 2006, 2^{ème} éd., p. 469, n°1191.

¹¹⁹⁸ V. déjà C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, par P. ESMEIN, Tome IX, Librairies techniques, 6^{ème} éd., 1953, n°568 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, 2^{ème} éd., par A. ROUAST, LGDJ, 1952, n°830 ; G. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Vol.5, *Traité de la paternité et de la filiation*, A. LAHURE éditeur, 1881, n°387 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome I, 11^{ème} éd. Par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1947, n°468 ; *adde* J. MASSIP, *Les incapacités, Etude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n°32 ; J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse, Bordeaux IV, Doctorat et Notariat, éd. La Mouette, 1998 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, op. cit., n°735 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les incapacités, La famille, L'enfant, Le couple*, Vol. 1, PUF, Coll. Quadrige manuels, 1^{ère} éd., 2004, p.1038, n°484 ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso, 2009, p. 386, n°465, et p.439, n°526. Voir cependant, plus nuancé, P. MALAURIE, *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p. 292, n°746.

¹¹⁹⁹ Que « l'incapable » soit mineur ou majeur : Cass. Civ. 2^{ème}, 22 juin 1813, S. 1813, Bull. civ. I, n°281, concl. JOUBERT ; Cass. Req., 4 novembre 1835, S. 1835, Bull. civ. I, n°785, cités par J.-M. PLAZY in *La personne de l'incapable*, Thèse, Bordeaux IV, Doctorat et Notariat, éd. La Mouette, 1998, n°497 ; CA Douai, 17 mars 1840, S. 1840, Bull. civ. II, n°255 ; CA Orléans, 16 janvier 1847, *DP* 1847, II, 17. V. également CA Caen, 26 avril 1887, S. 1887, II, p. 125 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28 juin 1977, Bull. civ. I, p.236, n°299.

¹²⁰⁰ V. déjà A. COLIN, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p.272.

¹²⁰¹ N. LION, *Couple et incapacité*, Thèse Lyon III, 1998, n°334.

produire à une situation de pur fait des effets juridiques »¹²⁰². En effet, l'auteur de la reconnaissance déclare être l'auteur génétique, mais aussi le parent de l'enfant né ou à naître¹²⁰³, compris dans son processus fonctionnel. Le caractère déclaratif de l'acte ne permet alors aucune représentation¹²⁰⁴, mais son caractère constitutif en permet l'annulation¹²⁰⁵. Une décision restée isolée avait néanmoins été rendue en sens inverse par le tribunal d'instance de Quimperlé en 1999¹²⁰⁶, le juge des tutelles ayant autorisé la représentation du majeur hors d'état de manifester sa volonté pour effectuer l'acte de reconnaissance. Si la décision était humainement juste en fait, elle ne pouvait l'être en droit, ce que la doctrine n'a pas manqué de relever¹²⁰⁷. Cette solution n'est plus permise depuis la consécration législative de la catégorie des actes strictement personnels. La jurisprudence de la Cour EDH est en revanche contradictoire¹²⁰⁸.

325. Effets. Cette qualification juridique de la reconnaissance de paternité ou de maternité emporte deux conséquences : soit le majeur protégé est en mesure de manifester une volonté saine et libre, il sera alors le seul à pouvoir effectuer l'acte de reconnaissance pour établir la filiation de l'enfant à son égard. Soit le majeur protégé n'est pas en mesure de manifester sa volonté, et dans cette hypothèse, la reconnaissance sera impossible. Il subira une incapacité de jouissance, contrepartie de l'autonomie absolue.

Il reste que dans la première hypothèse, la nullité de l'acte peut être encourue sur le fondement du droit commun de l'article 414-1 du Code civil, ou l'acte contesté sur le fondement de l'article 332 dudit Code¹²⁰⁹. En effet, l'incapacité juridique n'exclut pas le recours à l'article

¹²⁰² J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, op. cit.

¹²⁰³ La reconnaissance prénatale a été consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, art. 316 al. 1^{er} C. civ. Le professeur Jean Hauser considère ainsi que la possibilité d'une reconnaissance prénatale « consiste à créer par un acte juridique une sorte de présomption de paternité hors mariage », in « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* n°1, janv. 2006, Etude 1. Cette reconnaissance prénatale présente un intérêt pour son auteur dans l'attribution du nom de l'enfant, mais aussi en cas d'accouchement anonyme de la mère. Cf *infra* sur ce point.

¹²⁰⁴ J.-M. PLAZY, op. cit. ; J. HAUSER, « Une paternité par représentation », obs. ss TI Quimperlé, 16 oct. 1999, *RTD civ.* 2000, 85 ; J. ROCHE DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011, 83, spéc. n°10.

¹²⁰⁵ Cf *infra* § 325 et 376 s.

¹²⁰⁶ TI Quimperlé, 16 oct. 1999, *JCP G.* 2000, II, 10252, obs. Th. GARE, *RJPF* 2000-4/13, obs. J.-M. PLAZY, *RTD civ.* 2000, 85, obs. J. HAUSER.

¹²⁰⁷ J. HAUSER, op. cit. ; J.-M. PLAZY, op. cit. ; Th. GARE, op. cit.

¹²⁰⁸ CEDH 21 juin 2011, *Kruskovic/ Croatie*, n°46185/08 ; *Dr. fam.* 2011, Alerte 71, obs. M. BRUGGEMAN ; *RTD civ.* 2011, 745, obs. J. HAUSER.

¹²⁰⁹ V. *infra* §376 s. les actions aux fins de contestation de la filiation, notamment les délais de prescription de l'action en contestation selon la présence ou non d'une possession d'état conforme au titre (réduite à 5 ans dans ce cas). En cas de reconnaissance de complaisance ou mensongère du majeur protégé, la filiation ainsi établie doit d'abord être contestée en justice avant de pouvoir établir la véritable filiation de l'enfant, conformément au

414-1, celle-ci possédant ses sanctions propres, distinctes de celle sanctionnant l'abolition du discernement¹²¹⁰. Dans l'hypothèse d'une filiation incestueuse, la reconnaissance est interdite si la filiation maternelle a été établie antérieurement¹²¹¹. Si l'acte de reconnaissance a malgré tout été reçu, l'officier d'état civil ignorant l'empêchement, le procureur de la République engagera une action aux fins d'annulation de la reconnaissance¹²¹². En revanche, il en ira autrement en présence d'un enfant né d'un viol, aucune disposition civile ne faisant obstacle au géniteur de reconnaître l'enfant conçu dans ces circonstances¹²¹³.

Dans la seconde hypothèse, il est néanmoins possible d'établir la filiation de l'enfant du majeur protégé hors d'état de manifester sa volonté au moyen de mécanismes juridiques qui permettent de remédier à son incapacité de jouissance.

B-LES REMEDES À L'ABSENCE DE VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ PARENT

326. Annonce de plan. Lorsque le majeur protégé parent ne peut exprimer une volonté efficiente lui permettant de procéder à la reconnaissance de son enfant, il est possible de faire appel à d'autres modes d'établissement de la filiation. L'un se situe en dehors de tout contentieux, il s'agit de l'établissement de la filiation par la possession d'état. L'autre consiste en revanche en la mise en œuvre des actions contentieuses.

principe chronologique de l'article 320 du Code civil.

¹²¹⁰ Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, n°09-13.635, JurisData n° 2010-018908 ; Bull. civ. I, n° 209 ; *D.* 2011. 50, note G. RAOUL-CORMEIL ; 2501, obs. D. NOGUERO ; et 2502, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2010. 496, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2011. 103, obs. J. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2010. comm. 191, note I. MARIA ; *JCP N* 2011, 1008, note C. COUTANT-LAPALUS. - Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, n° 17-20.428 : JurisData n° 2018-011158 ; *JCP G* 2018, 1522, note I. MARIA ; *Dr. fam* 2018, comm. 222, note I. MARIA ; *D.* 2018., p. 1732, obs. J.-J. LEMOULAND. -Civ. 1^{ère}, 15 janv. 2020, n°18-26.683, *D.* 2020. 805, note G. RAOUL-CORMEIL ; *AJ fam.* 2020. 191, obs. J. HOUSSIER ; *RDBF* 2020, n°2, comm. 36, note N. LEBLOND ; *Dr. Fam.* 2020. comm. 51, note I. MARIA.

¹²¹¹ Art. 310-2 C. civ. Cf *supra* § 297. Tout comme l'acte de notoriété constatant la possession d'état.

¹²¹² Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 267.

¹²¹³ V. A. BATTEUR, « Secrets autour de la conception de l'enfant (Étude de droit civil) », in *Mélanges Philippe Malaurie, Liber amirocum*, Defrénois, 2005, p. 15 à 50).

1-L'établissement du lien de filiation par la possession d'état

327. Conditions du recours à la possession d'état. La possession d'état constatée par un acte de notoriété a pour effet d'établir le lien de filiation jusqu'à preuve contraire¹²¹⁴. La difficulté résidera, dans l'hypothèse du majeur protégé parent hors d'état de manifester sa volonté, dans la caractérisation de la possession d'état d'enfant à son égard¹²¹⁵. Elle sera fonction du moment où le majeur protégé a subi l'altération de ses facultés mentales, à l'origine de la perte d'efficacité de sa volonté propre.

Dans l'hypothèse où le majeur protégé a connu l'altération de sa volonté avant la naissance de l'enfant, l'article 317 alinéa 3 admet la possibilité d'une constatation de possession d'état anténatale. Elle sera plus difficile à caractériser, sans doute plus fragile aussi, car par principe les éléments constitutifs de la possession d'état s'établissent dans le temps, la période considérée étant dans cette hypothèse nécessairement écourtée. Il reviendra dès lors aux juges du fond ou au notaire¹²¹⁶ d'en apprécier souverainement la valeur et la portée¹²¹⁷. Cette hypothèse correspond aux faits d'espèce ayant donné lieu à l'ordonnance du juge des tutelles du tribunal d'instance de Quimperlé en 1999¹²¹⁸. Le majeur protégé avait subi la perte de toute volonté propre à la suite d'un accident opératoire, et avant la naissance de son deuxième enfant. Le couple n'étant pas marié, la présomption de paternité ne pouvait jouer. Le juge des tutelles a accédé à la requête du tuteur¹²¹⁹ tendant à l'autoriser à reconnaître l'enfant « au nom et pour le compte »¹²²⁰ du majeur protégé. Cette solution n'est aujourd'hui plus permise, puisque la reconnaissance est un acte strictement personnel figurant expressément à l'article 458. La demande de délivrance de l'acte de notoriété est en revanche possible sur le fondement de l'article 317. Une fois l'acte délivré, il aura pour effet d'établir la filiation de l'enfant à l'égard

¹²¹⁴ Sur ce mode d'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant du majeur protégé, cf. *supra* §306 s.

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ Depuis le transfert de compétence du juge vers le notaire pour l'établissement de l'acte de notoriété, opéré par l'article 6 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

¹²¹⁷ Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *D.* 2008. Pan. 1374, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *Defrénois* 2007. 1637, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2007, 485, obs. F. C.

¹²¹⁸ TI Quimperlé, ord., 16 oct. 1999, *JCP* 2000. II. 10252, note T. GARE ; *Defrénois* 2000. 668, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 2000. 85, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2000-4/13, note J.-M. PLAZY ; *RDSS* 2000. 436, obs. F. MONEGER.

¹²¹⁹ Il agissait précisément en tant qu'administrateur légal sous contrôle judiciaire, et était le frère du majeur protégé.

¹²²⁰ V. ord. reproduite au *JCP* 2000, II, 10252.

du majeur protégé¹²²¹. Hauser proposait déjà, dans ses observations sur l'ordonnance du juge des tutelles de Quimperlé, le recours à la possession d'état pour établir la filiation de l'enfant du majeur protégé hors d'état de la reconnaître¹²²².

Lorsque le majeur protégé a subi l'altération de ses facultés mentales après la naissance, et avant d'avoir pu effectuer la reconnaissance de l'enfant, l'analyse précédente reste valable, avec une facilité plus grande à établir la possession d'état, non seulement anténatale, mais aussi postnatale, si courte soit elle. En revanche, l'article 317 enferme la demande de délivrance de l'acte de notoriété dans le délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état¹²²³.

328. Limites. Enfin, si la cause qui a annihilé l'efficace de la volonté du majeur protégé s'est produite dès avant la conception de l'enfant, ou avant qu'elle soit connue, il ne sera pas possible de recourir à l'établissement de la filiation par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, car celle-ci n'existe pas. Il sera alors nécessaire de recourir à l'action en recherche de paternité.

2- L'action en recherche de paternité

329. Remède contentieux. Lorsque la filiation de l'enfant du majeur protégé ne peut être établie par la reconnaissance ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété, il reste la voie contentieuse, par l'action en recherche de paternité¹²²⁴.

Elle est réservée à l'enfant¹²²⁵, qui sera représenté par sa mère durant sa minorité¹²²⁶, ou par son tuteur si celle-ci se trouve elle-même hors d'état de manifester sa volonté, l'article 328 du Code civil renvoyant à l'article 408. L'action est ainsi réservée uniquement à l'enfant, seul son

¹²²¹ Cf *supra* §315 s. l'établissement de la filiation par la possession d'état constatée par acte de notoriété.

¹²²² J. HAUSER, « Une paternité par représentation », *RTD civ.* 2000. 85. Dans le même sens, J. MASSIP, « De l'impossibilité de souscrire une reconnaissance pour le compte d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *LPA* 3 juill. 2000, n°131, p.21 ; *Deffrénois* 2000. 668.

¹²²³ Ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance, art. 317 al. 3 C. civ.

¹²²⁴ Art. 327 C. civ. En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, col. Thèmes et Commentaires, 2012, p.235 ; J. HAUSER, op. cit. ; « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. Fam.* Fév. 2011, étude 6, p.28, spéc. n°20.

¹²²⁵ Art. 327 al. 2 C. civ.

¹²²⁶ Art. 328 al. 1 C. civ.

exercice pendant sa minorité appartient à la mère, ou au tuteur de l'enfant¹²²⁷. L'action est exercée par l'enfant à sa majorité¹²²⁸. Action strictement personnelle pour le parent majeur protégé¹²²⁹, son propre protecteur ne peut lui être substitué dans l'exercice de l'action. Le délai de prescription de l'action est celui de droit commun en la matière, soit dix ans à compter de la naissance, ce délai étant suspendu pendant la minorité de l'enfant¹²³⁰.

330. Consentement aux expertises génétiques. La difficulté résidera alors dans l'obtention du consentement du majeur protégé aux expertises génétiques, qui sont de droit en matière de filiation, sauf motif légitime de ne pas y procéder¹²³¹. L'article 16-11 du Code civil impose en effet le consentement préalable et exprès de l'intéressé avant toute identification par ses empreintes génétiques¹²³².

Si l'on considère que le consentement à l'identification par ses empreintes génétiques constitue un acte strictement personnel, aucune représentation ne sera permise. Le majeur protégé se trouvant hors d'état de manifester une quelconque volonté, il ne sera pas possible au juge de tirer les conséquences d'un refus ou d'une impossibilité de procéder aux expertises¹²³³. L'action en recherche de paternité serait alors paralysée, l'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé serait impossible par ce moyen : « On pourrait craindre que l'action, qu'il s'agisse d'une action en contestation ou en recherche de paternité, ne soit systématiquement rejetée, ce qui serait assez choquant, accessoirement parce que le prélèvement sur le corps humain effectué pour les tests ADN est anodin, et à titre principal parce que les majeurs protégés constitueraient de ce fait une catégorie particulière de personnes

¹²²⁷ *Contra*, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2012, p.236.

¹²²⁸ Ou ses héritiers après son décès, art. 322 C. civ.

¹²²⁹ Voir *infra* §353 s. la nature et le fondement de l'action en recherche de maternité ou de paternité.

¹²³⁰ Art. 321 C. civ.

¹²³¹ Jurisprudence constante depuis Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806, Bull. civ. I, n°103 ; D. 2000. 731, note T. GARE ; D. 2001, Somm. 976, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; D. 2001 1427, obs. GAUMONT-PRAT ; D. 2001. 2868, obs. DESNOYER ; LPA 27 nov.2000, p.13, note DABURON ; LPA 5 sept. 2000, p.8, note NEVEJANS-BATAILLE ; JCP 2000. II. 10409, concl. PETIT, et note MONTSALLIER-SAINT MLEUX ; JCP 2000. I. 253, n°11, obs. BYK ; JCP 2001. I. 362, n°21, obs. CADIET, et 332, p. 1273, n°2, obs. FAVIER ; *Dr. fam.* 2000. Comm. 72, note MURAT ; *RJPF* 2000-5/23 ; *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2000. 37194, p.769, obs. J. MASSIP.

¹²³² Art. 16-11 al.2 C. civ.

¹²³³ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2012, p.236 ; F. FERRAND, Rép. Civ., n°881. V. par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill.2003, *RJPF* déc. 2003, p.22.

en matière d'expertise »¹²³⁴.

331. Réponse proposée. Pour éviter ce blocage, il est possible d'envisager le consentement à l'identification par empreintes génétiques du majeur protégé, non comme un acte strictement personnel, mais uniquement personnel, comme le consentement à l'acte médical. Le régime de l'article 459 serait ainsi applicable, ménageant l'autonomie du majeur protégé lorsque son état le permet, mais supportant l'assistance ou la représentation lorsque précisément il ne se trouve pas en état de prendre seul une décision personnelle éclairée¹²³⁵. Cette solution permet de réserver la reconnaissance au domaine des actes strictement personnels du majeur protégé, tout en offrant une solution à l'établissement du lien filiation lorsque sa capacité naturelle fait défaut.

§II- L'ADOPTION

332. Définition et annonce de plan. Selon la Cour de cassation, l'adoption est une institution qui a pour objet "*de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu*"¹²³⁶. L'adoption consiste à créer, par une fiction juridique, un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant¹²³⁷. C'est un mode d'établissement judiciaire de la filiation, la filiation adoptive étant créée par le jugement constitutif d'adoption, qui finalise la procédure initiée par la demande d'adoption. En la matière, la mesure de protection dont bénéficie le majeur pourra intervenir du côté de l'adoptant (A), aussi bien que de l'adopté (B).

A-L'ADOPTANT, MAJEUR PROTÉGÉ

333. Nature du consentement de l'adoptant. « La filiation adoptive résulte d'une manifestation de volonté soumise à un contrôle administratif et juridictionnel [...]. Le consentement du parent adoptif y joue un rôle essentiel »¹²³⁸. C'est en effet l'adoptant, c'est-à-

¹²³⁴ A. BATTEUR, op. cit., p. 236.

¹²³⁵ En ce sens, A. BATTEUR, op. cit.

¹²³⁶ Cass. 1^{re} Civ., 13 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 387.

¹²³⁷ V. C. NEIRINCK, Juris-Cl. Civ. Code, art. 343 à 370-2, Fasc. 10.

¹²³⁸ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso, 5^{ème} éd., p.181, n°328.

dire celui qui a la volonté de se rattacher juridiquement le futur adopté, qui se trouve à l'initiative du processus d'adoption. La question se pose dès lors, s'agissant du majeur protégé, de son consentement à l'adoption. Le Professeur HAUSER a ainsi très clairement mis en lumière « l'amphibologie qui frappe le mot « consentement » »¹²³⁹, et distingue, dans le cadre du consentement à l'adoption, le consentement-autorisation ou passif, lorsqu'il est requis pour sa propre adoption ou celle de ses enfants¹²⁴⁰, du consentement-initiative, dont « on est ici en présence [...]. Ici donc l'initiative ne vient pas d'un tiers avec réception par [le majeur protégé] mais doit venir de lui-même »¹²⁴¹. D'ailleurs, « tous ces consentements qui se conjoignent n'ont pas, du reste, le même contenu »¹²⁴².

334. Absence de dispositions particulières. Les règles relatives à l'adoption étant muettes sur la situation de l'adoptant sous protection juridique, c'est vers le droit des majeurs protégés qu'il faut se tourner. Mais là encore, aucune disposition n'envisage cette hypothèse. L'article 458 du Code civil déclare strictement personnel le consentement à sa propre adoption ou à celle de son enfant par le majeur protégé, mais n'y figure pas celui à l'adoption d'un tiers. Pourtant, le « consentement-initiative » personnel du majeur protégé semble indispensable dans la mesure où l'adoption a pour but d'établir un lien de filiation qui n'est pas fondé sur le lien du sang. Dans ce sens, la volonté de se rattacher juridiquement un tiers (le plus souvent l'enfant du conjoint), paraît devoir émaner uniquement de l'adoptant.

335. Accès du majeur protégé à l'adoption. Est-ce à dire que le majeur protégé ne peut adopter ? L'institution ne lui est par principe pas fermée, « la réponse négative serait une intolérable discrimination : la faiblesse mentale ou physique n'empêche pas les sentiments »¹²⁴³. Mais les causes qui ont déterminé son placement sous protection juridique telles que précisées à l'article 425 du Code civil rendront son accès à l'adoption plus difficile, l'institution ayant pour effet de conférer à l'adoptant les droits et obligations parentales, et l'adoption devant être prononcée dans l'intérêt de l'adopté. Ainsi, la doctrine considère que l'adoption plénière est

¹²³⁹ J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007. 547.

¹²⁴⁰ Voir *infra* §340 l'adopté sous protection.

¹²⁴¹ J. HAUSER, op. cit. *Adde* Y. FAVIER, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP G*, 2009, II, 10012.

¹²⁴² J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, PUF, Thémis, 2002, p.370.

¹²⁴³ Th. FOSSIER, « L'adoption par un majeur sous tutelle » (note ss TI Bourgneuf, 28 juill.2003), *Dr. Fam.* 2004, comm. 133.

exclue : « L'intérêt de l'enfant y trouvera rarement son compte et l'altération des facultés mentales a bien des chances d'être incompatible avec l'exercice de l'autorité parentale qu'implique une adoption réservée à des mineurs »¹²⁴⁴. Néanmoins, « Si, au regard des finalités principales de l'adoption, il paraît logique que l'absence totale de compréhension de l'acte empêche l'adoptant d'introduire une requête en adoption qui aura pour conséquence de le doter d'obligations familiales supplémentaires, en revanche, la jurisprudence a parfaitement admis la possibilité d'adopter pour un majeur sous tutelle apte à saisir la portée de son acte »¹²⁴⁵.

336. Qualification juridique de la requête en adoption. En effet, dans un arrêt du 4 juin 2007, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur le sort d'une requête en adoption déposée par un majeur en tutelle, assisté de son tuteur. La Cour a déclaré que « la présentation d'une requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle ; que cependant le juge des tutelles, sur l'avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé à présenter, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, une requête en adoption »¹²⁴⁶. Cet arrêt, rendu avant l'entrée en vigueur de la réforme du 5 mars 2007¹²⁴⁷, ajoute dès avant sa mise en application un acte strictement personnel à la liste l'article 458, l'acte étant ici entendu au sens large, puisqu'il s'agit d'une action en justice. La Cour de cassation affirme ainsi le caractère strictement personnel de l'action permettant l'exercice effectif d'un droit, lequel ne figure pourtant pas dans la liste de l'article 458.

Or, s'il est possible d'admettre la nature strictement personnelle d'une action permettant la mise en œuvre d'un droit dont la loi ou la jurisprudence a dégagé auparavant la nature strictement personnelle¹²⁴⁸, le droit processuel empruntant alors sa nature au droit substantiel,

¹²⁴⁴ A. BATTEUR, J.-Cl. Civ. Code, Art. 457-1 à 463, Fasc. 20, n°117, et P. MURAT, « Il faut user de l'article 501 du Code civil pour présenter la requête en adoption faite par un majeur sous tutelle », *Dr. Fam.* 2007, comm. 193, *Adde* J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse Bordeaux IV, éd. La Mouette, coll. Doctorat et Notariat, 2001, n°521 et s. ; C. NEIRINCK, J.-Cl. Droit de l'enfant, Fasc. 440 ; Th. FOSSIER, « L'adoption par un majeur sous tutelle », *Dr. Fam.* 2004, comm. 133.

¹²⁴⁵ P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », *Dr. Fam.*, déc. 2008, comm. 173, p.29.

¹²⁴⁶ Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n°05-20.243, *Juris-Data* n°2007-039206 ; *Bull. civ. I*, n°218 ; *D.* 2007, p. 2327, obs. P. CHAUVIN ; *AJ fam.* 2007, p.355, obs. L. PECAULT-RIVOLIER ; *RTD civ.* 2007, p.547, obs. J. HAUSER ; *JCP N* 2007, 1313, comm. J.-M. PLAZY ; *Deffrénois* 2007, p. 1323, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2007, comm. 153, note Th. FOSSIER, et comm. 193, note P. MURAT ; *D.* 2008, Pan. 320, p. 313, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RJPF* 2007, n°9, p.16, obs. J. CASEY.

¹²⁴⁷ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

¹²⁴⁸ V. en ce sens, Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766, selon lequel la Cour de cassation a jugé que « l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits d'autorité parentale d'un majeur protégé

l'inverse est plus déroutant. Ceci s'explique sans doute parce que d'une part, la nature du consentement du candidat adoptant ne fait aucun doute, il ne peut être que purement et intimement personnel, et d'autre part parce que le consentement et la procédure d'adoption sont indivisibles¹²⁴⁹, « le consentement de l'adoptant se manifeste par l'introduction d'une requête, dont il peut d'ailleurs se désister tant que le jugement n'est pas passé en force de chose jugée »¹²⁵⁰. La capacité devant d'ailleurs s'apprécier au jour de la présentation de la requête¹²⁵¹.

Dans l'arrêt du 4 juin 2007, la Cour raisonne en deux temps : dans le premier, elle dégage la nature juridique de la requête en adoption et ses conséquences en matière de représentation. Puis dans le second, elle fait application de l'article 501 ancien, devenu l'article 473. Ce dernier permet au juge d'autoriser certains actes que le majeur protégé pourra faire seul ou avec l'assistance du tuteur¹²⁵². L'arrêt ayant été rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, la seule possibilité de mettre en œuvre la solution dégagée dans la première partie du raisonnement, était l'application de la seconde partie de ce dernier, soit l'application de l'article 501 ancien.

337. Qualification juridique sous l'empire de la loi du 5 mars 2007. La question ainsi posée est de savoir si la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 juin 2007 demeure sous l'empire de la loi du 5 mars 2007. La nature de l'« acte » elle, n'a pas changé au 1^{er} janvier 2009 : la présentation d'une requête en adoption demeure une action dont la nature implique un consentement strictement personnel, et qui est à ce titre soumise à l'article 458 depuis cette date. Par conséquent, non seulement la représentation, comme le signifiait déjà la Cour de cassation, mais aussi l'assistance, ne sont plus possibles.

constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation ». V. les observations du Professeur J.-M. PLAZY sur cet arrêt, *in D.* 2014, Pan., p. 2259.

¹²⁴⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n°00-10.151 ; *Juris-Data* n°2001-011879 ; *Dr. Fam.* 2002, comm.57, obs. P. MURAT. V. cependant J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD Civ.* 2007. 547, évoquant un « consentement au fond et un consentement procédural », et A. BATTEUR, J.-Cl. Civil Code, Art. 457-1 à 463, Fasc. 20, n°118 *in fine*, qui constate que « le consentement à l'adoption exprimé dans l'acte authentique est donc dissociable de celui qui s'exprime dans l'action en justice : tout ceci ne constitue pas un ensemble ».

¹²⁵⁰ J. MASSIP, obs. ss Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, *Defrénois* 2007, p. 1323. Sur l'exercice du droit de rétractation, v. Th. FOSSIER, « L'adoption par un majeur sous tutelle » (comm. ss. TI Bourgneuf, 28 juill. 2003), *Dr. fam.* 2004, comm. 133, et J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse Bordeaux IV, éd. La Mouette, coll. Doctorat et notariat, 2001, n°149 et 521.

¹²⁵¹ Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, *Juris-Data* n°1981-701885 ; *Bull. Civ.* 1981, I, n°202 ; *RTD Civ.* 1984. 303, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI et R. NERSON.

¹²⁵² V. déjà, TI BOURGANEUF, 28 juill. 2003, *Juris-Data* n°2003-242711, *Dr. Fam.* 2004. Comm. 133, Th. FOSSIER.

Est-ce à dire que le majeur protégé peut -et doit- désormais agir seul pour présenter une requête en adoption, sous la seule réserve de sa capacité naturelle ? Cela marquerait la limite entre autonomie et protection, car celle-ci ne serait plus assurée, au seul motif de la première. Or, « on sait depuis suffisamment longtemps que les personnes vulnérables sont particulièrement menacées par les candidats au mariage et à l'adoption, et plus récemment par le pacs, pour ne pas les laisser seules, au nom de l'autonomie par trop idéalisée, devant ce piège »¹²⁵³. L'article 415 alinéa 3 a d'ailleurs pris soin de préciser que la mesure de protection a pour finalité première l'intérêt de la personne, l'autonomie devant être favorisée « dans la mesure du possible ». La sécurité juridique en pâtirait également gravement.

L'article 475 du Code civil impose la représentation du majeur protégé tutélaire en justice, dûment autorisé par le juge ou le conseil de famille par faire valoir ses droits extrapatrimoniaux, l'assistance du curateur est requise pour le majeur protégé curatelaire, selon l'article 467¹²⁵⁴. La présentation de la requête en adoption traduisant le consentement de l'adoptant, le droit et l'exercice de ce droit se confondent dans l'action, mais l'un et l'autre ne ressortent *a priori* pas des mêmes dispositions, l'un se trouvant soumis à l'article 458, l'autre à l'article 475 (ou 467), dispositions incompatibles.

La jurisprudence a tranché cette question en consacrant des actions en justice extrapatrimoniales strictement personnelles. Elle a ainsi affirmé, au visa de l'article 458, « qu'il résulte de ce texte que l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation »¹²⁵⁵. Ainsi, il faut désormais, au sein des actions en justice extrapatrimoniales, distinguer celles qui sont de nature strictement personnelle, et qui échappent à ce titre aux articles 475 et 467¹²⁵⁶ pour intégrer l'article 458, de celles qui ne le sont pas et qui restent soumises au régime de droit commun des actions extrapatrimoniales des majeurs protégés.

La solution appliquée à la requête en adoption aboutit dès lors à l'application de l'article 458 : soit le majeur protégé en curatelle ou en tutelle est en capacité de manifester sa volonté,

¹²⁵³ P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.- L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, étude n°17, p.19.

¹²⁵⁴ Et art. 468 al.3.

¹²⁵⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766, JurisData n°2013-025047 ; *JCP G*, 2014. 14, note N. PETERKA. Voir déjà, CA Amiens, 8 nov. 2007, s'agissant de l'appel d'une décision d'assistance éducative, *Dr. Fam.* 2008, comm. 64, note Th. FOSSIER.

¹²⁵⁶ Et art. 468 al. 3

et il pourra seul présenter une requête en adoption, soit il ne peut pas manifester sa volonté, et l'acte sera impossible à accomplir¹²⁵⁷.

Il reste cependant, conformément au raisonnement développé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 juin 2007, la possibilité de faire usage de l'article 473¹²⁵⁸. En effet, le régime des actes ou actions strictement personnels impose que leur accomplissement n'émane que de la personne protégée titulaire du droit en cause. En revanche, aucune disposition ne semble s'opposer à l'autorisation préalable du juge des tutelles tel qu'en dispose l'article 473 alinéa 2, ou 471 pour le curatelaire. Le recours à cette disposition permettrait d'offrir une plus grande sécurité juridique aux actes strictement personnels passés par le majeur protégé, le juge des tutelles ayant procédé à un contrôle *a priori* de l'aptitude à manifester sa volonté du majeur protégé. Dans le cas contraire, le juge refuserait l'autorisation de passer l'acte. Cette solution est proposée par les professeurs Jean HAUSER¹²⁵⁹ et Jean-Marie PLAZY¹²⁶⁰. En effet, selon Monsieur PLAZY, « si la représentation est inconcevable, la reconnaissance d'une capacité pleine et entière l'est tout autant : sous peine de respecter la volonté d'un individu, on ne saurait admettre les actes personnels donnés sans lucidité ». C'est pourquoi, en faisant application de l'article 473, « le consentement strictement personnel de la personne protégée interviendra, comme par le passé, sous le contrôle du juge : il ne saurait être question de considérer que le consentement donné se fera sans aucun contrôle »¹²⁶¹.

Ce contrôle aurait pour effet de renforcer l'acte ainsi accompli par le majeur protégé : l'article 465 1° du Code civil précise d'ailleurs que « si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste néanmoins sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 [...] à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge [...] ». Certes la disposition a vocation à s'appliquer plus volontiers aux actes patrimoniaux, mais l'esprit du texte conférant à l'autorisation du juge le pouvoir de passer d'une présomption d'incapacité à

¹²⁵⁷ Comp. art. 343-1 du Code civil, lorsque l'adoptant est marié, le consentement du conjoint est nécessaire, mais il est possible de s'en dispenser s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

¹²⁵⁸ Art. 501 anc., lequel prévoyait l'avis du médecin traitant, disposition qui ne figure plus à l'art. 473.

¹²⁵⁹ J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007. 547 ; « La définition des actes strictement personnels du majeur protégé : l'autorité parentale exercée par un majeur protégé », *RTD civ.* 2014. 84.

¹²⁶⁰ J.-M. PLAZY, « Représentation légale et actes strictement personnels : l'adoption par un majeur sous tutelle », *JCP N* 2007. 1313 ; Pan. Majeurs protégés, D. 2014. 2259.

¹²⁶¹ Ibid. Dans le même sens, J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éd., 2009, n°528, p.441 ; V. NORGUIN, « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption », *D.* 2008. 2832.

une présomption d'aptitude du majeur protégé à passer l'acte, a vocation à s'appliquer également aux actes extrapatrimoniaux.

A l'inverse, une partie de la doctrine considère que l'article 458 ne permet plus le recours à l'article 473¹²⁶². Ainsi, Monsieur CASEY considère avec regret que « la logique de cet article [458] veut qu'il n'y ait aucun recours au juge, précisément parce que l'on est dans le domaine "personnalisissime", ce qui implique que le majeur agisse seul. Mais qui ne voit alors se profiler un redoutable problème de preuve de la lucidité de l'incapable ? [...] Serait-il possible de solliciter l'autorisation préalable du juge, afin de couper court à ces problèmes de preuve ? Si l'on est rigoureux, la réponse est négative [...]. Le majeur agira donc seul, mais ses actes seront tellement fragiles... »¹²⁶³. C'est effectivement dans ce sens que semble se diriger la jurisprudence¹²⁶⁴.

338. Remède proposé. Un auteur a considéré qu'il existait deux catégories d'actes strictement personnels : « ceux ne nécessitant aucune assistance ou représentation ET ne nécessitant aucune autorisation judiciaire (tels les actes visés à l'article 458 alinéa 2), et ceux ne nécessitant aucune assistance ou représentation MAIS nécessitant une autorisation judiciaire préalable (tel le mariage)¹²⁶⁵. De ce point de vue, il est possible de considérer que tous les actes de nature strictement personnelle pourraient nécessiter une autorisation préalable¹²⁶⁶, fondée

¹²⁶² Et à l'art. 471 pour la curatelle. Voir en ce sens, P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.- L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, étude n°17, p.19 ; P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », *Dr. Fam.* 2008, comm. 173 ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE et F. ARBELLOT, *Droit des tutelles, protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Référence, 3^{ème} éd., 2013/2014, n°82.21, p.451.

¹²⁶³ J. CASEY, « Tutelle et adoption simple : il faut l'accord du juge », analyse ss. Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, *RJPF* 2007, n°9. Dans le même sens, J.-J. LEMOULAND, *Pan. Majeurs protégés*, D. 2008. 313

¹²⁶⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766, *Juris-Data* n°2013-025047 ; *JCP G* 2014.n° 1-2, 14, note N. PETERKA ; *RTD civ.* 2014.84, obs. J. HAUSER ; *AJ Fam.* 2013, p. 717, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. Fam.* 2014, comm. 9, comm. I. MARIA ; *D. Actu.*, 220nov. 2013, note R. MESA.

¹²⁶⁵ V. MONTOURCY, « La requête aux fins d'autoriser le mariage d'un majeur protégé ne peut émaner de son tuteur ! », *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2016, n°4. Voir également P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.- L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, étude n°17, p.19, qui constate, outre la catégorie des actes personnels de l'article 459, qu'il existe « des actes, relevant de l'article 458, dont la nature implique qu'ils soient effectués sans assistance ni représentation ; [et] des actes qui ont la même nature que les précédents mais qui ne relèvent pas de l'article 458 parce qu'une loi y déroge [...] ».

¹²⁶⁶ V. sur la constitutionnalité de l'article 460, Cons. Const., 29 juin 2012, n°2012-260 QPC, *D.* 2012. 1675 et 1899, point de vue G. RAOUL-CORMEIL ; 2699, obs. J.-M. PLAZY et D. NOGUERO ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2012. 510, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2012. 463, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. Fam.* 2012, n°136, obs. M. BRUGGEMAN ; n°148, note I. MARIA.

sur des dispositions particulières¹²⁶⁷, ou sur l'article 473 lorsque tel n'est pas le cas¹²⁶⁸. Ce mécanisme aurait ainsi bien des vertus : celle d'unifier le régime des actes strictement personnels d'abord, car tous ont des effets non seulement personnels mais aussi patrimoniaux ; celle de préserver l'autonomie du majeur protégé sans supprimer sa protection ; celle enfin de renforcer la sécurité juridique de ces actes « personnalissimes » passés seul par le majeur protégé¹²⁶⁹. Cette demande d'autorisation préalable ne pourrait d'ailleurs émaner que du majeur protégé lui-même, ainsi que l'affirme la Cour de cassation¹²⁷⁰.

Mais la loi du 23 mars 2019 vient couper court à ce raisonnement, en supprimant purement et simplement l'autorisation judiciaire à mariage pour le majeur en tutelle, tout comme l'audition des futurs conjoints ainsi que l'avis des parents et de l'entourage¹²⁷¹. Il en est de même de l'autorisation du curateur ou à défaut du juge des tutelles pour le curatelaire. La seule condition réside désormais dans l'information préalable de la personne chargée de la mesure de protection, du projet de mariage de la personne qu'il assiste ou représente. L'article 63 du Code civil dispose désormais que la célébration du mariage est subordonnée à la justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection prévue à l'article 460. La seule possibilité pour celle-ci de faire échec au projet de mariage, consiste à former opposition, ainsi que le permet l'article 175 modifié, dans les conditions de l'article 173. L'article 174 du Code civil a également élargi l'un des deux fondements de l'opposition des membres de la famille autres que les ascendants, afin de leurs permettre d'exercer leur rôle de protection de l'un d'eux, futur époux majeur vulnérable, qui ne bénéficie pas encore d'une mesure de protection. Le fondement restrictif antérieur de « l'état de démence » a été remplacé par « l'altération des facultés personnelles »¹²⁷². Cette modification conduit à un élargissement considérable du

¹²⁶⁷ Tel le mariage, avant la suppression de l'autorisation préalable par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 (ancien art. 460), ou le testament (art.476).

¹²⁶⁸ *Contra*, H. FULCHIRON, « Avril 2008-mai 2009 : nouveau droit, nouveaux droit », *Dr. et Patr.*, 1^{er} nov. 2009, n°186.

¹²⁶⁹ Dans ce sens, J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éd., 2009, n°524, p. 438. V. également G. RAOUL-CORMEIL, « Rôle du juge des tutelles qui autorise une personne en tutelle à rédiger son testament », *AJ Fam.* 2017. 250, pour qui « l'autorisation judiciaire est le moyen de renverser la présomption simple d'insanité d'esprit qu'engendre l'ouverture de la tutelle ».

¹²⁷⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 2 décembre 2015, n°14-25777 P ; *Gaz. Pal.*, 26 janvier 2016, n°4, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2016. 875, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2016.1523, obs. J.-M. PLAZY ; *D.* 2016. 1334, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2016. 107, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2016. 83, obs. J. HAUSER.

¹²⁷¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, article 10, JORF n° 0071 du 24 mars 2019.

¹²⁷² Article 174 2° du Code civil.

second fondement de l'opposition à mariage, en dehors de toute mesure de protection¹²⁷³. La notion d'altération des facultés personnelles est susceptible de recouvrir des situations très diverses, bien plus larges que ce que recouvre la notion de l'article 425 du Code civil, susceptible de fonder la mise en œuvre d'une protection juridique, et résidant en l'altération des facultés mentales, ou corporelles de nature à empêcher l'expression de la volonté, et ayant pour effet l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Le législateur a tenté, en restreignant la capacité de protection de la personne en charge de la mesure¹²⁷⁴, d'augmenter celle des membres de la famille d'un majeur vulnérable. Il n'est pas certain que ce mouvement de libéralisation du droit du mariage soit favorable au majeur vulnérable. La suppression de l'autorisation judiciaire concerne également la conclusion d'un pacte civil de solidarité par le majeur en tutelle. La « barrière » de protection que pouvait constituer l'autorisation judiciaire cède devant le mouvement d'autonomisation qui balaie le droit des majeurs protégés. L'autonomie franchit encore une nouvelle étape au détriment de la protection.

339. Bilan. La situation du majeur protégé adoptant n'a pas été prévue par le législateur. Devant ce silence, la jurisprudence a admis la nature strictement personnelle de la requête en adoption, la même nature étant applicable au consentement de l'adoptant. Il en résulte, par application de l'article 458, que soit le majeur protégé possède une lucidité suffisante pour émettre sa volonté, et le recours à l'adoption d'un tiers ne lui est pas fermée, soit il n'est pas en mesure d'émettre sa volonté, et l'acte lui sera impossible à accomplir. Se dévoile alors son incapacité de jouissance, sans aucune solution pour la contourner et ce, quel que soit l'intérêt que le majeur protégé aurait pu retirer de l'acte. Celui-ci n'est à aucun moment pris en compte, en contradiction totale avec l'article 415 alinéa 3. Le droit des majeurs protégés intervient ici à l'encontre de la finalité même de la mesure de protection.

Mais l'adoption est une institution de protection, devant être prononcée dans l'intérêt de l'adopté. De ce point de vue, il est permis d'admettre que le défaut de discernement de l'adoptant, bénéficiant lui-même d'un dispositif de protection, l'empêche de devenir protecteur.

¹²⁷³ Car si l'article 174 met à la charge de l'opposant comme condition de validité de l'opposition, l'obligation de provoquer ou faire provoquer l'ouverture d'une mesure de protection juridique, c'est par principe que cette dernière est inexistante sur la tête du futur époux.

¹²⁷⁴ La seule possibilité pour la personne en charge de la mesure de protection, de protéger les intérêts du majeur protégé, résidera dans le dernier alinéa de l'article 1399 du Code civil, issu de la loi du 23 mars 2019, selon lequel : « Toutefois, la personne en charge de la mesure de protection peut saisir le juge pour être autorisée à conclure seule une convention matrimoniale, en vue de préserver les intérêts de la personne protégée ».

L'hypothèse doit en effet être envisagée « avec le réalisme que cette demande commande : aptitude à exercer l'autorité parentale et intérêt de l'enfant »¹²⁷⁵.

Dans le même sens, lorsque c'est l'adopté qui se trouve sous protection, la finalité de l'institution devrait conduire à lui accorder cette protection supplémentaire.

B-L'ADOPTÉ SOUS PROTECTION

340. Distinction. En vertu de l'alinéa 2 de l'article 458, deux actes strictement personnels sont relatifs à l'adoption : le consentement à sa propre adoption, ou le consentement à l'adoption de son enfant. Il est donc nécessaire de distinguer selon que l'adopté est lui-même majeur protégé, ou qu'il est l'enfant d'un majeur protégé.

1-L'adopté, majeur protégé

341. Le consentement de l'adopté majeur protégé. Lorsque l'adopté est un majeur protégé, l'article 458 du Code civil impose qu'il émette un consentement strictement personnel au projet d'adoption. Dans un arrêt en date du 8 octobre 2008, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer, avant la mise en application de la loi du 5 mars 2007, sur les conditions de mise en œuvre de l'émission du consentement strictement personnel de l'adopté majeur protégé¹²⁷⁶. Elle procède au même raisonnement syllogistique que dans son arrêt du 4 juin 2007 : dans un premier temps, la Cour qualifie le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption d'acte strictement personnel puis, dans un second temps, déclare applicable l'ancien article 501, devenu l'article 473¹²⁷⁷, et enfin dans un troisième temps, fait application de la règle de droit ainsi dégagée aux faits de l'espèce. Or, il résultait de l'expertise médicale que l'adoptée majeure protégée n'était pas en mesure de délivrer un consentement libre et

¹²⁷⁵ E. MALLET, « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *JCP N* 2013.I. 1210.

¹²⁷⁶ Cass Civ 1^{re}, 8 octobre 2008, n° 07-216094, Bull Civ. I n°223 ; *JCP G* 2009, II, 10012, note Y. FAVIER ; *D.* 2008. 2863, note EGEA, et 2832, note V. NORGUIN ; *Dr. Fam.* 2008.173, note P. MURAT ; *RTD Civ* 2008, 655, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008. 431, obs. J. MASSIP ; *AJ F* 2008,3 p. 435, note L. PECAULT-RIVOLIER, obs P. MURAT.

¹²⁷⁷ Sans l'obligation pour le juge de demander l'avis du médecin traitant, mais cette demande demeure une faculté.

éclairé, ses facultés mentales étant trop altérées. Par conséquent, l'article 501 ancien était inapplicable : il n'est pas possible au juge d'autoriser un majeur protégé à consentir à sa propre adoption si ce dernier se trouve de l'impossibilité de manifester une volonté suffisamment efficiente. Le syllogisme est indiscutable, mais les effets de l'application de la règle de droit ont été très largement critiqués par la doctrine¹²⁷⁸.

342. Effets. Ils conduisent à l'impossibilité d'adopter un majeur protégé dont les facultés mentales sont trop altérées pour lui permettre de consentir seul à son adoption. Autrement dit, les personnes les plus vulnérables se voient refuser cette institution de protection, dont l'intérêt ne fait pourtant pas de doute pour eux, précisément parce qu'ils sont trop vulnérables pour consentir¹²⁷⁹. La question se pose également pour les mineurs âgés de plus de treize ans, dont le consentement personnel est requis¹²⁸⁰.

343. Absence de remède à l'incapacité de jouissance. Il n'existe pas de possibilités de remédier à l'absence de consentement lucide de l'adopté majeur protégé. Si ce dernier possède une volonté suffisante, son adoption sera possible, sous réserve qu'il y consente, car il pourra tout aussi bien refuser d'y consentir. Son refus rendra l'adoption impossible¹²⁸¹. Si le majeur protégé est trop vulnérable pour émettre une volonté propre et comprendre le sens et la portée de l'acte, son adoption sera impossible. Les seuls remèdes résident dans le recours au mandat de protection future pour autrui¹²⁸², prévu à l'article 477 du Code civil, mais les finalités ne sont pas les mêmes que celles de l'adoption¹²⁸³, ou dans la désignation du beau-parent comme tuteur ou curateur, possibilité offerte à l'article 449¹²⁸⁴. Mais aucun des deux ne comble « le symbole que porte la filiation »¹²⁸⁵, ni l'intérêt fiscal dans la transmission du patrimoine¹²⁸⁶.

¹²⁷⁸ P. MURAT, op. cit. : « cet arrêt est choquant » ; J. HAUSER, op. cit. : La solution « laisse une impression de malaise » ; L. PECAULT-RIVOLIER, op. cit., a ainsi titré sa note : « Quand la protection des droits des personnes conduit à des solutions humainement insupportables... ».

¹²⁷⁹ En ce sens, P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », *Dr. Fam.* 2008, comm. 173.

¹²⁸⁰ Art. 345 al.3 pour l'adoption plénière ; art. 360 al.3 pour l'adoption simple.

¹²⁸¹ Art. 360 al.4 C.civ.

¹²⁸² P. MURAT, « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », op. cit. ; H. FULCHIRON, « Avril 2008-mai 2009 : nouveau droit, nouveaux droits », *Dr. et Patr.*, 1^{er} nov. 2009, n°186.

¹²⁸³ P. MURAT, op. cit.

¹²⁸⁴ H. FULCHIRON, op. cit.

¹²⁸⁵ Ibid.

¹²⁸⁶ J. HAUSER, « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007 (applicable au 1^{er} janv. 2009), le consentement du majeur à sa propre adoption (Civ. 1^{re}, 8 oct. 2008) », *RTD Civ.* 2008. 655. Selon le Professeur HAUSER, « il faudrait vraiment réfléchir à la finalité de l'adoption simple au 21^e siècle » ; « De nouveau on retrouve le heurt entre l'intérêt de l'enfant et un principe solennel. N'est-ce pas le droit fiscal qu'il

Devant le constat de cette incapacité de jouissance dont souffre le majeur protégé¹²⁸⁷, et à la suite de la solution apportée par l'arrêt du 8 octobre 2008, une question écrite avait été posée au Garde des Sceaux, alertant des effets de l'article 458 sur l'adoption d'un majeur protégé inapte à consentir¹²⁸⁸. La réponse du Ministère de la justice d'une part, n'a pas proposé d'alternatives à l'impossibilité de l'adoption dans une telle hypothèse, et d'autre part justifie clairement mais froidement la position prise par le législateur : ce dernier « a donc clairement souhaité exclure la possibilité d'adoption d'un majeur qui ne peut exprimer librement sa volonté, se conformant ainsi au principe 19 de la recommandation R (99) 4 du Conseil de l'Europe relative à la protection juridique des majeurs incapables qui prévoit la limitation des pouvoirs des représentants. Il n'est donc pas envisagé de modifier ce dispositif »¹²⁸⁹. Le législateur a clairement souhaité exclure l'adoption d'un majeur protégé inapte à consentir du champ des possibilités offertes par la loi, et ne modifiera pas la disposition de l'article 458, quels qu'en soient ses effets, lesquels aboutissent ici à une contrariété manifeste avec l'esprit même de la loi dont elle est issue, et avec la finalité de l'adoption.

344. Alternatives proposées. La réforme du 5 mars 2007 s'est largement inspirée du droit européen, et de la philosophie issue de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, la solution actuelle de l'impossibilité d'adopter un majeur protégé inapte à consentir pourrait conduire à une possible violation des articles 8 et 14 de la CEDH, en se fondant d'une part sur la discrimination ainsi créée entre le majeur protégé dont les facultés mentales sont trop altérées pour consentir à son adoption, et ceux dont l'altération, moins sévère, leur permet néanmoins de comprendre le sens et la portée de l'acte, leur ouvrant l'accès à l'adoption¹²⁹⁰. Le droit à une vie familiale protégé par l'article 8 d'autre part, pourrait également intervenir, la notion de vie familiale désignant au sens de la CEDH une relation effectivement vécue, « et s'attache moins aux catégories juridiques qu'au tissu affectif existant »¹²⁹¹. Cette

faudrait modifier ? », *Ibib*, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. Fam.* 2011, article 6, p. 28 ; M. FULCHIRON, *op. cit.*, pose ainsi la question de savoir s'il ne serait pas préférable de créer « enfin », un statut du beau-parent, plutôt que de passer par la création de liens de filiation pour transmettre le patrimoine.

¹²⁸⁷ Et probablement aussi le mineur de plus de treize ans handicapé mental.

¹²⁸⁸ J.-P. SUEUR, « Situation des majeurs protégés déclarés incapables d'organiser un raisonnement », Question écrite, n°08660, 13^{ème} législature, JO Sénat, 7 mai 2009, p.1095. La question écrite constatait que la rédaction de l'article 458 risquait d'entraîner au sein d'une même fratrie, une disparité de droits « difficilement justifiable ».

¹²⁸⁹ Min.de la justice, Réponse à la question n°08660, JO Sénat, 08 octobre 2009, p. 2369.

¹²⁹⁰ Y. FAVIER, « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP G*, 2009. II. 10012.

¹²⁹¹ J.-M. PLAZY, « Le droit à une vie familiale pour les incapables », *in* J.-J. LEMOULAND et M. LUBY (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p.37. Voir également F. BOULANGER,

argumentation pourrait utilement être rapprochée des situations généralement constatées dans le cadre de l'adoption d'un majeur protégé handicapé mental¹²⁹², dans lesquelles la demande d'adoption émane du conjoint du parent du majeur protégé, l'adoptant et l'adopté ayant une communauté de vie affective, mais également souvent matérielle¹²⁹³.

C'est en ce sens que Madame Catherine KRIEF-SEMITKO propose de rechercher une alternative à la rigueur de l'article 458, provoquant l'impossibilité d'adopter le majeur protégé inapte au consentement. L'auteure propose ainsi de recourir au droit supranational, en particulier à celui des droits de l'homme. S'appuyant sur les obligations positives mises à la charge des Etats signataires à la Convention européenne des droits de l'homme, et sur la jurisprudence de la Cour EDH¹²⁹⁴, ainsi que sur l'article 55 de la Constitution¹²⁹⁵, Madame KRIEF-SEMITKO en déduit un pouvoir d'interprétation des dispositions internes par le juge français conformément à la Convention EDH¹²⁹⁶. Le juge exercera un contrôle de la conformité des lois internes aux traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés¹²⁹⁷. L'application de l'article 458 menant à l'impossibilité d'adopter le majeur protégé chaque fois qu'il est inapte à consentir, la solution est susceptible de violer les articles 14 et 8 de la Convention EDH. Dans cette hypothèse, « le juge français peut accueillir favorablement la requête en adoption simple d'un majeur protégé inapte à consentir à sa propre adoption, chaque fois qu'il y a, *de facto*, une vie familiale au sens de la Convention EDH, car cette vie familiale est protégée par l'article 8 de la Convention, laquelle est, dans la hiérarchie des normes, supérieure à l'article 458 du Code

« La vie familiale », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 2001, p.204 ; F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002.

¹²⁹² Ou d'un mineur handicapé mental âgé de plus de treize ans. V. TI Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978. I. 175, obs. DECHEIX.

¹²⁹³ Cf. les faits de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile du 8 octobre 2008 : une majeure protégée autiste, Amandine, orpheline de mère, dont l'épouse du père s'occupait depuis plusieurs années, et qui souhaitait l'adopter, afin de garantir et sécuriser son avenir et consacrer juridiquement les liens affectifs ainsi créés.

¹²⁹⁴ V. par ex. CEDH, 13 juill. 2004, n°69498/01, Pla et Puncerneau c/ Andorre, *JCP G*, 2005. II. 10052, note F. BOULANGER.

¹²⁹⁵ Art. 55, Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». La Convention EDH a été ratifiée le 3 mai 1974 par la France, entrée en vigueur le même jour.

¹²⁹⁶ C. KRIEF-SEMITKO, « L'adoption simple des majeurs protégés à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2012.I. 1353. Selon l'auteure, ce pouvoir peut « s'analyser en une forme particulière d'obligation positive que la Convention fait peser sur les Etats ».

¹²⁹⁷ Ibid, n°28. V. CEDH, 13 déc. 2008, n°39051/03, Emonet c/ Suisse, *JCP G*, 2008. I. 110, n°9, obs. F. SUDRE ; *AJ Fam.* 2008, p.76, note F. CHENEDE.

civil »¹²⁹⁸. Le secours du droit européen des droits de l'homme est ainsi une voie possible¹²⁹⁹.

C'est ainsi la voie qu'a choisi de suivre le tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, dans un jugement rendu le 13 juin 2018¹³⁰⁰. En l'espèce, le projet d'adoption par un couple ayant recueilli et élevé deux jumeaux, se heurte à l'impossibilité pour l'un d'eux, majeur en tutelle, d'exprimer son consentement. Les juges, « surmontant avec audace cette difficulté, [...] prononcent l'adoption simple des deux frères à l'issue d'un habile contrôle de conventionalité »¹³⁰¹. Se fondant sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juges estiment que l'application de l'article 458 du Code civil conduit à une « discrimination au détriment du majeur handicapé mental, à raison de son âge et de son handicap, et prive une catégorie de personnes d'un instrument utile de protection et de la possibilité d'avoir une vie familiale fondée sur une adoption simple, sans que puisse se lire dans la loi une nécessité à cet empêchement. Dès lors, [...] il doit être considéré qu'une requête en adoption simple d'un majeur protégé, incapable de donner son consentement, doit être accueillie favorablement si la situation personnelle et particulière de la personne le justifie [...] ».

Une autre voie a été proposée par le Professeur Claire NEIRINCK¹³⁰². Prenant acte du caractère strictement personnel du consentement du majeur protégé à sa propre adoption, Madame NEIRINCK constate que ce consentement n'est exigé qu'à partir de treize ans¹³⁰³, âge présumé du discernement de l'adopté. Cette présomption, nécessairement simple selon l'auteure¹³⁰⁴, permet d'être écartée par une expertise judiciaire. La validité du consentement est intrinsèquement liée à la possession du discernement : « ainsi, doit consentir à son adoption l'adopté de plus de treize ans doué de discernement »¹³⁰⁵. En son absence, « le caractère impossible de cette exigence doit permettre aux juges de passer outre cette présomption et de prononcer néanmoins une adoption conforme à l'intérêt de l'adopté, ainsi qu'ils le font pour un

¹²⁹⁸ Ibid, n°27. V. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, Soc. des cafés Jacques Vabre, n° 73-13.556 ; et CE, Ass., Nicolo, 20 oct. 1989, req. n° 108243.

¹²⁹⁹ En ce sens également, F. VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. Fam.* 2011, n°2, dossier 3.

¹³⁰⁰ TGI Avesnes-sur-Helpe, 13 juin 2018, n°18/00790, *AJ fam.* 2018. 674, note J. MATTIUSSI.

¹³⁰¹ J. MATTIUSSI, « Adoption simple d'un majeur protégé : quand l'intérêt prime le consentement », *AJ fam.* 2018. 674.

¹³⁰² C. NEIRINCK, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009. 176.

¹³⁰³ Art.345 al.3 pour l'adoption plénière, art. 360 al.4 pour l'adoption simple.

¹³⁰⁴ V. l'analyse du Professeur NEIRINCK sur la nature de cette présomption, in C. NEIRINCK, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009. 176.

¹³⁰⁵ Le mineur de moins de treize ans doué de discernement doit seulement « être entendu » par le tribunal, selon l'article 353 al.2 C. civ.

adopté plus jeune »¹³⁰⁶. L'intérêt de l'adopté, exigence légale vérifiée et contrôlée par le tribunal de grande instance¹³⁰⁷, devient alors le fondement principal de l'adoption.

Cette solution se justifie au regard de la nature du consentement de l'adopté à sa propre adoption : par opposition au consentement-initiative¹³⁰⁸ de l'adoptant, c'est un consentement-approbation, ou passif¹³⁰⁹ qu'il lui est demandé d'émettre dans ce cas. Le consentement passif ne renferme pas la même force que le premier, dont il est impossible de se défaire¹³¹⁰. Ainsi, l'article 360 n'impose pas le consentement de l'adopté de moins de treize ans, pas plus qu'il ne distingue entre le mineur et le majeur¹³¹¹. L'adoption peut être prononcée en l'absence de consentement de l'adopté de moins de treize ans, qui constitue la solution la plus fréquente¹³¹². Lorsque le futur adopté est doué de discernement, l'article 360 impose son consentement-approbation, et l'article 458 exige qu'il soit strictement personnel, sans assistance ni représentation. Mais si l'expertise médicale ordonnée par le tribunal de grande instance constate que le futur adopté ne possède pas de discernement suffisant, « le consentement n'a pas à être donné »¹³¹³. Ainsi, selon la professeure Claire NEIRINCK, « cette solution est infiniment plus respectueuse de [l'adopté handicapé mental] qu'une adoption prononcée avec le consentement d'autrui présenté comme étant le sien », ou de l'impossibilité pure et simple de prononcer une adoption pourtant parfaitement conforme à son intérêt, le frappant d'une incapacité de jouissance.

Enfin, une dernière solution a été proposée pour remédier à l'impossibilité d'adopter le majeur protégé inapte à consentir, consistant en l'élaboration législative d'un dispositif spécifique, à l'image de celui qui était prévu pour le mariage par exemple, avant l'intervention de la loi du 23 mars 2019¹³¹⁴.

¹³⁰⁶ Ibid.

¹³⁰⁷ Art. 353 al. 1^{er} C. civ.

¹³⁰⁸ Notion dégagée par le Professeur J. HAUSER, voir notamment « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007. 547. V. supra le consentement de l'adoptant majeur protégé.

¹³⁰⁹ Ibid.

¹³¹⁰ Cf. *supra* §337 le sort de la requête en adoption de l'adoptant majeur protégé en l'absence de discernement.

¹³¹¹ L'article 360 énonce que l'adoption simple peut être prononcée quel que soit l'âge de l'adopté, puis ne fait référence qu'à « l'adopté » pour exiger le consentement des plus de treize ans.

¹³¹² C. NEIRINCK, « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009. 176. V. art. 345 al.3 pour l'adoption plénière.

¹³¹³ C. NEIRINCK, *op. cit.*

¹³¹⁴ M.-C. LE BOURSICOT, « Adoption : quand la volonté de protéger le majeur vulnérable devient contraire à ses propres intérêts », *RJPF* 2008, n°12, p.14.

Le législateur ne semble toutefois pas enclin à procéder à une telle intervention¹³¹⁵. Aussi, les deux premières solutions semblent être les seules alternatives à l'incapacité de jouissance dont souffrent les majeurs protégés inaptes à consentir à leur propre adoption. Le législateur de 2007 a d'ailleurs laissé le soin au juge de compléter la liste non exhaustive des actes strictement personnels de l'article 458. Celui-ci peut dès lors utilement faire usage de son pouvoir d'interprétation de la règle de droit dans le cadre de sa *jurisdictio*.

2-L'adopté, enfant du majeur protégé

345. Le consentement du majeur protégé parent. Outre le consentement à sa propre adoption, l'article 458 répute également strictement personnel le consentement donné par le majeur protégé à l'adoption de son enfant. Celui-ci est régi par l'article 348 du Code civil pour l'adoption plénière, auquel l'article 361 renvoie pour l'adoption simple. Il ressort de ces dispositions que lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux parents, chacun doit consentir à l'adoption. Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent, seul ce dernier doit délivrer son consentement¹³¹⁶. La mesure de protection juridique de l'un, ou des deux parents ne permet pas, *a priori*, d'écarter cette exigence. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 7 décembre 2004¹³¹⁷, le consentement du père seul était insuffisant au prononcé de l'adoption simple de l'enfant, celui de la mère était également impératif, nonobstant la mesure tutélaire dont elle faisait l'objet¹³¹⁸. Le principe réside donc dans l'exigence du consentement du parent majeur protégé dont le lien de filiation est légalement établi avec l'enfant futur adopté.

Lorsque le parent majeur protégé est en mesure de manifester sa volonté propre, lui seul peut donner son consentement à cet acte strictement personnel, sans assistance ni représentation. Mais le recours à l'article 473 permettrait de consolider cette manifestation de volonté¹³¹⁹. C'est

¹³¹⁵ Min.de la justice, Réponse à la question n°08660, JO Sénat, 08 octobre 2009, p. 2369 ; *Adde E. BLESSIG*, Rapp. AN, n°3557, 10 janv. 2007, sur Projet de loi n°3462, portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹³¹⁶ Art. 348-1 C. civ.

¹³¹⁷ CA Nîmes, 7 déc. 2004 : *JurisData* n°2004-259490 ; *Dr. Fam.* 2005, comm. 154, note P. MURAT.

¹³¹⁸ V. également CEDH, 17 juill. 2008, X c/ Croatie, n°11223/04 : *Dr. Fam.* 2008, alerte 71, veille M. BRUGGEMAN. La Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention EDH, dans l'exclusion totale de la mère sous protection juridique et privée de ses droits parentaux à la procédure d'adoption de son enfant.

¹³¹⁹ Voir supra l'analyse développée sur le recours à l'article 473 pour le majeur protégé adoptant.

ainsi que ce mécanisme d'autorisation judiciaire a été utilisé dans l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes¹³²⁰, rendu antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 458. En tout état de cause, avec ou sans la mise en œuvre de l'article 473, lorsque le parent majeur protégé est apte à exprimer une volonté propre, lui seul pourra consentir valablement à l'adoption de son enfant, ou au contraire y opposer un refus. Dans ce cas, l'adoption sera impossible, réserve faite de l'application de l'article 348-6¹³²¹.

346. L'incapacité naturelle du majeur protégé parent. En revanche, lorsque le parent majeur protégé n'est pas en mesure de manifester une volonté propre, le droit des majeurs protégés semble fermer la faculté pour un tiers d'adopter son enfant. Le droit de l'adoption permet alors de contourner la condition de consentement du ou des parents dont l'état des facultés mentales ne leur permet pas d'émettre un consentement lucide¹³²², ce que le tribunal de grande instance¹³²³ devra vérifier au moyen d'une expertise médicale, si l'on considère que l'article 473 n'est plus applicable aux actes relevant de l'article 458. Ce dernier réserve en effet son application aux dispositions particulières prévues par la loi. Si l'un des parents se trouve dans ce cas, le consentement de l'autre suffira, aux termes de l'article 348 alinéa 2. Si les deux parents se trouvent dans ce cas, le consentement du conseil de famille permettra de pallier leur absence de consentement¹³²⁴. Cela suppose néanmoins la constitution d'une tutelle de l'enfant¹³²⁵.

L'impossibilité pour le parent majeur protégé de manifester sa volonté dans le cadre de la procédure d'adoption de son enfant, conduira, en dépit de la nature pourtant strictement personnelle du consentement requis, à écarter cette exigence pour permettre l'adoption. Ainsi, si le majeur protégé est apte à consentir, lui seul peut « accepter de couper le lien qui l'unit à son enfant : son tuteur ne peut le faire à sa place. En revanche, il suffit, lorsqu'il ne peut pas exprimer un consentement lucide, que l'autre parent accepte cette rupture pour que cela soit

¹³²⁰ L'arrêt recourait à l'ancien article 501, devenu l'article 473 ; CA Nîmes, op. cit.

¹³²¹ L'article 348-6 réserve la faculté pour le tribunal de prononcer l'adoption en cas de refus abusif des parents ou de l'un d'eux, ou du conseil de famille.

¹³²² Art. 348 al.2, et art. 348-2 C. civ.

¹³²³ Désormais tribunal judiciaire.

¹³²⁴ Art. 348-2 C. civ. Cette disposition prévoit également l'avis de la personne qui prend soin en fait de l'enfant. La disposition est également applicable lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie.

¹³²⁵ V. sur ce point, et les difficultés rencontrées en pratique, P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. Civ., art. 458 – Loi n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, étude 17, p.19, spéc. n°16.

possible »¹³²⁶.

Cependant, l'adoption de l'enfant du majeur protégé n'est qu'une mesure de dernier recours, car il existe d'autres solutions pour préserver l'enfant dont l'état mental du parent ne lui permet pas d'exercer sa fonction parentale¹³²⁷. Il convient d'ailleurs de préciser que le consentement à l'adoption de son enfant constitue un acte de l'autorité parentale¹³²⁸. Il se trouve ainsi inscrit à double titre dans la liste de l'article 458 : en tant qu'acte indépendant, expressément désigné, mais aussi en tant qu'acte dépendant, inclus dans les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant. A cet égard, il est d'ailleurs notable de remarquer que, dans ce dernier ensemble, il est le seul qui ne supporte pas la délégation en vertu de l'article 377-3 du Code civil¹³²⁹.

347. Bilan. Il est donc possible de remédier à l'incapacité naturelle du majeur protégé de consentir à l'adoption de son enfant, ce qui ne l'est pas pour sa propre adoption. Cette impossibilité se retrouve lorsque le majeur protégé est en situation d'adoptant, mais les finalités de l'institution qu'est l'adoption permettent d'admettre cette solution au regard de l'adopté. A l'inverse, lorsque c'est l'adopté qui est majeur protégé, l'impossibilité de remédier à son incapacité naturelle de consentir à sa propre adoption est difficilement justifiable, même au prix du respect d'un principe solennel¹³³⁰.

¹³²⁶ A. BATTEUR, J.Cl. Civil Code, art.457-1 à 463, Fasc. 20, n°106.

¹³²⁷ Comme les mesures d'assistance éducative, la délégation de l'autorité parentale.

¹³²⁸ En ce sens, P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. Civ., art. 458 – Loi n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », op. cit.

¹³²⁹ P. SALVAGE-GEREST, op. cit.

¹³³⁰ V. J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. Fam.*, fév. 2011, étude 6, p. 28, qui constate en la matière que « de nouveau, on retrouve le heurt entre l'intérêt de l'enfant et un principe solennel ». V. également, *contra*, H. FULCHIRON, « Avril 2008-mai 2009 : nouveau droit, nouveaux droits », *Dr. et Patr.*, 1^{er} nov. 2009, n°186, pour qui « le système de la représentation n'est-il pas plus choquant encore que l'impossibilité d'être adopté ? » et qui se demande si les avantages et la protection offerte à l'adopté sont « suffisants pour justifier une dérogation au principe ? ».

Conclusion du chapitre 1

348. L'établissement non contentieux de la filiation de l'enfant du majeur protégé n'est pas exclu par la protection juridique de son auteur. Cet établissement se révèle néanmoins assez inégalitaire, d'une part selon le sexe de l'auteur, d'autre part selon le statut marital paternel. En effet, si la filiation maternelle s'établit généralement de façon automatique, par l'effet de la loi, un tel mécanisme n'existe pas pour la filiation paternelle. Elle est toutefois favorisée lorsque le père est marié¹³³¹. Dans le cas contraire, l'établissement du lien de filiation résultera nécessairement d'une manifestation de la volonté paternelle.

Lorsque la filiation de l'enfant du majeur protégé n'aura pu être établie par ces mécanismes, il restera le recours à l'action contentieuse.

¹³³¹ Par le recours à la présomption de paternité.

CHAPITRE 2

LE CONTENTIEUX DE LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

349. Démarche adoptée. L'enfant du majeur protégé dont la filiation n'aura pas été établie par les modes non contentieux prévus au Chapitre deux du Titre sept du Code civil, ne verra pas pour autant l'établissement de sa filiation fermée¹³³². Le contentieux relatif à la filiation de l'enfant du majeur protégé résultera soit d'une filiation que l'on souhaite imposer (section I), soit d'une filiation qui se trouve au contraire refusée (section II).

SECTION I

LA FILIATION IMPOSÉE

350. Distinction des actions relatives à l'établissement de la filiation. L'établissement judiciaire de la filiation est mis en œuvre par trois types d'actions que sont l'action en recherche de paternité¹³³³ ou de maternité¹³³⁴, l'action en rétablissement de la présomption de paternité¹³³⁵, et l'action en constatation de la possession d'état¹³³⁶. Ces actions se distinguent toutefois par leur fondement : la première se fonde sur la vérité biologique, c'est une action réservée à

¹³³² Sauf en cas d'inceste absolu, cf art. 310-2 C. civ. L'enfant aura alors la faculté de réclamer des subsides à son géniteur.

¹³³³ Art. 327 C. civ.

¹³³⁴ Art. 325 C. civ.

¹³³⁵ Art. 329 C. civ.

¹³³⁶ Art. 330 C. civ.

l'enfant¹³³⁷, tandis que les suivantes se fondent sur la vérité sociologique, la titularité de l'action est alors plus large¹³³⁸. Enfin, l'action en recherche de paternité ou de maternité vise à établir la filiation de l'enfant avec l'autre parent, tandis que les deux autres types d'action visent à établir le lien de filiation à l'égard du parent lui-même¹³³⁹. Elles seront à ce titre distinguées.

§I- L'ACTION EN RECHERCHE DE MATERNITE OU DE PATERNITE

351. Cadre juridique. L'action en recherche de maternité, consacrée à l'article 325 du Code civil, et l'action en recherche de paternité hors mariage, prévue à l'article 327, obéissent au régime juridique de l'article 328 selon lequel « le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de l'enfant, seule qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité. [...] . L'action est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers ». Elle n'est recevable que si la filiation de l'enfant n'est pas déjà établie¹³⁴⁰. Il convient donc, au sein du contentieux dégagé, de distinguer la situation du majeur protégé dans le cadre de l'action en demande (A), de sa situation dans le cadre de l'action en défense (B).

A-L'ACTION EN DEMANDE

352. Annonce de plan. Il conviendra, avant d'envisager l'exercice de l'action en recherche de maternité ou de paternité par un majeur protégé (2), de procéder à l'analyse de la nature et du fondement de cette action (1).

¹³³⁷ Art. 325 al.2 et 327 al.2 C. civ.

¹³³⁸ Art. 329 et 330 C. civ.

¹³³⁹ V. en ce sens, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, thèse Lyon III, 2006, p. 187, n°449.

¹³⁴⁰ Dans cette hypothèse, conformément au principe chronologique de l'article 320, il sera nécessaire de contester le lien de filiation établi en premier lieu, afin de poursuivre l'établissement de la véritable filiation en second lieu. Cf *infra* §376 s., les actions en contestation de la filiation.

1-La nature et le fondement de l'action en recherche de maternité ou de paternité

353. Titularité de l'action. L'action en recherche de maternité ou de paternité est une action attitrée : seul l'enfant peut agir. Durant sa minorité toutefois, l'action est exercée uniquement par le parent « même mineur »¹³⁴¹, à l'égard duquel la filiation est établie. Lui seul est alors à l'initiative de l'action. L'alinéa 2 de l'article 328 précise que « si aucun lien de filiation n'est établi ou si ce parent est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'action est intentée par le tuteur conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 408 ». Cette disposition est relative à la tutelle des mineurs. C'est donc le tuteur de l'enfant mineur qui intentera l'action, le cas échéant après ouverture d'une tutelle, non celui du parent, dans l'hypothèse où ce dernier se trouverait dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il s'agit donc de l'exercice d'un droit extrapatrimonial appartenant à la personne de l'enfant. En application de l'article 408, auquel renvoie l'article 328, le tuteur de l'enfant représente le mineur en justice. Particulièrement, il devra se munir au préalable pour l'exercice des droits extrapatrimoniaux de son protégé, de l'autorisation ou de l'injonction du conseil de famille.

La solution prescrite pour le tuteur de l'enfant n'est pas identique pour le parent agissant en vertu de l'article 328 alinéa 1. En effet, la jurisprudence a ainsi affirmé que le parent mineur agissait alors en vertu d'un pouvoir personnel, et non en qualité d'administrateur légal, lui permettant ainsi de se soustraire à la nécessité de se munir d'une autorisation telle qu'exigée par l'article 464 alinéa 3 ancien, devenu l'article 408¹³⁴². La titularité du droit d'action n'a pas le même fondement : le tuteur agit en vertu d'un pouvoir de représentation légale autorisé par les organes de la tutelle, le parent agit en vertu de sa seule qualité de parent¹³⁴³.

¹³⁴¹ Art. 328 C. civ., *in limine*.

¹³⁴² Civ. 1^{re}, 12 oct. 1983, Bull. civ. I, n°230 ; D. 1984. 238, et Defrénois 1984, 33230, n°5, p.288, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1984. 1. Pan. 53, obs. GRIMALDI.

¹³⁴³ V. en ce sens déjà Ch. BEUDANT, T. 3 par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et A. BRETON, *Cours de droit civil français, L'état et la capacité des personnes*, Librairies A. Rousseau, 2^e éd., 1936, n° 1159 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, La famille*, T.I, vol. 3, 7^e éd. Par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, n°980 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les incapacités, la famille, l'enfant, le couple*, vol.1, PUF, coll. Quadrige Manuels, 1^{re} éd., 2004, n°493 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, in P. MURAT (dir.) *Dalloz Action Droit de la famille*, 2016, n°214.72.

Mais si certains auteurs considèrent que le droit d'agir en qualité de parent est lié à l'autorité parentale qui en découle¹³⁴⁴, d'autres affirment qu'il est en réalité lié à la filiation¹³⁴⁵. En effet, ce n'est que parce que la filiation de l'enfant est établie à son égard, que le parent même mineur, peut agir. C'est d'ailleurs la seule condition posée par l'article 328. La capacité du parent à exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité trouve son fondement dans le lien filial établi avec l'enfant. Ce n'est que parce que la filiation de l'enfant est établie à l'égard du parent, que l'autorité parentale lui est dévolue. Ainsi, aux termes de l'article 372 du Code civil, le parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant est judiciairement établie ne se verra pas investi corrélativement et systématiquement de l'autorité parentale. Dès lors, la condition posée à l'article 328 permettant au parent d'agir est fondée sur la « primo-filiation ». C'est pourquoi il est possible de considérer, avec Monsieur PORTEFAIX, que l'action exercée par le parent en vertu de l'article 328 « n'est liée ni à l'administration légale ni à la tutelle, pas même à l'autorité parentale, mais à la filiation : aux termes de l'article 328 nouveau, la filiation avec le parent doit être établie pour qu'il puisse agir »¹³⁴⁶.

354. Discussion. Le fondement du pouvoir personnel exclusif dont le parent est ainsi investi explique sa capacité à agir, quelle que soit sa capacité juridique. Le législateur fait ainsi expressément mention du parent mineur, lequel peut agir seul, sans représentation ni assistance. Son représentant légal ne peut se substituer à lui pour exercer l'action¹³⁴⁷. En revanche, l'article 328 ne contient pas de régime particulier pour le parent majeur protégé. Le droit des majeurs protégés n'envisage pas non plus expressément les actions relatives à l'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé, dont l'action en recherche de maternité ou de paternité exercée par le seul parent durant la minorité de l'enfant.

Un auteur a proposé de raisonner par analogie avec la capacité spéciale reconnue au parent mineur : « si l'article 328 nouveau du Code civil n'envisage que le parent mineur, *la ratio legis* de ce texte se retrouve en effet chez le parent majeur sous tutelle ou curatelle »¹³⁴⁸. L'entreprise

¹³⁴⁴ Voir déjà C. AUBRY et C. RAU, T. 9 par E. ESMEIN, *Droit civil français*, Librairies techniques, 6^e éd., 1953, § 569 ; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, thèse Lyon III, 2008, n°349 in fine, p.158.

¹³⁴⁵ M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, thèse Lyon III, 2006, n° 455, p.190.

¹³⁴⁶ M. PORTEFAIX, op. cit., n° 455, p.190.

¹³⁴⁷ Civ. 1^{re}, 6 oct. 1953, Bull. civ. I, n°264 ; CA Versailles, 16 déc. 1986, D. 1987, somm. p. 317, obs. D. HUET-WEILLER ; CA Aix-en-Provence, 9 mars 1999, RG n°96/23198. La jurisprudence admet toutefois que la procédure se trouve régularisée lorsque la mère, devenue majeure, reprend l'instance et se substitue à son représentant légal (ses parents) : Civ. 1^{re}, 22 fév.1972, RTD civ. 1972. 627, obs. HEBRAUD ; JCP 1972. II. 17111, note R. LINDON, et Civ. 1^{re}, 19 oct. 1976, n°75-13.423, Bull. civ. I, n°301.

¹³⁴⁸ M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, thèse Lyon III, 2006, n° 455, p.190.

est tentante, et la justification n'est pas dénuée de sens, mais le raisonnement analogique transposant les solutions du droit des mineurs au droit des majeurs protégés est souvent très périlleux et trouve rapidement ses limites.

C'est donc vers le droit des majeurs protégés qu'il convient de se tourner. Hormis un acte relatif au majeur protégé lui-même, les actes strictement personnels prévus à l'article 458 sont tous relatifs à l'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé d'une part, et aux actes de l'autorité parentale d'autre part. En revanche, aucune action s'y rapportant n'y figure. Toutefois, l'œuvre prétorienne¹³⁴⁹ a fait émerger une catégorie nouvelle, celle des actions strictement personnelles, venant grossir les rangs de l'article 458 alinéa 2, en les soustrayant de l'article 475¹³⁵⁰. Les actions strictement personnelles consacrées par la jurisprudence, sont à ce jour toutes relatives à l'autorité parentale¹³⁵¹. Toutefois, au regard du contenu de l'article 458, si elles le sont pour les actes de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, la *ratio legis* du texte peut conduire à imprimer aux actions relatives à la filiation une nature identique.

355. Effets sur le majeur protégé parent et son enfant. Le fondement et la nature de l'action en recherche de maternité ou de paternité va d'ailleurs en ce sens : l'action est fondée sur le lien filial unissant l'enfant à son parent. A ce titre, lui seul peut exercer l'action réservée à l'enfant durant sa minorité, car lui seul est en réalité « détenteur de la vérité »¹³⁵² sur cette seconde filiation. Il serait dès lors difficilement concevable de permettre l'immixtion de son représentant légal dans cet espace si intimement personnel : comment celui-ci pourrait-il exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité au nom de son protégé, censé agir lui-même pour le compte de son enfant ? Cette sorte de représentation à double étage¹³⁵³ dans

¹³⁴⁹ Souhaitée par le législateur dans le domaine des actes strictement personnels : « *Le projet de loi n'énumère pas les actes strictement personnels, laissant ainsi à la jurisprudence ce soin. Néanmoins, deux séries d'actes sont réputées strictement personnels et ne pourront donc être accomplies que par le majeur protégé : les actes relatifs à la filiation, [...] les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant du majeur protégé.* », Rapport sur le Projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs, n° 212 (2006-2007) de M. Henri de RICHEMONT fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2007. Voir également, E. BLESSIG, Rapport A.N, n° 3557, p. 171.

¹³⁵⁰ N. PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », *JCP G*, n°1-2, 13 janvier 2014, 14 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014. 467.

¹³⁵¹ Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766, *D.* 2014.467, note G. RAOUL-CORMEIL ; *AJ fam.* 2013. 717, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2014. 84, obs. J. HAUSER. Voir déjà, sur la nature strictement personnelle de l'appel d'une décision d'assistance éducative, CA Amiens, 8 nov. 2007, n°2007-354010, *Dr. Fam.* 2008, comm. 64, note T. FOSSIER.

¹³⁵² Pour reprendre l'expression du Professeur J.-M. PLAZY au sujet de la reconnaissance, in *La personne de l'incapable*, Ed. La Mouette, coll. Notariat et Doctorat, 2001,

¹³⁵³ Le Professeur HAUSER fait référence à « une représentation sur une représentation », in « La définition des

le domaine aussi personnel et intime que l'établissement de la filiation semble peu envisageable. La représentation ou l'assistance n'est pas possible, l'article 475 ne peut être applicable à l'action en recherche de maternité ou de paternité. Il faut ici laisser la place à la seule capacité naturelle du majeur protégé parent. C'est pourquoi, dans l'hypothèse où celle-ci lui fait défaut, le législateur a prévu un autre mécanisme permettant à l'enfant de ne pas demeurer dans une situation d'immobilisme. L'article 328 alinéa 2 permet ainsi au tuteur de l'enfant, dûment autorisé par le conseil de famille, d'agir en son nom lorsque le parent à l'égard duquel la filiation est établie se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. A défaut de sa mise en œuvre, il restera encore à l'enfant devenu majeur la possibilité d'agir lui-même dans un délai de dix ans suivant sa majorité¹³⁵⁴.

2-L'exercice de l'action en demande

356. Action en recherche de maternité. L'action en recherche de maternité, si elle est permise par l'article 325 du Code civil, est par hypothèse rarissime car le plus souvent la filiation maternelle est établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance, résultant des énonciations de la déclaration de naissance¹³⁵⁵. Si toutefois la filiation maternelle n'était pas établie par ce moyen, la mère ayant choisi par exemple de demander le secret de son identité et de son accouchement conformément à l'article 326 du Code civil¹³⁵⁶, l'action en recherche de maternité sera possible¹³⁵⁷, mais elle suppose de connaître *de facto* l'identité de la mère, afin de diriger l'action en recherche de maternité contre elle. Or, cette situation ne pourra se rencontrer que dans le cas où la mère a accepté de lever le secret de son identité, ou bien lorsque le géniteur aura eu lui-même connaissance de la grossesse et de la naissance de l'enfant, qu'il

actes strictement personnels du majeur protégé : l'autorité parentale exercée par un majeur protégé » (obs. ss Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013), *RTD Civ.* 2014. 84.

¹³⁵⁴ Art. 321 C. civ.

¹³⁵⁵ Cf *supra* §296 l'établissement de la déclaration de naissance.

¹³⁵⁶ Voir *infra* §383 s., l'accouchement anonyme de la personne majeure protégée.

¹³⁵⁷ La loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 a supprimé la fin de non-recevoir à une action en recherche de maternité tirée de l'article 326 du Code civil. Voir sur ce point : M.-C. LE BOURSICOT, « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* 2009-4/8 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, n°58, p.37 ; T. GARE, « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP N* 2009, Actu. 188 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ fam.* 2009. 76 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois* 2009. 38913, p.591 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18.

aura pu identifier¹³⁵⁸, et auquel il aura délivré l'information. Dans cette hypothèse, l'enfant aura fait l'objet d'une reconnaissance prénatale du géniteur. Mais encore faut-il que cette reconnaissance soit valablement inscrite dans l'acte de naissance. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une reconnaissance prénatale en cas d'accouchement anonyme. Au visa notamment de l'article 7-1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990¹³⁵⁹, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé « que l'enfant ayant été identifié par [l'auteur de la reconnaissance prénatale] à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de la naissance [...] »¹³⁶⁰. La reconnaissance prénatale ne peut être écartée en cas d'accouchement anonyme dès lors que le père a reconnu et identifié l'enfant avant le placement en vue de son adoption. La circulaire du 30 juin 2006 rappelle ainsi la solution dégagée par la Cour de cassation : « L'accouchement secret ne peut avoir pour conséquence de priver le père de sa paternité, lorsqu'il a reconnu et identifié l'enfant avant le placement en vue de son adoption [...]. L'identification de l'enfant devant impérativement être effectuée avant le placement de l'enfant, faute de quoi la reconnaissance paternelle se verrait privée d'effet, le procureur doit immédiatement être alerté »¹³⁶¹. Dans l'hypothèse où la filiation paternelle est finalement établie, le père aura la faculté d'exercer l'action en recherche de maternité de l'article 325, dans la mesure où il aura connaissance de l'identité de la femme ayant accouché anonymement sur le fondement de l'article 326.

¹³⁵⁸ Le législateur est intervenu pour tenter de faciliter l'identification de l'enfant ayant fait l'objet d'une reconnaissance prénatale, dont la mère a souhaité accoucher anonymement. La loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 (JO 23 janv. 2002, p. 1519), relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, a énoncé, dans un nouvel article 62-1 du Code civil que « si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant ». Voir précédemment à l'intervention législative, TGI Cusset, 10 avril 1997, *Dr. Fam.* 1998, comm. 150, note P. MURAT ; et en appel de ce jugement, CA Riom, 16 déc. 1997, *D.* 1998, somm. 301, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE ; *D.* 1999. 198, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 1998. 891, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 1998. II. 10147, note T. GARE.

¹³⁵⁹ Et des art. 335, 336, 341-1, 348-1 anciens et 352 du Code civil.

¹³⁶⁰ Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n°05-11.285, *Bull. civ. I*, n°171 ; *D.* 2006. 1707, note REVEL ; 2293, tribune par MALLET-BRICOUT ; *AJ fam.* 2006. 249, obs. F. CHENEDE ; *Dr. Fam.* 2006, comm. 124, note P. MURAT ; *RJPF* 2006-6/23, note M.-C. LE BOURSICOT ; *LPA* 2006, n°140-141, 17, note J. MASSIP ; *LPA* 2007, n°91, note BOURGAULT-COUDEVYLLE ; *RDSS* 2006.575, note C. NEIRINCK. Sur l'affaire dite « Benjamin », voir P. VERDIER, « L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X », *AJ fam.* 2004.358 ; P. SALVAGE-GEREST, « Benjamin encore...Une indispensable mise au point », *AJ fam.* 2005. 18, et du même auteur, « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007. Chron. 879.

¹³⁶¹ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, min. just., 30 juin 2006, n° CIV/13/06, 1^{re} partie, I, 2.1.1, b.

Lorsque le père bénéficie d'une mesure de protection juridique, lui seul aura la capacité d'exercer l'action, sans assistance ni représentation. S'il n'est pas en mesure de manifester sa volonté, le mécanisme de substitution de l'article 328 alinéa 2 semble *de jure* applicable, mais encore faudrait-il dans cette hypothèse que le tuteur de l'enfant ait lui-même connaissance *de facto* de l'identité de la mère afin de diriger l'action, car si les administratives préalables ne sont plus exigés en la matière depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005¹³⁶², il reste tout de même nécessaire d'identifier la personne à l'égard de laquelle l'établissement judiciaire de la filiation est demandé. Enfin, l'enfant aura toujours la faculté d'agir à sa majorité, dans le délai de droit commun de dix ans, toujours sous la réserve de la connaissance de l'identité de la mère accouchée anonymement.

357. Action en recherche de paternité. La demande à l'action en recherche de paternité est en revanche beaucoup plus fréquente. La filiation maternelle se trouve en effet le plus souvent établie par la seule désignation de la mère dans l'acte de naissance¹³⁶³. A ce titre, seule la mère de l'enfant, mineure ou majeure protégée, aura la capacité d'exercer l'action en recherche de paternité, sans assistance ni représentation. Seule la capacité naturelle est exigée, la capacité juridique est indifférente à l'exercice de l'action. En revanche, lorsque la mère majeure protégée ne sera pas en mesure de manifester cette volonté- initiative¹³⁶⁴, personne ne pourra le faire à sa place, en sa qualité de parent. Toutefois, le mécanisme de représentation de l'enfant par son tuteur prévu par le législateur pourra trouver à s'appliquer. L'identité du père prétendu est *de facto* plus aisée à découvrir afin de diriger l'action, car il n'existe pas de possibilité pour le géniteur de procréer « sous X »¹³⁶⁵, contrairement à la génitrice¹³⁶⁶.

La nature strictement personnelle de l'action en recherche de maternité ou de paternité commande l'intervention unique du parent, fut-il majeur protégé, à l'égard duquel la filiation

¹³⁶² En raisonnant ici par analogie avec l'action en recherche de paternité hors mariage.

¹³⁶³ Art. 311-25 C. civ.

¹³⁶⁴ Pour reprendre la distinction opérée par le Professeur Jean HAUSER, entre le consentement- initiative et le consentement-autorisation ou passif. Voir par exemple J. HAUSER, « *L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourganeuf à la place Dauphine !* » (À propos de Civ. 1^{re}, 4 juin 2007), *RTD civ.* 2007.547.

¹³⁶⁵ Sur cette question de la rupture d'égalité entre géniteur et génitrice, voir CA Versailles, 10 oct. 2016, n°15/0761, et Cass. Civ. 1^{re}, QCP, 9 nov. 2016, n°15-20.547 : *JurisData* n°2016-023661. Voir également H. FULCHIRON, « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur », *Dr. fam.* janv. 2017, Repère 1 ; et l'étude approfondie de G. KESSLER, « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017.292.

¹³⁶⁶ En ce sens, A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5ème éd., 2010, n°295, p. 165.

de l'enfant est régulièrement établie¹³⁶⁷. La demande à l'action ne peut dès lors émaner que de lui en cette qualité, sans être assisté ou représenté¹³⁶⁸, sous la seule condition de sa capacité naturelle : il s'agit ici d'une capacité d'ester en justice *ab initio*. Si elle fait défaut, la nature de l'action a pour effet de conduire à une incapacité de jouissance du majeur protégé parent. Toutefois, l'action n'est pas pour autant fermée à l'enfant durant sa minorité, la nature extrapatrimoniale de son droit en permet l'exercice par son tuteur dûment autorisé, en application de l'article 408 : il ne faut pas oublier en effet, que les actions relatives à la filiation constituent « l'archétype de l'action extrapatrimoniale, telle que visée par l'article 464 alinéa 3 [ancien, devenu l'article 408] »¹³⁶⁹. En revanche, l'analyse doit être confrontée à la situation du majeur protégé qui défend à l'action en recherche de maternité ou de paternité.

B- L'ACTION EN DÉFENSE

358. Démarche adoptée. L'action doit être dirigée contre le parent prétendu¹³⁷⁰. Le majeur protégé se trouve ici défendeur à l'action qu'il subit, il n'est à l'origine d'aucune initiative. Se pose dès lors la question de l'exercice de la défense à l'action (1). Celle-ci vise à établir la filiation par la démonstration de la vérité du lien biologique. A cette fin, il sera généralement nécessaire de recourir à une expertise biologique (2).

L'action en recherche de maternité se révélant exceptionnelle, il sera fait principalement référence dans les développements suivants au père prétendu majeur protégé, mais les solutions proposées seront également applicables à la mère prétendue majeure protégée.

¹³⁶⁷ En ce sens, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, op. cit., p. 190, n°456-457 ; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, op. cit., p. 157, n°348.

¹³⁶⁸ *Contra*, A. GOUTTENOIRE, « La mise en œuvre judiciaire des droits parentaux du majeur sous tutelle », (comm. ss CA Aix-en-Provence, 4 fév. 2003), *Dr. fam.* 2003, comm. 127.

¹³⁶⁹ T. FOSSIER, J-CI Civil, art. 488 à 414, fasc. 24, n°41, cité par L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, op. cit., n°347, p.156.

¹³⁷⁰ Ou ses héritiers en cas de décès, art. 328 alinéa 3 C. civ.

1-L'exercice de la défense à l'action en recherche de maternité ou de paternité

359. Régime juridique. Lorsque le majeur protégé doit défendre à une action en recherche de paternité ou de maternité, il ne se trouve plus à l'initiative de l'action visant à établir le lien de filiation de l'enfant à l'égard de l'autre parent, mais le demandeur cherche à lui voir imposer cette filiation. Du côté de la défense, seule la protection de l'intérêt du majeur protégé est en jeu. Aucune disposition particulière n'est prévue à l'article 328 pour le défendeur majeur protégé, tout comme pour le défendeur mineur¹³⁷¹. Le droit commun des majeurs protégés prévoit la représentation en justice, en demande comme en défense, du majeur en tutelle. Lorsque des droits extrapatrimoniaux sont en jeu, le tuteur ne peut, ou ne doit agir en demande comme en défense, qu'après autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué¹³⁷². Pour le majeur en curatelle, l'assistance du curateur est indispensable pour introduire une action en justice ou y défendre selon l'article 468 alinéa 3, toute signification faite au curatelaire devant également l'être au curateur, sous peine de nullité¹³⁷³. Les actions relatives à la filiation étant « l'archétype des actions extrapatrimoniales », la défense à l'action en recherche de maternité ou de paternité semble *a priori* entrer dans les dispositifs prévus aux articles 467 alinéa 3, 468 alinéa 3 et 475 du Code civil. Il est néanmoins nécessaire, désormais, de vérifier la nature strictement personnelle de l'action, à l'aune de la jurisprudence ayant consacré cette nouvelle catégorie d'action extrapatrimoniale. Il semble ainsi tentant de raisonner par analogie avec la nature de l'action en demande, imprimant à la défense à l'action sa nature intimement personnelle, ce qui la ferait sortir du giron des articles 467, 468 alinéa 3 et 475.

360. Analyse critique. Toutefois, l'action en demande tire sa nature strictement personnelle non seulement de la filiation de l'enfant établie à l'égard du parent majeur protégé demandeur¹³⁷⁴, mais aussi de la volonté manifestée à l'occasion de son établissement¹³⁷⁵, à l'instar des actes de l'article 458 alinéa 2 relatifs à la filiation. Le majeur protégé est toujours à

¹³⁷¹ Voir, pour le père défendeur mineur, Cass. Civ. 1^{re}, 8 janvier 1957, *JCP* 1957. II. 9903, note F. DE MONTERA ; *RTD civ.* 1957, n°6, p. 316, obs. H. DESBOIS, où la Cour de cassation a considéré que le père prétendu, même mineur, était le défendeur à l'action, mais qu'il devait néanmoins être assisté de son représentant légal.

¹³⁷² Art. 475 C. civ.

¹³⁷³ Art. 467 al. 3 C. civ.

¹³⁷⁴ *Contra*, L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse Lyon III, 2008, n°349, p. 158, pour qui « les actions tendant à établir la filiation de son enfant à l'égard de l'autre parent découlent de l'autorité parentale. [...] Le droit d'agir est lié à l'autorité parentale [...] ».

¹³⁷⁵ De façon expresse, comme pour la reconnaissance, ou tacite, comme pour la déclaration de naissance.

l'initiative de l'acte, réserve faite des consentements passifs en matière d'adoption. L'action en demande suppose un pouvoir de décision du parent demandeur. Au contraire, dans l'action en défense, d'une part la filiation de l'enfant n'est pas établie à l'égard du majeur protégé défendeur, et d'autre part l'action ne laisse aucune place à sa volonté. De ce point de vue, il est alors seulement question de la préservation de l'intérêt du majeur protégé, qui doit être défendu et protégé conformément à l'article 415 alinéa 3, mais aussi à l'article 425 *in limine*, qui précise que si une mesure de protection doit être prononcée, c'est que la personne se trouve « dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts »¹³⁷⁶. Enfin, un dernier argument peut être avancé au regard de la préservation des droits fondamentaux du majeur protégé précisée à l'article 415 alinéa 2 du Code civil, à travers le droit européen des droits de l'homme et l'article 6 de la Convention EDH¹³⁷⁷, en particulier le droit au juge et les droits de la défense¹³⁷⁸. La réforme du 5 mars 2007 « se réclame »¹³⁷⁹ en effet du droit européen des droits de l'homme.

Il est alors possible de considérer que l'action en défense ne revêt pas un caractère uniquement et suffisamment personnel pour intégrer la catégorie des actes régis par l'article 458 du Code civil. Mais il ne semble pas non plus possible d'appliquer le régime de l'article 459 relatif aux décisions personnelles à l'action en défense, car celui-ci suppose une prise de décision, une manifestation active et positive de volonté de la part du majeur protégé, laquelle est absente de l'action en défense à une recherche de maternité ou de paternité¹³⁸⁰. Les dispositions n'ont d'ailleurs pas le même champ d'application : les articles 468 alinéa 3 et 475 s'appliquent uniquement aux actions en justice, tandis que l'article 459 a vocation à s'appliquer aux décisions personnelles en général.

Par conséquent, l'action en défense paraît pouvoir pleinement intégrer le régime des articles 467, 468 alinéa 3 et 475¹³⁸¹, contrairement à l'action en demande. Comment pourrait-on,

¹³⁷⁶ En ce sens, CA Caen, 3^{ème} ch. civ., 8 décembre 2011, n° RG 10/03808.

¹³⁷⁷ Voir l'analyse de F. VASSEUR-LAMBRY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.* n°2, fév. 2011, dossier 3, spéc. n°12 et 13. Sur les droits de la défense,

¹³⁷⁸ Sur le droit au juge, fondement de la capacité d'ester en justice, CEDH, 2^{ème} sect., 13 oct. 2009, n°36500/05 : *RTD civ.* 2009. 681, obs. J.-P. MARGUENAUD – Sur les droits de la défense, CEDH, 30 janv. 2001, n° 35683/97, *Vaudelle c/ France* : *Rec. CEDH*, 2001, I ; *RTD civ.* 2001, p. 439, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2002, p. 2164, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003, p. 61, obs. J. HAUSER.

¹³⁷⁹ G. RAOUL-CORMEIL, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014. 467.

¹³⁸⁰ *Contra*, G. RAOUL-CORMEIL, *op. cit.*, qui propose justement le recours à l'article 459 C. civ. pour l'ensemble des actions en justice relevant de l'article 458 C. civ., en les requalifiant d'actions en justice simplement personnelles, et non pas strictement personnelles, combinant l'art. 459 à l'art. 475 en cas d'impossibilité pour le majeur protégé de manifester sa volonté.

¹³⁸¹ En ce sens, A. BATTEUR, *J.-Cl. Civ. Code*, art. 457-1 à 463, Fasc. 20, n°99.

d'ailleurs, imaginer que l'on laisse un majeur placé sous protection juridique en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté¹³⁸², seul face à une action en justice réclamant l'établissement d'un lien de filiation à son égard ? Cette position aurait pour effet, en cas d'impossibilité de manifester sa volonté pour le majeur protégé, de conduire à une incapacité de jouissance à défendre à l'action.

L'intervention des organes de protection dans le cadre de la défense à l'action en recherche de maternité ou de paternité semblent d'autant plus nécessaire que l'action ne laisse aucune place à la volonté de parent prétendu : le but est d'établir la vérité biologique, laquelle sera le plus souvent établie au moyen d'une expertise biologique, « la volonté cède devant la biologie »¹³⁸³. Un arrêt de la Cour d'appel de Caen vient ainsi confirmer cette analyse, considérant, sur le fondement des articles 458 et 475 combinés, que « ces deux textes sont d'ailleurs parfaitement cohérents, puisque le premier encadre une démarche personnelle du majeur protégé, alors que le second a pour finalité la protection de ce même majeur en présence d'une action judiciaire à laquelle il doit défendre »¹³⁸⁴. Enfin, si le majeur protégé n'est pas en état de manifester sa volonté, le mécanisme de protection joue pleinement son rôle. S'il est en revanche en mesure de manifester sa volonté, il est possible de recourir à l'article 473 et de lui permettre d'exercer seul l'action en défense.

2-Le recours à l'expertise biologique

361. Principe. La preuve de la filiation est libre, et peut être rapportée par tous moyens, sous réserve du respect des conditions de recevabilité¹³⁸⁵. Mais la reine des preuves, en la matière, réside dans l'expertise biologique¹³⁸⁶, particulièrement par empreintes génétiques. Celle-ci présente l'avantage d'être indifférente à la capacité juridique du parent prétendu, et de son état mental. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'en matière de filiation, l'expertise

¹³⁸² Selon les termes de l'article 425 alinéa 1 du Code civil.

¹³⁸³ L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 2007, n°128, p.3.

¹³⁸⁴ CA Caen, 3^{ème} ch. civ., 8 décembre 2011, n° RG 10/03808.

¹³⁸⁵ Art. 310-3 C. civ. Voir A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010, p. 156, n°276.

¹³⁸⁶ Voir O. MATOCQ, « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *Dr. fam.* 2006, étude 7.

biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder¹³⁸⁷. La preuve se fait ainsi par la constatation scientifique du lien biologique. L'article 16-11 du Code civil relatif à l'identification d'un individu par ses empreintes génétiques précise, en son alinéa 2, qu'en matière civile, ce test ne peut avoir lieu « qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides ». Il précise également que le consentement de l'individu « doit être préalablement et expressément recueilli ».

362. Consentement du majeur protégé à l'expertise biologique. Problème posé. Le majeur protégé défendeur à l'action doit donc donner son accord préalablement au prélèvement, et il ne peut s'agir d'un consentement tacite. Il doit émettre une manifestation de volonté positive. S'il n'est pas en mesure de le faire, la question se pose alors de la possibilité d'une intervention des organes de protection. Afin de tenter d'y répondre, il est nécessaire de rechercher la nature de l'acte, laquelle permettra alors d'appliquer le régime juridique adéquat.

363. Qualification juridique. Le consentement au test par prélèvement, sanguin ou ADN, est susceptible de deux qualifications juridiques aux régimes distincts : l'acte strictement personnel ou l'acte personnel.

La première aurait pour effet de ne pouvoir effectuer l'expertise si le majeur protégé se trouve hors d'état de manifester sa volonté. Faute de pouvoir délivrer un consentement, ou un refus de consentir, l'expertise ne pourrait avoir lieu, mais le juge n'aurait pas la possibilité d'en déduire valablement une présomption ou un aveu sur la réalité du lien de filiation biologique¹³⁸⁸. L'impossibilité de pratiquer l'expertise ne serait pas due au refus de s'y soumettre, mais à l'incapacité naturelle du défendeur d'émettre un consentement¹³⁸⁹. L'action en recherche de

¹³⁸⁷ Jurisprudence constante depuis Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806 ; Bull. civ. I, n°103 ; D. 2000. 731, note T. GARE ; D. 2001, somm. 976, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; D. 2001. 1427, obs. GAUMONT-PRAT ; D. 2001. 2868, obs. DESNOYER ; LPA, 27 nov. 2000, p. 13, note DABURON ; LPA, 5 sept. 2000, p. 8, note NEVEJANS-BATAILLE ; JCP G 2000. II. 10409, concl. PETIT, et note MONTSALLIER-SAINT MIEUX ; JCP G. 2000. I. 253, n°11, obs. C. BYK ; JCP G. 2001. I. 362, n°21, obs. CADIET, et 332, p. 1273, n°2, obs. Y. FAVIER ; Dr. fam. 2000, comm. 72, note P. MURAT ; RJP 2000-5/23 ; et RTD civ. 2000. 304, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2000. 37194, p. 769, obs. J. MASSIP. Sur les motifs légitimes de ne pas procéder aux expertises, voir P. MURAT (dir.), *Dalloz Action Droit de la famille*, 2016, n°211.51 ; Adde A. PASCAL et M. TRAPERO, *Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004, Doc. fr. 2005.

¹³⁸⁸ Possibilité que lui offre l'article 11 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile.

¹³⁸⁹ En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.223, spéc. p. 236.

paternité¹³⁹⁰ se trouverait dès lors paralysée. Ainsi, un majeur protégé n'ayant pu établir le lien de filiation de son enfant par un mode extrajudiciaire, comme une reconnaissance de paternité, verrait également cette possibilité d'établissement de la filiation se refermer par l'effet de l'application de l'article 458, domaine réservé au majeur protégé, lequel conduit pourtant à une incapacité de jouissance en cas d'incapacité naturelle à consentir à l'acte. L'effet de l'article 458 serait également supporté par l'enfant, à qui cette action réservée serait pourtant fermée par l'incapacité naturelle de son géniteur prétendu. Il subirait alors une sorte de double peine dont l'origine se trouve dans l'incapacité naturelle de son géniteur : à l'impossibilité de voir sa filiation établie par un mode volontaire d'établissement de la filiation ou par l'effet de la loi, il devrait supporter l'impossibilité de voir sa filiation établie judiciairement par l'action en recherche de paternité.

Cette solution semble devoir être écartée pour plusieurs motifs. Le premier relève de sa conformité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) relatif à la protection de la vie privée et familiale, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹³⁹¹. La Cour procède en effet à un contrôle de proportionnalité de l'ingérence du droit national dans le droit à la vie privée et familiale, par rapport au but poursuivi¹³⁹². Ainsi, « les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN »¹³⁹³. Elle se fonde également sur le juste équilibre qui doit être ménagé entre la protection des intérêts en jeu en matière d'expertise biologique visant à établir une filiation : la procédure doit ménager un juste équilibre entre « le droit [du requérant] de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN »¹³⁹⁴. Enfin, la Cour EDH accorde une importance particulière à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'issu de la Convention internationale des droits de l'enfant : « pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de

¹³⁹⁰ Ou de maternité, en théorie.

¹³⁹¹ Voir F. FERRAND, Rép. Proc. Civ., « Preuve », n°883 ; Adde S. PERRIN, « Etablissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ fam.* 2012. 23.

¹³⁹² V. pour la Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2020, n°19-15.783 : A. ETIENNEY-de SAINTE MARIE, « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.* 2020. 2405 ; ZELCEVIC-DUHAMEL Ana, « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020.2437.

¹³⁹³ CEDH, MIKULIC c/ Croatie, 7 fév. 2002, req. n°53176/99, *RTD civ.* 2002. 866, obs. J.-P. MARGUENAUD ; et 795, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2002. I. 157, n°13, obs. F. SUDRE.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

l'intérêt supérieur de l'enfant ». En ce sens, Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD a qualifié l'importance accordée par la Cour EDH au droit pour l'enfant de connaître son identité personnelle, de « triomphe de l' "intérêt vital" de l'enfant en quête de ses origines »¹³⁹⁵.

Le second motif justifiant la mise à l'écart de la qualification d'acte strictement personnel n'est que le prolongement du premier, car cette qualification du consentement à l'expertise biologique aurait pour effet, lorsque le parent prétendu est un majeur protégé dépourvu de volonté propre, de créer une catégorie particulière de personne à l'égard de laquelle l'enfant se verra interdire l'établissement de sa filiation. Le parent dépourvu de volonté n'aura pu établir le lien de filiation volontairement, car la reconnaissance est un acte strictement personnel, et si les modes d'établissement par l'effet de la loi n'ont pu être mis en œuvre par un tiers¹³⁹⁶, l'établissement judiciaire de la filiation sera elle-même impossible car l'expertise permettant de prouver le lien biologique sera également soumise au consentement strictement personnel du majeur protégé, impossible à obtenir. On constate ici l'engrenage vicieux du régime de l'acte soumis à l'article 458 en matière d'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé, et de la prudence qu'impose sa qualification.

En revanche, la qualification du consentement à l'expertise biologique d'acte personnel, soumis à ce titre à l'article 459 du Code civil, permet de constater l'attachement qu'il renferme à la personne de l'individu, et de le laisser consentir ou refuser de consentir au prélèvement lorsque son état le lui permet, tout en acceptant l'assistance voire la représentation lorsque le majeur protégé n'est pas en mesure de manifester sa volonté. La faiblesse de l'atteinte à l'intégrité physique du prélèvement¹³⁹⁷ militait d'ailleurs pour une exclusion de la nécessité d'une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, prévue à l'alinéa 3 de l'article 459 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 mars 2019¹³⁹⁸. Cette qualification permet également de se conformer à l'article 11 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile qui dispose que « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction [...] ».

¹³⁹⁵ J.-P. MARGUENAUD, obs. ss CEDH, JÄGGI c/ Suisse, req. n°58757/00, *RTD civ.* 2006. 727.

¹³⁹⁶ Indication du nom du mari dans l'acte de naissance, pour faire jouer la présomption *pater is est*, ou demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état, si elle a pu exister antérieurement à l'abolition de la volonté du père prétendu, par la mère ou l'enfant.

¹³⁹⁷ *Contra*, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, thèse, Lyon III, 2006, p.199, n°479 et n°482.

¹³⁹⁸ En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.223, spéc. p. 236.

Si la qualification d'acte « simplement » personnel est retenue en matière d'expertise biologique, le parent prétendu majeur protégé prendra donc seul la décision de consentir à l'expertise, ou de la refuser, s'il est en mesure d'exprimer sa volonté, conformément à l'article 459 alinéa 1^{er} 1399. S'il refuse de se soumettre à l'expertise, le juge pourra alors tirer les conséquences de son refus¹⁴⁰⁰ sur la paternité recherchée¹⁴⁰¹.

Dans le cas où le majeur protégé n'est pas en mesure de manifester une volonté suffisamment éclairée pour consentir seul, il pourra bénéficier de l'assistance du curateur, particulièrement pour la délivrance de l'information sur l'expertise, mais aussi sur les conséquences d'un refus de s'y soumettre. Le curateur ne pourrait néanmoins consentir à la place du curatelaire. Si le majeur protégé se trouve dans l'incapacité de manifester sa volonté, le tuteur¹⁴⁰², préalablement autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille à représenter le majeur pour l'ensemble des actes personnels¹⁴⁰³, représentera le majeur protégé, et consentira certainement le plus souvent au prélèvement, dans le cadre d'une mesure d'instruction. L'atteinte à l'intégrité physique étant négligeable, l'alinéa 3 de l'article 459 dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 mars 2019 ne semblait pas devoir être convoqué. En revanche, cette dernière n'a pas supprimé la nécessité d'une autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, s'agissant des décisions de la personne chargée de la protection du majeur, ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. Cette solution présente l'avantage de préserver l'autonomie du majeur protégé tant que son état le permet, mais de ne pas paralyser l'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé lorsque celui-ci ne possède plus de volonté propre.

L'action en recherche de maternité ou de paternité n'est pas le seul mode d'établissement judiciaire de la filiation. D'autres actions permettent également de l'établir, mais elles sont fondées sur des présomptions.

¹³⁹⁹ *Contra*, F. TERRE, D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GENICON, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 565, n°604.

¹⁴⁰⁰ Art. 11 C. proc. civ. Voir S. MIRABAIL, « Le refus de se soumettre à l'expertise biologique en matière de filiation et d'action à fins de subsides », *Dr. fam.* 2013, étude 12.

¹⁴⁰¹ V. Cass. Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-19.569, *Dalloz* actualité, 27 juin 2013, obs. Th. DOUVILLE ; et CEDH, 2 juin 2015, CANONNE c/ France, req. n°22037/13, *Juris-Data* n° 2015-015433, *Dr. Fam.* 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD. Selon la Cour EDH, une déclaration judiciaire de paternité fondée sur le refus de se soumettre à un test génétique conforté par des documents et des témoignages, est conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴⁰² Ou la personne chargée de l'habilitation, depuis la loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

¹⁴⁰³ Ou certains d'entre eux, art. 459 al.2 C. civ.

§II-L'ACTION EN RÉTABLISSEMENT DE PRÉSOMPTIONS

364. Distinction. Les actions en rétablissement de présomptions sont au nombre de deux. L'action en rétablissement de la présomption de paternité (A), et l'action en constatation de la possession d'état (B). Fondées sur une réalité sociologique, la première prend sa source dans la situation matrimoniale unissant les géniteurs. La seconde prend en compte la notoriété publique du lien unissant le géniteur à l'enfant. C'est pourquoi, plus fragiles que l'action en recherche de maternité ou de paternité fondée sur le lien du sang, elles ne sont pas réservées uniquement à l'enfant.

A-L'ACTION EN RETABLISSEMENT DE LA PRESOMPTION DE PATERNITE

365. Remarques préalables. Cette action appelle deux remarques préalables. Elle suppose, en premier lieu, que les géniteurs soient unis par le mariage. La présomption de paternité a en effet survécu à l'ordonnance de 2005 supprimant la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. L'action en rétablissement répond ainsi à la survivance de cette présomption édictée à l'article 312, comme mode d'établissement de la filiation par l'effet de la loi. Elle est toutefois le seul vestige du mariage en matière de filiation¹⁴⁰⁴. L'action en rétablissement de la présomption de paternité suppose, en second lieu, que la présomption tirée de l'article 312 du Code civil a été écartée pour l'une des causes prévues à l'article 313¹⁴⁰⁵, le nom du mari ne figurant pas en qualité de père de l'enfant, ou celui-ci étant né au cours d'une période de séparation légale des époux. Si elle ne peut être rétablie de plein droit dans les conditions de l'article 314¹⁴⁰⁶, elle devra l'être judiciairement selon l'article 315 du Code civil. L'article 329

¹⁴⁰⁴ V. par ex. F. TERRE, D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GENICON, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2018, p.546, n° 592.

¹⁴⁰⁵ Selon lequel : « La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de mande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».

¹⁴⁰⁶ C'est-à-dire si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari, et si sa filiation paternelle n'est pas déjà établie

précise alors les conditions d'ouverture de l'action en rétablissement de la présomption de paternité. Il apparaît toutefois nécessaire de distinguer les demandeurs à l'action (1), des défendeurs à l'action (2).

1-Les demandeurs à l'action

366. Qualité pour agir. Selon l'article 329 du Code civil, « chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que [les effets de la présomption de paternité] soient rétablis en prouvant que le mari est le père. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité ». L'action est donc attitrée. Elle appartient aux époux durant la minorité de l'enfant, puis à lui seul à partir de sa majorité, et cela pendant dix ans. Les époux perdent alors leur qualité pour agir. Le délai de prescription diffère ainsi entre les époux et l'enfant.

Durant la minorité de l'enfant, lorsque le père prétendu est demandeur à l'action et majeur protégé, il exercera l'action contre l'épouse. Titulaire du droit d'agir, la question se pose alors de savoir s'il a la capacité d'exercer ce droit. En l'absence de dispositions spécifiques prévues par le législateur, il est nécessaire de se tourner vers le droit commun des majeurs protégés. Le principe est *a priori* l'assistance ou la représentation du majeur protégé pour l'exercice d'une action extrapatrimoniale tel qu'énoncé aux articles 467, 468 alinéa 3 et 475 du Code civil.

367. Nature de l'action. Il apparaît toutefois nécessaire, désormais, de vérifier la nature de l'action au regard des actions strictement personnelles dégagées par la jurisprudence¹⁴⁰⁷. Si l'action vise à établir la filiation, elle ne fait que rétablir en théorie la présomption de paternité du mari, qui a été écartée soit par la volonté de l'épouse lors de la déclaration de naissance, si sa volonté était autonome, qu'elle soit majeure protégée au pas, soit par une suspicion légale de non paternité. Dans le premier cas, cela signifie que l'époux n'était certainement pas en mesure de manifester sa volonté, car le plus souvent la déclaration de naissance est effectuée par le

à l'égard d'un tiers. La possession d'état intervient alors à titre complémentaire.

¹⁴⁰⁷ V. N. PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », note ss Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, *JCP G*, n°1-2, 13 janv. 2014, 14 ; *D.* 2014, Pan. Majeurs protégés, 2259, obs. J.-M. PLAZY ; G. RAOUL-CORMEIL, « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014. 467. Voir déjà, CA Amiens, 8 nov. 2007, *JurisData* n°2007-354010 ; *Dr. Fam.* 2008. Comm. 64, note T. FOSSIER.

personnel de la maternité, inscrivant presque systématiquement l'époux en qualité de père, ou par le père lui-même.

Dans tous les cas, si l'époux est en mesure de manifester sa volonté propre, il sera beaucoup plus simple pour lui de faire usage de la faculté que lui reconnaît désormais l'article 315 du Code civil, c'est-à-dire de procéder à une reconnaissance de paternité de l'enfant. Si en revanche l'époux n'est pas en mesure de manifester sa volonté, il semble difficile de reconnaître un pouvoir de représentation pour exercer la demande à l'action, car seul le majeur protégé connaît la vérité intime de la procréation dont l'enfant est issu. D'autant qu'il ne serait pas envisageable, si les liens du mariage n'étaient pas rompus, de faire jouer les règles relatives à la représentation entre époux¹⁴⁰⁸, et qu'il serait indispensable de nommer un représentant *ad hoc* si l'épouse remplissait les charges de protecteur légal de l'époux majeur protégé¹⁴⁰⁹. Dans cette perspective, l'épouse ne pourrait agir qu'en son nom propre. Aussi, s'il est possible de considérer cette action relative à l'établissement de la filiation comme relevant de l'article 458 du Code civil¹⁴¹⁰, l'impossibilité d'exercer l'action en cas d'incapacité naturelle du majeur protégé n'entraînera pas systématiquement l'impossibilité de mettre en œuvre l'action en rétablissement de la présomption de paternité.

En effet, l'épouse a également qualité pour agir, en son nom propre, non au nom de l'enfant. Dans l'hypothèse où elle a souhaité écarter la présomption de paternité de l'époux lors de la déclaration de naissance, et ainsi écarter l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant, il est toutefois fort probable qu'elle n'agira pas. Il restera tout de même à l'enfant la possibilité d'agir jusqu'à ses vingt-huit ans. Le raisonnement développé pour l'époux majeur protégé vaut également pour l'épouse majeure protégée qui agit en demande.

La nature strictement personnelle de l'action en demande tendant au rétablissement de la présomption de paternité se déduit finalement de son objet : l'établissement du lien de filiation paternel, en rapportant la preuve que le mari est le père, autrement dit, en imposant la paternité par la vérité biologique, que dévoilera l'expertise biologique. L'initiative d'une telle action, que la doctrine s'accorde à qualifier de déclarative personnelle¹⁴¹¹, ne peut provenir que des époux, car eux seuls connaissent la vérité de la procréation. Ces arguments ne peuvent prospérer si l'on

¹⁴⁰⁸ Art. 217 et 219 C. civ

¹⁴⁰⁹ Art. 455 C. civ. En l'absence de subrogé curateur ou tuteur, prévu à l'art. 454 al.5 C. civ.

¹⁴¹⁰ En ce sens, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse Lyon III, 2006, p.195, n°468 ; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse Lyon III, 2008, p. 157, n°348.

¹⁴¹¹ Qualification valable pour toutes les actions relatives à la filiation.

se place du côté des défendeurs à l'action.

2-Les défendeurs à l'action

368. Identification. Le défendeur à l'action en rétablissement de la présomption de paternité dépendra du demandeur. Lorsque l'action est exercée par l'enfant devenu majeur, elle est dirigée contre l'un des époux, le père prétendu le plus souvent, ou contre les deux époux¹⁴¹². Lorsque l'un des époux agit pendant la minorité de l'enfant, l'action est exercée contre l'autre époux. Enfin, il est possible pour les deux époux d'exercer une action conjointe afin de combattre une reconnaissance de paternité antérieure, et de rétablir les effets de la présomption de paternité. Elle sera alors dirigée contre l'auteur de la reconnaissance¹⁴¹³. Ils devront néanmoins contester cette filiation au préalable, conformément au principe chronologique de l'article 320 du Code civil.

369. Qualification juridique. La défense à l'action en rétablissement de la présomption de paternité ne procède ainsi d'aucune volonté du défendeur¹⁴¹⁴, contrairement au demandeur. Lorsque le défendeur est majeur protégé, la finalité même de la mesure de protection juridique commande l'application des articles 467, 468 alinéa 3 et 475 du Code civil, car seule la protection de son intérêt est alors en jeu. Il n'est pas possible de qualifier la défense à l'action en rétablissement de la présomption de paternité d'acte strictement personnel, car c'est bien la demande à l'action qui revêt seule cette nature. Les développements précédemment consacrés à la défense à l'action en recherche de maternité ou de paternité s'appliquent ainsi également et dans les mêmes termes à la défense à l'action en rétablissement de la présomption de

¹⁴¹² R. LE GUIDEC, G. CHABOT, Rép. Civ. V° Filiation, 3° modes judiciaires d'établissement, n°84.

¹⁴¹³ V. Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, Ire partie, III, 2.4.1, b : *“lorsque l'action est exercée par l'un des époux, elle est dirigée contre l'autre ou ses héritiers, par analogie avec l'article 328. Lorsque l'action est formée conjointement par les deux époux, elle est dirigée soit contre l'auteur d'une reconnaissance paternelle antérieure, soit, en l'absence d'une telle reconnaissance, contre le parquet. Ils peuvent également former une requête conjointe par la voie d'une procédure gracieuse”*.

¹⁴¹⁴ En ce sens, L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA*, 27 juin 2007, n°128, p.3.

paternité¹⁴¹⁵. Le recours à l'expertise biologique¹⁴¹⁶, de droit en matière de filiation¹⁴¹⁷, permettra de rapporter la preuve de la vérité biologique, et de rétablir les effets de la présomption de paternité. La preuve de la paternité du mari scellera le lien de filiation, ou au contraire l'écartera, mais ne permettra pas de contestation ultérieure¹⁴¹⁸. Cette certitude ne bénéficie pas à l'action en constatation de la possession d'état.

B-L' ACTION EN CONSTATATION DE LA POSSESSION D'ÉTAT

370. Qualité pour agir. Issu de la loi du 16 janvier 2009, l'article 330 du Code civil dispose que « la possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de dix ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu ». Fondée sur la constatation d'une réalité sociologique, l'action en constatation de la possession d'état se distingue également des autres actions en établissement de la filiation par la titularité du droit d'agir. En effet, ce droit étant accordé à toute personne qui y a intérêt¹⁴¹⁹, l'action n'est pas attitrée et le titulaire du droit d'agir devra seulement justifier d'un intérêt à voir constater judiciairement la possession d'état.

¹⁴¹⁵ Cf *supra* §358 s.

¹⁴¹⁶ Sur le recours à l'expertise biologique en matière de filiation, pratiquée sur le défendeur majeur protégé, cf *supra* §361.

¹⁴¹⁷ Jurisprudence constante depuis Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806 ; Bull. civ. I, n°103 ; *D.* 2000. 731, note T. GARE ; *D.* 2001, somm. 976, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2001. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001. 2868, obs. Ch. DESNOYER ; *LPA*, 27 nov. 2000, p. 13, note C. DABURON ; *LPA*, 5 sept. 2000, p. 8, note N. NEVEJANS-BATAILLE ; *JCP G* 2000. II. 10409, concl. PETIT, et note M.-Ch. MONTSALLIER-SAINT MIEUX ; *JCP G*. 2000. I. 253, n°11, obs. C. BYK ; *JCP G*. 2001. I. 362, n°21, obs. L. CADIET, et 332, p. 1273, n°2, obs. Y. FAVIER ; *Dr. fam.* 2000, comm. 72, note P. MURAT ; *RJPF* 2000-5/23 ; et *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2000. 37194, p. 769, obs. J. MASSIP. Sur les motifs légitimes de ne pas procéder aux expertises, voir P. MURAT (dir.), *Dalloz Action Droit de la famille*, 2016, n°211.51 ; Adde A. PASCAL et M. TRAPERO, *Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2004, Doc. fr. 2005.

¹⁴¹⁸ C'est d'ailleurs l'avantage de l'action en rétablissement de la présomption de paternité, qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée, sur la reconnaissance de paternité, faculté désormais offerte au père marié, mais qui n'offre qu'une présomption susceptible d'être combattue.

¹⁴¹⁹ V. déjà, Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-11.250, *D.* 1998, somm. 299, obs. E. JOB ; somm. 355, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *Dr. fam.* 1998. Comm. 96, obs. P. MURAT ; *RTD civ.* 1998. 665, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1998, art. 36860, p. 1021, n° 95, obs. J. MASSIP.

1-La constatation judiciaire de la vérité sociologique

371. Fondements. Contrairement aux deux précédentes actions en établissement de la filiation, l'action en constatation de la possession d'état¹⁴²⁰ se distingue par son objet : établir la filiation par la constatation de la vérité sociologique¹⁴²¹, ou plutôt déclarer le lien de filiation préexistant au regard de la preuve constatant cette vérité sociologique. Pour être établie valablement, elle doit être conforme aux articles 311-1 et 311-2 du Code civil énonçant les éléments constitutifs et les caractères de la possession d'état¹⁴²². Elle se prouve par tous moyens¹⁴²³. Les juges du fond apprécient souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve qui leur sont soumis¹⁴²⁴, sous le contrôle de leur motivation par la Cour de cassation¹⁴²⁵. Il s'agit de faire constater au juge que le lien de filiation était vécu au quotidien par le parent prétendu, qui se comportait en tant que tel, et réciproquement par l'enfant, qui se comportait comme tel. Ce comportement filial réciproque était de notoriété publique. C'est pourquoi, fondée sur la vérité du quotidien, la Cour de cassation a décidé d'écarter le recours à l'expertise biologique, pourtant de droit en matière de filiation¹⁴²⁶, dans le cadre d'actions en constatation de possession d'état¹⁴²⁷. Ce recours est à présent fermement proscrit par la Cour de cassation¹⁴²⁸.

¹⁴²⁰ Elle peut concerner tant la filiation maternelle que paternelle, peu importe également la situation matrimoniale des père et mère. V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* n°21, 1^{er} nov. 2005.

¹⁴²¹ Sur cette notion, V. F. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G* n°7, 15 fév. 2006, doct. 112.

¹⁴²² Sur ce point, cf *supra* §306 et s. l'établissement extrajudiciaire de la filiation par la possession d'état.

¹⁴²³ Art. 310-3 al. 2 C. civ.

¹⁴²⁴ V. en ce sens par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 11 juill. 1988, n°86-18.372, 86-18.510, *Juris-Data* n° 1988-002454, *D.* 1988, somm. p. 403 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 861, note J. MASSIP

¹⁴²⁵ V. Cass. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, arrêt Fesch, n° 03-19.274 : *JurisData* n° 2005-030465 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 2, P. MURAT ; *RJPF* 2006, n° 1, p. 25, note T. GARE ; *LPA* 19 juin 2006, n° 121, p. 10, note J. MASSIP ; et antérieurement dans la même affaire : CA Paris, 4 avr. 2003, n° 2002/05876 : *JurisData* n° 2003-222917 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 141, P. MURAT ; arrêt infirmant TGI Créteil, 21 févr. 2002, *JurisData* n° 2002-175484 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 97, P. MURAT ; *D.* 2002, p. 1710, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2002, p. 495, n° 19, obs. J. HAUSER.

¹⁴²⁶ Jurisprudence constante depuis Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806 ; *Bull. civ. I*, n°103 ; *D.* 2000. 731, note T. GARE ; *D.* 2001, somm. 976, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2001. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001. 2868, obs. Ch. DESNOYER ; *LPA*, 27 nov. 2000, p. 13, note C. DABURON ; *LPA*, 5 sept. 2000, p. 8, note N. NEVEJANS-BATAILLE ; *JCP G* 2000. II. 10409, concl. PETIT, et note M.-Ch. MONTSALLIER-SAINTE MIEUX ; *JCP G* 2000. I. 253, n°11, obs. C. BYK ; *JCP G* 2001. I. 362, n°21, obs. L. CADIET, et 332, p. 1273, n°2, obs. Y. FAVIER ; *Dr. fam.* 2000, comm. 72, note P. MURAT ; *RJPF* 2000-5/23 ; et *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2000. 37194, p. 769, obs. J. MASSIP. V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-15.588 : *JurisData* n° 2005-031133 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 26, P. MURAT.

¹⁴²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n°03-15.588, *D.* 2006, Pan. 1139, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2006. 98, obs. J. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2006. Comm. 26, note P. MURAT.

¹⁴²⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : *JurisData* n° 2011-011609 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 150, C.

L'interdiction est logique : l'action en constatation de la possession d'état vise à établir le lien de filiation par la preuve de la vérité sociologique, un état d'enfant « de » préexistant. C'est bien lui qu'il s'agit de prouver ici, non la vérité biologique. Cette vérité de notoriété publique explique ainsi que l'action ne soit pas attirée.

2-L'exercice de l'action en constatation de possession d'état

372. Possession d'état d'enfant du majeur protégé. L'action peut être exercée par toute personne ayant un intérêt légitime à le faire. Le plus souvent, cet intérêt se présente au décès du parent prétendu à l'égard duquel la possession d'état demande à être constatée. Si ce dernier bénéficiait d'une mesure de protection juridique, et qu'il n'a pu établir volontairement la filiation de son enfant, celle-ci pourra être établie par un tiers (enfant bien sûr, mais aussi l'autre parent, les grands-parents¹⁴²⁹). L'action sera dirigée contre l'autre parent, ou contre ses héritiers s'il en a, et contre le ministère public dans le cas contraire¹⁴³⁰, sous réserve du respect des conditions de prescription¹⁴³¹, et d'une possession d'état antérieure à la survenue de l'altération de ses facultés l'ayant empêché de manifester sa volonté¹⁴³².

Le raisonnement est également valable si le parent prétendu, majeur protégé, n'est pas décédé. L'action sera alors dirigée contre lui. Les développements consacrés à la défense à l'action en recherche de paternité ou de maternité, ainsi que ceux consacrés à la défense à l'action en rétablissement de la présomption de paternité sont également valables pour la défense à l'action en constatation de la possession d'état. Nous y renvoyons¹⁴³³.

Si le parent prétendu, majeur protégé, n'est pas décédé, il semble plus simple, s'il souhaite

NEIRINCK ; *Procédures* 2011, comm. 270 ; *AJF* 2011, p. 376, obs. F. CHENEDE ; *D.* 2011, p. 1757, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *D.* 2012, p. 312, obs. H. GAUMONT-PRAT, p. 1038, obs. M. DOUCHY-OUODOT et p. 1435, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2011, p. 524, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2011-10/42, obs. T. GARE.

¹⁴²⁹ En ce sens, Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-11.250 : *Juris-Data* n° 1998-001093 ; *Dr. fam.* 1998, comm. 96, P. MURAT ; *Deffrénois* 1998, art. 36860, p. 1021, n° 95, obs. J. MASSIP ; *D.* 1998, somm. p. 299, obs. E. JOB et p. 355, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *LPA* 21 oct. et 23 oct. 1998, n° 126, p. 19 et n° 127, p. 23, note G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 1998, p. 665, obs. J. HAUSER ; *LPA* 4 nov. 1998, n° 132, p. 29, note J. MASSIP.

¹⁴³⁰ F. GRANET-LAMBRECHTS, *J.-Cl. Civ. Code*, Art. 330, n°18.

¹⁴³¹ Délai de prescription de 10 ans à compter de la cessation de la possession d'état ou du décès du parent prétendu, art. 330 C. civ.

¹⁴³² Cf *supra* §312 les hypothèses dans lesquelles un parent majeur protégé a pu constituer une possession d'état à l'égard de son enfant.

¹⁴³³ Voir, §I- L'action en recherche de maternité ou de paternité, B- L'action en défense, §358 s., et §II- Les actions en rétablissement de présomptions, A- L'action en rétablissement de la présomption de paternité, 2- Les défendeurs à l'action, §368 s.

établir le lien de filiation de son enfant, et sous réserve d'être en mesure de manifester sa volonté, d'user d'un mode extrajudiciaire d'établissement de la filiation de son enfant, par une reconnaissance de paternité, ou par une demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état¹⁴³⁴. Il reste qu'en théorie, l'action ne lui est pas fermée. Tout comme pour les deux autres catégories d'action, la question de la nature de l'action en constatation de possession d'état doit se poser.

373. Absence de nature strictement personnelle de l'action en constatation de possession d'état. L'action n'est pas attitrée et est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt à voir la possession d'état constatée, établissant par l'effet déclaratif du jugement le lien de filiation. Elle a pour objet la constatation d'un lien de filiation préexistant et de notoriété publique. La nature strictement personnelle de l'action semble ainsi *a priori* plus discutable que pour les actions en recherche de maternité ou de paternité, ou pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité¹⁴³⁵.

374. Bilan. Le lien de filiation de l'enfant peut ainsi être imposé à l'égard du parent majeur protégé, qu'il soit en état ou hors d'état de manifester sa volonté. La nature strictement personnelle des actions aux fins d'établissement de la filiation ne semble pas faire de doute, réserve faite de l'action en constatation de la possession d'état. En revanche, cette nature ne se révèle pleinement que pour la demande à l'action, qui traduit un « consentement-initiative »¹⁴³⁶, une manifestation de volonté agissante. L'article 53 du Code de procédure civile définit ainsi la demande initiale en matière contentieuse comme « celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions ». Au contraire, la défense à l'action ne revêt pas la même nature, car elle ne laisse place à aucune initiative, ni à aucune volonté : elle subit la volonté d'initiative de la demande à l'action. En ce sens d'ailleurs, le Code de procédure civile ne définit pas la défense à l'action, mais utilise le terme de « moyens

¹⁴³⁴ Dans le délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état.

¹⁴³⁵ Cf *supra* §353 pour la nature de l'action en recherche de maternité ou de paternité, et §367 et 369 pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité.

¹⁴³⁶ Distinction opérée par monsieur le Professeur Jean HAUSER. V. par ex. « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », (obs. ss Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007), *RTD civ.* 2007. 547.

de défense »¹⁴³⁷.

La distinction ainsi dégagée dans le cadre des actions strictement personnelles, permet une juste conciliation entre autonomie et protection du majeur protégé parent. Lorsqu'il est en mesure de manifester sa volonté, lui seul peut agir pour établir la filiation de son enfant, à l'égard de l'autre parent, ou à son égard. Lorsqu'il se trouve hors d'état de manifester sa volonté, soit l'autre parent possède la qualité pour agir, soit dans tous les cas l'enfant aura cette qualité. L'établissement du lien de filiation ne sera donc pas fermé. Lorsque le majeur protégé parent prétendu se trouve en position de défense à l'action, le régime de droit commun de la protection juridique reprend la main, pour assurer la finalité qui est la sienne.

Le lien de filiation de l'enfant peut ainsi être imposé à l'égard du parent majeur protégé, qu'il soit en état ou hors d'état de manifester sa volonté. Mais le majeur protégé parent peut également refuser le lien de filiation de l'enfant à son égard.

¹⁴³⁷ Cf. l'article 71 du Code de procédure civile qui énonce que « constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ». Le Code de procédure civile mentionne en son titre IV « La demande en justice », mais son titre V, est intitulé « Les moyens de défense ».

SECTION II

LA FILIATION REFUSÉE

375. Annonce de plan. Le refus de la filiation peut se manifester par une remise en cause du lien de filiation de l'enfant (§I), ou par la demande d'accouchement anonyme (§II). La première suppose que la filiation ait été légalement établie, pour ensuite la contester, tandis que la seconde commande au contraire l'absence d'établissement d'un lien de filiation.

§I- LES ACTIONS EN CONTESTATION DE LA FILIATION

376. Démarche adoptée. L'ordonnance du 4 juillet 2005, complétée par la loi de ratification du 16 janvier 2009, a simplifié l'ensemble du régime des actions en contestation de la filiation¹⁴³⁸. Désormais, il existe trois types d'actions : l'action en contestation de maternité, l'action en contestation de paternité, et l'action en contestation de possession d'état constatée par un acte de notoriété. La situation du majeur protégé sera ainsi envisagée différemment selon qu'il conteste la filiation de l'enfant établie à son égard ou à l'égard d'un tiers (A), ou qu'il subit la contestation du lien de filiation de son enfant (B). Ces hypothèses sont à envisager notamment lorsque l'état mental du majeur protégé l'aura conduit à établir des filiations peu réalistes.

¹⁴³⁸ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JO 6 juillet 2005, p. 11159 ; Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005, JO 18 janvier 2009, p.1062.

A-LE MAJEUR PROTÉGÉ À L'INITIATIVE DE LA CONTESTATION DU LIEN DE FILIATION

377. Annonce de plan. La loi ne distingue plus selon le mode d'établissement du lien de filiation, mais selon, outre le titre, la présence et la durée d'une possession d'état. Cette condition détermine le régime de l'action en contestation de la filiation. Ainsi, plusieurs hypothèses sont envisagées sur la filiation contestée. (1) Il conviendra ensuite d'envisager l'exercice de l'action en contestation par un majeur protégé (2).

1-La filiation contestée

378. Hypothèses. La première vise celle où la filiation est établie par un titre corroboré par une possession d'état conforme d'une durée supérieure ou égale à cinq ans. Dans ce cas, l'action sera fermée, sauf au ministère public, et la filiation ne pourra plus être contestée, peu importe qu'elle soit finalement conforme à la vérité biologique.

La seconde hypothèse vise la filiation établie par un titre et corroborée par une possession d'état conforme, mais inférieure à une durée de cinq ans. Dans ce cas, l'action en contestation est attitrée : seuls l'enfant, l'un des père ou mère, ou le parent prétendu ont qualité pour agir dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état¹⁴³⁹.

La troisième hypothèse concerne la filiation fondée sur un titre, mais en l'absence de possession d'état conforme, ou à l'inverse, sur une possession d'état sans titre¹⁴⁴⁰. L'action en contestation est alors ouverte à toute personne intéressée dans le délai unifié et désormais de droit commun de l'article 321, soit dix ans à compter du jour où l'enfant a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté, soit à la date de sa naissance, ou du constat de sa possession d'état¹⁴⁴¹.

La dernière hypothèse ressort de l'article 335 du Code civil, lequel vise une filiation établie par une possession d'état constatée par un acte de notoriété. La filiation ainsi établie peut être

¹⁴³⁹ Ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté, art. 333 al. 2 C. civ. Précision apportée par la loi du 16 janvier 2009.

¹⁴⁴⁰ Constatée par un jugement, « qui ne saurait constituer un titre au sens de l'article 333 du Code civil », selon A. GOUTTENOIRE, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* n°1, janv. 2006, étude 6, n°15, spéc. note 20.

¹⁴⁴¹ A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n°15.

contestée par toute personne intéressée, dans le délai de dix ans, à compter de la délivrance de l'acte. Il est à noter que l'objet de l'action ici n'est pas la nullité de l'acte de notoriété, mais l'anéantissement du lien de filiation qui est un effet de la délivrance de l'acte¹⁴⁴².

2-L'exercice de l'action en contestation

379. Qualification juridique. Les dispositions relatives à la contestation du lien de filiation sont muettes sur la capacité civile du titulaire du droit d'agir. Lorsque celui-ci est un majeur protégé demandeur à l'anéantissement du lien de filiation de l'enfant, c'est donc vers le droit des majeurs protégés qu'il convient de se tourner. Comme pour les actions tendant à l'établissement du lien de filiation, il est nécessaire de s'interroger sur la nature de l'action afin d'en déterminer le régime.

Les actions relatives à la filiation constituant « l'archétype de l'action extrapatrimoniale »¹⁴⁴³, il n'est pas nécessaire de distinguer selon qu'elles tendent à établir une filiation ou à la détruire. Mais il apparaît désormais indispensable d'extraire, au sein de la catégorie générale des actions extrapatrimoniales, qui sont par essence toutes de nature personnelle, celles qui revêtent une nature « strictement » personnelle¹⁴⁴⁴. Ces dernières justifient d'un régime dérogatoire aux articles 468 alinéa 3 et 475 du Code civil, si l'on applique la jurisprudence ayant dégagé la catégorie des actions en justice strictement personnelles¹⁴⁴⁵.

En effet, « il faut désormais ajouter que cette représentation [de l'article 475] n'a plus lieu d'être si l'action vise un droit personnel »¹⁴⁴⁶. Les actions en justice tendant à établir la filiation constituent des actions de nature strictement personnelle en demande¹⁴⁴⁷. Il ne semble pas possible de dénier cette nature à l'action en demande qui vise cette fois à contester le lien de filiation. Qu'elle vise à l'établir, ou à l'anéantir, l'action relative à la filiation de l'enfant du

¹⁴⁴² Cf *supra* §316.

¹⁴⁴³ T. FOSSIER, J.-Cl. Civil, art. 488 à 414, fasc. 24, n°41

¹⁴⁴⁴ Selon les termes de l'article 458 du Code civil.

¹⁴⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov.2013, n°12-23.766, *D.* 2014. Pan. Majeurs protégés, p. 2259, obs. J.-M. PLAZY, et 467, note G. RAOUL-CORMEIL ; *AJ Fam.* 2013. 717, obs. T. VERHEYDE. - Voir déjà CA Amiens, 8 nov. 2007, *JurisData* n°2007-354010 ; *Dr. Fam.* 2008, comm. 64, note T. FOSSIER.

¹⁴⁴⁶ J.-M. PLAZY, *op. cit.*

¹⁴⁴⁷ Cf *supra* §353 et 367.

majeur protégé possède cette part d'intimité propre à la personne du majeur protégé : lui seul est en mesure de refuser ou remettre en cause une filiation auparavant acceptée, parfois par-delà la vérité biologique¹⁴⁴⁸. La demande à l'action en contestation de la filiation de l'enfant commande un « consentement-initiative »¹⁴⁴⁹ qui ne peut émaner que du majeur protégé lui-même, qu'il s'agisse de remettre en cause la filiation de l'enfant à son égard, ou à l'égard d'un tiers afin d'établir ensuite le lien de filiation à son égard, conformément au principe chronologique posé par l'article 320 du Code civil.

380. Nature strictement personnelle. Effets. La nature de l'action, si elle est indifférente à la capacité juridique, convoque uniquement la capacité naturelle du majeur protégé. Lorsque celle-ci fait défaut, le majeur protégé se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. L'effet de l'article 458 conduisant à interdire toute assistance ou représentation, le majeur protégé subira une incapacité de jouissance¹⁴⁵⁰. L'anéantissement du lien de filiation ne pourra provenir que de l'initiative d'un tiers.

L'action n'est en revanche pas paralysée, le majeur protégé, père ou mère de l'enfant, ou parent prétendu, n'est pas le seul à avoir qualité pour agir dans le cadre des actions attitrées¹⁴⁵¹. En revanche, personne ne pourra exercer l'action en son nom de son vivant¹⁴⁵². Lorsque l'action vise à contester une filiation fondée sur un titre, en l'absence de possession d'état conforme¹⁴⁵³, ou sur une possession d'état constatée par un acte de notoriété¹⁴⁵⁴, l'action est ouverte à toute personne pouvant se prévaloir d'un intérêt légitime. Les grands-parents pourraient ainsi eux-mêmes agir, s'ils démontrent toutefois la légitimité de leur intérêt¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁸ V. J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse, Bordeaux IV, Ed. La Mouette, coll. Notariat et doctorat, 2001, n°421, qui s'agissant de l'ancienne action en désaveu de paternité, se demande si « aucune capacité de pardon ne lui serait reconnue ? ».

¹⁴⁴⁹ Notion empruntée à monsieur le Professeur J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! » (Civ. 1^{re}, 4 juin 2007), *RTD civ.* 2007. 547.

¹⁴⁵⁰ *Contra*, M. PORTEFAIX, *Le parent incapable*, Thèse Lyon III, 2008, p. 224, n°540, qui admet la possibilité d'une représentation en cas d'incapacité naturelle du majeur protégé.

¹⁴⁵¹ Art. 333 C. civ.

¹⁴⁵² Ses héritiers auront qualité pour agir, sous les réserves de l'article 322 C. civ.

¹⁴⁵³ Art. 334 C. civ.

¹⁴⁵⁴ Art. 335 C. civ.

¹⁴⁵⁵ La circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, Ire partie, III, 3.1.2, a, a ainsi précisé qu'en l'absence de possession d'état conforme au titre, « l'action est ouverte à toute personne ayant un intérêt légitime, qu'il soit de nature morale ou pécuniaire. Outre les père et mère légaux de l'enfant, qui peuvent le cas échéant agir conjointement, celui qui se prétend le véritable parent, l'enfant lui-même, peuvent également agir les autres enfants issus du parent à l'égard duquel la filiation est contestée ou plus largement ses héritiers ainsi que le ministère public », tandis que les grands-parents doivent prouver un intérêt personnel, légitime et pertinent, et qu'« enfin, s'agissant d'une action

B-LE MAJEUR PROTÉGÉ DEFENDEUR À L'ACTION EN CONTESTATION DE LA FILIATION

381. Absence de nature strictement personnelle. Lorsque le majeur protégé se trouve en position de défense à une action en contestation de la filiation, c'est que le lien de filiation de l'enfant à son égard est établi. L'action est dirigée contre l'enfant, à moins que ce dernier soit demandeur, et également contre le parent à l'égard duquel la filiation est contestée¹⁴⁵⁶. L'autre parent doit également être présent à l'instance¹⁴⁵⁷ « en raison du caractère intime des faits discutés et pour lui rendre le jugement commun »¹⁴⁵⁸.

Le majeur protégé parent subit l'action qui tend à anéantir le lien de filiation de son enfant ; elle ne laisse aucune place à sa volonté. Les analyses développées au sujet de la défense aux actions en établissement de la filiation prennent à nouveau ici toute leur place¹⁴⁵⁹. En position de défense, et à défaut de dispositions particulières relatives aux parents majeurs protégés dans le cadre des actions en contestation de la filiation, il convient à nouveau de se tourner vers le droit des majeurs protégés. Seule la protection de l'intérêt du majeur protégé intervient alors¹⁴⁶⁰. La nature strictement personnelle de la défense à l'action ne peut être retenue, car elle n'existe que parce qu'elle fait l'objet d'une manifestation de volonté à l'initiative de la demande. Dès lors, le régime de droit commun de l'exercice des actions extrapatrimoniales doit s'appliquer. En curatelle, la défense à l'action en contestation de la filiation s'exercera avec l'assistance du curateur, dont signification doit également lui être faite¹⁴⁶¹. En tutelle et en cas d'habilitation générale, la défense sera exercée par le tuteur ou la personne habilitée, après autorisation ou injonction du juge des tutelles¹⁴⁶².

Le juge possède toutefois la faculté de permettre au majeur protégé de défendre seul, s'il est en capacité naturelle de le faire, en application des dispositions de l'article 473 du Code civil.

attachée à la personne, celle-ci n'est pas ouverte aux créanciers du parent à l'égard duquel la filiation est contestée ou aux créanciers de l'enfant, ni aux membres de la famille qui ne sont pas héritiers ».

¹⁴⁵⁶ Ou ses héritiers en cas de décès, art. 322 C. civ.

¹⁴⁵⁷ V. art. 324 C. civ.

¹⁴⁵⁸ F. GRANET-LAMBRECHTS, J.-Cl. Civil Code, art. 332 à 337, Fasc. « Filiation- Action en contestation de la filiation », 1^{er} juill. 2015, n°15, 16, 17, 42.

¹⁴⁵⁹ V. *supra* L'action en défense, § 358 s.

¹⁴⁶⁰ Art. 415 al.3 et 425 *in limine* C. civ. Cf *supra* § 360.

¹⁴⁶¹ Art. 467, et art. 468 al. 3 C. civ.

¹⁴⁶² Ou du conseil de famille s'il a été constitué, art. 475 C. civ.

Le recours à l'expertise biologique, comme moyen de preuve, sera mis en œuvre dans les conditions précédemment définies dans le cadre des actions en établissement de la filiation¹⁴⁶³.

382. Bilan. La remise en cause judiciaire du lien de filiation suppose une capacité naturelle préservée du majeur protégé lorsqu'il en est à l'origine. A défaut, cette remise en cause peut néanmoins provenir de tiers, soit attitrés, soit intéressés. En revanche, lorsque le majeur protégé subit l'action, les organes de protection retrouvent leur place, conformément à la finalité de toute mesure de protection juridique. En présence d'une capacité naturelle du majeur protégé, le juge des tutelles -par ailleurs juge des contentieux de la protection¹⁴⁶⁴- conserve la faculté de lui permettre l'exercice de sa défense.

La filiation de l'enfant du majeur protégé peut ainsi être remise en cause, voire anéantie si l'action aboutit. Elle peut également être refusée *ab initio*, au moyen de l'accouchement anonyme.

§II- L'ACCOUCHEMENT ANONYME

383. Définition. L'accouchement anonyme est prévu à l'article 326 du Code civil, selon lequel : « Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». Il comporte à ce titre un double secret : celui de l'accouchement, et celui de l'identité de la femme qui accouche. Cette « demande » ainsi offerte à la mère pose la question de son application lorsque celle-ci est majeure protégée. Afin d'y répondre, il convient de s'intéresser à la nature juridique de l'accouchement anonyme, dit « sous X » (A), avant d'en constater les effets (B).

¹⁴⁶³ V. *supra* §361, le recours à l'expertise biologique.

¹⁴⁶⁴ Article 95 29° de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui a modifié le Code de l'organisation judiciaire en insérant, après la sous-section 3 de la section 1 du chapitre III du titre Ier du livre II, une sous-section 3 bis consacrée au juge des contentieux de la protection et à ses compétences, aux articles L. 213-4-1 et suivants. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

A-LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACCOUCHEMENT ANONYME

384. Enjeux. La nature de la décision d'accoucher anonymement a été débattue en doctrine. Le Professeur HAUSER considérait ainsi que l'accouchement anonyme constituait un acte juridique unilatéral abdicatif¹⁴⁶⁵. D'autres auteurs considèrent au contraire qu'il constitue un fait juridique¹⁴⁶⁶. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, et en a d'ailleurs tiré les conséquences¹⁴⁶⁷. Certains auteurs enfin, après avoir affirmé l'appartenance de l'accouchement anonyme à la catégorie des faits juridiques, n'en déduisent pas moins sa nature strictement personnelle et par là-même, l'applicabilité de l'article 458 du Code civil¹⁴⁶⁸. Or, ce dernier ne vise que « les actes » dont la nature implique un consentement strictement personnel. En l'état actuel du droit positif, il peut paraître difficile de faire entrer l'accouchement anonyme dans la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458, car ce dernier ne régit que les actes juridiques¹⁴⁶⁹.

385. Nature juridique. L'ordonnance du 10 février 2016 les définit comme étant « des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux »¹⁴⁷⁰, par opposition à la catégorie des faits juridiques qui constituent « des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit »¹⁴⁷¹. S'il ne fait pas de doute que l'accouchement est un fait juridique, la manifestation de volonté destinée à modifier les effets juridiques de ce fait, et de les substituer à d'autres, en décidant d'accoucher de façon anonyme, en refusant de révéler son identité, pourrait *de lege ferenda* être qualifié d'acte juridique unilatéral¹⁴⁷². En effet, plus qu'une « modalité juridique particulière d'accouchement »¹⁴⁷³, la décision d'accouchement anonyme est une manifestation de volonté

¹⁴⁶⁵ J. HAUSER, « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997, p. 98.

¹⁴⁶⁶ C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922 ; C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

¹⁴⁶⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, n°03-19026 ; Bull. civ. I, 2004, n°107, p. 87 ; *Dr. fam.* 2004, n°120, obs. P. MURAT ; *RTD civ.* 2004, 496, obs. J. HAUSER. Voir déjà, Cass. Civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, n°96-11073 ; *Dr. fam.* 97, comm. 19, P. MURAT ; *JCP G* 1997, II, 22749, note I. GARE-ARDEEF ; *RTD civ.* 1997, 98, obs. J. HAUSER.

¹⁴⁶⁸ J. ROCHE DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011, 83, spéc. n°9.

¹⁴⁶⁹ En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz 2012, Coll. Thèmes et commentaires, p.223, spéc. p. 234.

¹⁴⁷⁰ Art. 1100-1 C. civ., issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n°0035 du 11 février 2016.

¹⁴⁷¹ Art. 1100-2 C. civ., issu de l'ordonnance précitée.

¹⁴⁷² En ce sens, voir A. BATTEUR, J.-Cl. Civil Code, art. 457-1 à 463, Fasc. 20, spéc. n°94 ; ANH TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004-7, 8/32. - *Contra*, I. ARDEEF, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », note ss CA Agen, 14 déc. 1995 et Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, *JCP G* 1997, II, 22749.

¹⁴⁷³ C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS*

destinée à produire des effets de droit distincts de ceux attachés par la loi à l'accouchement. Cette manifestation de volonté vise ainsi à accéder à un régime particulier. Dans cette interprétation, la nature strictement personnelle de cette manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit importants, particulièrement pour l'enfant, ne fait que peu de doute : le refus de la maternité est une décision qui relève par essence de l'intimité ; seule la mère de naissance peut prendre une telle décision. Elle relèverait ainsi de l'article 458 du Code civil. En ce sens, si la déclaration de naissance figure expressément dans la liste de l'article 458 alinéa 2, manifestant la volonté du législateur de conférer une autonomie absolue à la femme majeure protégée dans l'établissement extra-judiciaire du lien de filiation de son enfant, *a fortiori* cette autonomie absolue doit-elle être conférée lorsqu'elle refuse d'indiquer son nom dans l'acte de naissance¹⁴⁷⁴. De nombreux auteurs raisonnent également par analogie avec le régime de la reconnaissance de paternité (ou de maternité)¹⁴⁷⁵. On constate ici que le législateur n'est pas allé au terme de son raisonnement sur la consécration d'une volonté exclusive de la femme majeure protégée de se rattacher -ou non- son enfant. Un large consensus doctrinal se dégage ainsi sur la nature strictement personnelle de la décision d'accouchement anonyme¹⁴⁷⁶.

386. Difficultés. Mais la qualification d'acte juridique de l'accouchement anonyme emporterait l'application des sanctions propres aux actes juridiques, et remettrait en cause la sécurisation juridique de la filiation de l'enfant. Susceptible d'annulation pour vices de consentement¹⁴⁷⁷, ou défaut de consentement pour trouble mental¹⁴⁷⁸, la nullité de

2009, p. 328 ; B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », *Mélanges D. HUET-WEILLER, PUG/LGDJ*, 1994, p. 513.

¹⁴⁷⁴ En ce sens, L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse, Lyon III, 2008, p. 126, n°279.

¹⁴⁷⁵ Voir par ex. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.*, oct 2012, n°10, étude n°17, p. 13 ; J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* n°2, Février 2011, dossier n°6, p. 28.

¹⁴⁷⁶ V. par ex. : S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.*, oct 2012, n°10, étude n°17 et du même auteur, « l'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012. 21 ; C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328 ; J. ROCHE DAHAN, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC* 2011. 83 ; J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *in* La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?, Actes du colloque, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. fam.* n°2, Février 2011, dossier n°6, p. 28 ; E. MALLET, « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *JCP N* 2013, 1210 ; C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922 ; L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse, Lyon III, 2008, p.127, n°281.

¹⁴⁷⁷ Sur le rejet de cette qualification, Civ. 1^{re}, 6 avril 2004 : *JurisData* n°2004-023203 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 120, comm. P. MURAT, dont le titre est éclairant : « Remise de l'enfant à l'ASE : pas de vice du consentement pour la femme accouchée anonymement » ; *JCP G* 2004. II. 10145, note C. GEOFFROY ; *RTD civ.* 2004. 496, obs. J. HAUSER.

¹⁴⁷⁸ Voir défaut de capacité juridique : CA Agen, 14 déc. 1995, qui avait admis la qualification d'acte juridique de l'accouchement sous X d'une mineure, censuré par Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, *JCP G* 1997, II, 22749, note I. ARDEEF ;

l'accouchement anonyme emporterait des effets en cascade, jusqu'à la remise en cause de l'adoptabilité de l'enfant sans filiation, et se heurterait à l'article 352 du Code civil. Il semble alors que seule l'action en recherche de maternité serait recevable, sous réserve qu'aucune autre filiation de l'enfant n'ait été établie auparavant, la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ayant en effet supprimé la fin de non-recevoir à une action en recherche de maternité tiré de l'article 326 du Code civil¹⁴⁷⁹.

B-LES EFFETS DE L'ACCOUCHEMENT ANONYME

387. Annonce de plan. L'accouchement anonyme produit des effets à l'égard de la mère de naissance (1), mais également à l'égard des tiers (2).

1-Les effets de l'accouchement anonyme à l'égard de la mère de naissance

388. Régime juridique du consentement. *De lege lata*, l'accouchement anonyme constituant un fait juridique¹⁴⁸⁰, la mère majeure protégée ne bénéficie d'aucune protection particulière. Elle est traitée comme toute autre femme¹⁴⁸¹. Si la femme majeure protégée est apte à exprimer sa volonté, elle seule peut effectuer la demande d'accouchement anonyme : sa capacité juridique est inopérante, et sa mesure de protection l'est aussi. Un obstacle légal s'y oppose, car l'article L. 222-6 alinéa 4 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) interdit de demander une pièce d'identité à la femme qui demande un accouchement anonyme, ou de

RTD civ. 1997. 98, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 1996, comm.5, note P. MURAT ; *D.* 1997. 587, note J. MASSIP ; p. 161, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *Defrénois* 1997, art. 36591, n°64, p. 718, obs. J. MASSIP.

¹⁴⁷⁹ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. Voir M.-C. LE BOURSICOT, « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* 2009-4/8 ; F. GRANET-LAMBRECHT, « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ fam.* 2009. 76 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, n°58, p.37 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009. Chron. 966.

¹⁴⁸⁰ A. BATTEUR et J.-M. LARRALDE, in A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n°168 s., spéc. n°173, p.173.

¹⁴⁸¹ Voir les faits qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 septembre 2013, Zambotto Perrin c/ France : CEDH, 26 sept. 2013, n°4962/11, Zambotto Perrin c/ France, JurisData n°2013-022197 ; *AJ fam.* 2013. 633, obs. E. VIGANOTTI ; *Dr. fam.* 2014, comm.6, obs. C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2013. 829, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2013, alerte 57, veille V. EGEEA.

procéder à une enquête. Il est dès lors impossible au personnel de l'établissement de santé de prendre connaissance d'informations relatives à la parturiente. Sans être dans l'impossibilité d'exprimer une volonté, l'état de celle-ci peut néanmoins traduire l'altération de ses facultés mentales, qui a nécessité la mise en œuvre d'une mesure de protection juridique, en particulier dans le cadre d'une tutelle. Si la parturiente manifeste alors une demande d'accouchement anonyme, rien ne semble permettre de lui opposer un refus¹⁴⁸². La femme majeure protégée se trouve pourtant sans aucune protection face à sa volonté défaillante. A l'inverse, si la femme majeure protégée se trouve hors d'état de manifester sa volonté, il est théoriquement impossible de procéder à un accouchement anonyme : il n'existe pas d'accouchement anonyme tacite¹⁴⁸³, et personne ne peut effectuer une telle demande à sa place¹⁴⁸⁴. Toutefois, la pratique révèle des accouchements anonymes effectués à la demande de proches ou de représentants de femmes majeures protégées¹⁴⁸⁵. Dans cette hypothèse, la majeure protégée se trouve une nouvelle fois dépourvue de toute protection.

389. Délivrance et contenu de l'information. L'article L. 222-6 du CASF impose la délivrance d'une information sur les conséquences juridiques de la demande d'accouchement anonyme. Mais deux difficultés se présentent, s'agissant d'une femme majeure protégée dont les facultés mentales sont par hypothèse altérées : la première réside dans l'époque de la délivrance de l'information. L'article R. 147.22 du CASF précise que le document d'information « est remis à la femme lors de son accouchement et, au plus tard, pendant son séjour dans l'établissement de santé ». Cela implique que l'information sera reçue généralement après l'accouchement, pendant le séjour, donc après la décision d'accouchement anonyme, la décision d'anonymat devant être prise préalablement à l'accouchement, car il ne peut y avoir d'accouchement anonyme rétroactif¹⁴⁸⁶. Il est en effet difficilement concevable de délivrer l'information lorsque la femme se présente pour accoucher et souhaite conserver l'anonymat,

¹⁴⁸² Rapp. de Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, où la cour de cassation a jugé que la mère mineure pouvait seule prendre la décision d'accoucher sous X, sans l'accord de ses représentants légaux, lesquels n'avaient pas à être informés. Cette position découle de la caractérisation de l'accouchement anonyme en un fait juridique.

¹⁴⁸³ Dans ce sens, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 1993, n°777, p.541 ; C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922.

¹⁴⁸⁴ La doctrine est unanime sur ce point. Voir par ex. C. NEIRINCK, « L'accouchement anonyme : le fait et le droit », op. cit. ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.*, oct 2012, n°10, étude n°17 ; C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

¹⁴⁸⁵ Voir C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », op. cit.

¹⁴⁸⁶ C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP G* 1996, I, 3922.

alors que le travail d'accouchement a commencé.

La seconde difficulté réside dans les modalités de délivrance et de contenu de l'information. Celle-ci fait l'objet de la remise d'un document écrit, sur lequel est indiqué: « 1° Les effets juridiques de la demande expresse de secret ou de son absence ; 2° les modalités de levée du secret ; 3° Les moyens de communiquer l'identité de la mère de naissance à l'enfant ou aux personnes mentionnées au 3° de l'article L. 147-2, de son vivant ou après son décès ; 4° Les conséquences de son choix en matière de filiation et notamment les modalités et le délai pendant lequel elle peut, le cas échéant, établir volontairement le lien de filiation ainsi que les effets qui s'attachent au placement et à l'adoption plénière de l'enfant ; 5° Le rôle du conseil national pour l'accès aux origines personnelles et celui de ses correspondants dans le département ; 6° La nature des renseignements qu'elle est invitée à laisser dans l'intérêt de l'enfant ainsi que les modalités de conservation et de transmission de ces renseignements et de ceux contenus dans le pli fermé »¹⁴⁸⁷.

En dépit d'« explications nécessaires »¹⁴⁸⁸, il semble d'autant plus difficile pour une femme majeure sous protection juridique, seule, d'intégrer l'ensemble de ces informations alors qu'elle se trouve dans une situation de particulière vulnérabilité découlant des motifs pour lesquels elle fait la demande d'accouchement anonyme. Cette situation de vulnérabilité au moment de la demande d'accouchement « sous X », est d'ailleurs commune à toutes les femmes. La majeure protégée subit alors une double vulnérabilité, sans aucune forme de protection. L'information n'est pas délivrée de façon adaptée à son degré de compréhension. C'est dans ces conditions que le correspondant du conseil national atteste sur un document établi en double exemplaire, dont l'un sera remis à la mère de naissance, que le document d'information lui a effectivement été remis, qu'elle a été invitée à laisser son identité sous pli fermé, et qu'elle a demandé expressément le secret de cette identité¹⁴⁸⁹. L'attestation ne porte alors que sur la délivrance du document d'information, non sur la qualité et l'effectivité de l'information délivrée.

Enfin, lors de la remise de l'enfant par le service de maternité au service de l'aide sociale à l'enfance (ASE), un procès-verbal est dressé, lequel doit mentionner que la mère de naissance a été informée : « 1° Des mesures instituées, notamment par l'Etat, les collectivités territoriales

¹⁴⁸⁷ Art. R. 147-22 CASF ; art. L. 222-6 CASF.

¹⁴⁸⁸ Art. R. 147-23 CASF.

¹⁴⁸⁹ Art. R. 147-23 CASF.

et les organismes de sécurité sociale pour aider les parents à élever eux-mêmes leurs enfants ; 2° Des dispositions du régime de la tutelle des pupilles de l'Etat suivant le présent chapitre ; 3° Des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père ou mère ainsi que des modalités d'admission en qualité de pupille de l'Etat mentionnées à l'article L. 224-8 ; 4° De la possibilité de laisser tous renseignements concernant la santé des père et mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance »¹⁴⁹⁰.

Les remarques identiques à celles relatives à la délivrance du document d'information prévu à l'article L. 222-6 peuvent être réitérées ici. Il convient également de souligner que le dépositaire de l'information prévue à l'article L. 226-2, et celui de l'information prévue à l'article L. 224-5, semblent bien être un seul et même interlocuteur si l'on se réfère à l'article L. 223-7. La nature des informations délivrées dans l'un et l'autre cas est pourtant très différente : les unes portent sur les effets de l'anonymat et les modalités d'accès aux origines, les autres portent sur les effets juridiques du refus de maternité et ses conséquences sur la filiation de l'enfant¹⁴⁹¹. Il aurait été opportun de distinguer ces interlocuteurs afin d'en assurer la neutralité au regard des intérêts divergents de la mère et de l'enfant¹⁴⁹².

Enfin, il convient de remarquer que ce n'est que « sur leur demande ou avec leur accord », que les femmes majeures protégées qui ont demandé un accouchement anonyme pourront bénéficier, comme toute autre femme, d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance¹⁴⁹³.

390. Levée du secret de l'identité et volonté de la mère. Le secret de l'identité repose également sur la seule volonté de la mère de naissance majeure protégée. Si elle est « invitée » à indiquer son identité sous pli fermé qu'elle remet au correspondant du conseil national pour

¹⁴⁹⁰ Art. L. 224-5 CASF.

¹⁴⁹¹ Voir A. TON NU LAN, « L'insuffisance de l'information délivrée aux parents de naissance avant le placement de l'enfant en vue de son adoption », *Dr. fam.* 2005, étude 11. Voir pour une vue d'ensemble, M.-C. LE BOURSICOT, « Présentation des documents assurant l'information des femmes qui accouchent dans le secret », *RJPF* 2005, n°7/8.

¹⁴⁹² Comp. avec l'accouchement confidentiel allemand, voir C. NEIRINCK, « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Dr. fam.* 2014, repère 5.

¹⁴⁹³ Art. L. 222-6 al.3 CASF.

l'accès aux origines personnelles (CNAOP), elle seule peut faire ce choix¹⁴⁹⁴. Dans le même sens, la décision de lever par la suite le secret de son identité doit faire l'objet d'une déclaration expresse de la part de la mère de naissance. Deux remarques peuvent être faites : la première est relative au titulaire du droit de révéler l'identité de la mère de naissance. Le législateur ne prévoit qu'une seule personne susceptible de la faire : la mère de naissance elle-même. Aucun régime particulier n'est prévu pour le cas où elle se trouverait sous un régime de protection juridique¹⁴⁹⁵. La seconde remarque est relative à la volonté requise pour révéler le secret. Elle doit être manifeste, et expresse. Il s'agit ici de l'exigence d'un véritable « consentement-initiative », non d'un simple acquiescement. « Ici donc l'initiative ne vient pas d'un tiers avec réception par l'incapable [la majeure protégée] mais doit venir de lui-même »¹⁴⁹⁶. L'autonomie de la mère de naissance majeure protégée ne peut alors être qu'exclusive. En revanche, lorsque le conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) prend contact avec la mère de naissance pour obtenir son autorisation ou son refus à la levée du secret, il n'y a à l'origine aucune initiative de la mère. L'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles dispose que le CNAOP communique l'identité de la mère de naissance « s'il n'y a pas de manifestation expresse de sa volonté de garder le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté », ou si l'un de ses membres a pu recueillir son « consentement exprès ». Dans l'hypothèse d'une mère de naissance majeure protégée, ces dispositions impliquent donc qu'elle soit en mesure de manifester sa volonté, et qu'elle soit en mesure de comprendre le sens et la portée de sa décision, autrement le « consentement exprès » ferait défaut. La première disposition est confuse : elle exige une absence de volonté expresse de garder le secret. Autrement dit, une absence de refus exprès de lever le secret. Dans l'hypothèse d'une mère de naissance majeure protégée qui n'est pas en mesure de manifester sa volonté, faudrait-il en déduire que l'absence de refus exprès de lever le secret conduirait à la révélation de son identité ? L'absence de volonté conduirait à la divulgation de son identité. Le législateur a ajouté à cette disposition l'exigence préalable d'une « vérification de sa volonté ». Cette formule est extrêmement vague. Mais il faut probablement y voir l'exigence de l'efficiace de la volonté.

¹⁴⁹⁴ Art. L. 222-6 al. 1 CASF.

¹⁴⁹⁵ Comp. jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020, pour l'enfant majeur en tutelle qui souhaitait accéder à la connaissance de ses origines, la demande devait être formulée par son tuteur, art. L. 147-2, 1°, CASF ancien. L'ordonnance a supprimé cette disposition, permettant l'application de l'article 458 du Code civil, faisant de la demande d'accès à la connaissance de ses origines, un acte strictement personnel.

¹⁴⁹⁶ Distinction opérée par monsieur le Professeur HAUSER, par opposition au « consentement-autorisation » ou passif, in J. HAUSER, « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! (Civ. 1^{re}, 4 juin 2007) », *RTD civ.* 2007.547.

C'est ici que réside la difficulté face à une mère majeure protégée : comment vérifier alors l'efficacité de sa volonté ?

391. Tentatives de remèdes. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, le CNAOP s'adressait au juge des tutelles sur le fondement de l'ancien article 501, devenu l'article 473 alinéa 2 du Code civil. Ce recours permettait ainsi de s'assurer de l'efficacité de la volonté de la mère de naissance majeure protégée pour prendre cette décision extrêmement et intimement personnelle, et de répondre à l'exigence posée par le législateur, qui semble constituer l'unique garde-fou de la préservation du secret lorsque la mère n'est pas en état de manifester un refus exprès à la levée du secret de son identité. Dans cette hypothèse, et en dépit de la formulation équivoque du législateur, l'identité ne doit pas pouvoir être révélée de son vivant¹⁴⁹⁷. En revanche, son identité sera révélée à son décès, faute pour elle d'avoir pu s'y opposer de son vivant¹⁴⁹⁸.

Pour certains auteurs, si « la saisine du juge des tutelles s'impose [...] lorsqu'il existe un doute sur l'étendue des facultés [de la majeure protégée] [...] permettant de s'assurer de la volonté du parent biologique », le recours à l'ancien article 501 devenue l'article 473 comme fondement de la saisine a pu être contesté¹⁴⁹⁹. Madame Clémence LACOUR propose ainsi de fonder la saisine du juge des tutelles- par ailleurs juge des contentieux de la protection- sur l'article 459 du code civil. Certes, ce dernier vise « les décisions » relatives à la personne du majeur protégé, et non uniquement les actes juridiques, contrairement à l'article 458. Faut-il comprendre que ce dernier ne concernerait que les actes juridiques strictement personnels et que, « hors ces cas », les décisions y compris strictement personnelles mais qui ne constituent pas des actes juridiques seraient intégrées à la catégorie générale des décisions personnelles de l'article 459 ? La décision d'accouchement anonyme intégrerait donc l'article 459. Celle-ci ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée, si la majeure protégée n'est pas en état de prendre seule cette décision de façon éclairée, la personne chargée de sa

¹⁴⁹⁷ Ce qui a pour effet d'imposer une fin de non-recevoir à la demande d'accès à ses origines de l'enfant.

¹⁴⁹⁸ Art. L. 147-6 CASF. Voir aussi la circulaire du 27 juillet 2010, Circ. DGP/SIAF/AACR/2010/011 qui rappelle que les père et mère de naissance ont la faculté de s'opposer à la levée du secret après leur décès, « ce qui déroge aux règles générales relatives à la communication des archives publiques, puisque les informations concernant ce secret et contenues dans le dossier d'un enfant adopté ou pupille de l'État ne sont pas communicables », F. GRANET-LAMBRECHTS, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, n°214.42, note 10.

¹⁴⁹⁹ C. LACOUR, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

protection, dûment autorisée par le juge des tutelles¹⁵⁰⁰ ou le conseil de famille, pourrait « prendre une décision » d'accouchement anonyme pour elle. Cette interprétation doit être rejetée avec vigueur, car à cause de l'ambiguïté de rédaction du législateur, elle aboutirait à autoriser une personne à décider de l'accouchement anonyme d'un tiers. Tellement intimes et propres à chaque mère, les décisions d'accouchement anonyme et de levée du secret sont par nature exclusivement personnelles.

Il reste que la mère de naissance, majeure protégée, si elle doit pouvoir décider seule de recourir à l'accouchement anonyme ou à la levée du secret, se trouve pourtant démunie de toute protection parce qu'elle se trouve face à un fait juridique, en dépit de la reconnaissance légale de la protection de la personne du majeur protégé.

392. Propositions d'interprétation. La qualification d'acte juridique permettrait à l'accouchement anonyme d'intégrer la catégorie des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil. En admettant le contrôle *a priori* de l'aptitude à manifester sa volonté au moyen de l'article 473, voire de l'article 471 pour la curatelle, la protection de la femme majeure serait mise en œuvre : soit elle est apte à manifester une volonté efficiente, et elle seule pourrait effectuer la demande d'accouchement anonyme ; la protection juridique permettrait alors d'assurer son autonomie exclusive. Soit elle ne l'est pas, et la demande sera impossible, la protection juridique assurera alors pleinement son rôle et sa finalité. Certes, l'anonymat ne serait plus effectif dans cette hypothèse, mais le secret le serait encore¹⁵⁰¹. Les différents rapports et propositions visant à modifier le régime de l'accouchement anonyme ces dernières années vont d'ailleurs en ce sens¹⁵⁰². Une autre solution consisterait à considérer que les actes

¹⁵⁰⁰ Juge des contentieux de la protection, depuis le 1^{er} janvier 2020.

¹⁵⁰¹ Sur le rôle distinct de ces deux notions dans l'accouchement anonyme, voir B. TRILLAT, « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 526. Voir également, F. DREIFUSS-NEITTER, « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER*, Presses universitaires de Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 107.

¹⁵⁰² B. BAREGES, Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, 12 novembre 2010, La documentation française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/114000057/index.shtml> ; M. LAMARCHE, « L'accouchement sous X : chronique d'une mort annoncée ? », *Dr. fam.* n°3, mars 2011, alerte 17 - A. GOUTTENOIRE et I. COPART, *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Rapport du groupe de travail Protection de l'enfance et adoption, site internet La documentation française, rubrique rapports publics, et *Dr. fam.* 2014, dossier 5 - I. THERY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport au ministère des Affaires sociales et de la Santé et au ministère chargé de la famille, 2014, *Dr. fam.* 2014, dossier 2. Sur ces rapports, voir le numéro 9 de septembre 2014 de la revue *Droit de la famille*, les dossiers 1 à 12, dont P. SALVAGE-GEREST, « Quel avenir pour les quarante propositions du Rapport Gouttenoire ? », *Dr. Fam.* 2014, dossier 6 ; E. DURAND, « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter

régis par l'article 458 regroupent en réalité, et à l'instar des décisions personnelles de l'article 459, l'ensemble des décisions qui revêtent une nature strictement personnelle et dont le consentement serait à ce titre du ressort exclusif du majeur protégé. L'accouchement anonyme et la levée du secret, dont la nature strictement personnelle est unanimement saluée, intégreraient le régime de l'article 458. La lettre de la loi s'oppose à cette solution, mais son esprit le permet.

En dehors de cette interprétation, et en l'absence d'intervention législative, force est de constater, avec Madame le Professeur Annick BATTEUR, que « si rien ne permet d'affirmer que la majeure protégée atteinte d'un lourd handicap ne peut accoucher sous X, et que tuteur et curateur n'ont pas à donner d'autorisation : nous sommes confrontés ici à une véritable lacune du droit »¹⁵⁰³.

2-Les effets de l'accouchement anonyme à l'égard des tiers

393. L'enfant. Le premier tiers à subir les effets d'un accouchement anonyme est l'enfant. L'effet premier est la naissance d'un enfant sans filiation. Celui-ci est recueilli par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance. Il est admis à titre provisoire en qualité de pupille de l'Etat. A l'issue d'un délai de deux mois¹⁵⁰⁴, l'enfant devient pupille de l'Etat à titre définitif, par arrêté du président du conseil départemental¹⁵⁰⁵. Il peut alors faire l'objet d'un placement en vue d'une adoption¹⁵⁰⁶. La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles¹⁵⁰⁷ accorde un droit d'accès de l'enfant à ses origines, qui reste cependant largement soumis à la volonté de la mère de naissance¹⁵⁰⁸. Il s'agit pour l'instant d'un droit d'accès de l'enfant, et non d'un

la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *Dr. fam.* 2014, dossier 7 ; I. THERY et A.-M. LEROYER, « Les suites du rapport « Filiation, origines, parentalité » », *Dr. fam.* 2014, dossier 3.

¹⁵⁰³ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz 2012, coll. Thèmes et commentaires, p.223, spéc. p.234.

¹⁵⁰⁴ Art. L. 224-6 CASF : six mois pour le père de naissance.

¹⁵⁰⁵ Art. L. 224-8 CASF.

¹⁵⁰⁶ Voir notamment C. NEIRINCK, « L'adoptabilité de l'enfant né sous X », *RDSS* 2005. 1018.

¹⁵⁰⁷ Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, JO 23 janvier 2002, p. 1519.

¹⁵⁰⁸ Voir J. RUBELLIN-DEVICHI, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron. 11 ; C. NEIRINCK, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002. 189, et « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3/6 ; M.-C. LE BOURSICOT, « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.* 2003. 86 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens », *AJ fam.* 2003. 95 ; B. MALLET-BRICOURT, « A propos

droit à connaître ses origines. La Cour européenne des droits de l'homme s'est jusqu'à présent refusée à condamner la France sur sa législation relative à l'accouchement anonyme¹⁵⁰⁹, notamment grâce à l'intervention de la loi du 22 janvier 2002 et la création du conseil national pour l'accès aux origines personnelles.

394. Père biologique. La volonté de la mère de naissance de refuser sa maternité emporte non seulement l'absence de filiation maternelle, mais également l'absence de filiation paternelle, faute pour le père de naissance d'identifier l'enfant ainsi mis au monde.

Lorsqu'il a effectué une reconnaissance prénatale, l'identification de l'enfant auquel elle se rapporte est essentielle. Celle-ci doit « impérativement être effectuée avant le placement de l'enfant [en vue de son adoption], faute de quoi la reconnaissance paternelle se verrait privée d'effet, le procureur doit immédiatement être alerté »¹⁵¹⁰, comme le permet l'article 62-1 du Code civil issu de la loi du 22 janvier 2002. La circulaire s'inspire directement de l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans l'affaire dite « Benjamin »¹⁵¹¹, au visa notamment de l'article 7-1 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990¹⁵¹². L'établissement de la filiation paternelle d'un enfant né « sous X » dépendra donc d'une « course de vitesse »¹⁵¹³ entre l'identification de l'enfant et son placement

de la loi du 22 janvier 2002, réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G* 2002. I. 119, p.485.

¹⁵⁰⁹ CEDH, 13 fév. 2003, Odièvre c/ France, req. n°42326/98 ; *RTD civ.* 2003. 375, obs. J.-P. MARGUENAUD ; 276, obs. J. HAUSER ; *D.* 2003. 739, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; *JCP G* 2003. II. 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et P. SUDRE - CEDH, 10 janv. 2008, Kearns c/ France, req. n°35991/04 ; *RTD civ.* 2008. 285, obs. J. HAUSER ; 252, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RJPF* fév. 2008, n°2868, obs. MARRAUD DES GROTTES ; *JCP G* 2008. I ; 167, obs. P. SUDRE ; *D.* 2008. Actu. 415, obs. GUIOMARD ; *AJ fam.* 2008, 78, obs. F. CHENEDE ; *RJPF* 2008-4/23, obs. T. GARE ; *Dr. fam.* 2008, étude 14, comm. A. GOUTTENOIRE. Voir également C. NEIRINCK, « Retour sur l'accouchement sous X validé par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS* 2008. 353.

¹⁵¹⁰ Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006, *B.O. Min. Just.*, n°103, 1^{re} partie, II. 2.1.1.b. La solution est identique pour l'homme marié, la présomption « pater is est » ne s'applique pas, faute d'identification de la femme qui accouche.

¹⁵¹¹ Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n°05-11.285 et 05-11.286, *JurisData* n°2006-033113 ; *Bull. Civ. I*, n°171 ; *D.* 2006 1707, note REVEL ; *LPA* 2006, n°140-141, 17, note J. MASSIP, et *LPA* 2007, n°91, note BOURGAULT-COUDEVYLLE ; *RJPF* 2006-6/23, note M.-C. LE BOURSICOT ; *Dr. fam.* 2006, comm. 124, note P. MURAT ; *AJ fam.* 2006, 249, obs. F. CHENEDE. Sur renvoi, REIMS, 12 déc. 2006, *D.* 2007. 879, chron. P. SALVAGE-GEREST ; *JCP G* 2006. I. 199, note J. RUBELLIN-DEVITCHI.

¹⁵¹² Selon lequel « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Les Etats parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride ».

¹⁵¹³ F. GRANET-LAMBRECHTS, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, n°212.75.

en vue de l'adoption.

395. Grands-parents. Les grands-parents subissent également les effets de la décision de la mère de naissance d'accoucher anonymement. Toutefois, depuis une décision du Conseil constitutionnel ayant déclaré l'alinéa 1^{er} de l'article L. 224-8 du CASF contraire à la Constitution¹⁵¹⁴, et plus précisément à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme garantissant le droit à un recours effectif, la loi du 26 juillet 2013 a modifié la procédure d'admission en qualité de pupille de l'Etat¹⁵¹⁵, et les dispositions de l'article L. 224-8¹⁵¹⁶. Les grands-parents qui ont « manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance » se voient désormais notifier l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'Etat, afin d'être en mesure de le contester. Leur qualité pour agir est déduite de la notification qui leur est faite, et désormais le délai très court¹⁵¹⁷ commence à courir à la date de celle-ci¹⁵¹⁸.

396. Bilan. La filiation de l'enfant du majeur protégé peut ainsi être remise en cause, par le majeur protégé lui-même, ou par des tiers dès lors qu'ils ont la qualité pour agir. Lorsque le majeur protégé est à l'initiative de la contestation, la nature intimement personnelle de l'action impose de faire appel uniquement à sa capacité naturelle. Si elle fait défaut, la remise en cause judiciaire pourra provenir de tiers ayant qualité pour agir. Mais lorsque le majeur protégé subit la contestation de la filiation de son enfant, la mesure de protection juridique doit s'interposer pour défendre le majeur protégé, conformément à sa finalité de protection. L'accouchement anonyme, plus qu'une remise en cause du lien de filiation, consiste en un refus *ab initio* de la filiation. Considéré comme un fait juridique, il ne permet aucune forme de protection de la femme majeure protégée en dépit de la gravité de ses effets juridiques. L'esprit de la réforme

¹⁵¹⁴ Cons. Const., 27 juillet 2012, n°2012-268 QPC : JurisData n°2012-019113 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 143, note C. NEIRINCK – Voir également Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, prononçant un arrêt de cassation pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et faisant suite à l'affaire dont était issue la question prioritaire de constitutionnalité : JurisData n°2013-006701 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 89, note C. NEIRINCK.

¹⁵¹⁵ Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat, JO n°0173, 27 juillet 2013.

¹⁵¹⁶ Voir notamment F. EUDIER, « Réforme de l'admission en qualité de pupille de l'État », *AJ fam.* 2013. 462 ; A.-M. LEROYER, « Les pupilles de l'État, la famille par le sang et l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2013. 898 ; C. NEIRINCK, « Notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ? », *Dr. fam.* 2013, comm. 137.

¹⁵¹⁷ Le délai est de trente jours à compter de la date de réception de la notification, art. L. 224-8, IV, CASF.

¹⁵¹⁸ Rapp. CA Angers, 26 janv. 2011, n°10/01339 : JurisData n°2011-000717 ; *Dr. fam.* 2011, Alerte 17, focus M. LAMARCHE ; *Dr. fam.* 2011, comm. 38, obs. C. NEIRINCK – et CA Metz, 22 janv. 2013, n°11/04085 : JurisData n°2013-004027 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 54, obs. C. NEIRINCK.

du 5 mars 2007 commande pourtant de rechercher des solutions qui permettraient de préserver l'autonomie de la mère de naissance, majeure protégée, dans cette prise de décision si intimement personnelle, tout en lui offrant une protection lorsqu'elle ne se trouve pas en état de manifester une volonté efficiente. Pour intégrer l'article 458 du Code civil, il serait alors nécessaire de considérer l'accouchement anonyme comme un acte juridique, ou de considérer que la disposition, contrairement à sa lettre, est ouverte à l'ensemble des décisions de nature strictement personnelle.

Conclusion du chapitre 2

397. Que l'action en justice vise à imposer la filiation de l'enfant du majeur protégé, ou qu'elle vise au contraire à la contester, le contentieux de la filiation de l'enfant du majeur protégé impose une attention particulière car il met en jeu des intérêts distincts, mais une vulnérabilité commune, celle de l'enfant et celle de la personne majeure protégée.

Les actions relatives à la filiation, si elles constituent « l'archétype de l'action extrapatrimoniale »¹⁵¹⁹, devront faire l'objet d'une double distinction : la première consistera à les distinguer, par leur nature strictement personnelle, des autres actions extrapatrimoniales. La seconde devrait consister à distinguer la demande à l'action de la défense à l'action. Car en effet, faire entrer l'action relative à la filiation dans le giron de l'article 458 sans distinguer l'action en demande de l'action en défense, emporterait l'impossibilité d'agir en défense à la place du majeur protégé dépourvu de capacité naturelle, ce qui aboutirait à une incapacité de jouissance des droits de défendre à une action en justice. C'est pourquoi, à la mise en œuvre d'une action strictement personnelle en demande, doit répondre la mise en œuvre d'une défense strictement protectrice de l'intérêt du majeur protégé.

Enfin, lorsque la filiation est refusée au moyen de l'accouchement anonyme, la finalité de protection de la mesure juridique dont bénéficie la mère de naissance doit commander de ne pas la laisser démunie face à ce fait juridique. Décision de nature infiniment personnelle, sa protection doit pouvoir être assurée en l'absence de capacité naturelle, au risque de subir une incapacité de jouissance. Ici, ainsi que le constatait le professeur HAUSER, c'est « la liberté qui opprime, et la loi qui libère »¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁹ T. FOSSIER, J-CI Civil, art. 488 à 414, fasc. 24, n°41, cité par L. TALARICO, *La personne du majeur protégé*, Thèse, Lyon III, 2008, n°347, p.156.

¹⁵²⁰ J. HAUSER, « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997. 98.

Conclusion du Titre I

398. L'établissement de la filiation de l'enfant du majeur protégé n'est pas fermé par la seule existence de la mesure de protection juridique. Il s'effectue le plus souvent de façon automatique pour la filiation maternelle, bien que la déclaration de naissance soit expressément régie par les dispositions de l'article 458 du Code civil. L'établissement de la filiation paternelle en revanche, est largement soumis à la manifestation de la volonté paternelle, particulièrement hors mariage. Ces manifestations de volonté tendant à établir le lien de filiation de l'enfant revêtent le caractère strictement personnel posé par l'article 458. Lorsque la volonté est défaillante, il n'est alors pas possible d'agir en représentation du majeur protégé, qui subit une incapacité de jouissance. Le lien de filiation de l'enfant pourra être recherché judiciairement, dans le but de l'établir ou de le contester. Les actions relatives à la filiation se parent de la nature strictement personnelle des actes visant à établir la filiation, à l'instar de celles et ceux relatifs à l'autorité parentale, prévus à l'article 458 ou consacrés par la jurisprudence. Cette nature se manifeste pour l'action en demande, car le majeur protégé en est l'initiateur. Elle s'efface en revanche dans la défense à l'action, qui ne laisse aucune place à la volonté du majeur protégé, qui ne fait que subir la tentative d'atteinte à ses intérêts. En matière de filiation, l'action en demande et l'action en défense doivent dès lors obéir à un régime distinct.

Le refus de la filiation est enfin porté à son paroxysme par l'accouchement anonyme. Réservé à la mère biologique¹⁵²¹, si la nature intimement personnelle de cette décision fait l'objet d'un large consensus, sa catégorie juridique est objet de débat. En effet, *de lege lata*, de son rattachement aux faits ou aux actes juridiques dépendra la mise en œuvre de sa protection ou au contraire son absence totale pour une mère majeure protégée. Dans cette hypothèse, « nous [serions] confrontés ici à une véritable lacune du droit »¹⁵²².

¹⁵²¹ L'homme ne peut « engendrer sous X », voir L. MAUGER-VIELPEAU, « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA* 2007, n°128, p. 3 – et F. MONEGER, « Pauvres pères », *Mélanges E. ALFANDARI*, Dalloz, 2000, p.147 et s.

¹⁵²² A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, coll. Thèmes et commentaires, p.234.

TITRE II

L'AUTORITÉ PARENTALE SUR L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

399. Rencontre de deux vulnérabilités. Lorsque l'enfant paraît, et sa filiation établie à l'égard de son ou ses deux parents, il doit être élevé et éduqué. Parce que c'est un être en devenir, encore vulnérable, il doit être protégé. Notre droit lui accorde pour cela une incapacité juridique, dite de protection. Celle-ci n'est que temporaire. Elle a vocation à être levée à sa majorité ou à son émancipation, date à laquelle l'enfant atteint en théorie l'âge « de raison », c'est-à-dire l'aptitude à manifester un discernement dont la qualité est classiquement exigée de tout sujet de droit en dehors d'une protection juridique, afin d'intervenir efficacement sur la scène juridique. Cette protection du droit est assurée par les protecteurs naturels de l'enfant, son ou ses parents à l'égard desquels le lien de filiation est établi. C'est à ce titre que leur est dévolue l'autorité parentale, ainsi qu'en dispose l'article 371-1 alinéa 2 du Code civil.

Mais le parent peut lui-même se trouver bénéficiaire d'une mesure de protection juridique, ou être appelé à l'être durant la minorité de l'enfant. La rencontre de ces deux vulnérabilités prises isolément en compte par notre droit, pose la question de leur articulation : comment un parent majeur protégé peut-il à son tour être titulaire de la protection de son enfant ?

C'est à travers l'étude de la dévolution de l'autorité parentale au parent majeur protégé (chapitre 1), puis de celle de la privation de cette autorité du majeur protégé parent (chapitre 2) que la réponse devra être apportée.

CHAPITRE 1^{ER}

LA DÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE AU PARENT MAJEUR PROTÉGÉ

400. Principe. L'autorité parentale est dévolue aux parents à l'égard desquels la filiation de l'enfant est légalement établie. La loi ne distingue pas selon que la capacité juridique du parent est atteinte ou pas. Le majeur protégé parent doit dès lors, en principe, conserver l'autorité parentale sur la personne de son enfant (Section I), afin d'en fonder l'exercice au quotidien (Section II). C'est en application du principe, dégagé dans un premier temps, que l'on en constatera les effets, dans un second temps.

SECTION I

LA CONSERVATION DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT

401. Annonce de plan. L'article 371-1 alinéa 2 du Code civil dispose que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant [...] ». Aucune condition de capacité juridique des parents ne semble exigée pour être titulaires de l'autorité parentale (§I). Il semble néanmoins indispensable de posséder une aptitude à manifester sa volonté afin d'être en mesure de l'exercer (§II).

§1- L'INDIFFÉRENCE DE L'INCAPACITÉ JURIDIQUE DU PARENT

402. Fondements. L'indifférence de l'incapacité juridique du parent sur la dévolution de l'autorité parentale repose sur un double fondement : le premier se situe dans la qualité de parent qui trouve son origine dans le lien de filiation de l'enfant (A). Le second se trouve dans la nature strictement personnelle de la vocation parentale du majeur protégé (B).

A-LE LIEN DE FILIATION À L'ORIGINE DE LA QUALITÉ DE PARENT

403. Annonce de plan. L'article 371-1 dispose que l'autorité parentale « appartient aux parents ». Le verbe n'est pas vide de sens, bien au contraire. Le droit ne fait ainsi que constater une dévolution naturelle (1), qu'il érige en un droit-fonction (2).

1-Le constat légal d'une dévolution naturelle

404. Lien de causalité. L'autorité parentale repose sur le lien de filiation de l'enfant : elle traduit l'idée selon laquelle l'auteur biologique -ou légal- de l'enfant doit l'élever et en prendre la responsabilité. Le procréateur doit ensuite devenir protecteur et formateur. L'article 371-1 du Code civil fait uniquement référence aux parents, entendus comme le pluriel du parent dont le lien juridique est établi avec l'enfant, c'est-à-dire à la parenté au sens étroit¹⁵²³. Cela signifie que l'autorité parentale *ab initio* ne peut appartenir à aucune autre personne : si le lien de filiation de l'enfant n'est établi qu'à l'égard de l'un de ses auteurs, l'autorité parentale n'appartiendra qu'à lui seul, le principe d'exercice en commun, ou de « coparentalité »¹⁵²⁴ ne pouvant exister en l'absence d'une double filiation. Ceci démontre d'ailleurs le caractère indissociable et corrélatif de la filiation et de l'autorité parentale : elle est « la conséquence juridique de ce lien étroit irremplaçable qui unit l'enfant à ses auteurs »¹⁵²⁵.

¹⁵²³ Cf *supra* §12.

¹⁵²⁴ Sur ce concept, voir notamment A. GOUTTENOIRE- CORNUT, « La consécration de la coparentalité par la L. du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002, n° 24 ; BRIERE, « La coparentalité : mythe ou réalité », *RDSS* 2002. 567-*Adde* le dossier consacré à la « coparentalité » dans *l'AJ fam.*, n°4/2009.

¹⁵²⁵ F. TERRE, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2018, n° 942, p. 1000.

Ainsi, dans la filiation biologique, le caractère tardif de l'établissement volontaire de la filiation de son enfant est sanctionné par la perte de la dévolution naturelle de l'autorité parentale : lorsqu'une des deux filiations sera établie tardivement au regard de l'autre, et de la naissance de l'enfant, l'autorité parentale n'« appartiendra » plus au second parent ainsi désigné. L'accord du parent « seul investi de l'exercice de l'autorité parentale » sera nécessaire au second parent pour se voir à son tour investi de l'exercice en commun, et à défaut une décision judiciaire devra intervenir¹⁵²⁶. La règle est logique : n'est-ce pas finalement le premier acte de l'autorité parentale que celui d'établir la filiation de son enfant à sa naissance ?

Par ailleurs, le verbe utilisé par l'article 371-1 est tout à fait révélateur. La définition du verbe appartenir selon le dictionnaire Larousse, est susceptible de plusieurs sens, dont le plus classique, qui est « être la propriété de quelqu'un », et qui se prête plutôt à un bien. Car en droit, nul n'est propriétaire d'un droit ou d'une liberté publique, mais le sujet en est titulaire. Dans ce sens, une autre définition du verbe appartenir trouve à s'appliquer à l'autorité parentale du parent : « être le propre de quelqu'un, lui revenir, relever de lui ». L'autorité parentale est le propre du parent, elle lui revient, et relève de lui seul¹⁵²⁷. Elle n'est que le prolongement de la filiation, qui confère à l'auteur de l'enfant la qualité juridique de parent : « on retrouve ici la traduction d'un lien de causalité entre procréation et éducation »¹⁵²⁸.

405. Indifférence de l'incapacité juridique. L'autorité parentale est indifférente à l'âge¹⁵²⁹ ou à la capacité juridique du parent dès lors que la filiation de l'enfant est établie : « Il ne peut donc y avoir d'incidence directe de la mise sous protection sur l'attribution de l'autorité parentale »¹⁵³⁰. Elle est inhérente à la parenté¹⁵³¹. Le droit des majeurs protégés l'affirme d'ailleurs lui-même depuis sa réforme de 2007¹⁵³². L'article 458 du Code civil déclare ainsi

¹⁵²⁶ Art. 372 C. civ.

¹⁵²⁷ L'autorité parentale pourrait se rapprocher d'un droit naturel : voir J. HAUSER, « Incapables et/ou protégés ? Sur le projet de réforme du droit des incapacités », *Informations sociales*, 2007/2 (n° 138), p. 6-19. URL : <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2007-2-page-6.htm>.

¹⁵²⁸ P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010, coll. Thèmes, commentaires et actes, p. 51.

¹⁵²⁹ CA Dijon, 4 juill. 2012, n° 12/00315 : selon cet arrêt, « l'article 371-1 du code civil n'impose pas de condition d'âge minimum pour qu'un père ou une mère exerce l'autorité parentale ; Qu'en conséquence, un parent mineur peut exercer l'autorité parentale sur son ou ses enfants, alors même que ce parent est encore mineur ».

¹⁵³⁰ F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, n°97, 15 mai 2014, p.6 s.

¹⁵³¹ Au sens strict, c'est-à-dire le lien juridique unissant l'enfant à ses auteurs.

¹⁵³² Voir les travaux préparatoires, très clairs sur l'incidence d'une mesure de protection sur l'autorité parentale du parent : « la protection d'un majeur n'a pas pour effet de le priver de son autorité parentale », la phrase est en caractère gras dans le rapport de M. H. DE RICHEMONT, *Réforme de la protection juridique des majeurs*, rapport n°212, Doc. Sénat 2007.

strictement personnels, et donc insusceptibles d'assistance ou de représentation, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant. Le majeur protégé jouit pour ces actes d'une autonomie exclusive, quel que soit son régime de protection¹⁵³³.

Mais la doctrine¹⁵³⁴ et la jurisprudence n'avaient pas attendu l'intervention du législateur pour constater cette « déconnexion nécessaire »¹⁵³⁵ entre mesure de protection juridique et autorité parentale. Avant comme après 2007, la jurisprudence affirme l'absence de perte automatique « des prérogatives liées à leurs droits d'autorité parentale quant à la personne de l'enfant du seul fait que [les parents] font l'objet l'un et l'autre d'une mesure de tutelle »¹⁵³⁶. Cette absence de corrélation, si elle vaut pour la tutelle¹⁵³⁷, vaut *a fortiori* pour la curatelle, simple ou renforcée¹⁵³⁸, et pour l'habilitation familiale selon l'étendue de l'habilitation¹⁵³⁹, bien que cette dernière ne soit pas une mesure de protection judiciaire¹⁵⁴⁰. La question ne se pose pas en principe pour la sauvegarde de justice, puisque le majeur bénéficiant de cette mesure conserve l'exercice de ses droits¹⁵⁴¹. Si toutefois le mandataire spécial se trouvait investi d'une mission de protection en matière personnelle, l'article 438 du Code civil lui impose le respect des articles 457-1 à 463 du Code civil, dont est issue l'article 458.

Cette vocation naturelle est dévolue de droit au parent, mais elle représente également une fonction, que le parent doit assurer auprès de son enfant.

¹⁵³³ Voir *infra* §409 la présomption de capacité naturelle.

¹⁵³⁴ V. déjà J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, Thèse, Bordeaux, 1998, La Baule, éd. La Mouette, coll. Notariat et doctorat, 2001, spéc. n°148-149 ; Voir ensuite par ex. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Lextenso éditions, Defrénois, 2009, n°527. Selon l'auteur, « il a toujours été admis et il convient toujours d'admettre que l'ouverture d'une tutelle ne prive pas le majeur protégé de ses prérogatives d'autorité parentale » ; Voir également N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE et F. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, Dalloz Référence, 4^{ème} éd., 2017/2018, n°213.33.

¹⁵³⁵ F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, n°97, 15 mai 2014, p.6 s.

¹⁵³⁶ TI Saint-Omer, 3 mai 1989 : *JCP N*, 1990, II, 89, note T. FOSSIER ; ou *JCP G*, 1990, II, 21514, s'agissant des deux parents en tutelle - CA Paris, 17 janv. 1991 : *Juris-Data* n°1991-020158, pour une mère en tutelle ; CA Bordeaux, 24 janv. 2005, n°11/04790 : *Juris-Data* n°2005-262640.

¹⁵³⁷ Pour un exemple d'exercice exclusif de l'autorité parentale d'un parent en tutelle, CA Rouen, 7 avril 2011, n°10/02343 : *JurisData* n°2011-007786.

¹⁵³⁸ CA Caen (Ch. Spéciale des mineurs), 2 fév. 2006, n°06/00007 : *D.* 2006. 2016, note G. RAOUL-CORMEIL - CA Grenoble, 17 juin 2008 : *JurisData* n°2008-004352 - CA Aix-en-Provence, 4 sept. 1998, n°95/21619 : *JurisData* n°043425 - CA Lyon, 18 juin 2013, RG n°12/05902 : *Dr. fam.* 2013/10, comm.144, obs. I. MARIA.

¹⁵³⁹ Art. 494-6 al. 3 C. civ.

¹⁵⁴⁰ Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017, n° 16-27.507 : *D.* 2018. 223, note D. NOGUERO ; *AJfam.* 2018. 125, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2018. 74, obs. D. MAZEAUD.

¹⁵⁴¹ Art. 435 C. civ.

2-La dévolution d'un droit-fonction

406. Contenu. Autrefois appelée « puissance paternelle », fondée essentiellement sur un rapport d'autorité au bénéfice du seul père, l'autorité parentale s'est transformée avec le développement des droits de l'enfant, et plus généralement des droits fondamentaux¹⁵⁴². Si le rapport d'autorité est encore ostensiblement affiché dans l'intitulé même de cette institution, elle repose aujourd'hui sur des droits accordés aux parents, auxquels répondent des devoirs, l'ensemble ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil la définit ainsi comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Elle appartient aux parents afin qu'ils puissent protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité », qu'ils « [assurent] son éducation » et qu'ils « [permettent] son développement, dans le respect dû à sa personne ». Les prérogatives juridiques ainsi octroyées aux parents le sont dans le but de leur permettre de remplir leur fonction : éduquer et protéger l'enfant pour permettre la construction d'un adulte en devenir. L'autorité parentale constitue un droit-fonction¹⁵⁴³ qui ne peut être dévolu qu'aux parents : « l'idée de fonction parentale est aujourd'hui l'âme de l'autorité parentale »¹⁵⁴⁴. C'est avant tout une fonction de protection et d'éducation de l'enfant¹⁵⁴⁵, par principe vulnérable, dont le parent est garant au regard de la société¹⁵⁴⁶. Cette mission dévolue aux parents est d'ordre public : elle est insusceptible de renonciation ou de cession, sauf exceptions résultant d'un jugement dans les cas déterminés par la loi¹⁵⁴⁷. Intégrée à l'état des personnes¹⁵⁴⁸, l'autorité parentale revêt encore un caractère indisponible, même si ce dernier est malmené¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴² Sur l'évolution de l'institution, voir notamment A. GOUTTENOIRE, Rép. Civ., Autorité parentale, spéc. n°12 et s. ; F. TERRE, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2018, n°937.

¹⁵⁴³ Selon la doctrine classique. Voir par ex. A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés*, Lextenso, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010, n°422 et 431 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, Lextenso éditions, Defrénois, 3^{ème} éd., 2008, p. 609 et s. ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2011, n°915 ; A. GOUTTENOIRE, « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », in J.-J. LEMOULAND et M. LUBY, *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, Actes, 2007, p.77.

¹⁵⁴⁴ P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010, coll. Thèmes, commentaires et actes, p.49 s., spéc. p.50.

¹⁵⁴⁵ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, op.cit., n°921-922.

¹⁵⁴⁶ Avec son corollaire, la responsabilité parentale, art.1242 al.4 C. civ.

¹⁵⁴⁷ Art. 376 et s. du C. civ.

¹⁵⁴⁸ F. TERRE, C. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2018, n°942.

¹⁵⁴⁹ Voir A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge », *RTD civ.* 2019, p. 9. Voir également V.

B-LA VOCATION PARENTALE DU MAJEUR PROTÉGÉ

407. Annonce de plan. Le majeur protégé a ainsi vocation, à l'instar de tout parent, à se voir conférer l'autorité parentale sur son enfant¹⁵⁵⁰ : « les parents étant les représentants naturels de leurs enfants, cette fonction leur revient de droit »¹⁵⁵¹. Si la capacité civile du parent est en effet indifférente à la dévolution de l'autorité parentale, le droit des majeurs protégés l'a pris en compte pour en permettre l'exercice. Il affirme en effet la nature strictement personnelle des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant (1), instaurant ainsi une présomption de capacité naturelle à leur égard (2).

1-La nature strictement personnelle de l'autorité parentale

408. Article 458 du Code civil. L'article 458 du Code civil déclare en effet strictement personnels « les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant ». Si le texte ne fait référence qu'aux actes de l'autorité parentale, donc à son exercice, il ne fait aucun doute que sa titularité est par essence strictement personnelle à la personne des parents. Elle est le propre de chacun d'eux, bien qu'elle porte sur l'enfant. Sa nature se déduit d'ailleurs aisément de la rédaction de l'article 371-1 du Code civil, en ce qu'il n'exige d'autre condition que celle d'avoir la qualité de parent pour constater que ce droit leur « appartient », et qu'il n'appartient à nul autre¹⁵⁵².

En revanche, l'article 458 n'affirme le caractère strictement personnel que pour une part de l'autorité parentale, celle relative à la personne de l'enfant. L'autre part, relative aux biens de l'enfant, en est ainsi expressément exclue¹⁵⁵³.

EGEA, « La liberté contractuelle renforcée par le recul de l'homologation judiciaire ? », *Constitutions* 2017. 97.

¹⁵⁵⁰ En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires et actes, 2012, p.237.

Sur la question de la distinction de l'exercice de l'autorité parentale par le majeur protégé sur la personne et sur les biens de l'enfant, cf *infra* Section II- L'exercice de l'autorité parentale par le parent majeur protégé.

¹⁵⁵¹ CA Dijon, 4 juill. 2012, n° 12/00315.

¹⁵⁵² Cf *supra*, §404 s. le constat légal d'une dévolution naturelle.

¹⁵⁵³ Cf *infra* §448 et s. les développements consacrés à l'administration légale de l'enfant du majeur protégé.

La nature strictement personnelle impose l'absence totale d'assistance ou de représentation du majeur protégé : « On ne peut que se réjouir de cette pétition de principe [...]. Mais le bonheur apporté par la lecture de l'article 458 n'est que de courte durée. Notre système de protection de l'enfant au travers de l'autorité parentale conduit nécessairement à compliquer les choses. Elever correctement un enfant est chose difficile, et l'on imagine volontiers que la tâche est très ardue, souvent irréalisable pour des personnes atteintes d'un trouble mental »¹⁵⁵⁴. Le législateur a pourtant choisi de faire relever du régime de l'article 458 les actes familiaux essentiels, ceux relatifs à l'enfant du majeur protégé. Il est en effet parti d'un postulat simple : la présomption de capacité naturelle du parent majeur protégé pour ces actes.

2-La présomption de capacité naturelle

409. Théorie de la capacité naturelle. Titulaire exclusif de l'autorité parentale sur le fondement des articles 371-1 et 458 combinés du Code civil, le majeur protégé parent en possède également l'entière capacité d'exercice pour les actes relevant de la personne de l'enfant. Le législateur présume ainsi la capacité naturelle du majeur protégé à l'accomplissement de ces actes. Il a pris en compte la protection juridique du parent, pour en extraire les droits d'autorité parentale sur la personne de l'enfant. La protection juridique mise en place au bénéfice du parent majeur s'arrête là où commence la sphère d'autonomie irréductible des actes strictement personnels : « l'article 458 vient ainsi consacrer la théorie de la capacité naturelle »¹⁵⁵⁵. Elle doit se traduire par l'aptitude de fait à manifester une volonté propre, mais aussi à l'exprimer avec un discernement suffisant¹⁵⁵⁶ : la capacité naturelle est « constituée des facultés intellectuelles du sujet »¹⁵⁵⁷. Or, « l'incapacité juridique des majeurs protégés trouve son siège dans leur incapacité naturelle »¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁴ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires et actes, 2012, p.237.

¹⁵⁵⁵ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012. 21 ; Th. FOSSIER, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. fam.* 2007, Etude 17.

¹⁵⁵⁶ Pour une étude approfondie de la capacité naturelle, F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, thèse, Bordeaux IV, 1999.

¹⁵⁵⁷ F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, op. cit.

¹⁵⁵⁸ J.-M. PLAZY, « La capacité d'exercice des majeurs protégés », *Collection Lamy droit civil, Lamy Droit des*

410. Confrontation avec les mesures de protection juridique. Considérer cette capacité naturelle au regard d'un parent majeur bénéficiant d'une mesure de protection juridique¹⁵⁵⁹, car il se trouve « dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté »¹⁵⁶⁰, semble contradictoire, voire incompatible. L'altération des facultés corporelles doit être telle qu'elle empêche l'expression de la volonté : « Cette condition est fondamentale en ce qu'elle suppose une personne se trouvant dans l'incapacité totale d'exprimer sa volonté et de communiquer avec l'extérieur »¹⁵⁶¹. Si cette condition est remplie, entraînant nécessairement une impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts, la mesure prononcée sera le plus souvent une tutelle¹⁵⁶². Une telle exigence « d'empêchement d'expression de la volonté » semble absente de la seconde hypothèse de l'article 425, la condition d'altération des facultés mentales. Il faut probablement en déduire, s'agissant de cette dernière, qu'elle porte en elle-même la marque d'une atteinte à l'efficacité de la volonté. L'altération des facultés mentales, quelle qu'en soit la cause, est inhérente à l'altération de la qualité de la volonté.

Mais cela n'implique pas pour autant que l'altération des facultés mentales empêchera systématiquement d'une part l'expression d'une volonté, et d'autre part que cette volonté ne sera pas suffisamment efficace pour accomplir certains actes. Tout est une question de degré, de curseur, conformément aux principes de nécessité et de proportionnalité : l'article 425 exige que l'altération des facultés mentales atteigne un certain degré de gravité, pour rendre impossible au majeur de pourvoir seul à ses intérêts¹⁵⁶³. Ensuite, la mesure de protection sera elle-même prononcée selon le degré de gravité de l'atteinte à la capacité de manifester une volonté suffisamment lucide : « Le critère est celui de l'incapacité naturelle : en mettant en place tel ou tel régime de protection, le juge tient compte de ce que la personne ne peut plus faire sur la scène juridique, l'incapacité juridique se voulant remède contre l'inaptitude du

personnes et de la famille, nov. 2005, Etude 241, n°241.15.

¹⁵⁵⁹ V. les études détaillées de J.-M. PLAZY, « La capacité de jouissance des majeurs protégés » et « La capacité d'exercice des majeurs protégés », *Collection Lamy droit civil, Lamy Droit des personnes et de la famille*, nov. 2005, Etudes 236 et 241.

¹⁵⁶⁰ Art. 425 C. civ, placé en tête de la section I « Des dispositions générales », du chapitre II « Des mesures de protection juridique », lequel inclut toutes les mesures de protection judiciaire, y compris la sauvegarde de justice, ainsi que les mesures de protection conventionnelle.

¹⁵⁶¹ A. BATTEUR, J.-Cl. Civil Code, Art. 415 à 432, Majeurs protégés, Fasc.10, n°140.

¹⁵⁶² A. BATTEUR, op. cit., n°142.

¹⁵⁶³ En ce sens, *ibid.*, n°138.

malade »¹⁵⁶⁴.

La sauvegarde de justice permet une protection temporaire et ne restreint pas en principe la capacité d'exercice¹⁵⁶⁵ ; la curatelle s'adresse au majeur remplissant les conditions de l'article 425 du Code civil, mais « sans être hors d'état d'agir elle-même »¹⁵⁶⁶ ; la tutelle s'adresse enfin au majeur qui « doit » être représenté de manière continue car il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni *a fortiori* la curatelle ne sont suffisantes pour assurer sa protection¹⁵⁶⁷. Cela semble donc supposer que le majeur en tutelle soit « hors d'état d'agir lui-même », car dans le cas contraire une mesure de curatelle serait suffisante en vertu du principe de proportionnalité.

Jusqu'à l'intervention de la loi du 23 mars 2019, une exigence quasi-identique conditionnait le prononcé d'une habilitation familiale : le majeur devait être « hors d'état de manifester sa volonté pour l'une des causes prévues à l'article 425 »¹⁵⁶⁸. Par conséquent, le majeur sous habilitation familiale était nécessairement « hors d'état d'agir lui-même ». Désormais, la condition est identique à celle de l'article 425 du Code civil, et l'habilitation n'est plus réservée à la représentation. Le mandat de protection future se borne seulement à mettre en œuvre une représentation, y compris éventuellement en matière personnelle¹⁵⁶⁹, par la constatation médicale « établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425 »¹⁵⁷⁰, ne lui permettant plus de pourvoir seul à ses intérêts¹⁵⁷¹.

Si la cause du placement sous protection juridique réside dans l'altération de ses facultés personnelles l'empêchant d'exprimer sa volonté ou en altérant ses qualités essentielles, comment peut-on présumer sa capacité naturelle à l'exprimer pour les actes strictement personnels, dont les actes de l'autorité parentale sur la personne d'un sujet de droit lui-même vulnérable ? Le domaine exclusif de la capacité naturelle dans le droit des majeurs protégés se situe dans les actes strictement personnels, ne supportant aucune assistance ou représentation. La contradiction majeure des articles 425 et 458, le premier pouvant présumer d'une incapacité naturelle tandis que le second présume l'inverse, conduirait donc à constater une incapacité générale de jouissance pour l'ensemble des droits strictement personnels tirés de l'article

¹⁵⁶⁴ J.-M. PLAZY, « La capacité d'exercice des majeurs protégés », *Collection Lamy droit civil, Lamy Droit des personnes et de la famille*, nov. 2005, Etude 241, n°241.17.

¹⁵⁶⁵ Art. 435 C. civ. V. toutefois l'art. 438 relatif aux pouvoirs du mandataire spécial en matière personnelle.

¹⁵⁶⁶ Art. 440 al. 1^{er} C. civ.

¹⁵⁶⁷ Art. 440 al. 3 et 4 C. civ.

¹⁵⁶⁸ Art. 494-1 al. 1^{er} C. civ.

¹⁵⁶⁹ Art. 479 C. civ.

¹⁵⁷⁰ Art. 481 C. civ.

¹⁵⁷¹ Exigence déjà présente à l'article 425, que reprend pourtant l'art. 477 al. 1^{er}.

458¹⁵⁷², valable en théorie et *a priori*, pour l'ensemble des mesures de protection juridique.

Mais tous les majeurs protégés ne sont pas atteints d'une altération de leurs facultés mentales ou corporelles telle qu'elle empêche l'expression suffisamment efficiente de leur volonté. A en croire les dispositions des articles 425 et 440 alinéa 1^{er} donc, le majeur en curatelle serait atteint d'une altération de ses facultés l'empêchant d'exprimer sa volonté ou en altérant ses qualités, mais il ne serait pas hors d'état d'agir lui-même. Cette situation laisse peu de place à la survivance d'une capacité naturelle résiduelle.

En revanche, la mesure de tutelle ou l'habilitation familiale¹⁵⁷³ n'en laisse théoriquement aucune : l'article 440 alinéa 3 du Code civil suppose le majeur protégé « hors d'état d'agir lui-même », et renvoie aux causes prévues par l'article 425 du même code pour l'ouverture d'une tutelle. Antérieurement à la loi du 23 mars 2019, l'article 494-1 prévoyait le bénéfice d'une habilitation familiale au profit du majeur « hors d'état de manifester sa volonté »¹⁵⁷⁴ à cause d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles...de nature à empêcher l'expression de sa volonté ! La loi du 23 mars 2019 a finalement remédié à l'incohérence des termes utilisés pour fonder la mise en œuvre d'une habilitation familiale¹⁵⁷⁵. Mais la question demeure pour la tutelle : Comment envisager qu'il persiste chez ces majeurs une part de capacité naturelle qui leur permettrait de décider seuls l'accomplissement des actes de l'article 458, dont ceux de l'autorité parentale sur la personne de leur enfant mineur ?

Ce n'est pas jouer ici sur les mots, que de tenter de déterminer quel parent majeur protégé, donc atteint par une altération de ses facultés personnelles, est susceptible en réalité d'exercer son autorité parentale. Car elle est fondée exclusivement sur la présomption de sa capacité naturelle à l'exercer, c'est-à-dire sur la présomption de son aptitude de fait à exprimer sa volonté propre et suffisamment lucide, alors que précisément l'atteinte à cette aptitude est la cause de son placement sous protection.

¹⁵⁷² « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi », art. 458 C. civ.

¹⁵⁷³ Si l'habilitation est générale, v. art. 494-6 C. civ.

¹⁵⁷⁴ Le majeur dans cette situation conserve néanmoins, selon l'article 494-8 al.1^{er} du Code civil, l'exercice de ses droits autres que ceux confiés à la personne habilitée !

¹⁵⁷⁵ Loi n°2019-222 du 23 mars 2019, art. 29 3°.

§II- LA NÉCESSITÉ D'UNE APTITUDE À MANIFESTER SA VOLONTÉ

411. Exigence du droit de la famille. Si le droit des majeurs protégés présume la capacité naturelle du majeur protégé parent à accomplir les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, et partant sa capacité d'exercice de principe en la matière, le droit de la famille intervient pour exiger de tout parent qu'il soit en état de manifester sa volonté pour les accomplir, exigeant une capacité d'exercice effective. En effet, aux termes de l'article 373 du Code civil, « est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause ». L'exercice de l'autorité parentale est ainsi subordonné à l'aptitude du parent à manifester une volonté propre (A), son absence produisant des effets majeurs (B).

A-LA SUBORDINATION DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE À L'APTITUDE D'UNE MANIFESTATION DE VOLONTÉ

412. Capacité de fait. Exercer les droits et les devoirs de l'autorité parentale suppose avant tout, et en premier lieu, d'être en capacité de les exercer. Pour cela, l'article 373 du Code civil impose que le parent ne soit pas « hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause ». L'incapacité visée ici n'est pas l'incapacité juridique, mais bien l'incapacité de fait¹⁵⁷⁶ (1). Cette capacité doit aussi s'apprécier au regard de la qualité de parent inhérente aux droits et devoirs que composent l'autorité parentale (2).

¹⁵⁷⁶ En ce sens, TI Saint-Omer, 3 mai 1989 : *JCP N*, 1990. II. 89, note Th. FOSSIER.

1-L'exigence d'une manifestation de volonté du parent majeur protégé

413. Qualités requises. Cette exigence, que le « Code civil ramène au consentement à l'acte »¹⁵⁷⁷, n'en est pourtant pas le synonyme : « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »¹⁵⁷⁸. Manifestation de la liberté, la volonté est « signe de puissance et d'autonomie »¹⁵⁷⁹. Elle doit pouvoir être extériorisée par le parent en la manifestant : les actes de l'autorité parentale ne pourront être accomplis et produire leurs effets qu'à la condition que le parent en ait « manifesté » la volonté¹⁵⁸⁰.

Enfin, cette volonté extériorisée est nécessaire, mais non suffisante. Elle doit revêtir certaines qualités pour être prise en compte valablement sur la scène juridique : « Produit achevé d'une réflexion, d'une délibération éclairée par l'intelligence, elle est fondamentalement rationnelle. Et c'est pourquoi les personnes qui sont privées ou dépourvues de discernement ou dont les facultés mentales sont temporairement obscurcies ne peuvent valablement agir juridiquement, encore qu'elles puissent vouloir »¹⁵⁸¹. La volonté exigée n'est pas n'importe quelle volonté : elle fait appel à l'intellect. Or s'il est altéré par une maladie ou un handicap, son degré d'altération doit nécessairement être limité pour produire une volonté juridiquement valable. L'intellect altéré doit ainsi toujours être en mesure de comprendre le sens, la valeur et la portée de la décision envisagée. Sans cette aptitude, force est de constater que le parent se trouve alors « hors d'état de manifester sa volonté », sans pour autant être inconscient.

¹⁵⁷⁷ C. BRENNER, Rép. Civ., V° Acte juridique, n°11.

¹⁵⁷⁸ Voir sur la distinction, M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573.

¹⁵⁷⁹ Ibid.

¹⁵⁸⁰ V. la définition de l'acte juridique, art. 1100-1 al. 1^{er} C. civ., issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

¹⁵⁸¹ C. BRENNER, Rép. Civ., V° Acte juridique, n°14.

2-Une exigence restrictive pour le majeur protégé parent

414. Capacité de fait et régime de protection. Si tous les majeurs protégés ne sont pas « hors d'état de manifester leur volonté »¹⁵⁸², il faut bien admettre qu'ils n'en ont pas tous l'aptitude¹⁵⁸³. Le régime de protection, s'il ne peut fonder l'incapacité à la manifestation de volonté, en constitue néanmoins un indice¹⁵⁸⁴. En effet, l'aptitude à manifester une volonté efficace a été soumise au double filtre de l'article 425 du Code civil, puis au choix de la mesure juridique de protection la plus adaptée¹⁵⁸⁵. Plus la mesure restreint la capacité d'exercice, plus l'atteinte à l'efficacité de la volonté doit être importante : « La capacité naturelle est un guide pour le choix d'un régime de protection »¹⁵⁸⁶.

Ainsi, la curatelle est propre au majeur qui peut encore agir lui-même, mais qui a besoin de l'assistance ou du contrôle d'un protecteur. La tutelle en revanche, suppose, à la lettre de l'article 440 du Code civil, que le majeur qui en bénéficie est « hors d'état d'agir lui-même », et doit à ce titre être représenté de façon continue dans les actes de la vie civile. Il en était de même pour le majeur sous habilitation familiale, lequel devait se trouver « hors d'état de manifester sa volonté »¹⁵⁸⁷. La loi du 23 mars a remédié à cette incohérence, et permet désormais également le prononcé d'une habilitation par assistance. De ce point de vue, la combinaison des dispositions du droit des majeurs protégés et du droit de l'autorité parentale semble exclure *de jure* les parents tutélaires, de l'exercice de l'autorité parentale. La jurisprudence a infirmé cette analyse¹⁵⁸⁸. En revanche, s'agissant de l'habilitation familiale, elle ne pouvait que prospérer antérieurement à l'intervention de la loi du 23 mars 2019 : la

¹⁵⁸² En ce sens, Th. FOSSIER, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ fam.* 2012, 257.

¹⁵⁸³ En ce sens, D. GUEVEL, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 04 novembre 2010, n°220, p.30, selon lequel « il est permis de douter qu'il soit fréquent qu'un majeur en tutelle ou en curatelle soit considéré comme ayant toute sa lucidité ou, du moins, une lucidité suffisante pour agir à titre personnel ».

¹⁵⁸⁴ Voir Thierry FOSSIER, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *op. cit.*, qui nuance fortement cette affirmation : « Il est donc évident qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre le fait de faire l'objet d'une mesure de protection entraînant une incapacité juridique et le fait d'être hors d'état de manifester sa volonté ».

¹⁵⁸⁵ Le mandat de protection future ne subit que le filtre de l'article 425 du Code civil, auquel il renvoie pour sa prise d'effet, art. 481. C. civ. Voir aussi art. 477 al. 1^{er} C. civ.

¹⁵⁸⁶ J.-M. PLAZY, « La capacité d'exercice des majeurs protégés », Collection Lamy droit civil, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, nov. 2005, Etude 241, n°241.15.

¹⁵⁸⁷ Art. 494-1 C. civ. Voir en ce sens A. BATTEUR, « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr. fam* 2016, n°11, dossier 45.

¹⁵⁸⁸ TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP N*, 1990. II. 89, note T. FOSSIER.

condition exigée pour la mise en œuvre de l'habilitation familiale était strictement identique à celle exigée pour la mise en œuvre de l'article 373, qui prévoit la privation de l'exercice de l'autorité parentale : le sujet doit se trouver « hors d'état de manifester sa volonté ».

Enfin, il convient de remarquer que l'article 373 du Code civil ne pose aucune exigence d'aptitude ou de « capacité » parentale entendue comme l'aptitude factuelle à s'occuper au quotidien d'un enfant, en lui apportant l'attention matérielle et immatérielle dont il a besoin, en lui transmettant des règles de vie. Il faut dire que tenter de définir la « capacité » parentale, tant sociologique que juridique, serait une gageure, tant le concept relève d'une certaine subjectivité et se trouve soumis autant à la temporalité qu'aux mœurs.

L'exigence unique posée à l'article 373 emporte des effets immédiats sur l'exercice de l'autorité parentale, lorsque les parents ne peuvent la satisfaire.

B-LES EFFETS DE L'ABSENCE DE MANIFESTATION DE VOLONTÉ

415. Annonce de plan. L'article 373 du Code civil dispose que le parent hors d'état de manifester sa volonté « est privé de l'exercice de l'autorité parentale ». L'absence de manifestation de volonté du parent emporte dès lors la privation de l'autorité parentale (1). Il s'agit ensuite de s'interroger sur l'automatisme de cette privation (2).

1-La perte de l'exercice de l'autorité parentale

416. Incapacité naturelle. La disposition de l'article 373 prévoit deux causes à l'impossibilité d'une manifestation de volonté du parent, l'incapacité ou l'absence, puis affirme finalement qu'il peut s'agir de « toute autre cause ». Il semble dès lors que les deux premières ne soient que des hypothèses, qui se rencontreront le plus souvent, mais qui ne sont pas les seules causes possibles rendant le parent hors d'état de manifester sa volonté¹⁵⁸⁹. Ces causes renvoient ainsi à l'incapacité naturelle du parent à manifester sa volonté¹⁵⁹⁰, et non à

¹⁵⁸⁹ T. FOSSIER, com. ss TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP* 1990. II. 21514.

¹⁵⁹⁰ En ce sens, voir par ex. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. fam.*

l'incapacité juridique, comme le terme aurait pu le laisser supposer, d'autant qu'il n'a pas été modifié malgré la réforme de la protection juridique des majeurs du 5 mars 2007 supprimant toute référence à l'« incapable majeur », pour lui substituer le terme de « majeur protégé ».

La jurisprudence avait d'ailleurs interprété cette cause de l'article 373 en ce sens, bien avant la réforme de 2007 consacrant la théorie de la capacité naturelle du majeur protégé. En 1989, le juge des tutelles du Tribunal d'instance de Saint-Omer a en effet affirmé que « l'article [373] du code civil ne vise que le cas de l'incapacité de fait d'exercer les droits et devoirs relatifs à la garde, l'éducation et l'entretien de l'enfant, et non la simple constatation de l'incapacité juridique résultant de la tutelle »¹⁵⁹¹. Dans le même sens, la Cour d'appel de Lyon a considéré dans un arrêt du 18 juin 2013, que « le placement sous mesure de protection ne saurait “de facto” priver le parent de l'exercice de l'autorité parentale, le texte de l'article 373 précisant que la privation de cet exercice suppose que ce parent, en raison de son incapacité, soit hors d'état de manifester sa volonté »¹⁵⁹².

Certaines décisions peuvent cependant soulever l'équivoque en estimant « qu'étant ici rappelé qu'il [le père majeur protégé] n'est pas hors d'état d'agir lui-même puisqu'il n'a pas été placé sous tutelle mais seulement sous curatelle », semblant signifier que si le père majeur protégé avait été placé sous tutelle, cela aurait signifié par là-même qu'il se trouvait hors d'état d'agir lui-même¹⁵⁹³. Ce raisonnement provient inévitablement de la contradiction démontrée précédemment des articles 425 et 440¹⁵⁹⁴ avec l'article 458 du Code civil, qui lui-même se trouve difficilement conciliable avec l'article 373...

Pour sa part, la doctrine affirme avec force la seule exigence de l'incapacité de fait comme cause d'inaptitude à manifester sa volonté pour le parent majeur protégé : « le critère d'incapacité de l'article 373 C. civ. est donc un critère purement factuel : il s'agit de l'incapacité

oct. 2012, étude 17, p.13.

¹⁵⁹¹ TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP N*, 1990. II. 89, note T. FOSSIER.

¹⁵⁹² CA Lyon, 2^e ch. A, 18 juin 2013, n°12/05902 : JurisData n°2013-013288 ; *Dr. fam.* n°10, oct. 2013, comm. 144, note I. MARIA.

¹⁵⁹³ CA Metz, ch. de la famille, 17 nov. 2015, n°14/02952 : JurisData n°2015-026963 ; *Dr. fam.* n°3, mars 2016, comm. 69, note I. MARIA. - Voir également CA Paris, pôle 3, 3^eme ch., 22 mars 2012, n°11/00531 : JurisData n°2012-005705 ; *Dr. fam.* n°6, juin 2012, comm. 107, note I. MARIA, où les juges du fond semblent considérer que le placement sous curatelle renforcée « subvertit » la fonction d'autorité parentale.

¹⁵⁹⁴ Et 494-1 C. civ. pour l'habilitation familiale.

de fait qui rend hors d'état de manifester sa volonté (par ex. un coma profond et prolongé, une démence sévère etc...). Il faut donc affirmer avec force qu'un parent faisant l'objet d'une mesure de protection juridique conserve en principe l'autorité parentale sur ses enfants »¹⁵⁹⁵.

2-L'automatisme de la perte de l'exercice de l'autorité parentale

417. Obscurité de l'article 373 du Code civil. Lorsqu'un parent, majeur protégé, se trouve hors d'état de manifester sa volonté, à cause de son incapacité naturelle, l'article 373 du Code civil trouve à s'appliquer. Le parent se trouve donc privé de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 373 écarte l'automatisme de son application par la seule constatation d'une mesure de protection juridique du parent¹⁵⁹⁶, conforté ici par l'article 458¹⁵⁹⁷, mais la question se pose de l'automatisme de la disposition en présence de l'incapacité naturelle du parent.

A la lecture du texte, la perte de l'autorité parentale est en théorie automatique¹⁵⁹⁸. Mais encore faut-il que l'incapacité naturelle à manifester sa volonté soit constatée par une décision judiciaire, afin de faire produire ses effets à l'article 373. Se pose alors la question de la compétence juridictionnelle pour sa mise en œuvre. La doctrine n'est pas unanime sur ce point¹⁵⁹⁹, mais il semble que le juge aux affaires familiales, par ailleurs juge des tutelles des mineurs, soit compétent en la matière. Il est en effet le garant de l'intérêt du mineur, comme le juge des tutelles des majeurs est le garant de l'intérêt du majeur protégé. Devant ces difficultés de mise en œuvre effective, un auteur a pu considérer que « l'article 373, de l'avis général, est inapplicable et inappliqué en pratique »¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁵ La dernière phrase est soulignée par l'auteur dans le texte. Th. VERHEYDE, « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ fam.* 2012. 257. - Adde J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Lextenso éditions, Defrénois, 2009, n°527, p.440.

¹⁵⁹⁶ J. MASSIP, op. cit. ; J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, La Baule, éd. La Mouette, coll. Doctorat et Notariat, 2001, n°148 ; et du même auteur, « Le droit à une vie familiale pour les incapables », in J.-J. LEMOULAND et M. LUBY (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p.46. ; N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE et F. ARBELLOT, *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz Référence, 2013/2014, n°88.61.

¹⁵⁹⁷ Cf infra 1-l'abstention involontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux.

¹⁵⁹⁸ P. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014, n°818.

¹⁵⁹⁹ V. Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles, Accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF, 4^{ème} éd., 2007, p.240, pour lesquels le juge des tutelles du parent majeur protégé « serait le mieux à même de prendre une telle décision » - P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.*, mars 2009, étude 17, pour qui « personne ne paraît avoir qualité pour requérir cette déclaration ou constatation, qui par ailleurs ne relève de la compétence d'aucune juridiction précise (...) ».

¹⁶⁰⁰ P. SALVAGE-GEREST, op. cit. Cf infra l'abstention involontaire dans l'exercice des droits et des devoirs

SECTION II

L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE PAR LE PARENT MAJEUR PROTÉGÉ

418. Distinction traditionnelle. Le Titre IX du Livre Ier du Code civil, consacré à l'autorité parentale, est divisé en deux chapitres, le premier intitulé « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant » (§I), et le second, « De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant » (§II). L'autorité parentale recouvre ainsi ces deux volets, traduisant la distinction traditionnelle des actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Bien que la frontière entre ces deux types d'actes soit perméable, ils seront étudiés distinctement, conformément à leur position dans le Code civil.

§I- L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT

419. Distinction des actes et actions extrapatrimoniaux. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant suppose, pour son exercice, l'accomplissement d'actes liés à la personnalité même de l'enfant (A). Ces actes apparaissent à l'article 458 du Code civil lorsque l'un ou les deux parents sont majeurs protégés. Mais ce volet de l'autorité parentale comprend aussi les actions en justice relatives à ces actes, qui permettent de faire valoir les droits qui y affèrent (B). Etroitement liés les uns aux autres, ils ne se confondent pourtant pas, particulièrement en présence d'un parent majeur protégé, ainsi que le confirme la liste de l'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil : les premiers figurent au sein de la liste, tandis que les secondes en sont absentes. Elles tendent pourtant, par l'intervention jurisprudentielle, à intégrer la sphère de l'article 458.

parentaux.

A-LES ACTES EXTRAPATRIMONIAUX DE L'AUTORITÉ PARENTALE

420. Annonce de plan. Les actes à caractère extrapatrimonial de l'autorité parentale peuvent se distinguer selon qu'ils affectent l'état de l'enfant (1), ou qu'ils permettent l'accomplissement des devoirs de protection et d'éducation tels qu'énoncés à l'article 371-1 du Code civil (2).

1-Les actes affectant l'état de l'enfant

421. Annonce de plan. Le premier acte de l'autorité parentale est celui de l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard, au cours duquel le parent procède également à l'établissement de l'identité de son enfant (a). A l'opposé de l'origine de son incapacité juridique, se trouve un acte qui le fait sortir de la minorité avant d'atteindre l'âge de dix-huit ans, lui donnant accès à la capacité juridique. L'émancipation suppose néanmoins le consentement parental (b).

a- L'identité de l'enfant

422. Nom de famille. L'identité de l'enfant repose en premier lieu sur la dévolution du nom de famille. Consacrant le lien l'unissant à sa famille, le nom est en principe immuable et indisponible. Notre droit offre tout de même une possibilité de choix aux parents, lorsque la double filiation de l'enfant est établie¹⁶⁰¹.

En présence d'une double filiation établie à la date de la déclaration de naissance, ou après la naissance mais simultanément, l'article 311-21 précise les règles gouvernant les choix offerts aux parents dans l'attribution du nom de leur enfant au moyen d'une déclaration conjointe¹⁶⁰². En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de

¹⁶⁰¹ Réforme initiée par la loi n°2002-304 du 4 mars 2002.

¹⁶⁰² Dans ce cas, selon l'article 311-21, les parents « choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ».

l'enfant, ce dernier prend le nom du parent à l'égard duquel sa filiation a été établie en premier lieu, mais il prend le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord, qui doit être déclaré à l'officier d'état civil au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après, lors de l'établissement simultané des filiations, l'enfant prend leurs deux premiers noms¹⁶⁰³, accolés dans l'ordre alphabétique.

Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des deux parents, le nom de famille de ce dernier est dévolu à l'enfant¹⁶⁰⁴. Si la seconde filiation est par la suite établie, les parents ont la possibilité d'effectuer une demande de changement de nom de l'enfant au moyen d'une déclaration conjointe devant l'officier d'état civil.

423. Annonce de plan. Cette faculté de choix offerte aux parents, initialement selon les dispositions de l'article 311-21 (α), ou postérieurement, suite à l'établissement du second lien de filiation selon l'article 311-23 du code civil (β), ne peut être exercée qu'une seule fois¹⁶⁰⁵. Lorsque le ou les parents sont majeurs protégés, il convient de leur appliquer ces dispositions, sans omettre le choix du ou des prénoms de l'enfant (γ).

α - La déclaration de choix du nom de famille

424. Acte strictement personnel. Le choix offert aux parents dans la dévolution du nom de famille de leur enfant implique une prise de décision, c'est-à-dire une manifestation de volonté.

L'alinéa 2 de l'article 458 du Code civil déclare strictement personnels la déclaration du choix ou du changement du nom de l'enfant, à côté des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant. Si en effet le choix de dévolution du nom de famille figure au sein du Titre VII du Code civil intitulé « De la filiation », il est également possible de considérer que cet acte relève aussi de l'autorité parentale : il s'agit du deuxième acte de l'autorité parentale après l'établissement de la filiation de l'enfant. De ce point de vue, le choix du nom de famille de son enfant est ainsi doublement inscrit dans la liste des actes strictement personnels¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰³ Dans l'hypothèse d'un double nom de famille de l'un ou des deux parents.

¹⁶⁰⁴ Art. 311-23 al. 1^{er} C. civ.

¹⁶⁰⁵ Art. 311-24 C. civ.

¹⁶⁰⁶ En ce sens, « sont par ailleurs, traditionnellement regardés comme des actes de l'autorité parentale les actions

Conformément à l'article 458 du Code civil, lorsque le majeur protégé parent est en mesure de manifester sa volonté, le choix ouvert à l'article 311-21 du même code ne peut émaner que de lui, en accord avec l'autre parent si le double lien de filiation est établi au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après, mais de façon simultanée.

425. Différence de régime entre les père et mère. L'établissement de la filiation maternelle s'effectue par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance¹⁶⁰⁷, selon les indications contenues dans la déclaration de naissance. L'article 311-25 édictant une « présomption d'accord tacite » à l'établissement de la filiation maternelle, celle-ci sera presque toujours établie lors de la déclaration de naissance, acte pourtant lui-même strictement personnel. Seule une manifestation de volonté contraire de la part de la mère peut faire échec à l'application de l'article 311-25 du Code civil¹⁶⁰⁸. Le père devra en revanche toujours manifester sa volonté d'établir la filiation de l'enfant à son égard, dès lors qu'il n'est pas marié, et il devra le faire « au plus tard au jour de la déclaration de naissance » au moyen d'une reconnaissance de paternité, pour prétendre à la déclaration conjointe de choix du nom de son enfant. Si le nom du père marié figure dans la déclaration de naissance, et partant, dans l'acte de naissance, la filiation paternelle sera établie par la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant* de l'article 312 du Code civil¹⁶⁰⁹. Le père marié, majeur protégé, pourra ainsi prétendre lui aussi à la déclaration conjointe de choix du nom de l'enfant.

426. Désaccord. En cas de désaccord, la loi du 17 mai 2013¹⁶¹⁰ a prévu la dévolution du nom de famille de chacun des parents, selon l'ordre alphabétique et dans la limite du premier de leur nom en cas de nom de famille composé. Mais ce désaccord suppose qu'il soit extériorisé et signalé à l'officier de l'état civil au plus tard le jour de la déclaration de naissance¹⁶¹¹. Il exige dès lors une manifestation de volonté du majeur protégé parent, qui doit être à l'initiative du

relatives au changement de nom », I. MARIA, « L'action en justice relative à l'exercice de l'autorité parentale : un acte strictement personnel », *Dr. fam.* 2014, n°1, comm. 9. – CE, 27 juill. 2005 : *Rec. CE* 2005, p. 346 ; D. 2005, inf. rap., p. 2244.

¹⁶⁰⁷ Art. 311-25 C. civ. Cf supra La déclaration de naissance.

¹⁶⁰⁸ Cf supra §295 et s. l'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi.

¹⁶⁰⁹ Cf supra §302 la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*.

¹⁶¹⁰ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO 18 mai 2013, p.8253, art. 11, modifiant l'article 311-21 C. civ.

¹⁶¹¹ Ou après la naissance, lors de l'établissement simultané des deux filiations, hypothèse rarissime au vu de l'article 311-25 du Code civil.

signalement s'il veut une prise en compte de son désaccord par la loi, et ce, dans le délai fixé par le texte¹⁶¹².

427. Inaptitude à manifester sa volonté. Enfin, lorsque l'un des parents ou les deux, dont la double filiation de l'enfant est établie dans les conditions de l'article 311-21 du Code civil, ne se trouve pas ou plus en mesure de manifester une volonté suffisamment lucide, la déclaration de choix du nom de famille est impossible. Celle-ci se déduit de l'application de l'article 458, mais aussi de l'application de l'article 311-21, lequel exige une déclaration conjointe¹⁶¹³, ce qui implique un double consentement. Le consentement de l'un des parents dans le silence de l'autre n'est pas suffisant, et aucune assistance ou représentation n'est admise.

Dans cette hypothèse, l'article 311-21 énonce qu'en l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil, l'enfant prend le nom de son père en cas d'établissement simultané des filiations. Dans le cas contraire, c'est le principe chronologique qui s'applique : le premier des parents à établir la filiation de l'enfant à son égard lui transmet son nom, ce que la doctrine a pu qualifier de « course au nom ». Si le père, majeur protégé, non marié ne se trouvait pas en état de manifester cette volonté-initiative avant la déclaration de naissance, l'enfant prendra le nom de sa mère, y compris dans le cas où elle-même ne se trouve pas en mesure de manifester une volonté suffisamment lucide, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance établissant le lien de filiation.

β)- La déclaration de changement de nom de famille

428. Rencontre des consentements parentaux. La déclaration de changement de nom suppose, quant à elle, que précisément le lien de filiation a été établi successivement à l'égard des deux parents. La « primo filiation » emporte dévolution du nom de famille. Sa modification sera soumise en premier lieu à la volonté du parent à l'égard duquel la « primo filiation » de l'enfant a été établie. Comme pour la déclaration de choix, la déclaration de changement de nom suppose la rencontre des deux consentements parentaux, mais aussi celui de l'enfant de

¹⁶¹² Sur la forme de ce signalement de désaccord à l'officier de l'état civil de son choix, voir la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, §4.2.1, et l'annexe 5 qui présente un modèle de déclaration de désaccord sur le nom (la circulaire précise qu'il s'agit d'un modèle purement indicatif).

¹⁶¹³ Laquelle peut être effectuée séparément, mais signifiant l'accord sur le nom choisi : V. circulaire du 29 mai 2013 préc.

plus de treize ans¹⁶¹⁴. Si l'un d'eux n'est pas en mesure d'émettre un consentement éclairé, la déclaration sera impossible, le changement de nom fondé sur l'article 311-23 le sera donc également. La question du refus ou de l'impossibilité de consentir du mineur de plus de treize ans se pose dans les mêmes conditions que pour celui des parents.

429. Empêchement grave. La loi du 18 novembre 2016 a introduit la possibilité pour un parent « d'être représenté par un fondé de procuration spéciale et authentique » en cas « d'empêchement grave »¹⁶¹⁵. Cette faculté offerte au parent est justifiée par la nécessité pour ce dernier de comparaître personnellement devant l'officier de l'état civil lors de la déclaration. La notion d'empêchement grave a été précisée par une circulaire du 26 juillet 2017, indiquant que « l'empêchement grave doit être apprécié de la même manière qu'en matière de célébration de mariage (cf. art. 75 C. civ.), [...] ce qui exclut tout motif lié à une simple indisponibilité. [...] Le parent empêché, c'est-à-dire hospitalisé, alité ou encore en détention, doit pouvoir accéder à la déclaration conjointe de changement de nom instituée par la loi »¹⁶¹⁶. Il s'agit donc uniquement d'un empêchement matériel, et non volitif.

La question de l'accès du parent, majeur protégé, à cette possibilité offerte par la loi peut néanmoins se poser s'il est en mesure de manifester sa volonté, mais qu'il n'est pas en mesure de se déplacer. L'article 458 du Code civil dispose que l'accomplissement de la déclaration de changement de nom de l'enfant « ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». Dans la représentation légale et/ou judiciaire que constituent les mesures de tutelle et d'habilitation familiale dans le cadre de l'habilitation générale par représentation, le représenté perd l'exercice de ses droits au profit de son représentant¹⁶¹⁷, sauf pour l'accomplissement des actes courants, et des actes strictement personnels¹⁶¹⁸. Tous les majeurs protégés conservent ainsi la capacité d'exercice dans l'accomplissement des actes strictement personnels qui demeurent hors de la représentation légale, celle-ci étant nécessaire au représenté dans la représentation conventionnelle pour qu'il puisse valablement donner

¹⁶¹⁴ Art. 311-23, al. 4 C. civ.

¹⁶¹⁵ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 57-II, JO 19 nov. 2016, rect. JO 8 avril 2017.

¹⁶¹⁶ Circulaire du 26 juillet 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, annexe 3-9.

¹⁶¹⁷ Art. 1159 al. 1^{er} C. civ.

¹⁶¹⁸ Th. FOSSIER, « Caractère exclusif des compétences du tuteur », (comm. ss. CA Montpellier, 26 juin 2007), *JCP N* 2007. 1311.

pouvoir au représentant d'effectuer l'acte à sa place¹⁶¹⁹. Mais l'article 458 a-t-il voulu exclure toute représentation¹⁶²⁰, y compris conventionnelle dans l'accomplissement des actes strictement personnels ? La réponse semble être positive puisque les dispositions relatives au mandat de protection future exceptent du mandat les actes strictement personnels en le soumettant aux articles 457-1 à 459-2 du Code civil¹⁶²¹. Aussi, il semble que l'article 458 ne distingue pas selon les types de représentations.

Toutefois, ce dernier réserve de son application « les dispositions particulières prévues par la loi ». Est-il possible de considérer que la dérogation au principe de comparution personnelle des parents devant l'officier de l'état civil lors de la déclaration de changement de nom de l'enfant, constitue une disposition particulière ? Ou bien entre-t-elle dans le dispositif général des règles de dévolution du nom de famille ? Il semble difficile de trancher, car les deux interprétations peuvent être soutenues. Dans la première, le majeur protégé parent, gravement empêché, aurait la faculté d'user de la dérogation légale lui permettant d'accomplir l'acte strictement personnel que lui réserve l'article 458. Le mandataire ne serait que le porte-parole du parent majeur protégé, ne suppléant pas l'absence de volonté, compétence du représentant légal ou judiciaire, mais au contraire portant sa volonté devant l'officier de l'état civil¹⁶²². Dans la seconde, cette faculté lui serait fermée, lui interdisant d'effectuer l'acte.

430. Comparaison avec la demande de changement de nom du majeur protégé. Si le changement de nom de famille de l'enfant constitue un acte strictement personnel pour le majeur protégé parent, la demande de changement de nom du majeur protégé lui-même ne figure pas dans la liste de l'article 458 : ce dernier prévoit en effet uniquement « la déclaration

¹⁶¹⁹ Art. 1159 al.2 C. civ.

¹⁶²⁰ Sur la notion de représentation, voir A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, Les cours du droit 1947-1948, p. 45, et *La représentation dans les actes juridiques*, 1949, Travaux assoc. H. Capitant, Dalloz, p. 110 s. ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, Bibl. dr. privé, t. 172, 1982, LGDJ ; N. DISSAUX, *La représentation : notion et régime*, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions, M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), 2015, Dalloz ; G. MADRAY, *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, thèse, Bordeaux, 1931, Sirey- Sur la consécration législative de la théorie générale de la représentation par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, voir par exemple Ph. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP* 2016. 580.

¹⁶²¹ Art. 479 al. 1^{er} C. civ.

¹⁶²² Selon Thierry FOSSIER, « Dans le système de la représentation parfaite qu'adopte le droit français au profit des majeurs en tutelle [...], l'autonomie de la volonté est reconstituée par la conjonction des intérêts du représenté et de la volonté saine du représentant », in « Caractère exclusif des compétences du tuteur », (comm. ss. CA Montpellier, 26 juin 2007), *JCP N* 2007. 1311.

du choix ou du changement du nom d'un enfant ». L'article 61 du Code civil est lui-même muet sur l'hypothèse d'une demande émanant d'un majeur protégé, contrairement à la demande de changement de prénom. Cette dernière, contenue à l'article 60 du Code civil, prévoit l'hypothèse du mineur et du majeur en tutelle, pour lesquels « la demande est remise par [leur] représentant légal »¹⁶²³.

Le choix de son nom de famille n'appartient pas au majeur protégé, puisque c'est un acte qui appartient à ses parents, eux-mêmes majeurs protégés ou non. En revanche, la question se pose pour la demande de changement de nom, lorsqu'elle résulte de l'établissement ou de la modification tardive du lien de filiation, son consentement étant alors exigé¹⁶²⁴. La réponse est apportée pour l'adoption du majeur protégé, qui emporte changement de nom de famille par adjonction du nom de l'adoptant à celui de l'adopté¹⁶²⁵. Le consentement à son adoption est expressément prévu à l'article 458 alinéa 2 du Code civil. Il en résulte que soit le majeur protégé est apte à consentir, et l'adoption pourra avoir lieu, le consentement au changement de nom qui en découle devra être émis par le majeur protégé lui-même. Soit ce dernier n'est pas apte à consentir à son adoption, rendant celle-ci impossible¹⁶²⁶, tout comme le changement de nom, la jurisprudence ayant décidé que « le nom de l'adopté majeur ne peut être modifié sans son consentement exprès »¹⁶²⁷. Il semble donc ressortir, au vu de la jurisprudence et à la lecture de l'article 61-3, que le consentement exprès du majeur est une exigence absolue au changement de nom, quel qu'en soit le fondement. Mais ce consentement ne figure pas dans la liste de l'article 458. Dès lors, on peut se demander si la demande de changement de nom fondée sur l'article 61 du Code civil ne peut émaner que du majeur protégé lui-même, sans assistance ou représentation, ou si elle peut être effectuée par son représentant légal, par analogie avec la demande de changement de prénom.

L'hésitation est permise : si l'on considère, ce qui ne fait que peu de doutes, que la demande de changement de nom ou celle de changement de prénom constituent des actes strictement personnels, qui ne peuvent donner lieu à assistance ou représentation, pourquoi prévoir la représentation du majeur en tutelle dans l'une, mais pas de l'autre ? Certes, l'article 458 réserve de son application les « dispositions particulières prévues par la loi ». Mais quelle justification

¹⁶²³ Cf *infra* §431 l'attribution du ou « des » prénom(s) de l'enfant.

¹⁶²⁴ Art. 61-3 al. 2 C. civ.

¹⁶²⁵ Art. 363 al. 1^{er} C. civ.

¹⁶²⁶ Civ. 1^{re}, 8 oct. 2008 : Bull. civ. I, n°223. Cf *supra*, L'adopté, majeur protégé.

¹⁶²⁷ Cass. Ass. Plén., 8 juillet 2010 : D. 2010. 1941, note J. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 757, obs. J. HAUSER.

avancer pour une telle différence de régime ? Monsieur RAOUL-CORMEIL avance qu' « il va de soi que la décision de changer de prénom est un acte strictement personnel, tout comme la décision de changer de nom (C. civ., art. 458) [indiqué par l'auteur]. Si la décision est personnelle, sa mise en œuvre incombe au tuteur »¹⁶²⁸. Le raisonnement est tout à fait convaincant, toutefois l'article 60 relatif à la demande de changement de prénom prévoit que l'exercice d'une voie de recours sera effectué par le représentant du majeur en tutelle. Or, il semble que la mise en œuvre des actes strictement personnels de l'article 458 ne soit pas disponible à la personne chargée de la mesure de protection. Le majeur protégé devant agir seul sous l'unique réserve de sa capacité naturelle à le faire. Le régime des actions strictement personnelles dégagées par la jurisprudence vient ainsi le confirmer. Aussi, si les deux demandes de changement de nom et prénom constituent des actes strictement personnels, comment justifier que l'une possède une procédure particulière permettant l'intervention du tuteur, et que l'autre en est totalement dépourvue ?

Ensuite, considérer la déclaration de choix ou de changement de nom de l'enfant comme un acte strictement personnel au majeur protégé, sans son équivalent pour lui-même, confinerait à l'incohérence. Si l'on se réfère à l'interprétation que fait la jurisprudence de l'article 61-3 du Code civil¹⁶²⁹, il semble que le consentement du majeur au changement de son nom de famille doit être personnellement manifesté. Lorsque le majeur protégé n'est pas apte à manifester une telle volonté, le changement de nom lui est-il fermé, ce qu'impliquerait l'article 458, ou est-il possible pour la personne chargée de la mesure de protection d'intervenir pour suppléer l'inaptitude de son protégé, ce que pourrait permettre l'article 60 pour le changement de prénom ? Il paraît raisonnable de considérer que la demande de changement de nom du majeur protégé constitue, à l'instar de la demande de changement de nom de son enfant, un acte strictement personnel relevant, à ce titre, du régime et des effets de l'article 458 du Code civil. Néanmoins, en l'état des textes et de la jurisprudence, rien ne permet de l'affirmer avec certitude.

¹⁶²⁸ G. RAOUL-CORMEIL, « Le majeur protégé saisi par la loi J21 », *Rev L'essentiel Dr. fam et pers.* 2016, n°11, p.3.

¹⁶²⁹ Cass. Ass. Plén., 8 juillet 2010 : *D.* 2010. 1941, note J. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 757, obs. J. HAUSER.

γ)- Le prénom

431. Attribution. Selon l'article 57 du Code civil, les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère¹⁶³⁰. Si l'un d'eux n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autre parent indiquera les prénoms dans la déclaration de naissance. La loi est muette sur le désaccord des parents dans le choix du ou des prénoms de l'enfant. Contrairement à la déclaration de choix ou de changement de nom de l'enfant, l'attribution des prénoms à l'enfant ne fait pas partie, à l'heure actuelle, de la liste des actes strictement personnels de l'article 458 du Code civil, tout comme la demande de changement de prénom du majeur protégé lui-même. Il semble toutefois possible de considérer qu'ils entrent dans la catégorie des actes de l'article 458 : le premier au titre des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, le second en tant qu'attribut essentiel de l'identité de la personne.

432. Changement de prénom. Cette interprétation appelle toutefois deux remarques. La première est relative à la procédure de changement de prénom instaurée par la loi du 18 novembre 2016, qui déjudiciarise la procédure par un transfert de compétence en la matière, du juge aux affaires familiales à l'officier de l'état civil¹⁶³¹. L'article 60 du Code civil prévoit désormais un mécanisme de représentation du mineur et du majeur en tutelle, par leur représentant légal. Ainsi qu'il a été souligné précédemment, un tel mécanisme de représentation est totalement absent de la procédure de changement de nom, pourtant lui aussi appartenant à

¹⁶³⁰ Sur le choix du prénom, voir F. LAROCHE-GISSEROT, « Choix du prénom », *AJ fam.* 2012. 306 - et plus généralement, les deux dossiers de *l'AJ fam.* consacrés au « Nom-prénom ». Le premier, dans son n° 6/2012, constitué des contributions suivantes : Xavier LABBÉE, « Prénom et identité du Français », p. 310 ; Isabelle CORPART, « Changement de prénom », p. 311 ; Luc BRIAND, « Appréciation par les juridictions de l'intérêt légitime à la modification du prénom », p. 316 ; « Changement de prénom : paroles de juge », propos d'Anne BERARD, p. 320 ; « Changement de prénom : avis du parquet », entretien avec Anne Bouchet-Genton, p. 324 ; Isabelle COPÉ-BESSIS et Anne KARILA-DANZIGER, « Changement de prénom : moments saisis, moments choisis », p. 325 ; Formule : Requête à fin de changement de prénom, p. 329 ; Formule : Consentement du mineur de 13 ans à son changement de prénom, p. 330 ; Corinne DOUBLEIN, « Nom de famille : tableau de synthèse », p. 330 ; « Trois questions à François Ancel », p. 336 ; Xavier LABBÉE, « La double vie d'Angela Sauer », p. 338. Le second, à l'intitulé identique, dans son numéro 07-08/2017, constitué des contributions suivantes : « Changement de prénom et contestation judiciaire », par I. COPÉ-BESSIS et A. KARILA-DANZIGER, p. 382 ; Extraits de la circulaire du 17 février 2017, p. 384 ; « Modèle d'assignation du ministère public devant le JAF », par I. COPÉ-BESSIS et A. KARILA-DANZIGER, p. 386 ; « Les prénoms changent, les lois aussi... », par P. AUFIÈRE, p. 388 ; « Etat civil : demande de changement de sexe et/ou de prénom », par P. AUFIÈRE et E. SCHELLINO, p. 389 ; « Nom de famille : tableau de synthèse », par C. DOUBLEIN, p. 392 ; « Le nom de la mère : toujours au second rang », par A. DIONISI-PEYRUSSE, p. 400.

¹⁶³¹ Sur ce transfert de compétence, M. LAMARCHE, « Changement de prénom... Après la circulaire, le décret », *Dr. fam.* n°5, mai 2017, alerte 34. Voir aussi la Circulaire du 26 juillet 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

la sphère des actes strictement personnels, bien que l'acte relatif au nom du majeur protégé n'y figure pas expressément.

Par ailleurs, seul le majeur en tutelle est concerné¹⁶³². La circulaire du 17 février 2017 précise en effet que « les demandes de changement de prénom effectuées par un majeur placé sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou à l'égard duquel une habilitation familiale a été délivrée peuvent valablement l'être par le seul majeur »¹⁶³³. Pour le majeur en tutelle, la circulaire déclare que « le tuteur est le représentant légal du majeur sous tutelle. Toutefois la demande de changement de prénom constitue un acte personnel auquel le majeur sous tutelle doit consentir personnellement. La présence du tuteur est requise pour formaliser la demande correspondante ». Faut-il y voir un acte personnel, simplement personnel, ou strictement personnel soumis à un régime particulier, donc dérogatoire à l'article 458 du Code civil ? La circulaire précise que, « en toute hypothèse, il est rappelé que l'officier de l'état civil devra s'attacher à vérifier que la demande de changement de prénom correspond à la formalisation par le tuteur d'une décision personnelle du majeur sous tutelle, le principe du respect de la volonté du majeur protégé étant l'un des principes cardinaux gouvernant les mesures de protection juridique ». Cela semble -maladroitement- indiquer qu'il s'agit d'un acte strictement personnel, soumis à un régime particulier, mais seulement pour le majeur en tutelle. Le tuteur n'interviendrait que pour « formaliser la demande ». Les autres majeurs sous protection « peuvent » agir seuls valablement. Or si c'est un acte strictement personnel, elles « doivent » agir seules.

La seconde remarque est relative à la mise en œuvre de la procédure de changement de prénom en présence d'un majeur protégé parent. Si ce dernier se trouve en tutelle, et a conservé l'autorité parentale sur son enfant, selon l'article 60 du Code civil, il agira valablement en tant que représentant légal de son enfant¹⁶³⁴, tandis qu'il ne pourra faire cet acte pour lui-même ! Dans le même sens, il pourra seul saisir le juge aux affaires familiales¹⁶³⁵, procédure

¹⁶³² La personne sous habilitation familiale, si elle est générale, en est exclue, ainsi que le constate et le regrette M. Gille RAOUL-CORMEIL, « Le majeur protégé saisi par la loi J21 », *Rev. L'essentiel Dr. fam et pers.* 2016, n°11, p.3.

¹⁶³³ Circulaire n° JUSC1701863C du 17 février 2017, de présentation de l'article 56, I de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁶³⁴ Selon la circulaire, la demande de changement de prénom n'étant pas un acte usuel, elle doit être effectuée par les deux parents en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale.

¹⁶³⁵ La représentation par avocat est obligatoire, art. 751 CPC, voir Circulaire du 10 mai 2017, de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi no 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à

contentieuse, en cas d'opposition du procureur de la République au changement demandé pour le compte de son enfant¹⁶³⁶. En revanche, à titre personnel, c'est son tuteur qui le représentera dans cette hypothèse.

Enfin, il est remarquable de constater que le modèle de demande de changement de prénom pour un majeur en tutelle, ne se réfère à aucun moment au consentement de ce dernier. Seul le tuteur demande à ce que le majeur en tutelle « se prénomme désormais, selon l'ordre » des prénoms qu'il indique, et pour les motifs qu'il indique, puis seule sa signature est requise¹⁶³⁷. A titre de comparaison, le mineur de plus de treize ans doit consentir par écrit et signer personnellement le formulaire *ad hoc*, exigé avec la demande de changement de prénom¹⁶³⁸.

433. Bilan. L'étude des actes relatifs à l'identité de l'enfant révèle ainsi un contresens, dans lequel le majeur protégé parent se voit accorder le pouvoir de faire seul ces actes au titre de l'autorité parentale qu'il exerce sur la personne de son enfant, alors que ces actes lui sont parfois interdits pour lui-même. Une réécriture de l'article 60 du Code civil semble nécessaire, et l'article 458 devrait préciser, à côté de la déclaration de changement de nom d'un enfant, que celle relative à son propre nom constitue également un acte strictement personnel au majeur protégé, à l'image de la précision pour le consentement à l'adoption.

b- L'émancipation

434. Consentement des titulaires de l'autorité parentale. L'accès à la capacité juridique de l'enfant, avant la majorité fixée à dix-huit ans, nécessite toujours le consentement parental : l'émancipation légale, par le mariage, suppose l'autorisation du procureur de la République¹⁶³⁹, mais aussi celle des parents¹⁶⁴⁰. L'émancipation judiciaire, par le juge des tutelles des mineurs, doit être demandée par le ou les parents à partir des seize ans révolus du mineur¹⁶⁴¹. Dans

l'état civil.

¹⁶³⁶ Selon la circulaire du 17 février 2017, « il s'agira d'une procédure contentieuse, engagée à la suite de la saisine du juge aux affaires familiales par le demandeur ou son représentant légal (les règles relatives à la détermination de la qualité de représentant légal d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle restant identiques à celles évoqués aux paragraphes 1.1, 1.2.4 et 1.2.5) », c'est-à-dire à celles que nous avons évoquées. Cf infra les actions relatives à l'autorité parentale.

¹⁶³⁷ Ibid., Annexe 5.

¹⁶³⁸ Ibid., Annexe 7.

¹⁶³⁹ Art. 145 C. civ.

¹⁶⁴⁰ Art. 184 et s. C. civ.

¹⁶⁴¹ Art. 413-2 et s. C. civ.

l'émancipation légale, le consentement donné par les parents est en réalité le consentement au mariage, lequel aura pour effet d'émanciper le mineur. Dans l'émancipation judiciaire, la demande est présentée par au moins un parent.

Trois prérogatives essentielles sont tirées de la titularité même de l'autorité parentale, indépendamment de son exercice : le droit de consentir à l'adoption, au mariage de l'enfant mineur, et à son émancipation. Aussi, le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve en principe ces prérogatives. Lorsque le ou les parents sont majeurs protégés, ces prérogatives essentielles relèvent de l'article 458 du Code civil, en ce qu'ils constituent des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant. Ils doivent donc consentir personnellement au mariage ou à l'émancipation de leur enfant mineur, qu'ils exercent ou non l'autorité parentale, dès lors qu'ils en sont titulaires.

435. Incapacité naturelle. Si l'un d'eux n'est pas en mesure de consentir à l'acte, l'autre parent pourra seul le faire¹⁶⁴². Les dispositions permettant de remédier à l'inaptitude d'un parent exigent une incapacité de fait à manifester sa volonté, visant le parent « dans l'impossibilité de manifester sa volonté »¹⁶⁴³. Si les deux parents se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement au mariage sera donné par les aïeuls ou aïeules, et à défaut, par le conseil de famille après ouverture d'une tutelle¹⁶⁴⁴. La demande d'émancipation devra être effectuée par ce dernier également. Il en est de même pour le consentement à l'adoption¹⁶⁴⁵.

L'incapacité naturelle des parents majeurs protégés, lorsqu'elle est constatée, doit ainsi conduire à aménager l'exercice de l'autorité parentale, voire à les en priver, au moyen du droit de la protection de l'enfance. Ainsi, seul un retrait total de celle-ci peut exclure les prérogatives fondamentales liées à la titularité de l'autorité parentale, y compris celui de consentir à l'adoption¹⁶⁴⁶. En cas de retrait partiel, le juge doit préciser les droits concernés¹⁶⁴⁷, mais selon certains auteurs, les parents conservent les prérogatives « exceptionnelles » de l'autorité parentale¹⁶⁴⁸. Lorsqu'une mesure de délégation totale de l'autorité parentale est prononcée, elle

¹⁶⁴² Art. 149 al. 1^{er} C. civ. pour le consentement parental au mariage du mineur ; Art. Art. 413-2 al. 3 C. civ. pour la demande d'émancipation ; Art. 348 al. 2 C. civ. pour le consentement à l'adoption qu'elle soit plénière ou simple, par renvoi de l'article 361 C. Civ.

¹⁶⁴³ Ibid.

¹⁶⁴⁴ Art. 150 et s. C. civ.

¹⁶⁴⁵ Art. 348-2 C. civ.

¹⁶⁴⁶ Art. 379 C. civ.

¹⁶⁴⁷ Art. 379-1 C. civ.

¹⁶⁴⁸ A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014, n°863.

emporte le droit de demander l'émancipation¹⁶⁴⁹. En cas de délégation partielle, le juge aux affaires familiales devra préciser les droits dont l'exercice est délégué¹⁶⁵⁰. Enfin, lorsque des mesures d'assistance éducative sont décidées par le juge des enfants, les parents « ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants »¹⁶⁵¹.

L'émancipation met fin à l'autorité parentale. Le consentement parental qu'elle requiert constitue à ce titre un consentement strictement personnel appartenant au parent majeur protégé. Toutefois, en cas d'incapacité naturelle de ce dernier, le droit doit pouvoir y remédier pour éviter qu'elle n'imprègne la capacité juridique que le mineur tente d'obtenir : l'un tente d'y accéder car il en possède la capacité naturelle, tandis que l'autre est dépourvu de capacité juridique, parce qu'il ne possède pas de capacité naturelle.

Outre les actes relatifs à l'état de la personne de l'enfant, qui se réalisent dans l'instant, le majeur protégé parent exerçant l'autorité parentale se trouve investi des droits et devoirs de protection et d'éducation de son enfant, qui s'exercent au quotidien.

2-L'accomplissement des droits et des devoirs de protection et d'éducation

436. Distinction. Proches et souvent interdépendants, les devoirs de protection et d'éducation ne sont pourtant pas identiques. Les premiers renvoient à la nécessité d'assurer la préservation de la personne de l'enfant (a), les seconds répondent à la nécessité de formation et d'instruction de la personne de l'enfant (b).

a- Les devoirs de protection

437. Contenu. Aux termes de l'article 371-1 du Code civil, les devoirs ainsi dévolus aux parents doivent permettre d'assurer la protection du mineur dans sa santé (α), mais également dans sa moralité et sa sécurité (β).

¹⁶⁴⁹ Et également celui de consentir au mariage, mais pas celui de consentir à l'adoption, lequel n'est jamais délégué (art. 377-3). V. I. CORPART, Rép. Civ., V° Emancipation, n°40. Dans le même sens, A. GOUTTENOIRE, Rép. Civ., V° Autorité parentale, n°382 ; A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, op. cit., n°839.

¹⁶⁵⁰ Art. 377-1 C. civ.

¹⁶⁵¹ Art. 375-7 al. 1^{er} C. civ.

α)- La protection de la santé du mineur

438. Actes médicaux usuels. Les décisions relatives à la santé de l'enfant relèvent par principe des parents, lorsqu'ils exercent ensemble l'autorité parentale¹⁶⁵². Lorsqu'il s'agit d'actes médicaux usuels, une présomption d'accord permet à l'un d'eux de consentir valablement¹⁶⁵³. La difficulté tient à la détermination de ces actes : « En font incontestablement partie les soins obligatoires comme certaines vaccinations, les soins courants (blessures superficielles, infections bénignes, soins dentaires de routine), les soins habituels chez l'enfant (traitement des maladies infantiles ordinaires) ou chez tel enfant particulier (poursuite d'un traitement ou soins d'une maladie récurrente, fut-elle grave) »¹⁶⁵⁴. Le parent, majeur protégé, peut donc consentir seul à un acte médical dit usuel sur la personne de son enfant. En dehors de ces actes, le consentement des deux parents exerçant l'autorité parentale est exigé. Si un seul exerce l'autorité parentale, lui seul prendra ces décisions.

439. Consentement à un acte médical. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique précise en effet que les droits des mineurs relatifs à l'information médicale, sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale. Les mineurs ont néanmoins le droit de recevoir une information, et de participer à la décision les concernant, d'une manière adaptée à leur degré de maturité¹⁶⁵⁵. Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 11 mars 2020, le régime de l'information médicale du majeur sous tutelle figurait au sein de la même disposition : ses droits étaient exercés par le tuteur, mais il possédait le droit de recevoir une information et de participer à la décision le concernant, d'une manière adaptée à ses facultés de discernement¹⁶⁵⁶. Il en allait de même de la disposition relative au consentement à l'acte médical. L'article L. 1111-4 alinéa 7 disposait que « le consentement du mineur ou du majeur en tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ». Autrement dit, le parent, majeur en tutelle¹⁶⁵⁷, exerçant l'autorité parentale¹⁶⁵⁸, pouvait recevoir l'information et prendre seul la décision d'un acte médical pratiqué sur son enfant mineur, sauf urgence ou refus

¹⁶⁵² Art. L. 1111-2 CSP.

¹⁶⁵³ Art. 372-2 C. civ.

¹⁶⁵⁴ A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2ème éd., 2014, n°700.

¹⁶⁵⁵ V. également art. 371-1 al. 3 C. civ.

¹⁶⁵⁶ Sur notre analyse de la disposition antérieure à l'ordonnance, v. *supra* §134.

¹⁶⁵⁷ Ainsi que les personnes sous habilitation générale avec représentation, et sous mandat de protection future lorsque le mandat l'a prévu (art. 479 al. 2 C. civ.)

¹⁶⁵⁸ Cf *supra* §401 s.

risquant d'entraîner des conséquences graves pour sa santé¹⁶⁵⁹, alors qu'il ne pouvait le faire pour lui-même !

L'ordonnance du 11 mars 2020 relative au régime de décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique¹⁶⁶⁰, a distingué le régime applicable au mineur de celui applicable au majeur protégé bénéficiant d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne. Si elle a manqué l'occasion de distinguer la titularité de l'exercice de l'autorité parentale, les modifications apportées ont au moins le mérite de permettre au majeur protégé d'exercer le droit de recevoir l'information et de consentir à un acte médical, aussi bien pour lui-même que pour son enfant. Le régime de l'information médicale du mineur, et la recherche systématique de son consentement s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, n'ont pas subi de modifications. Enfin, certains actes médicaux échappent au consentement parental, ménageant une autonomie décisionnelle au mineur¹⁶⁶¹, ou au contraire les excluant du champ de la minorité¹⁶⁶².

440. Distinction de la titularité et de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, il convient de remarquer que les articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du Code de la santé publique font encore référence « aux titulaires de l'autorité parentale ». Or, un parent ayant perdu l'exercice de l'autorité parentale peut en conserver la titularité. Le Code de la santé publique semble opérer une confusion entre les deux : seul celui des parents qui exerce les droits d'autorité parentale peut valablement consentir à l'acte. L'autre parent en ayant conservé la titularité, demeure toutefois investit d'un droit d'information et d'un devoir de surveillance¹⁶⁶³.

¹⁶⁵⁹ Art. L. 1111-4 al. 7 CSP, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 11 mars 2020.

¹⁶⁶⁰ Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime de décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, JORF n°0061 du 12 mars 2020, texte n°3.

¹⁶⁶¹ V. par ex. art. L. 1111-5 CSP, L. 1111-5-1 CSP. V. encore pour la délivrance de contraceptifs, art. L. 5134-1 CSP, art. L.2212-7 CSP pour l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁶⁶² V. par ex. pour la stérilisation contraceptive, art. L. 2123-2 CSP.

¹⁶⁶³ Art. 373-2-1 al.5 C. civ. Voir A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2ème éd., 2014, n°701.

β)- La protection de la moralité et de la sécurité du mineur

441. Devoir de surveillance. La protection de la moralité et de la sécurité de l'enfant implique un devoir de surveillance et de garde. Si ces fonctions ne figurent plus en tant que telles dans la définition des attributs de l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002¹⁶⁶⁴, elles demeurent inhérentes au devoir général de protection.

Outre la nécessité de fournir un logement à son enfant, premier lieu de stabilité et de sécurité de l'enfant¹⁶⁶⁵, celui-ci permet de fixer la résidence du mineur¹⁶⁶⁶, et d'exercer le droit et le devoir de garde, permettant que l'enfant demeure au domicile lorsque son ou ses parents l'exigent¹⁶⁶⁷, contrôlent ses déplacements, ses fréquentations, les endroits où il se rend. Ce droit-devoir doit s'exercer dans l'intérêt de l'enfant, tout en préservant ses droits fondamentaux¹⁶⁶⁸. Il a pour corollaire le devoir y afférent, et permet ainsi, en tant qu'attribut de l'autorité parentale, la mise en œuvre de la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants mineurs¹⁶⁶⁹, et de leur responsabilité pénale en cas de manquement à ce devoir légal, par le délit de délaissement d'enfant¹⁶⁷⁰.

Le devoir de surveillance concerne l'ensemble des attributs de l'autorité parentale. Le mineur doit être surveillé pour être protégé. Les parents doivent ainsi être en mesure de contrôler le mode de vie de leur enfant, l'utilisation des réseaux sociaux, les images susceptibles d'être soumises à la vue de l'enfant, selon son âge, les liens que l'enfant crée avec des tiers. La moralité de l'enfant doit être développée et protégée.

¹⁶⁶⁴ Art. 371-2 anc. C. civ.

¹⁶⁶⁵ A. GOUTTENOIRE, « Le logement de l'enfant », *AJ fam.* 2008. 371.

¹⁶⁶⁶ Qui peut être décidée par le juge, en cas de séparation des parents, art.373-2-9 C. civ.

¹⁶⁶⁷ Art. 371-3 C. civ.

¹⁶⁶⁸ L'article 371-4 al. 1^{er} C. civ. reconnaît expressément le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, et l'al. 2 lui ouvre celui d'entretenir des relations avec un tiers, parent ou non, si tel est son intérêt.

¹⁶⁶⁹ La jurisprudence a adopté une conception abstraite de la notion de garde, fondée avant tout sur l'exercice de l'autorité parentale, Civ. 2^{ème}, 20 janv. 2000, n° 98- 14.479, Bull. civ. II, n° 14 – Civ. 1^{ère}, 9 mars 2000, n° 98-18.095, Bull. civ. I, n° 44 ; *JCP 2000*. II. 10374, comm. A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

¹⁶⁷⁰ Art. 227-1 et 227-2 C. pén.

b)-Le devoir d'éducation

442. Droit-devoir. L'éducation est un attribut essentiel de l'autorité parentale¹⁶⁷¹. Il est un droit en ce qu'il revient aux parents de choisir le type d'éducation qu'ils souhaitent mettre en œuvre pour leur enfant, mais il est aussi un devoir en ce qu'il doit permettre le développement de l'enfant, dans le respect dû à sa personne¹⁶⁷². L'éducation est également un droit de l'enfant proclamé par l'article 28 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, et par l'article 2 du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le choix de l'éducation religieuse, de l'établissement et de la formation scolaire, le contrôle de l'assiduité, les choix d'orientation scolaire, les règles de vie en collectivité, et plus largement en société, reviennent aux parents qui exercent l'autorité parentale. L'éducation est également civique, politique, morale, et plus largement citoyenne. Or, « élever correctement un enfant est chose difficile, et l'on imagine volontiers que la tâche est très ardue, souvent irréalisable pour des personnes atteintes d'un trouble mental »¹⁶⁷³.

443. Exercice défaillant de l'autorité parentale. Le majeur protégé parent doit en effet se trouver en mesure d'accomplir l'ensemble de ces devoirs pour exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant. A défaut, cette capacité d'exercice sera nécessairement atteinte, dans l'intérêt de l'enfant¹⁶⁷⁴. Sans être dans l'incapacité de fait d'accomplir ces actes de l'autorité parentale, il peut exister un désaccord entre les parents, qu'ils soient majeurs protégés ou non. Dans cette hypothèse, il semble que le juge aux affaires familiales soit compétent pour résoudre le litige sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil, lequel lui donne compétence pour régler les questions qui lui sont soumises « dans le cadre du présent chapitre », qui est consacré à « [...] L'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant »¹⁶⁷⁵. Des mesures d'assistance éducative pourront être mise en œuvre.

Les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant font expressément partie de la liste de l'article 458 du Code civil. Cette liste ne se voulant pas exhaustive par le législateur,

¹⁶⁷¹ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2010, n°437.

¹⁶⁷² Art. 371-1 al. 2 C. civ. ; A. BATTEUR, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁶⁷³ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012, p.237.

¹⁶⁷⁴ Cf *infra* §480 s. le rôle de la volonté du majeur protégé dans la privation de son autorité parentale.

¹⁶⁷⁵ En ce sens, A. GOUTTENOIRE, *Rép. Civ.*, V^o Autorité parentale, n°158 ; du même auteur, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016/2017, n°233.73.

la jurisprudence, usant de son pouvoir d'interprétation, a déclaré strictement personnelles les actions en justice extrapatrimoniales relatives à l'autorité parentale.

B-LES ACTIONS EXTRAPATRIMONIALES RELATIVES A L'AUTORITÉ PARENTALE

444. Nature strictement personnelle. Après quelques hésitations des juges du fond¹⁶⁷⁶, c'est un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation qui a apporté la réponse à la question jusque-là restée pendante depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 : si les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant constituent des actes strictement personnels, les actions en justice pour faire valoir ces droits revêtent-elles aussi cette nature strictement personnelle, imposant à leur endroit l'application de l'article 458 ?

Par un arrêt de cassation, les juges du droit ont décidé, au visa de l'article 458 du Code civil, « qu'il résulte de ce texte que l'appel d'une décision du juge des enfants qui restreint l'exercice des droits de l'autorité parentale d'un majeur protégé constitue un acte strictement personnel que celui-ci peut accomplir sans assistance ni représentation »¹⁶⁷⁷. La Cour de cassation censure ainsi le raisonnement de la Cour d'appel selon lequel, pour déclarer irrecevable l'appel interjeté par la mère en tutelle contre une décision du juge des enfants maintenant le placement de son enfant, et ne lui octroyant qu'un droit de visite médiatisé, « l'arrêt retient que l'exercice d'une voie de recours ne peut s'analyser ni comme un consentement à un acte, ni comme un acte de l'autorité parentale, et que l'article 458 du Code civil ne déroge pas aux dispositions légales prévoyant que la personne en tutelle est représentée en justice par son tuteur », autrement dit

¹⁶⁷⁶ Voir déjà, anticipant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, CA Amiens, 8 nov. 2007, n°RG : 04/396, *Dr. fam.* 2008, comm. 64, obs. Th. FOSSIER : l'arrêt considère que l'appel d'un jugement rendu en assistance éducative constitue un acte strictement personnel. – *Contra*, CA Lyon, Ch. spéc. des mineurs, 9 mars 2010, n°RG : 09/00228 : l'arrêt considère au contraire que, l'appelante bénéficiant d'un régime de protection tutélaire, « la procédure d'appel se trouve en conséquence entachée d'une nullité faisant grief en ce que l'action en justice ne peut être assimilée aux actes visés par l'article 458 du code civil, [...] les dispositions de l'article 475 devant recevoir application s'agissant d'une demande en justice faite par la majeure protégée pour faire valoir ses droit en qualité de détentrice de l'autorité parentale envers ses enfants mineurs et non pour poser un acte tel un accord pour un voyage scolaire, ou le choix d'un traitement médical ».

¹⁶⁷⁷ Civ. 1^{re}, 6 non. 2013, n°12-23.766 : JurisData n°2013-025047 ; *JCP G* 2014.14, note N. PETERKA ; *Dr. fam.* 2014, n°1, comm. 9, I. MARIA ; *AJ fam.* 2013, p. 717, obs. Th. VERHEYDE ; *D.* 2014. 467, note G. RAOUL-CORMEIL, et 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD civ.* 2014, n°3, p.84, obs. J. HAUSER – *Adde* L. MAUGER-VIELPEAU, « Les actions en justice en matière familiale », in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2013, p. 345.

l'article 475 du Code civil. Ce dernier dispose en effet que la personne en tutelle est représentée en justice par son tuteur, et que, pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux de la personne protégée, en demande ou en défense, il doit en plus se munir d'une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. La personne en curatelle doit se doter de l'assistance de son curateur, et toute signification au curatelaire doit également l'être au curateur¹⁶⁷⁸.

445. Œuvre prétorienne. La Cour de cassation adopte une conception extensive du domaine d'application de l'article 458, élargissant la sphère d'autonomie personnelle du majeur protégé, « même sous tutelle »¹⁶⁷⁹. L'interprétation du texte conduit à faire tomber la barrière entre droit substantiel et droit processuel : le premier répond du second, et le second suit le premier¹⁶⁸⁰. Il est désormais nécessaire d'établir une distinction tripartite des actions en justice, tout comme des actes : la distinction traditionnelle et controversée¹⁶⁸¹ est maintenue entre actes ou actions patrimoniales et extrapatrimoniales, mais cette dernière est à présent scindée en deux, entre les actions extrapatrimoniales « seulement » personnelles, et celles « strictement » personnelles. Le critère de distinction entre ces deux catégories risque, pour une large part, de vider de sa substance les actions « seulement » personnelles, car l'ensemble des actions en justice relatives aux actes strictement personnels¹⁶⁸² relèvent désormais de l'article 458, non plus des articles 475 et 467¹⁶⁸³ du Code civil.

Si la majorité de la doctrine a approuvé la solution¹⁶⁸⁴, l'appréciation de sa portée réelle reste difficile à mesurer. La solution a ainsi été appliquée par les juges du fond, constatant (en curatelle) le caractère « dérogatoire » des dispositions de l'article 458 « au principe d'assistance posé par l'article 467 susvisé »¹⁶⁸⁵. Cette position désavoue l'interprétation selon laquelle il

¹⁶⁷⁸ Art. 467 et 468 al. 3.

¹⁶⁷⁹ Th. VERHEYDE, « Une avancée importante dans la reconnaissance des droits du majeur protégé parent », *AJ fam.* 2013. 717.

¹⁶⁸⁰ En ce sens, voir par exemple N. PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », *JCP G* 2014, n°1-2. 14 ; et J.-M. PLAZY, « Majeurs protégés », *D.* 2014, Pan., p. 2259.

¹⁶⁸¹ Sur ce point, J. HAUSER, « La distinction des actions en justice personnelles et des actions en justice patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées », *Mélanges G. Champenois, Defrénois/ Lextenso*, 2012, p.441.

¹⁶⁸² Cf *supra* §350 et s. les actions relatives à l'établissement ou à la contestation de la filiation de l'enfant du majeur protégé.

¹⁶⁸³ Voir aussi art. 468 al.3 C. civ.

¹⁶⁸⁴ Th. VERHEYDE, op. cit., J.-M. PLAZY, op. cit., N. PETERKA, op. cit.

¹⁶⁸⁵ CA Colmar, 5^{ème} ch. civ. B, 18 nov. 2014, n° RG : 13/03605. - Dans le même sens, CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 23 fév. 2015, n° RG : 14/01610.

était possible de considérer que les dispositions relatives à la mise en œuvre des actions en justice des majeurs protégés constituaient des dispositions particulières, que l'alinéa 1^{er} de l'article 458 écartait de son application¹⁶⁸⁶.

Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Douai statuant sur l'appel relevé par une mère sous curatelle contre un jugement ayant déclaré ses enfants abandonnés¹⁶⁸⁷, s'est-il fondé sur l'article 458 du Code civil pour affirmer que la majeure protégée pouvait seule interjeter appel. Mais il a dû également se fonder sur l'article 467 alinéa 3 du Code civil pour déclarer nulle la notification du jugement faite à la curatelaire, sans qu'elle ait été faite au curateur¹⁶⁸⁸. A ce stade, une première observation s'impose : si l'article 458 est dérogoire au principe d'assistance et de représentation des article 467, 468 alinéa 3 et 475 du Code civil, le droit processuel applicable aux majeurs protégés reprend place dans le cadre du régime « dérogoire » de l'article 458. Cela participe de la protection du majeur, le protecteur étant débiteur d'un devoir général d'information de son protégé ; mais dans la construction de l'édifice des actes strictement personnels, la précision n'est jamais inutile.

En revanche, plus étonnante est la constatation « qu'ainsi, en toutes hypothèses, à supposer nul l'appel formé par Mme Dominique M. sans l'assistance de [son curateur], la nullité serait couverte par l'intervention du curateur par conclusions du 14 avril 2014 ». Après s'être fondée sur l'article 458 permettant à la majeure protégée d'interjeter seule appel du jugement, la Cour d'appel indique que si toutefois l'article 467 était applicable, imposant l'assistance du curateur, et la nullité de l'appel en cas de défaut, celle-ci est écartée par l'intervention du curateur en cours d'instance (!). Autrement dit, la Cour d'appel hésite entre l'application des deux dispositions. Ce faisant, elle admet d'ailleurs à l'instance l'assistance du curateur aux côtés de la curatelaire. Faut-il en déduire, ainsi que l'avait proposé le Professeur Nathalie PETERKA, que « la formulation positive du chapeau de l'arrêt du 6 novembre 2013 semble entrouvrir le recours aux mécanismes de l'assistance ou de la représentation, dès lors que l'intéressé se trouve hors d'état d'agir seul »¹⁶⁸⁹ ? Or, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Douai, la curatelaire n'était pas, semble-t-il, hors d'état d'agir seule. La Cour n'en valide pas moins l'assistance du

¹⁶⁸⁶ En ce sens, I. MARIA, « L'action en justice relative à l'exercice de l'autorité parentale : un acte strictement personnel », *Dr. fam.* 2014, n°1, comm. 9.

¹⁶⁸⁷ Sur le fondement de l'article 350 anc. C. civ.

¹⁶⁸⁸ CA Douai, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 2 avril 2015 : n° RG 14/00208, JurisData n° 2015-008965.

¹⁶⁸⁹ N. PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », *JCP G* 2014, n°1-2. 14.

curateur pour l'accomplissement d'un acte strictement personnel, que constitue « l'appel d'une décision qui affecte l'exercice des droits d'autorité parentale d'un majeur protégé »¹⁶⁹⁰.

L'attendu de principe de l'arrêt du 6 novembre 2013 énonce que le majeur protégé « peut » accomplir seul un acte strictement personnel, sans assistance ni représentation. Il ne dit pas qu'il « doit » l'accomplir seul sans assistance ni représentation. Il semblerait donc que cet arrêt ait apporté une nuance à la rigueur du texte de l'alinéa 1^{er} de l'article 458, octroyant ainsi la possibilité au majeur protégé d'accomplir seul les actes strictement personnels, sans en déduire une nécessité absolue.

L'autorité parentale, conformément au découpage du Code civil, comporte deux volets. L'un portant sur la personne de l'enfant, qui vient d'être étudié, l'autre portant sur les biens de l'enfant, objet des développements qui vont suivre.

§II- L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LES BIENS DE L'ENFANT

446. Attributs. L'autorité parentale implique de prendre soin de la personne de l'enfant, mais également de son patrimoine : « le parent est le protecteur naturel de la personne de l'enfant ; il est aussi, quelle que soit la configuration familiale, le gérant naturel de sa fortune »¹⁶⁹¹. Cette gestion du patrimoine de l'enfant comporte deux institutions : l'administration légale, et le droit de jouissance légale. En présence d'un parent majeur protégé, la gestion du patrimoine de l'enfant interroge (A). L'article 386-1 du Code civil énonçant que « la jouissance légale est attachée à l'administration légale », il sera nécessaire d'en constater les effets sur la jouissance légale (B).

447. Remarques liminaires. Pour des raisons de clarté, nous désignerons sous le terme d'autorité parentale, l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, et sous le terme d'administration légale, l'autorité parentale sur les biens de l'enfant. Le législateur n'a en effet

¹⁶⁹⁰ CA Douai, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 2 avril 2015 : n° RG 14/00208, JurisData n° 2015-008965.

¹⁶⁹¹ I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1+1 = 1 ? », *Dr. fam.* 2016, n°1, dossier 4.

pas modifié les termes utilisés pour désigner chaque branche de l'autorité parentale lors de la réforme de l'administration légale¹⁶⁹². Pourtant, la confusion opérée, y compris dans certaines dispositions du Code civil¹⁶⁹³, entre l'autorité parentale comprenant les deux volets personnels et patrimoniaux, et l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, constituant le volet personnel, contribue au manque de clarté de la matière. Cette clarification était demandée et espérée par la doctrine¹⁶⁹⁴.

A-LA GESTION DU PATRIMOINE DE L'ENFANT : L'ADMINISTRATION LÉGALE

448. Fondement. L'article 382 du Code civil dispose que « l'administration légale appartient aux parents ». Autrement dit, et dans des termes identiques à ceux employés à l'article 371-1 relatif à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, l'administration légale est fondée sur le lien de filiation de l'enfant. Les deux branches de l'autorité parentale ont la même racine. En l'absence de dispositions spécifiques à la gestion des biens de son enfant dans le droit des majeurs protégés, il convient de s'interroger sur le sort de l'administration légale en présence d'un ou des deux parents faisant l'objet d'une mesure de protection juridique. A cette fin, la recherche des fondements à la privation de l'administration légale du majeur protégé parent (1), précèdera l'analyse des effets susceptibles d'en découler (2).

1-Les fondements de la privation de l'administration légale du majeur protégé parent

449. Protection patrimoniale du parent. Si les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant constituent des actes strictement personnels au majeur protégé parent, soumis à ce titre au régime de l'article 458 du Code civil, ce dernier est resté muet sur les actes de l'autorité parentale relatifs aux biens de l'enfant. Il semble donc que le législateur ait souhaité expressément les exclure du champ de l'article 458. Mais aucune autre disposition du droit des majeurs protégés ne prévoit le sort de ces actes. Pourtant, la personne chargée de la protection

¹⁶⁹² Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO 16 oct. 2015, p. 19304 ; Ratifiée par la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle, du 18 novembre 2016.

¹⁶⁹³ Comp. art. 371-1 et art. 382 C. civ.

¹⁶⁹⁴ F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 15 mai 2014, n°97, p. 6.

du parent n'a pas vocation à se charger du patrimoine de l'enfant, mais uniquement de celui de son protégé. Or, ce dernier a justement été placé sous protection juridique parce que l'altération de ses facultés personnelles ne lui permettait pas de pourvoir seul à ses intérêts, en particulier patrimoniaux, lesquels sont entièrement pris en charge par la personne chargée de la mesure de protection, sauf exceptions. Cette protection patrimoniale était d'ailleurs la vocation traditionnelle du droit « des incapacités », avant la réforme du 5 mars 2007. Privé de sa capacité d'exercice en tutelle¹⁶⁹⁵, celle-ci étant contrôlée en curatelle, comment le majeur protégé parent pourrait-il retrouver une pleine capacité pour gérer le patrimoine d'une autre personne vulnérable ? Le patrimoine de l'enfant mineur peut en effet être composé de biens reçus par ses grands-parents, ou être le bénéficiaire d'une assurance-vie¹⁶⁹⁶.

450. Exclusion des charges tutélaires. Jusqu'à la réforme de l'administration légale¹⁶⁹⁷, il était admis que le parent majeur protégé perdait de plein droit l'exercice de l'administration légale¹⁶⁹⁸ : incapable de gérer son patrimoine, il ne pouvait le faire pour quelqu'un d'autre¹⁶⁹⁹. Il conservait néanmoins l'autorité parentale s'il en avait l'aptitude de fait : « l'idée est que l'on peut être mauvais gestionnaire mais bon parent : mais cette idée est particulièrement fragile dans le cas du majeur protégé »¹⁷⁰⁰. C'est cette idée qui a animé le juge des tutelles du tribunal d'instance de Saint-Omer, en décidant d'ouvrir uniquement la tutelle aux biens de l'enfant, les

¹⁶⁹⁵ Ainsi qu'en cas d'habilitation familiale, limitée à certains actes, lorsqu'elle est spéciale, ou étendue à l'ensemble des actes patrimoniaux, lorsqu'elle est générale, art. 494-6 C. civ ; et en cas de mandat de protection future ayant pris effet, art. 490 C. civ. pour le mandat notarié, et art. 493 pour le mandat conclu sous seing privé.

¹⁶⁹⁶ Si la condition posée à l'article 384 al. 1 du Code civil n'a pas été mise en œuvre.

¹⁶⁹⁷ Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JO 16 oct. 2015, p. 19304 ; Ratifiée par la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, du 18 novembre 2016. Sur laquelle : A. BATTEUR et Th. DOUVILLE, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale opérée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 simplifiant et modernisant le droit de la famille », *D.* 2016, n° 40. – P. SALVAGE-GEREST, « Réforme du droit de la famille : l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *AJ fam.* 2015 p. 601. – N. PETERKA, « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015, Aperçu rapide, 1160. – E. MALLET, « Divorce, administration légale et protection des majeurs : les modifications apportées par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP N* 2015, Aperçu rapide, 1015. – G.-S. THOURET, E. BUAT-MENARD, P. SALVAGE-GEREST, Th. VERHEYDE, V. MONTOURCY, « Réforme du droit de la famille », *AJ fam.* 2015, p. 598.

¹⁶⁹⁸ En ce sens, T. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, p. 248 ; T. FOSSIER (dir.), *Curatelle, tutelle, accompagnements*, Litec, n°651 ; I. CORPART, « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.* 2010, n°10, p. 414 ; A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012, p.241, note 43, qui est plus nuancée : « Si l'on veut à tout prix fonder sur un texte cette incapacité spéciale de jouissance, on transposera à l'administration légale des biens de l'enfant mineur, l'article 395, 2° du Code civil applicable à la tutelle des mineurs [...] ».

¹⁶⁹⁹ En ce sens, A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012, p.241.

¹⁷⁰⁰ A. BATTEUR, op. cit., loc. cit.

parents majeurs protégés ne pouvant être administrateurs légaux des biens de leur enfant¹⁷⁰¹. Cette impossibilité, constatée par le juge, était fondée sur les anciens articles 389-7 et 442 combinés du Code civil. Le premier renvoyait aux règles de la tutelle pour l'exercice de l'administration légale, le second, interdisant aux majeurs en tutelle, aux aliénés et aux majeurs en curatelle cette charge. Par conséquent, cette vacance de l'administration légale imposait au juge, sur le fondement de l'article 390 l'ouverture d'une tutelle, limitée aux biens.

La réforme de l'administration légale a supprimé l'article 389-7 du Code civil permettant d'appliquer à l'administration légale les exclusions aux charges tutélaires. Si celles-ci perdurent pour la tutelle, désormais à l'article 395, aucune disposition similaire n'existe pour l'administration légale ; et aucune disposition régissant l'administration légale ne permet plus d'y renvoyer, symbolisant la volonté du législateur d'opérer une dissociation effective entre le régime de l'administration légale et celui de la tutelle des mineurs¹⁷⁰².

Par conséquent, il n'est plus possible de se fonder sur une disposition régissant l'administration légale pour renvoyer aux exclusions des charges tutélaires. Il résulte de ces modifications que le majeur protégé parent ne se voit plus automatiquement privé de l'exercice de l'administration légale de son enfant, faute de texte sur lequel fonder cette privation. Or, « celui qui ne peut agir lui-même, ne peut agir pour autrui : même si cette règle n'est inscrite dans aucun texte, c'est une solution de bon sens »¹⁷⁰³.

451. Recherche de fondement juridique. Il est alors nécessaire de tenter de fonder juridiquement cette privation de l'administration légale du majeur protégé. Pour cela, il faut distinguer selon qu'il est apte à conserver l'autorité parentale sur la personne de son enfant, ou qu'il n'est plus en mesure de la conserver.

Si le majeur protégé n'est pas en état d'exercer l'autorité parentale, il en sera privé, conformément à l'article 373 du Code civil. L'autre parent, par hypothèse apte, exercera donc seul l'autorité parentale. Dans ce cas, l'administration légale sera également exercée par lui seul, selon l'article 382. En l'absence d'un autre parent, il sera nécessaire au juge des tutelles des

¹⁷⁰¹ TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP G* 1990. II. 21514, com. Th. FOSSIER.

¹⁷⁰² I. MARIA et G. RAOUL-CORMEIL, « La nouvelle administration légale : 1+1 = 1 ? », *Dr. fam.* 2016, n°1, dossier 4 : « Le droit de l'administration légale a toujours été façonné à partir de règles ou de mécanismes empruntés au droit de la tutelle. Sous cet angle, l'ordonnance de 2015 poursuit l'émancipation du droit de l'administration légale [...] ».

¹⁷⁰³ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, Difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2012, p.241.

mineurs d'ouvrir une tutelle complète de l'enfant¹⁷⁰⁴, dans les conditions de l'article 390 du Code civil, c'est-à-dire à la fois sur les biens et sur la personne de l'enfant. Si le majeur protégé conserve l'exercice de l'autorité parentale, il doit toutefois être écarté de l'administration des biens de son enfant. Pour permettre cette dissociation, il est nécessaire de recourir à l'article 391 du Code civil, qui prévoit en cas d'administration légale, l'ouverture d'une tutelle pour cause grave. Si cette condition est remplie, la dissociation de l'autorité parentale et de l'administration légale trouve un fondement juridique. Cette dissociation se traduira par l'ouverture d'une tutelle aux biens de l'enfant, l'autorité parentale étant conservée au parent majeur protégé.

C'est ainsi que se prononçait la jurisprudence antérieure à la modification de l'article 391. La Cour de cassation, saisie d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire, relatif à la conciliation de l'exercice de l'autorité parentale et de la tutelle prévue à l'article 391¹⁷⁰⁵, a rejeté la demande, considérant que la question de droit n'était pas nouvelle et ne présentait pas de difficulté sérieuse. Elle énonce que « la tutelle prévue à l'article 391 du Code civil a pour seul objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne porte pas atteinte à l'exercice de son autorité parentale »¹⁷⁰⁶. Cette position est d'ailleurs conforme à sa jurisprudence en la matière¹⁷⁰⁷. La Cour de cassation ne distingue pas, alors qu'elles existaient encore au sein de l'article 391, selon que l'administration légale est pure et simple ou sous contrôle judiciaire, l'exigence d'une cause grave n'étant prévue alors que pour la première, en présence de deux représentants légaux. La question soumise à la Cour ne concernait pourtant que le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire.

¹⁷⁰⁴ Art. 373-5 C. civ.

¹⁷⁰⁵ La question posée à la Cour de cassation était la suivante : « Dans le cas, prévu à l'article 391, alinéa 1^{er}, du code civil, d'ouverture d'une tutelle à l'égard d'un mineur placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de l'un de ses parents, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire perd-il l'exercice de l'autorité parentale au profit du tuteur de l'enfant ou, à défaut, comment et le cas échéant sous le contrôle de quel juge, se concilient l'exercice de l'autorité parentale de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le pouvoir de tutelle confié au tuteur ? ».

¹⁷⁰⁶ Cass., avis n°15004, 24 mars 2014, n°13-70.010 ; *D. actu.*, 18 avril 2014, note T. DOUVILLE ; *AJ fam.* 2014. 372, obs. H. MORNET ; *RTD civ.* 2014. 336, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁰⁷ Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n°93-14.610 et 92-16.106, *RTD civ.* 1995.599, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 1995. 325, obs. J. MASSIP. – Civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, n°97-17.018, *Dalloz jurisprudence.* - Voir déjà, Civ. 1^{re}, 8 nov. 1982, n°80-12.309, *Bull. civ. I*, n°323 ; *Gaz. Pal.* 1983. 2. 517, note J. MASSIP. – *Adde* P. SALVAGE-GEREST, « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *Dr. fam.* 2001, *Chron.* 19.

Ce principe de « neutralité » de l'article 391 sur l'exercice de l'autorité parentale¹⁷⁰⁸ peut-il encore prospérer, en dépit des modifications apportées aux articles 391 et 382, et de l'abrogation de l'article 389-7, par l'ordonnance du 15 octobre 2015 ?

Selon certains auteurs¹⁷⁰⁹, cela dépend finalement de l'interprétation donnée à la condition posée à l'article 391, exigeant une cause grave. Cette exigence réside, selon la Cour de cassation, dans la carence de l'administrateur légal des biens de l'enfant. Mais encore faut-il, en présence d'un majeur protégé, qu'elle puisse être constatée et fondée sur un texte pour ensuite en déduire valablement les effets au regard de l'article 391. Le contrôle effectué par le juge des tutelles des mineurs, prévu aux articles 387-1 et suivants du Code civil, ne semble pas suffisant et ne permet pas un contrôle en amont de la gestion du patrimoine de l'enfant, car ce n'est qu'à l'occasion d'actes de disposition soumis à autorisation que le juge effectuera ce contrôle.

Le fondement de l'incapacité d'exercice de l'administration légale des biens de l'enfant du majeur protégé peut peut-être venir de la source même de la mesure de protection du parent. Fondée sur le principe de nécessité, la cause de l'altération ou de la suppression de la capacité d'exercice du parent en matière patrimoniale, doit conduire à constater cette même cause s'agissant de sa capacité à réaliser des actes patrimoniaux pour le compte de son enfant. La cause de l'altération de la première ne disparaît pas dans la seconde. Aussi, le fondement de la privation de l'administration légale du majeur protégé pourrait résider dans la combinaison des articles 428, 440 et 385 du Code civil, le dernier imposant une obligation d'apporter dans la gestion, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur.

L'article 384 du Code civil peut également fonder une exclusion de l'administration légale du majeur protégé parent. Ainsi, « ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers ». Ce fondement permet d'écarter le ou les parents de l'administration des biens ainsi donnés ou légués. Le tiers administrateur se trouve investi des pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament, ou à défaut ceux d'un administrateur légal. En cas de difficulté ou d'inaptitude du tiers administrateur, telles qu'envisagées aux articles 395 et 396 du Code civil¹⁷¹⁰, l'alinéa 3 de

¹⁷⁰⁸ T. DOUVILLE, « Neutralité de principe de la tutelle du mineur sur l'exercice de l'autorité parentale » (Cass., avis n°15004, 24 mars 2014), *D. actu.*, 18 avril 2014.

¹⁷⁰⁹ V. MIKALEF-TOUDIC, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur- A propos de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », *Dr. fam.* 2016, n°11, dossier 46.

¹⁷¹⁰ L'article 395 précise les causes d'exclusion des charges tutélaires, dont les « personnes qui bénéficient d'une

l'article 384 précise que le juge des tutelles des mineurs désigne un administrateur *ad hoc* pour le remplacer. La protection des intérêts du mineur se trouve ainsi assurée¹⁷¹¹.

Une fois le fondement juridique à la privation de l'administration légale du majeur protégé établi, il reste encore à déterminer si cette privation peut satisfaire à l'exigence énoncée à l'article 391, afin d'en voir produire ses effets.

2-Les effets de la privation de l'administration légale

452. Parent majeur protégé. Elle fera peu de doute en présence d'un parent majeur protégé exerçant seul l'autorité parentale : la vacance de l'administration légale juridiquement établie, imposera de nommer un protecteur à l'enfant pour la gestion de ses biens, le majeur protégé parent conservant l'exercice de l'autorité parentale s'il en est en mesure. Un raisonnement identique peut être adopté en présence de deux parents sous un régime de protection : la cause grave réside dans la vacance de l'administration légale.

453. Difficultés. En revanche, lorsqu'un seul des parents se trouve sous un régime de protection, tandis que le second possède toute sa capacité juridique, le premier ne peut plus continuer à gérer le patrimoine de son enfant, mais le second en est tout à fait capable. Selon le principe de « coparentalité », valable dans les deux branches de l'autorité parentale, chacun exerce l'autorité parentale et l'administration légale, dont ils sont concurremment mais identiquement investis. Seul le parent sous protection juridique devra être dessaisi de l'administration légale¹⁷¹². Cette situation permet-elle de caractériser une cause grave au sens de l'article 391 ?

Cela imposerait l'ouverture d'une tutelle, limitée aux biens, dont la charge serait en toute hypothèse exercée par le parent capable, qui cumulerait le statut d'administrateur légal dont il est titulaire, et de tuteur aux biens pour la part défaillante de l'autre parent¹⁷¹³. Cela suppose

mesure de protection juridique ». L'article 396 indique quant à lui les causes de destitution des charges tutélaires.
¹⁷¹¹ En ce sens, Civ 1^{ère}, 15 juin 2017, n°17-40.035 P ; *AJ fam.* 2017. 408, obs. I. CORPART ; *RTD civ.* 2017. 611, obs. J. HAUSER.

¹⁷¹² N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE et F. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, Dalloz Référence, 2013-2014, n°88.61.

¹⁷¹³ Art. 391 al. 2 C. civ.

également la constitution d'un conseil de famille¹⁷¹⁴. « Mais un tel montage est-il réellement utile dès lors que l'administrateur légal capable dispose de pouvoirs complets. A quoi cela lui servirait-il de cumuler les qualités d'administrateur légal et de tuteur aux biens »¹⁷¹⁵? Cela permettrait au moins au majeur protégé parent de conserver l'exercice de son autorité parentale, car si cette situation ne peut être qualifiée de cause grave permettant la mise en œuvre de l'article 391, « on se trouve dans une impasse : comment pallier l'incapacité de gérer du parent majeur protégé. La seule solution envisageable serait de le priver de l'exercice de l'autorité parentale relative à la personne et aux biens de l'enfant »¹⁷¹⁶, c'est-à-dire la mise en œuvre de l'article 373 du Code civil.

Or, la mise en œuvre de cette disposition suppose que le majeur protégé parent soit « hors d'état de manifester sa volonté »¹⁷¹⁷. Ce qui ne sera pas toujours le cas. Il ne sera donc pas possible de priver ce parent de l'autorité parentale, parce qu'il n'est pas hors d'état de manifester sa volonté, et se trouve en mesure d'exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant, dont les actes figurent au rang des actes strictement personnels.

Un argument supplémentaire réside dans la localisation de l'article 373 au sein du Code civil. En effet, la disposition se situe dans le chapitre régissant l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Dans celui dédié à l'autorité parentale sur les biens de l'enfant, aucune disposition similaire n'existe. Faut-il considérer que l'article 373 ne régit que les attributs relatifs à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant¹⁷¹⁸ ? Ou bien peut-on estimer que le législateur se réfère à l'ensemble des attributs de l'autorité parentale ? En faveur de la seconde interprétation, il est nécessaire de tirer les conséquences de la condition posée à l'article 373 : « hors d'état de manifester sa volonté », le parent sera tout autant dans l'incapacité d'exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant, que sur ses biens. En tout état de cause, la première interprétation conduit au même résultat que la seconde. En effet, *a contrario* : si le majeur protégé est en état de manifester sa volonté, il continue d'exercer l'autorité parentale, laquelle, par application de l'article 382, conduit à la conservation de l'administration légale.

¹⁷¹⁴ Ibid.

¹⁷¹⁵ V. MIKALEF-TOUDIC, op. cit.

¹⁷¹⁶ Ibid.

¹⁷¹⁷ Cf *supra* §412 à 414.

¹⁷¹⁸ En ce sens, F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 15 mai 2014, n°97, p.6.

Par conséquent, s'il ne se trouve pas hors d'état de manifester sa volonté, il ne pourra se voir privé de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, pas plus, en application de l'article 382, de celle sur les biens de l'enfant. Aussi, la solution proposée par Madame MIKALEF-TOUDIC ne peut prospérer, lorsque le majeur protégé parent est en état d'exercer l'autorité parentale.

Dans ces conditions, en présence d'un seul parent majeur protégé sur les deux parents, qui se trouve tout de même en état de manifester sa volonté, la solution n'est pas satisfaisante : soit le juge considère que la cause grave est caractérisée par la nécessité de soustraire l'administration légale du parent majeur protégé, ce qui imposera tout de même l'ouverture d'une tutelle limitée aux biens, dont le tuteur désigné pourra être l'autre parent dont les capacités sont intactes, cumulant ainsi les fonctions d'administrateur légal, et de tuteur¹⁷¹⁹. Soit le juge considère que la circonstance que l'un des parents se trouve sous une mesure de protection juridique nécessitant la perte de l'administration légale, ne caractérise pas une cause grave au sens de l'article 391, puisqu'un autre administrateur légal existe. Dans cette hypothèse, « on se trouve dans une impasse »¹⁷²⁰, car le majeur protégé parent se trouve privé de l'administration légale, mais aucune disposition ne permet de la transférer à l'autre parent bénéficiant d'une entière capacité juridique.

454. Bilan. La réforme de l'administration légale de 2015 a supprimé le fondement juridique de la privation de l'administration légale au parent majeur protégé. Ce parent se trouve, en toute hypothèse, dans l'impossibilité d'apporter des soins prudents, diligents et avisés dans la gestion de son propre patrimoine, donc *a fortiori*, dans celle du patrimoine de son enfant mineur. Toutefois, aucun texte ne prévoit un mécanisme de substitution ou de transfert satisfaisant en présence de deux parents, dont l'un est un majeur protégé mais en état de manifester une volonté suffisante pour exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant. Seule l'intervention du législateur, adoptant un texte sur l'exclusion expresse des charges de l'administration légale du majeur sous protection juridique le privant de sa capacité d'exercice

¹⁷¹⁹ C'est la solution que semble admettre le Professeur Jacques MASSIP : « Désormais, si le parent investi de l'autorité s'avère inapte à la gestion du patrimoine de l'enfant, il conviendra d'ouvrir la tutelle, en application de l'article 391 du Code civil. Désormais, les deux seuls cas dans lesquels l'administration légale échappera au titulaire de l'autorité parentale résultent soit de l'existence d'une opposition d'intérêts entre le mineur et l'administrateur légal, soit de l'existence de biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seront administrés par un tiers », J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n°26.

¹⁷²⁰ V. MIKALEF-TOUDIC, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur- A propos de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », *Dr. fam.* 2016, n°11, dossier 46.

en matière patrimoniale¹⁷²¹, et transférant cette charge à l'autre parent, lui-même administrateur légal, permettrait de résoudre cette « impasse »¹⁷²². Car en effet, « on le voit, bien que la logique voudrait qu'un majeur placé sous protection juridique ne puisse pas gérer le patrimoine de son enfant, le droit positif ne permet pas explicitement de l'en empêcher »¹⁷²³. Le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de la réforme mise en œuvre par ordonnance.

B-LE DROIT DE JOUISSANCE LÉGALE

455. Contrepartie de l'administration légale. Le droit de jouissance légale désigne l'usufruit particulier dont sont titulaires les parents sur les biens de l'enfant, en tant qu'administrateurs légaux. La jouissance légale « est attachée à l'administration légale »¹⁷²⁴. Elle appartient à ceux des parents qui « ont la charge de l'administration »¹⁷²⁵. Le sort du droit de jouissance légale est lié à celui de l'administration légale. Si ce sont deux attributs de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant, le premier suit le titulaire du second, puisque la jouissance est considérée comme la contrepartie de la charge de l'administration légale¹⁷²⁶. C'est la raison pour laquelle la détermination du parent titulaire de la jouissance légale sera fonction du ou des titulaires de l'administration légale, dans les conditions développées précédemment, et avec les difficultés ainsi posées.

Si la jouissance légale est indisponible¹⁷²⁷, elle n'en est pas pour autant discrétionnaire : la jouissance légale est limitée, dans le temps¹⁷²⁸, et dans son étendue¹⁷²⁹. Elle est grevée de charges, définies à l'article 386-3 du Code civil, dont celles de la nourriture, de l'entretien, et de l'éducation de l'enfant, selon sa fortune.

¹⁷²¹ En ce sens également, F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 15 mai 2014, n°97, p.6 ; et V. MIKALEF-TOUDIC, op. cit.

¹⁷²² V. MIKALEF-TOUDIC, op. cit.

¹⁷²³ F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 15 mai 2014, n°97, p.6.

¹⁷²⁴ Art.386-1 C. civ.

¹⁷²⁵ Ibid.

¹⁷²⁶ I. CARBONNIER, « AUTORITÉ PARENTALE – Attribut de l'autorité parentale relatif au patrimoine de l'enfant : la jouissance légale », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 371 à 387, fasc.50, n°2 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2010, n°504.

¹⁷²⁷ I. CARBONNIER, op. cit., n°80.

¹⁷²⁸ Voir art. 386-2 précisant les causes de cessation de la jouissance légale, dont le 2°, « par les causes qui mettent fin à l'autorité parentale ou par celles qui mettent fin à l'administration légale ».

¹⁷²⁹ Voir art. 386-4 énonçant les limites du droit de jouissance.

456. Obligation d'entretien. Mais cette charge ne doit pas être confondue avec l'obligation d'entretien de l'enfant prévue aux articles 203 et 371-2 du Code civil¹⁷³⁰. Celle tirée de la jouissance légale n'incombe qu'à l'administrateur légal, en tant qu'usufruitier universel¹⁷³¹ jusqu'aux seize ans de l'enfant¹⁷³². Si les revenus tirés des biens de l'enfant ne sont pas suffisants, ou s'il n'y en a pas, l'administrateur légal, en sa qualité de parent, n'en est pas moins tenu à l'entretien et à l'éducation de son enfant sur le fondement des articles 203 et 371-2 du Code civil. Ce devoir est fondé sur l'établissement du lien de filiation¹⁷³³ : il incombe à chacun des parents, lesquels doivent y contribuer à proportion de leurs ressources, de celles de l'autre parent, et des besoins de l'enfant. Elle ne cesse d'ailleurs pas de plein droit à la majorité de l'enfant¹⁷³⁴. Obligation d'essence alimentaire, elle est pourtant plus large que celle-ci, et s'étend au-delà de la nécessité de la simple subsistance de l'enfant¹⁷³⁵.

Lorsque la filiation est remise en cause et que celle-ci aboutit, l'obligation d'entretien disparaît rétroactivement, tout comme le lien de filiation¹⁷³⁶. Une reconnaissance mensongère n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif de l'obligation¹⁷³⁷. Aussi, dans l'hypothèse d'une reconnaissance mensongère effectuée par un majeur protégé, ce dernier ne pourra recouvrer les sommes allouées par lui à l'entretien de l'enfant.

Enfin, parce que l'obligation parentale d'entretien est fondée sur le lien de filiation, « les événements qui affectent l'autorité parentale n'influencent pas directement l'obligation

¹⁷³⁰ Sur l'articulation de ces deux obligations, voir I. TARDY-JOUBERT, « L'administration légale des biens du mineur : un droit aux oubliettes ? », *Dr. fam.* 2007, n°5, étude 22.

¹⁷³¹ I. CARBONNIER, « AUTORITÉ PARENTALE – Attribut de l'autorité parentale relatif au patrimoine de l'enfant : la jouissance légale », *J.-Cl. Civ. Code*, art. 371 à 387, fasc.50, n°114 ; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2010, n°506 ; J. HAUSER, « Jouissance légale : les comptes des parents », *RTD civ.* 1993, p. 813.

¹⁷³² Sur la nature des obligations parentales d'entretien selon le seuil des seize ans, voir J.-M. PLAZY, « Jouissance légale et représentation du mineur » (comm. ss *Civ. 1^{re}*, 9 janv. 2008), *JCP N* 2008. 1157 ; et J. HAUSER, obs. ss *CA Paris*, 11 mai 1993, *RTD civ.* 1993, p.813.

¹⁷³³ D. BENOUAICH et L. FITERMAN, « L'évolution de l'obligation parentale d'entretien dans la famille moderne », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2000, n°132, p.2 ; A. BATTEUR, « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation, de l'enfant, à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA* 2010, n° 125, p. 30 ; M. REBOURG, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, chap. 311, n°311.42.

¹⁷³⁴ Art. 371-2 C. civ. Sur l'obligation d'entretien au-delà de la majorité de l'enfant, voir par exemple : Th. FOSSIER, « La solidarité familiale en faveur du jeune majeur », *LPA*, 28 avril 1999, n°84, p.54 ; J. HAUSER, « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux ? », *Defrénois*, 30 nov. 1999, n°22, p.1217.

¹⁷³⁵ En ce sens, A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2010, n°499 ;

¹⁷³⁶ *Civ 1^{re}*, 13 fév. 1985 : *Bull. civ. I.* n°62 - *Civ. 1^{re}*, 1^{er} févr. 1984, *D.* 1984. 388, note J. MASSIP et IR. 315, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD civ.* 1984. 700, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

¹⁷³⁷ *Civ.1^{re}*, 21 juill. 1987, n° 85-16.887, *Bull. civ. I.*, n° 246 ; *D.* 1988. 225, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1988, 34186, p. 313.

d'entretien »¹⁷³⁸. Les parents y restent en principe tenus, en dépit d'une délégation, voire d'un retrait de l'autorité parentale sur le fondement des articles 378 et 378-1 du Code civil. Cette obligation, si elle revêt un aspect patrimonial de l'autorité parentale, en transcende les deux branches et trouve sa source au-delà. Elle ne s'effacera pas en présence d'un parent majeur protégé, même en présence d'un enfant majeur. Seules ses ressources, celles de l'autre parent s'il y en a un, et les besoins de l'enfant seront pris en compte.

¹⁷³⁸ B. PY, « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996. 232.

Conclusion du Chapitre 1

457. Le majeur protégé parent se voit octroyer, comme tout parent, la dévolution de l'autorité parentale sur son enfant. La mesure de protection juridique est, *ab initio*, indifférente à sa titularité et au principe de son exercice, conformément à l'article 458 du Code civil. Mais force est pourtant de constater que cette mesure pesant sur le majeur protégé parent a été instituée au regard d'une certaine altération de ses facultés personnelles. Le droit des majeurs protégés, à force de vouloir concilier protection et autonomie, en arrive à des contradictions : les critères de la mise en œuvre de la protection semblent signifier une stricte nécessité de la mesure au regard de l'état du majeur. Mais il déclare pourtant dans le même temps une absolue autonomie pour les actes portant sur la personne de l'enfant. Le droit de l'autorité parentale, lui, n'a que faire du droit des majeurs protégés et de la situation juridique des parents : soit le parent est en capacité naturelle d'exercer l'autorité parentale sur son enfant, et l'on ne peut l'en priver ; soit le parent se trouve dans l'incapacité naturelle d'exercer son autorité parentale, et l'on doit l'en priver.

Dans l'exercice effectif de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, l'étude révèle que parfois, le majeur protégé parent bénéficie d'une capacité d'exercice qu'il n'a pas pour lui-même. Ainsi en est-il pour certains actes relatifs à l'identité de l'enfant¹⁷³⁹, ou du consentement à l'acte médical, lorsque le majeur protégé se trouvait sous tutelle, jusqu'à l'intervention de l'ordonnance du 11 mars 2020.

L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles¹⁷⁴⁰, révèle une conception extensive du domaine de l'article 458 que compte développer la jurisprudence. Mais la portée exacte de cette conception demeure encore difficile à apprécier. Il semble toutefois que la possibilité pour le majeur protégé parent, d'agir seul en justice pour faire valoir ses droits strictement personnels, soit clairement établie. Cependant, il semble aussi que cette faculté ne soit pas absolue : possibilité ne signifiant pas nécessité, c'est au contraire son antonyme.

L'étude de l'exercice de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant révèle en revanche un

¹⁷³⁹ Comme pour la procédure de changement de prénom.

¹⁷⁴⁰ Pour reprendre le titre d'une note du Professeur Nathalie PETERKA, « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », *JCP G* 2014, n°1-2. 14.

véritable vide juridique, relatif d'une part à l'absence de fondement textuel exprès écartant le majeur protégé des charges de l'administration légale de son enfant mineur ; d'autre part, et le cas échéant, à l'adoption d'un mécanisme de transfert au parent capable de gérer le patrimoine de l'enfant, sans avoir à recourir à l'ouverture d'une tutelle en présence d'un second parent qui possède pourtant la qualité d'administrateur légal. Le législateur, en réformant l'administration légale, n'a pas tiré toutes les conséquences du nouveau régime ainsi mis en place par ordonnance.

CHAPITRE 2

LA PRIVATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE DU MAJEUR PROTÉGÉ PARENT

458. Protection de l'enfant. Lorsque le majeur protégé n'est pas en mesure d'exercer sa fonction parentale dans le respect de ses devoirs légaux, le droit se doit d'intervenir pour protéger l'enfant. L'atteinte à l'autorité parentale, qui pourra en résulter, fait apparaître la confrontation des intérêts en présence : intérêt de l'enfant à être protégé, et intérêt du parent à voir respecter ses droits parentaux. L'intervention du droit est fondée sur le besoin de protection de l'enfant, et de ses droit fondamentaux (Section I) : « l'essor des droits de l'enfant est irrémédiable : prérogatives parentales et droits de l'enfant sont destinés à cohabiter durablement »¹⁷⁴¹. C'est ce besoin de protection qui justifie l'aménagement, voire la privation de l'autorité parentale du parent, majeur protégé ou non. En revanche, la volonté du parent majeur protégé joue un rôle primordial dans la détermination de l'atteinte à ses prérogatives parentales (Section II).

¹⁷⁴¹ P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2010, p.60.

SECTION I

LE BESOIN DE PROTECTION DE L'ENFANT

459. Défaillance parentale. L'autorité parentale est dévolue aux parents, pour protéger l'enfant, être vulnérable qui n'est pas autonome, mais qui n'en est pas moins sujet de droit. En cas de défaillance du parent, protecteur naturel de l'enfant, le besoin de protection de l'enfant exige la mise en place de mesure d'aide à l'exercice des droits et devoirs parentaux (§II). Cette intervention dans la sphère familiale, dans le but de protéger l'enfant, doit veiller à la préservation de ses droits fondamentaux (§I).

§I- LA PRÉSERVATION DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT

460. Fondements. Les droits fondamentaux des enfants mineurs se sont développés à l'aide d'instruments internationaux et européens tels que la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)¹⁷⁴² et la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH)¹⁷⁴³. Si de nombreux droits sont désormais reconnus aux mineurs, la protection de la relation de l'enfant avec sa famille, particulièrement avec ses parents, se trouve au cœur de la protection de l'enfance. Lorsqu'un parent est défaillant, le droit qui intervient doit veiller à préserver la relation parent-enfant autant que possible (A). En tout état de cause, cette ingérence ne peut être justifiée que par l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit primer toute autre considération (B).

¹⁷⁴² Dite aussi Convention de New York, adoptée par l'Organisation des Nations unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 3 septembre 1990. La Convention a été ratifiée par la France le 2 juillet 1990, L. n° 90-548 du 2 juill. 1990, JO 5 juill., et décret. n° 90-917 du 8 oct. 1990.

¹⁷⁴³ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, et ratifiée par la France le 3 mai 1974, JO 4 mai 1974, décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la Convention EDH, *D.* 1974. 181.

A-LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

461. Contenu. Ce droit est protégé de façon générale par le préambule de la CIDE, qui déclare que « l'enfant doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ». La Convention EDH protège également ce droit pour l'enfant, comme pour tout sujet de droit, en son l'article 8. La notion de vie familiale, objet du droit protégé par la Convention EDH, est une notion évolutive, soumise ainsi au « dynamisme interprétatif » de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹⁷⁴⁴, et dont les limites et le champ d'application sont ainsi difficiles à déterminer. Face à cette notion autonome du droit européen, en donner une définition est une tentative périlleuse, mais il est possible de considérer qu'elle recouvre le « lien existant entre deux individus entre lesquels existe une parenté ou une alliance doublée de relations effectives et affectives »¹⁷⁴⁵. Le droit au respect de la vie familiale implique ainsi pour l'enfant, le droit d'être élevé par ses parents (1), et le droit d'entretenir des relations avec chacun d'eux lorsqu'ils sont séparés (2).

1-Le droit d'être élevé par ses parents

462. Droit effectif. Ce droit est consacré à l'article 7 §1^{er} de la CIDE selon lequel l'enfant a, dès sa naissance, et dans la mesure du possible, le droit de connaître¹⁷⁴⁶ ses parents et d'être élevé par eux. Il est précisé à l'article 9 §1^{er}, selon lequel « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». La Cour EDH a, quant à elle, affirmé sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH, que « pour

¹⁷⁴⁴ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001. I. 335.

¹⁷⁴⁵ F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), PUF, 4^{ème} éd., 2005, comm. n°48.

¹⁷⁴⁶ Sur cette composante du droit d'être élevé par ses parents, voir notamment J.-M. PLAZY, « Le droit à une vie familiale pour les incapables », in J.-J. LEMOULAND et M. LUBY (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p.44. Voir également P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* 7 oct. 2010, n°200, p.17

un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »¹⁷⁴⁷.

Par conséquent, et par principe, les restrictions ou les atteintes à l'autorité parentale constituent des ingérences dans le droit au respect de la vie familiale¹⁷⁴⁸. Ces ingérences de l'Etat ne pourront échapper à la violation de l'article 8 de la Convention EDH que sous trois conditions¹⁷⁴⁹ : être justifiées par un but légitime -l'intérêt supérieur de l'enfant-¹⁷⁵⁰, être prévues par la loi, et être nécessaires dans une société démocratique. Ces conditions sont cumulatives.

463. Contrôle de proportionnalité. La condition de nécessité fait ainsi l'objet d'un contrôle de proportionnalité par la Cour EDH, tout en laissant aux Etats une certaine marge d'appréciation. En cas de séparation d'un enfant de son ou ses parents, par une mesure de placement, les Etats doivent avoir recherché s'il n'y avait pas d'autres possibilités moins radicales, permettant de préserver le lien familial, tout en permettant la protection efficace de l'enfant. Dans sa décision *Kutzner c/ Allemagne*, où les parents étaient atteints d'un retard intellectuel, et les enfants présentaient un retard de développement, la Cour EDH a pourtant conclu à la violation de l'article 8, en ce qu'il n'était pas allégué de comportement fautif des parents par manque de soins ou de mauvais traitements, et qu'il n'avait pas été recherché si une autre mesure moins contraignante pouvait être mise en œuvre, tout en permettant une protection efficace des enfants¹⁷⁵¹. Dans le même sens, dans une espèce où la mère était « incapable » et le père souffrait d'un « léger handicap mental », les autorités russes avaient refusé la mainlevée de la mesure de placement de l'enfant, aux motifs que l'enfant montrait des signes de stress face à ses parents, que le père n'était pas en mesure de s'occuper de son enfant, et que la mère était déclarée incapable¹⁷⁵². La Cour conclut à la violation de l'article 8 en ce que le père

¹⁷⁴⁷ CEDH, *Vautier c/ France*, aff. n° 28499/0526, novembre 2009, *JCP G*, 11 janv. 2010, doctr. n° 34, chron. A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2010. 1904, note A. GOUTTENOIRE. Voir déjà, CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*, §59 : *JDI* 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER ; CEDH, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A, n°307-B, §86 : *D.* 1995, p. 449, note M. HUYETTE ; CEDH *Johansen c/ Norvège*, 7 août 1996, Recueil 1996-III, §52 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 35, obs. F. SUDRE ; CEDH, *Bronda c/ Italie*, 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, § 51 ; CEDH, *Buscemi c/ Italie*, n°29569/95, § 53, CEDH 1999-VI ; *Gnahoré c/ France*, 19 sept. 2000, §50 : *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

¹⁷⁴⁸ Jurisprudence constante : CEDH, cinq arrêts, *H., O., B., R., et W. c/ Royaume-Uni*, série A, n°120 et 121.

¹⁷⁴⁹ Exigences prévues au §2 de l'article 8 de la Convention EDH.

¹⁷⁵⁰ CEDH, *Gnahoré c/ France*, *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

¹⁷⁵¹ CEDH, *Kutzner c/ Allemagne*, 26 février 2002.

¹⁷⁵² E. VIGANOTTI, « Handicap et droit au respect de la vie familiale », *AJ fam.* 2016. 258.

prouvait « aussi bien ses capacités affectives et matérielles à exercer son rôle de père que l'absence de problème psychiatrique l'empêchant de s'occuper d'un enfant en bas âge ou constituant un danger pour ce dernier »¹⁷⁵³. Les juridictions internes n'ont pas démontré, quant à elles, « que l'incapacité juridique de la mère pouvait avoir des répercussions sur la vie familiale et mettre l'enfant en danger de sorte à rendre impossible le transfert de la résidence chez le père avec qui elle vivait ». Ce n'est que si la mesure de placement est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷⁵⁴ et n'a pu être substituée par une mesure moins restrictive, qu'elle sera conforme à l'article 8¹⁷⁵⁵.

Les Etats ont, en tout état de cause, l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir un parent et son enfant¹⁷⁵⁶. En ce sens, les mesures d'assistance éducative doivent constituer des mesures temporaires, lesquelles doivent être levées dès que possible, dans le « but ultime de favoriser la réunion de la famille »¹⁷⁵⁷.

2-Le droit d'entretenir des relations avec ses parents séparés

464. Composante du droit au respect de la vie familiale. Ce droit est clairement affirmé par la jurisprudence de la Cour EDH, énonçant que « l'article 8 inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui »¹⁷⁵⁸, sous la réserve de la protection de l'intérêt de l'enfant¹⁷⁵⁹. Ce principe est repris en droit interne par l'article 373-2 du Code civil, l'érigeant même en une obligation dont les parents sont débiteurs¹⁷⁶⁰, et figure également dans la CIDE à l'article 9 §3. Cette composante

¹⁷⁵³ CEDH, Kocherov et Sergejeva c/ Russie, 29 mars 2016, n°16899/13 : *AJ fam.* 2016. 258, note E. VIGANOTTI.

¹⁷⁵⁴ Cf *infra* §465 et s.

¹⁷⁵⁵ Les juges européens ont intégré à l'article 8 de la Convention EDH la protection procédurale des droits parentaux : voir F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme- Protection de la vie familiale », J-Cl. Europe Traité, fasc. 6525, n°50 et 53.

¹⁷⁵⁶ F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme- Protection de la vie familiale », J-Cl. Europe Traité, fasc. 6525, n°34.

¹⁷⁵⁷ CEDH, Andersson, 25 février 1992, série A, n°226 : *RTDH* 1993, p. 549, note F. TULKENS ; CEDH, Olsson c/ Suède, 24 mars 1988 : *JDI* 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER ; CEDH, Gnahoré c/ France, 19 sept. 2000, §50 : *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

¹⁷⁵⁸ CEDH, Fourchon c/ France, 28 septembre 2005 ; Comm. EDH, déc., 14 mars 1985, Florentino Garcia c/ Suisse : *D. et R.*, 42, p. 98.

¹⁷⁵⁹ Comm. EDH, rapp. 8 mars 1982, Hendriks c/ Pays-Bas : *D. et R.*, 29, p. 5 ; CEDH, Hokannen c/ Finlande, 23 sept. 1994, série A, n°299-A.

¹⁷⁶⁰ Al. 2 art. 373-2 C. civ, qui utilise le verbe « devoir », lorsqu'il énonce ce qui est aussi un droit pour chacun des parents, celui du maintien des relations personnelles avec l'enfant.

du droit au respect de la vie familiale a pour effet d'imposer des obligations positives à la charge des Etats¹⁷⁶¹, telles « l'obligation positive de fournir au requérant une assistance lui permettant d'exercer effectivement ses droits parentaux et son droit de visite »¹⁷⁶². Une exigence de « célérité » pèse à ce titre sur les Etats, afin d'éviter que les procédures engagées par les parents visant au maintien de leurs relations personnelles avec l'enfant, ne soient pas d'une durée excessive, car « comme le répète la Cour européenne, " le passage du temps" peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui »¹⁷⁶³.

Ces composantes du droit au respect de la vie familiale appartiennent tant à l'enfant qu'à ses parents. Ils en sont chacun titulaires à titre personnel, mais ces droits sont également interdépendants. Un droit¹⁷⁶⁴ en revanche les transcende, et doit permettre de trancher lorsque les intérêts en présence se trouvent en opposition : la primauté de l'intérêt de l'enfant.

B-L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ

465. Intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 §1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une

¹⁷⁶¹ Sur cette notion, voir M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en Droit Public, Montpellier 1, 2012 ; Paris, Dalloz, 2014.

¹⁷⁶² CEDH, *Zawadka c/ Pologne*, 23 juin 2005 ; Voir F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme-Protection de la vie familiale », J-Cl. Europe Traité, fasc. 6525, n°42 ; CEDH, *Fourchon c/ France*, 28 septembre 2005 ; CEDH, *Bove c/ Italie*, 30 juin 2005.

¹⁷⁶³ Exigence constante de la Cour EDH. Voir F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme-Protection de la vie familiale », J-Cl. Europe Traité, fasc. 6525, n°42 ; A. BATTEUR et J.-M. LARRALDE, « L'encadrement de la fonction parentale », in A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, p.593, n°805. - CEDH, *W. c./ Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A, n°121, §65 ; CEDH, *Görgülü c./ Allemagne*, 26 février 2004, §45 ; CEDH, *Amanalachioai c/ Roumanie*, 26 mai 2009 : *LEPP*, avril 2009, p. 4, comm. J.-M. LARRALDE ; CEDH, *Bondavalli c/ Italie*, 17 nov. 2015, n°35532/12 : *LEFP*, janv. 2016, p. 2, comm. J.-M. LARRALDE.

¹⁷⁶⁴ Selon le Professeur Gilles LEBRETON, « l'existence d'un "droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur", [...] est tellement évidente, qu'elle n'est pas consacrée expressément », G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF* 2003, n°2, p.77, note 39. Sur l'ensemble de la question, voir A. GOUTTENOIRE, « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, *Économica* 2008, p. 495.

considération primordiale ». La Cour EDH s'est prononcée en faveur de l'intégration de cette disposition dans le droit européen des droits de l'Homme, en énonçant que la Convention EDH devait être interprétée à la lumière des dispositions de la CIDE¹⁷⁶⁵. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant. La Cour EDH se réfère ainsi expressément à la CIDE depuis un arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*¹⁷⁶⁶.

Après avoir, dans un premier temps, refusé l'applicabilité directe de la CIDE¹⁷⁶⁷, nos juridictions des deux ordres juridiques de droit interne procèdent désormais à une analyse de chaque disposition pour en dégager l'applicabilité directe ou non¹⁷⁶⁸. Cette question demeure toujours d'actualité, car peu de dispositions ont été déclarées d'effet direct en droit interne¹⁷⁶⁹. Chacune des juridictions a toutefois affirmé l'applicabilité directe de l'article 3 §1 de la

¹⁷⁶⁵ Voir par ex. : CEDH, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, § 120 : *D.* 2007. 2700, note F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2007. 738, chron. J.-P. MARGUENAUD. - A. GOUTTENOIRE, op. cit. ; B. BONNET, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens, in C. GAUTHIER, M. GAUTIER et A. GOUTTENOIRE (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pedone, 2012, p. 49.

¹⁷⁶⁶ CEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006, § 83 : *D.* 2007, p. 771, note P. MUZNY ; *RTDH* 2007, p. 823, note B. MASSON. - CEDH, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, § 120. - CEDH, *Maumousseau et Washington c/ France*, 6 déc. 2007 : F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* : PUF, Thémis, 7e éd. 2015, (GACEDH), n° 52.

¹⁷⁶⁷ Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 91-11.310, *D.* 1993. 361, note J. MASSIP ; *RDSS* 1993. 533, note F. MONEGER ; *D.* 1994, somm. 34, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP* 1993. I. 3688, n°4, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP* 1993. I. 3700, n° 1, obs. E. PICARD ; *Rev. crit. DIP* 1993. 449, note P. LAGARDE. - Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993 [deux arrêts], n° 91-18.735 et 92-05.015, *D.* 1994. 191, note J. MASSIP ; *JCP* 1994. I. 3729, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1993. IR 209 ; *JCP* 1994. II. 22219, note Y. BENHAMOU. - Soc. 13 juill. 1994, n° 93-10.891, *JCP* 1995. II. 22363, note Y. BENHAMOU ; *JCP* 1995. I. 3813, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 1994. 844, obs. J. HAUSER ; *D.* 1995. 91, note J. MASSIP. - Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 92-20.082, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *RTD civ.* 1995. 347, obs. J. HAUSER. Le Conseil d'Etat s'est montré plus mesuré, se bornant à refuser l'applicabilité directe de l'article 9 de la CIDE : CE 29 juill. 1994, req. n° 143866, préfet de la Seine-Maritime c/ M. et Mme Abdelmoula, *AJDA* 1994. 841, concl. M. DENIS-LINTON ; *LPA* 7-8 juill. 1995, p. 24, obs. Y. BENHAMOU.

¹⁷⁶⁸ Revirement de la Cour de cassation : Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bourdier c/ Rainville*, *AJ fam.* 2005. 274, note Th. FOSSIER ; *D.* 2005. 1909, note V. EGEE - Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Washington c/ Washington*, *JCP* 2005. 1573, concl. C. PETIT, note C. CHABERT ; *RDSS* 2005. 814, comm. Cl. NEIRINCK ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Chronique droit de la famille*, *JCP* 2005. I. 199, n° 7 ; D. BUREAU, *Rev. crit. DIP* 2005. 679. Applicabilité directe d'une disposition (art. 16-1) de la CIDE décidée par le Conseil d'Etat : CE 10 mars 1995, req. n° 141083, *Demirpence, Lebon* 610 ; *D.* 1995. 617, note Y. BENHAMOU ; *RTD civ.* 1996. 140, obs. J. HAUSER. - V. C. CHABERT, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *JCP* 2003. I. 129 ; L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. LEVENEUR, 2004, LGDJ, n°648 et s. - Voir aussi, CE 30 juin 1993, *Caméara*, req. n° 136601, *JDJ* nov. 1993. 33 - CE 29 juill. 1994, req. n° 143866, *DEF* 1994, n° 40, p. 129 ; *AJDA* 1994. 841, concl. DENIS-LINTON ; *RDSS* 1995. 167, obs. F. MONEGER - CE 3 juill. 1996, *Paturel*, req. n° 140872, *JCP* 1996. I. 2279, obs. ROUAULT ; J. RUBELLIN-DEVICHI, *chron. dr. fam.*, *JCP* 1997. I. 3996.

¹⁷⁶⁹ Voir le dossier spécial, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », *Dr. fam.* nov. 2009. Dossier, commentaire article par article, A. GOUTTENOIRE et al. ; A. GOUTTENOIRE, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA* mars 2012, n°50, p. 17.

CIDE¹⁷⁷⁰.

Mais il existe déjà dans notre droit interne la notion d'« intérêt de l'enfant »¹⁷⁷¹. Les dispositions, entrées en vigueur postérieurement à la CIDE et à la jurisprudence constatant l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE, n'ont pas repris la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant »¹⁷⁷². Pourtant, les deux concepts sont intégrés au droit positif. Il est dès lors possible de s'interroger sur le sens de ces deux notions : sont-elles identiques ? Ou au contraire doit-on les distinguer ? En dépit de l'adjectif dont est affublé l'intérêt de l'enfant dans la CIDE, la Cour de cassation estime que les deux notions, interne et internationale, doivent être assimilées et considérées comme identiques¹⁷⁷³. Si certains auteurs approuvent cette assimilation¹⁷⁷⁴, d'autres considèrent que la notion de droit international, intégrée à l'ordre juridique interne, participe à une dérive individualiste du droit français¹⁷⁷⁵.

466. Contenu du concept. Quant au contenu même de la notion d'intérêt de l'enfant, il est en réalité insaisissable, car impossible à déterminer tant il est soumis à variabilité et subjectivité : « la résistance que la notion offre à l'analyse renvoie donc à l'impossibilité de donner un sens, une signification *a priori* de l'intérêt de l'enfant, ou encore, à défaut, de cerner des critères aptes à favoriser son identification »¹⁷⁷⁶. La doctrine a pu qualifier cette notion de « formule magique »¹⁷⁷⁷, de « notion-cadre »¹⁷⁷⁸, ou de « standard »¹⁷⁷⁹. « Principe fourre-tout »¹⁷⁸⁰, un

¹⁷⁷⁰ Pour la juridiction de l'ordre judiciaire, Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, op. cit. Pour la juridiction de l'ordre administratif, CE 22 sept. 1997, req. n° 161364, *Mlle Cinar*, RFDA 1998. 562, concl. R. ABRAHAM ; JDI 1998. 721, note I. BARRIERE-BROUSSE ; RDSS 1998. 174, chron. F. MONEGER.

¹⁷⁷¹ Dans de nombreuses dispositions, comme par ex. : art. 371-1, 371-4 al.2, 371-5, 373-2 al. 3, 373-2-1, à plusieurs reprises dans la disposition, 373-2-6 al.1, 373-2-7 al. 2, 373-3 al. 2 C. civ.

¹⁷⁷² Voir par ex. l'art. 371-4 C. civ régissant les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, dont la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 a modifié l'alinéa 1^{er}, substituant comme seul obstacle à ce droit « l'intérêt de l'enfant », aux « motifs graves » jusque-là exigés. Voir également l'article 373-2-1 al. 2 et 3.

¹⁷⁷³ Civ. 1^{re}, 19 nov. 2009, n°09-68.179.

¹⁷⁷⁴ A. GOUTTENOIRE, chap. 234 : Autorité parentale : exercice, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, n°234.64 ; Th. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La revue des Droits de l'Homme*, n° 03, 2013, p. 9.

¹⁷⁷⁵ G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF* 2003, n°2, p.77.

¹⁷⁷⁶ Th. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », *La revue des Droits de l'Homme*, n° 03, 2013, p. 9. - C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, p. 4405.

¹⁷⁷⁷ J. CARBONNIER, 21^{ème} éd., Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p.85 ; et du même auteur, « Les notions à contenu variable en droit de la famille », in C. PERLEMAN et R. VANDER ELST (ss. dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

¹⁷⁷⁸ C. LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Economica, 1985, p. 128.

¹⁷⁷⁹ P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 45.

¹⁷⁸⁰ B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n°62, p.6.

auteur éminent a qualifié la notion de « boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver »¹⁷⁸¹. La généralité de la notion, le « flou conceptuel »¹⁷⁸² qui l'entoure, offre au juge une grande marge d'appréciation, mais aussi son corollaire, le risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation : selon le Doyen Carbonnier, « l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui »¹⁷⁸³.

467. Domaine privilégié. Les décisions relatives à l'autorité parentale sont le domaine privilégié du recours au concept d'intérêt de l'enfant¹⁷⁸⁴. A cette occasion en effet, celui-ci se retrouve face à l'intérêt de son ou ses parents car, s'il y a ingérence dans l'autorité parentale, c'est *a priori* que les parents ne remplissent pas correctement les fonctions qui leur incombent, et que l'enfant a besoin d'une protection. Entre le besoin de protection de l'enfant et la préservation des droits parentaux, les intérêts en présence sont divergents. Dans ce cas, selon la jurisprudence de la Cour EDH, « le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance cruciale dans toute affaire de cette sorte », ce qui implique que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer toute autre considération »¹⁷⁸⁵. Pourtant, l'intérêt de l'enfant au sens de la Cour EDH comporte deux aspects : le premier permettant de garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain ; le second impliquant le maintien des liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines¹⁷⁸⁶.

C'est selon ce deuxième aspect de la notion d'intérêt de l'enfant que la Cour EDH a pu déduire que la séparation de l'enfant avec sa famille ne pouvait intervenir qu'en cas de danger

¹⁷⁸¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, 249, spéc. p. 265.

¹⁷⁸² G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF* 2003, n°2, p.77. – Bruno ANCEL l'a qualifié de « concept polymorphe, aux mille facettes juridiques, psychologiques et sociales », in « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n°62, p.6.

¹⁷⁸³ J. CARBONNIER, note sous CA Paris, 30 avril 1959 : *D.* 1960. 673.

¹⁷⁸⁴ Même s'il est loin d'être le seul domaine : « cette fréquence s'explique par la généralité de la disposition [l'article 3-1 CIDE], qui permet son application dans de multiples domaines, qu'il s'agisse de contrôler une décision individuelle ou une disposition générale et abstraite », A. GOUTTENNOIRE, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA* mars 2012, n°50, p.17.

¹⁷⁸⁵ CEDH, *Amanalachioai c/ Roumanie*, 26 mai 2009 : *LEPF*, juil. 2009, n°4, obs. J.-M. LARRALDE ; *Actualité droits-libertés*, 27 mai 2009, note N. HERVIEU ; A. BATTEUR et J.-M. LARRALDE, in A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, p.595. Sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, voir G. HUBERT-DIAS, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale : Etude de droit européen comparé*, Thèse de doctorat en Droit Privé, Reims, 2014 ; O. PRASONG, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en Droit Privé, Bordeaux, 2016.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

extrême de l'enfant¹⁷⁸⁷. Elle adopte en effet une position particulièrement restrictive : « l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture d'une partie du lien familial [...] » ; c'est pourquoi, « à cet égard, un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts de l'enfant à demeurer placé et ceux du parent à vivre avec lui [...]. En procédant à cet exercice, la Cour attachera une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent »¹⁷⁸⁸. Il en résulte donc, lorsque l'intérêt de l'enfant se trouve confronté à celui de son parent, que le premier ne primera pas systématiquement le second : ce n'est qu'une « possibilité », qui sera offerte au juge selon les circonstances de la cause. Contrairement à l'adjectif utilisé par la CIDE et repris par la Cour EDH, l'intérêt de l'enfant ne sera pas systématiquement supérieur aux autres intérêts en présence, particulièrement ceux de ses parents¹⁷⁸⁹. Aussi, la Cour EDH impose aux juridictions internes d'apprécier cet intérêt *in concreto*¹⁷⁹⁰. La Cour de cassation, exigeant dans un premier temps le fondement formel à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions relatives à l'autorité parentale, procède désormais à un contrôle de la « conformité substantielle de la décision rendue à l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] L'essentiel est que la décision soit fondée sur l'intérêt de l'enfant et que cette considération l'emporte sur toutes les autres, sans que la formulation du raisonnement n'ait beaucoup d'importance »¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés, difficultés pratiques*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, actes, 2012, p.238.

¹⁷⁸⁸ CEDH, Vautier c/ France, 26 nov. 2009 : *JCP* 2010, n°31, note A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2010, Jur. 1904, note A. GOUTTENOIRE, A. BATTEUR et J.-M. LARRALDE, op. cit., p. 594.

¹⁷⁸⁹ En ce sens, M. EUDES, « La Convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant... et passant sous silence les droits des femmes ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2013, n°3 ; G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF* 2003, n°2, p.77 ; B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n°62, p.6.

¹⁷⁹⁰ CEDH Palau Martinez c/ France, 16 déc. 2003, req. n°64927/01 : *Dr. fam.* 2004, comm. 30, obs. DE LAMY ; *AJ fam.* 2004. 62, obs. PLANA ; *D.* 2004. 1261, comm. BOULANGER ; *JCP* 2004. I. 107, obs. F. SUDRE ; *JCP* 2004. II. 10122, obs. A. GOUTTENOIRE. – Voir déjà, CEDH, Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal, 21 déc. 1999, req. n°33290/96 : *Dr. fam.* 2000, comm. 145, obs. A. GOUTTENOIRE ; CEDH, Hoffman c/ Autriche, 23 juin 1993, req. n°15/1992/360/434, Série A, n°225 C : *RTDH* 1994. 405, obs. MORAGE ; *D.* 1994. 326, obs. J. HAUSER ; *GACEDH*, PUF, 7^{ème} éd., 2014, p. 603, n°53. Voir cependant, B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n°62, p.6, citant le Professeur Adeline GOUTTENOIRE qui a relevé l'ambivalence de la Cour de cassation, qui usait à la fois d'une approche *in concreto* et *in abstracto* dans la détermination de l'intérêt de l'enfant : A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur du professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 148.

¹⁷⁹¹ A. GOUTTENOIRE, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, chap. 234, n°234.64.

Le besoin de protection de l'enfant, s'il se fonde sur la préservation de ses droits fondamentaux, s'exprime ensuite dans la mise en œuvre de mesures d'aide adressées aux parents dans l'exercice de leur fonction parentale.

§II- LES MESURES D'AIDE À L'EXERCICE DES DROITS ET DEVOIRS PARENTAUX

468. Définition. Selon le Code de l'action sociale et des familles, « La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits. Elle comprend des actions de prévention en faveur de l'enfant et de ses parents, l'organisation du repérage et du traitement des situations de danger ou de risque de danger pour l'enfant ainsi que les décisions administratives et judiciaires prises pour sa protection »¹⁷⁹².

Ces mesures sont de deux ordres : préventives et de nature administrative, elles interviennent dans le domaine sanitaire et social (A) ; si elles s'avèrent insuffisantes, des mesures d'ordres judiciaire devront intervenir (B).

A-LES MESURES IMPLIQUANT UNE VOLONTÉ DU PARENT MAJEUR PROTÉGÉ : DES MESURES PRÉVENTIVES

469. Distinction. Les mesures préventives, d'ordre sanitaire et administratif, sont assurées par le département, et relèvent du service de protection maternelle et infantile (PMI), et du service de l'aide sociale à l'enfance (ASE). Le premier, mentionné à l'article L. 123-1 du CASF, et prévu à l'article L. 2112-1 du Code de la santé publique, est chargé de la « protection sanitaire de la famille et de l'enfance »¹⁷⁹³. Le second a pour mission, entre autre, d'« apporter un soutien

¹⁷⁹² Art. L 112-3 CASF, modifié par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

¹⁷⁹³ Art. L1423-1 CSP.

matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs et à leur famille ou à tout détenteur de l'autorité parentale, confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, qu'aux mineurs émancipés et majeurs de moins de vingt et un ans confrontés à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre »¹⁷⁹⁴. Les deux services seront distingués.

1-Le service de protection maternelle et infantile

470. Dispositif d'aide et assistance. Le service de PMI, dont les missions sont précisées à l'article L. 2112-2 CSP, doit permettre d'offrir aide et assistance aux parents ou futurs parents dans la prise en charge d'un nouveau-né, puis d'un enfant jusqu'à six ans. Il dispense des consultations « prénatales et postnatales et des actions de prévention médico-sociale en faveur des femmes enceintes », « des actions médico-sociales préventives à domicile pour les femmes enceintes notamment des actions d'accompagnement si celles-ci apparaissent nécessaires lors d'un entretien prénatal précoce proposé systématiquement et réalisé à partir du quatrième mois de grossesse »¹⁷⁹⁵. Cet entretien a pour objet « de permettre au professionnel d'évaluer avec elle ses besoins en termes d'accompagnement au cours de la grossesse »¹⁷⁹⁶. Lorsque l'enfant est né, le suivi et la surveillance sont assurés par « des consultations et des actions de prévention médico-sociale en faveur des enfants de moins de six ans ainsi que l'établissement d'un bilan de santé pour les enfants âgés de trois à quatre ans, notamment en école maternelle ». Des actions d'accompagnement sont également prévues pour les enfants de moins de six ans « requérant une attention particulière ».

L'ensemble des dispositifs mis en œuvre par le service de PMI¹⁷⁹⁷ suppose néanmoins « la demande ou [...] l'accord des intéressés, en liaison avec le médecin traitant et les services hospitaliers concernés ». Au-delà de l'âge de six ans, l'enfant scolarisé relève de la santé

¹⁷⁹⁴ Art. L 221-1 CASF.

¹⁷⁹⁵ Cet entretien perd son caractère obligatoire avec la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, art. L.2112-2 CSP.

¹⁷⁹⁶ Art. L. 2122-1 al. 3 CSP.

¹⁷⁹⁷ Voir les art. L. 2112-1 à L. 2112-10 CSP.

scolaire, qui prend le relais¹⁷⁹⁸. Tout parent, majeur protégé ou non, peut bénéficier de ce suivi dès la grossesse : « il constitue un instrument privilégié de lutte contre les inégalités sociales en matière de santé »¹⁷⁹⁹. Il suppose toutefois, si ce n'est une demande formulée en ce sens, un accord du parent ou futur parent, donc une manifestation de volonté exprimée en ce sens.

2-Le service de l'aide sociale à l'enfance

471. Conditions d'intervention. Le département est chargé du service d'aide sociale à l'enfance, mais également « du recueil, du traitement et de l'évaluation, à tout moment et quelle qu'en soit l'origine, des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être. Le représentant de l'Etat et l'autorité judiciaire lui apportent leur concours »¹⁸⁰⁰. L'aide à la fonction parentale suppose deux conditions pour être mise en œuvre : la demande ou l'accord du ou des parents, exigeant ainsi une manifestation de volonté dans ce sens¹⁸⁰¹ ; et les difficultés de la famille risquant de mettre en danger ou de compromettre gravement l'éducation ou le développement de l'enfant¹⁸⁰².

Dans le cadre de la première condition, les prestations d'aide sociale à l'enfance ne doivent pas entraîner d'atteinte aux droits d'autorité parentale. Lorsque l'enfant bénéficie d'une prise en charge par un accueil, de jour¹⁸⁰³ ou dans la durée, cette prise en charge matérielle et administrative est soumise au consentement du ou des parents, qui conservent leur pouvoir décisionnel sur les actes non usuels de l'autorité parentale, mais également sur les actes usuels, tels que « un traitement médical, un voyage scolaire, la pratique d'un sport... »¹⁸⁰⁴. Selon l'article L. 223-2 alinéa 1^{er} du CASF, « sauf si un enfant est confié au service par décision judiciaire ou s'il s'agit de prestations en espèces, aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'aide sociale à l'enfance ne peut être prise sans l'accord écrit des représentants légaux ou du représentant légal du mineur ou du bénéficiaire lui-même s'il est mineur émancipé ». Seule l'intervention judiciaire peut ainsi contraindre à une atteinte à

¹⁷⁹⁸ En ce sens, Cl. NEIRINCK, Rép. Civ. V° Enfance, n°406.

¹⁷⁹⁹ Ibid,

¹⁸⁰⁰ Art. L. 226-3 al. 1 CASF.

¹⁸⁰¹ Art. L. 223-1 al. 1 CASF.

¹⁸⁰² Art. L. 221-1 CASF.

¹⁸⁰³ Art. L. 222-4-2 CASF.

¹⁸⁰⁴ Cl. NEIRINCK, Rép. Civ. V° Enfance, n°418. Sur les actes usuels dans cette hypothèse, voir l'art. L. 223-1-2 CASF issu de la loi du 14 mars 2016.

l'autorité parentale. En revanche, « si le représentant légal est en mesure de donner son accord mais le refuse, le service saisit l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du Code civil »¹⁸⁰⁵, c'est-à-dire une mesure contraignante à titre provisoire. Dans l'hypothèse où le représentant légal « est dans l'impossibilité de donner son accord », et en cas d'urgence, l'autorité judiciaire doit également être saisie¹⁸⁰⁶. L'accord du ou des parents en mesure de le donner est donc indispensable, mais le refus ou l'impossibilité imposera la saisine du juge des enfants en cas de danger pour ce dernier¹⁸⁰⁷.

Selon l'article L. 223-1-1 du CASF, « il est établi, pour chaque mineur bénéficiant d'une prestation d'aide sociale à l'enfance, hors aides financières, ou d'une mesure de protection judiciaire, un document unique intitulé " projet pour l'enfant ", qui vise à garantir son développement physique, psychique, affectif, intellectuel et social. Ce document accompagne le mineur tout au long de son parcours au titre de la protection de l'enfance ». Les parents interviennent dans l'élaboration du projet (PPE), tout comme des proches de l'enfant, mais aucun consentement parental n'est semble-t-il exigé pour sa mise en place : « Le président du conseil départemental est le garant du projet pour l'enfant, qu'il établit en concertation avec les titulaires de l'autorité parentale et, le cas échéant, avec la personne désignée en tant que tiers digne de confiance ainsi qu'avec toute personne physique ou morale qui s'implique auprès du mineur. Ce dernier est associé à l'établissement du projet pour l'enfant, selon des modalités adaptées à son âge et à sa maturité. Le projet pour l'enfant est remis au mineur et à ses représentants légaux [...] »¹⁸⁰⁸.

472. Notion de danger et concept d'informations préoccupantes. La seconde condition à l'intervention des services d'aide sociale à l'enfance, repose sur une notion aux contours incertains : le danger ou le risque de danger pour l'enfant¹⁸⁰⁹. Cette notion doit être distinguée de celle permettant l'intervention du juge à travers la mise en œuvre des mesures d'assistance éducative¹⁸¹⁰. Dans ce dernier cadre, le danger doit être réalisé, actuel, tandis que « le danger

¹⁸⁰⁵ Art. L. 223-2 alinéa 3 CASF.

¹⁸⁰⁶ Art. L. 223-2 al.2 et 4 CASF.

¹⁸⁰⁷ Art. L. 226-4, 2° CASF.

¹⁸⁰⁸ Art. L. 223-1-1 al. 5 CASF.

¹⁸⁰⁹ Voir F. MACORIG-VENIER, « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RDSS* 1993. 170.

¹⁸¹⁰ Art. 375 C. civ. Cf infra.

justifiant l'intervention de l'aide sociale à l'enfance peut être présumé, potentiel »¹⁸¹¹.

Ces deux appréhensions du danger pour l'enfant peuvent néanmoins se retrouver dans le concept général « d'informations préoccupantes », dont « le président du conseil départemental est chargé du recueil, du traitement et de l'évaluation, à tout moment et quelle qu'en soit l'origine [...] »¹⁸¹². L'article L. 226-2-1 du CASF impose à tous les acteurs intervenant auprès des enfants la transmission « sans délai », de « toute information préoccupante sur un mineur en danger ou risquant de l'être, au sens de l'article 375 du code civil », donc au sens du domaine de l'assistance éducative, c'est-à-dire « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises »¹⁸¹³. La frontière entre le danger ou le risque de danger permettant l'intervention de l'aide sociale à l'enfance, et le danger permettant une mesure d'assistance éducative, semble bien difficile à établir clairement. D'autant que le législateur n'a pas défini la notion d'information préoccupante, qui les englobe. Aussi, « il ne s'agit pas d'apporter une preuve, mais de transmettre un simple renseignement, la connaissance plus ou moins certaine d'un fait. La transmission de l'information ne poursuit qu'un but : donner l'alerte en raison de son caractère "préoccupant". Or, est préoccupant ce qui préoccupe, ce qui inquiète. Comme nous n'avons pas tous la même perméabilité à l'inquiétude, l'information préoccupante a une incontestable dimension subjective »¹⁸¹⁴.

Cette transmission a pour but de permettre d'évaluer la situation du mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont ce mineur et sa famille peuvent bénéficier. Sauf intérêt contraire de l'enfant, le père, la mère, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur sont préalablement informés de cette transmission, selon des modalités adaptées¹⁸¹⁵. Les professionnels tenus au secret en sont libérés pour effectuer un signalement¹⁸¹⁶, mais n'y sont plus tenus depuis la loi du 5 novembre 2015¹⁸¹⁷.

¹⁸¹¹ Cl. NEIRINCK, Rép. Civ. V° Enfance, n°448.

¹⁸¹² Art. L. 226-3 alinéa 1^{er} CASF.

¹⁸¹³ Art. 375 C. civ.

¹⁸¹⁴ Cl. NEIRINCK, op. cit., n°454.

¹⁸¹⁵ Art. L. 226-2-1 CASF.

¹⁸¹⁶ Art. 226-14 C. pén.

¹⁸¹⁷ Loi n°2015-1402 du 5 novembre 2015, visant à clarifier la procédure de signalement de situations de maltraitance par les professionnels de santé, ayant modifié l'article 226-14 du C. pén.

L'évaluation de la situation du mineur, objet d'une information préoccupante, est réalisée par une équipe pluridisciplinaire de professionnels identifiés et formés dans ce but¹⁸¹⁸. A cette occasion, la situation des autres enfants mineurs présents au domicile est également évaluée. Ce n'est qu'au terme de celle-ci que les services de l'aide sociale à l'enfance proposeront des mesures préventives et non juridiquement contraignantes, ou, « si nécessaire »¹⁸¹⁹, devront en alerter l'autorité judiciaire. Dans trois cas de figure toutefois, le président du conseil départemental doit aviser sans délai le procureur de la République lorsque l'enfant se trouve en danger au sens de l'article 375 du Code civil : lorsque l'enfant a déjà fait l'objet de mesures préventives d'aide sociale à l'enfance mais qui n'ont -manifestement- pas permis de remédier à la situation de danger dans laquelle se trouve l'enfant ; lorsque ces mesures ne peuvent être mises en place en raison du refus du ou des parents, ou de leur impossibilité à collaborer avec le service ; enfin, en cas de danger grave et immédiat, « notamment dans les situations de maltraitance »¹⁸²⁰. Le procureur doit également être avisé sans délai lorsqu'un mineur est présumé être en situation de danger au sens de l'article 375 du Code civil mais qu'il est impossible d'évaluer cette situation¹⁸²¹.

Il est possible de s'interroger sur les différents dangers que composent la protection de l'enfance. Du risque de danger au danger¹⁸²², puis du danger actuel ou réalisé¹⁸²³, et enfin du danger grave et immédiat¹⁸²⁴, il semble qu'un curseur ait été mis en place au sein de la notion de danger. Mais il reste que le danger est toujours encouru par un enfant mineur, parce que ses protecteurs naturels sont défaillants.

Lorsque les mesures administratives sont insuffisantes ou impossibles à mettre en œuvre pour faire cesser le risque de danger de l'enfant, il est nécessaire de recourir aux mesures contraignantes, qu'impose l'autorité judiciaire.

¹⁸¹⁸ Art. L. 226-3 al. 3 CASF.

¹⁸¹⁹ Selon les termes de l'alinéa 4 de l'article L. 226-3 CASF.

¹⁸²⁰ Art. L. 226-4 CASF.

¹⁸²¹ Ibid.

¹⁸²² Dans les mesures préventives de l'aide sociale à l'enfance.

¹⁸²³ Dans les mesures d'assistance éducative.

¹⁸²⁴ Relevant semble-t-il de l'enfance maltraitée, issue de la loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la protection de l'enfance maltraitée, art. L. 226-1 à L. 226-13 CASF.

B-LES MESURES D'ASSISTANCE ÉDUCATIVE : DES MESURES IMPOSÉES

473. Intervention de l'autorité judiciaire. La compétence du juge des enfants, en matière d'assistance éducative, est affirmée par l'article 375-1 du Code civil, mais son intervention est subsidiaire aux mesures administratives¹⁸²⁵. Les mesures prononcées ne sont pas subordonnées à l'accord des titulaires de l'autorité parentale, en dépit de la recherche de leur adhésion¹⁸²⁶ : le juge les ordonne¹⁸²⁷, après avoir constaté l'état de danger de l'enfant, fondement de l'intervention judiciaire (1). Pour y remédier, les mesures prononcées doivent être proportionnées au but poursuivi, car ces mesures constituent une ingérence dans la vie familiale de l'enfant, et des parents. Le juge dispose pour cela d'un éventail de modalités lui permettant une individualisation de l'assistance éducative (2). Dans toute décision, le juge des enfants doit se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant¹⁸²⁸.

1-Le fondement de l'intervention judiciaire

474. Danger au sens de l'article 375 du Code civil. L'article 375 du Code civil dispose que « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice [...] ». Le fondement de l'intervention judiciaire se trouve ainsi dans l'état de danger de l'enfant, lequel doit être mineur et non émancipé, ou dans la compromission de son éducation ou de son développement, dont la cause doit être caractérisée par un certain degré de gravité. Aussi, à la différence des mesures administratives, le danger potentiel, le risque de danger ne permettent pas le prononcé de mesures éducatives. Le danger relevant de l'article 375 doit être actuel, exister au jour où le juge des enfants statue¹⁸²⁹. Le législateur n'a pas défini cette notion de danger, laissant au juge une large marge d'appréciation des faits qui lui sont soumis¹⁸³⁰ :

¹⁸²⁵ A. GOUTTENOIRE, « La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007, Chron. 1090 ; S. BERNIGAUD, « Dispositif judiciaire de protection de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, chap. 242, n°242.23.

¹⁸²⁶ Art. 375-1 al. 2 C. civ.

¹⁸²⁷ Selon les termes de l'article 375 C. civ.

¹⁸²⁸ Art. 375-1 al. 2 C. civ.

¹⁸²⁹ En ce sens, Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n°09-68.141 : *Dr. fam.* 2010. Comm. 184, obs. C. NEIRINCK.

¹⁸³⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1973, Bull. civ. I, n°296 – Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 08-12.098 – Cass. Civ. 1^{re}, 14

« L'existence d'un état de danger, condition nécessaire pour que, selon l'article 375 du Code civil, puissent être ordonnées des mesures d'assistance éducative, doit être appréciée par le juge en fonction des circonstances de la cause »¹⁸³¹. En revanche, cette marge d'appréciation a pour corollaire l'exigence de motivation des décisions rendues en la matière¹⁸³². Le législateur de 2007, tenant compte des constatations des professionnels de terrain de la protection de l'enfance, relevant que « pour un grand nombre de situations, le danger trouvait sa source dans l'existence de carences éducatives importantes, compromettant le devenir de l'enfant si aucune intervention sociale ou judiciaire ne venait y remédier »¹⁸³³, a précisé l'article 375 en intégrant à l'état de danger pour l'enfant, les situations dans lesquelles les conditions de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises¹⁸³⁴.

475. Assistance éducative et carence parentale. L'assistance éducative est en effet étroitement liée à l'autorité parentale. Sa place dans le Code civil en est la démonstration. C'est ainsi parce qu'il y a carence parentale que l'enfant se trouve en danger, et que l'autorité judiciaire doit intervenir. Toutefois, celle-ci ne constitue pas une sanction à l'égard des parents défaillants, mais consiste uniquement à protéger l'enfant.

En présence d'un parent majeur protégé, seul comptera l'état de danger de l'enfant, que le parent lui fait courir. Si la mesure de protection juridique n'a aucune incidence *a priori* sur le prononcé d'une mesure d'assistance éducative, les causes qui ont justifié la mesure de protection du majeur pourront être appréciées *in concreto* comme étant à l'origine de la défaillance parentale, elle-même à l'origine de l'état de danger de l'enfant. En effet, le parent bénéficie d'une mesure de protection juridique parce que son état ou sa situation la rend nécessaire¹⁸³⁵, car il se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté¹⁸³⁶. Cette cause sera le plus souvent également à l'origine de la

janv. 2009, n° 07-19.579 – Cass. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 94-05.104.

¹⁸³¹ Civ. 1^{re}, 14 fév. 1990 n°87-05.074, Bull. civ. I, n°47.

¹⁸³² Civ. 1^{re}, 26 janv. 1972, *D.* 1972. 553, note J. MASSIP- Civ. 1^{re}, 16 fév. 1977, Bull. civ. I, n°90 - Civ. 1^{re}, 8 oct. 1985 : *Gaz. Pal.* 1986. 1. 386, note J. M. - Civ. 1^{re}, 8 oct. 1986, Bull. civ. I, n°236 : *Deffrénois* 1987. 765, n°40, obs. J. MASSIP.

¹⁸³³ S. BERNIGAUD, « Dispositif judiciaire de protection de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, chap. 242, n°242.22.

¹⁸³⁴ Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance, art. 14. Voir sur l'ensemble de la loi, A. GOUTTENOIRE, *D.* 2007, Chron. 1090 ; EUDIER et CHAMBONCEL-SALIGUE, *RJPF* 2007-11/11.

¹⁸³⁵ Art. 415 C. civ.

¹⁸³⁶ Art. 425 C. civ.

défaillance du parent. Or, les mesures d'assistance éducative ont pour finalité la restauration d'une fonction parentale satisfaisante, et doivent, sauf exception, être limitées dans le temps¹⁸³⁷. Aussi, « parce qu'elle tend à la restauration de l'autorité parentale [...], une telle mesure a toujours supposé que le trouble affectant l'auteur de l'enfant soit temporaire ou que sa gravité ne rende pas impossible un retour ultérieur à la normale »¹⁸³⁸, ce qui correspond peu à la situation d'un majeur protégé parent.

L'alinéa 4 de l'article 375 dispose cependant que « lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure [à deux ans]¹⁸³⁹, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir ». Les exigences cumulatives de cette disposition expriment le caractère restrictif de la mesure. Mais en présence d'un parent majeur protégé, dont les facultés mentales sont gravement altérées, et en l'absence d'un second parent apte à exercer sa responsabilité parentale, cette mesure pourra être prononcée.

2-Les effets des mesures d'assistance éducative

476. Assistance éducative et autorité parentale. En principe, les mesures d'assistance éducative n'ont aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, ni *a fortiori* sur la titularité de celle-ci. L'article 375-7 du Code civil dispose en effet que « les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure »¹⁸⁴⁰. Ce qui signifie néanmoins, *a contrario*, que certaines prérogatives de l'autorité parentale seront inévitablement atteintes par la mesure d'assistance éducative. Mais elles ne pourront jamais l'être toutes en

¹⁸³⁷ Art. 375 C. civ.

¹⁸³⁸ A. BATTEUR, J-Cl. Civ, art. 457-1 à 463, Fasc. 20, n°130 ; M. HUYETTE, « Placement de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.* 2007, p. 54.

¹⁸³⁹ Art. 375 al. 3 C. civ. La mesure prononcée ne peut en principe excéder deux années.

¹⁸⁴⁰ L'émancipation de leur enfant leur est toutefois interdit, art. 375-7 al.1^{er} C. civ.

même temps, ce qui aurait pour effet de priver le parent de l'exercice de l'autorité parentale, qui relève de la seule compétence du juge aux affaires familiales : « la compétence du juge des enfants se limite à l'organisation du fonctionnement de l'autorité parentale »¹⁸⁴¹. C'est pourquoi l'article 375-2 énonce que « chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel ». Ce principe est largement inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne tolère une séparation de l'enfant et de ses parents, constituant une ingérence dans leur vie familiale, que si le placement constitue la seule mesure possible pour protéger et préserver l'intérêt de l'enfant¹⁸⁴². Le placement de l'enfant constitue ainsi la mesure ultime de l'assistance éducative¹⁸⁴³, après l'assistance éducative en milieu ouvert (AEMO), et les mesures intermédiaires, alternatives, permettant de ne pas recourir au placement¹⁸⁴⁴.

Les voies de recours contre une décision rendue en assistance éducative restreignant l'exercice des droits de l'autorité parentale, sont désormais ouvertes aux parents majeurs protégés, qui peuvent les exercer seuls, sans assistance ou représentation, sur le fondement de l'article 458 du Code civil¹⁸⁴⁵.

477. Mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial et mesure d'accompagnement judiciaire. La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, prévue à l'article 375-9-1 du Code civil, ne semble pas pouvoir être appliquée en présence d'un parent majeur protégé, à tout le moins lorsqu'il se trouve en curatelle renforcée ou en tutelle, car dans ces hypothèses, la personne chargée de la mesure de protection perçoit seule les revenus, dont les prestations sociales, et assure lui-même le règlement des dépenses¹⁸⁴⁶. La

¹⁸⁴¹ G. RAYMOND, Rép. Civ., V° Assistance éducative, n°121.

¹⁸⁴² V. par ex. CEDH, 7 août 1996, Ferrantelli et Santangelo c/ Italie, req. n°19874/92 : *JCP* 1997. I. 4000, obs. F. SUDRE ; CEDH, 26 fév. 2002, Kutzner c/ Allemagne, req. n°46544/99. - Voir également A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ fam.* 2004. 380 ; et *AJ fam.* 2007. 54, Dossier Placement de l'enfant.

¹⁸⁴³ M. HUYETTE, « Le placement de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.* 2007. 54 ; L. MAUFROID et F. CAPELIER, « Le placement du mineur en danger : le droit de vivre en famille et la protection de l'enfance », *JDJ* oct. 2011, n°308, p. 11 ; et nov. 2011, n°309, p. 28.

¹⁸⁴⁴ Telles que l'hébergement temporaire, art. 375-2 C. civ. et art. L. 222-4-2 CASF ; la prise en charge ponctuelle, art. L. 222-5 CASF ; ou l'accueil d'urgence, art. L. 223-2 CASF.

¹⁸⁴⁵ Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n°12-23.766 : *JurisData* n°2013-025047 ; *JCP G* 2014. 14, note N. PETERKA ; *Dr. fam.* 2014, comm. 9, obs. I. MARIA ; *AJ fam.* 2013. 717, obs. Th. VERHEYDE ; *D.* 2014. 467, note G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2014, n°3, p. 84, obs. J. HAUSER. - Voir L. MAUGER-VIELPEAU, « Les actions en justice en matière familiale », in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis 2013, p. 345. Voir déjà, CA Amiens, ch. spéc. mineurs, 8 nov. 2007 : *JurisData* n°2007-354010, *Dr. fam.* 2008, Comm. 64, note Th. FOISSIER. Sur les actions en justice strictement personnelles, voir *supra*.

¹⁸⁴⁶ Art. 472 C. civ. pour la curatelle renforcée, art. 496 C. civ. pour la tutelle. Voir décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, annexe

question pourrait se poser pour le parent en curatelle simple¹⁸⁴⁷, mais une réponse positive impliquerait de méconnaître la volonté et l'esprit de la loi du 5 mars 2007 qui visait à supprimer la superposition de la tutelle aux prestations sociales et de la curatelle¹⁸⁴⁸. La mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial « permet, au moins dans un premier temps, de préserver la capacité des parents »¹⁸⁴⁹. Ce n'est qu'en présence d'une mesure d'accompagnement judiciaire¹⁸⁵⁰, non privative de capacité juridique¹⁸⁵¹, qu'une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial pourra coexister. Dans cette hypothèse, les prestations sociales relatives à chacune des mesures sont clairement distinguées¹⁸⁵², de même que leur gestion respective par les personnes qui en sont chargées¹⁸⁵³. Le législateur leur impose toutefois une obligation d'information réciproque lorsqu'ils interviennent ensemble pour un même foyer¹⁸⁵⁴.

Si une mesure de protection juridique ne peut coexister avec une mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, cela impliquerait que la personne chargée de la mesure de protection juridique réponde, en affectant les prestations familiales perçues par le parent majeur protégé, aux besoins financiers de l'enfant liés au logement, à l'entretien, à la santé et à l'éducation de celui-ci. Or, est-ce bien son rôle, en tant que protecteur du majeur, dont l'intérêt seul doit guider ses décisions, non celui de l'enfant, qui peut diverger de celui de son ou ses parents ? D'autant qu'il est possible de considérer que les prestations familiales relatives à l'enfant ne sont perçues par le parent qu'au nom et pour le compte de l'enfant.

1, colonne 1, II.

¹⁸⁴⁷ Art. 468 C. civ.

¹⁸⁴⁸ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs, instaurant la mesure d'accompagnement sociale personnalisée (MASP), art. L. 271-1 et s. CASF, et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) remplaçant l'ancienne tutelle aux prestations sociales adulte (TPSA), et du même jour, loi n°2007-293 relative à la protection de l'enfance, instituant la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial (MJAGBF), remplaçant l'ancienne tutelle aux prestations sociales enfant (TPSE).

¹⁸⁴⁹ A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014, n°778, p. 496.

¹⁸⁵⁰ Art. 495 et s. C. civ.

¹⁸⁵¹ Art. 495-3 et 495-1 C. civ.

¹⁸⁵² Art. 495-5 al. 1^{er} C. civ.

¹⁸⁵³ Le mandataire à la protection juridique des majeurs, pour la mesure d'accompagnement judiciaire, art. 495-6 C. civ. ; Le délégué aux prestations familiales, pour la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial, art. 375-9-1 C. civ, et art. L. 474-1 et s. CASF.

¹⁸⁵⁴ Art. 495-5 al. 2 C. civ.

478. Bilan. Les mesures d'aide à l'exercice des droits et devoirs parentaux sont pleinement accessibles aux parents majeurs protégés. Les mesures administratives, préventives au danger encouru par l'enfant, supposent néanmoins une manifestation de volonté positive du ou des parents majeurs protégés. Lorsque le danger est actuel et constitué pour l'enfant, l'autorité judiciaire doit intervenir, en imposant des mesures d'assistance éducative. Fondées sur l'état de danger de l'enfant, qui n'est plus seulement un risque, l'assistance éducative peut -et doit- atteindre certaines prérogatives parentales pour faire cesser cet état et protéger l'enfant. Si auparavant la protection de l'enfance ne visait pas uniquement l'enfant en danger, mais prenait également en compte la préservation des droits parentaux, la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance exprime « un postulat fort : les besoins de l'enfant et la continuité de son parcours doivent primer sur toute autre considération »¹⁸⁵⁵. Désormais, « donner la priorité à l'enfant et non à ses parents est le maître mot »¹⁸⁵⁶ de l'institution de protection de l'enfance. La préservation de sa protection et de ses droits fondamentaux devra donc primer les droits parentaux lorsque les intérêts en présence sont divergents, ce qui sera souvent le cas lorsqu'une mesure de placement sera prononcée. La jurisprudence de la Cour EDH continue de protéger largement les droits parentaux à une vie familiale avec leur enfant, lesquels ne pourront être restreints « que dans des circonstances exceptionnelles et ne peuvent se justifier que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁸⁵⁷.

Lorsque les mesures d'aide à l'exercice des droits et devoirs parentaux ne sont pas suffisantes pour répondre au besoin de protection de l'enfant, ainsi qu'à la carence parentale, c'est à l'exercice même de l'autorité parentale qu'il convient de s'intéresser. A cet égard, la volonté du majeur protégé parent dans l'atteinte à son autorité parentale est prise en compte par le droit.

¹⁸⁵⁵ F. CAPELIER, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540.

¹⁸⁵⁶ I. CORPART, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, Etude 14.

¹⁸⁵⁷ CEDH, 7 août 1996, Johansen c/ Norvège, *RTD civ.* 1997. 541, obs. J.-P. MARGUENAUD.

SECTION II

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ DANS LA PRIVATION DE SON AUTORITÉ PARENTALE

479. Annonce de plan. Lorsque le majeur protégé n'est pas en mesure de remplir convenablement ses fonctions parentales, l'autorité judiciaire doit intervenir pour la remise en cause de son autorité parentale. Mesure de protection de l'enfant, et non de sanction du parent, cette remise en cause n'impose pas une volonté discernante du parent¹⁸⁵⁸. Elle est toutefois prise en compte par le droit dans les mesures privatives d'autorité parentale lorsqu'elle existe (§I). Une fois cette privation prononcée, elle emporte des effets tant à l'égard de l'enfant que du parent (§II).

§I- LA VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ DANS LA PRIVATION DE SON AUTORITÉ PARENTALE

480. Aptitude à manifester une volonté propre. Il conviendra de distinguer selon que le majeur protégé possède une volonté propre, et est en mesure de la manifester (A), ou au contraire qu'il en est dépourvu (B).

A-LE MAJEUR PROTÉGÉ A L'INITIATIVE DE LA PRIVATION DE SON AUTORITÉ PARENTALE

481. Distinction. Le majeur protégé parent peut se trouver à l'initiative de la privation de son autorité parentale, par une démarche volontaire, consistant à agir, dans l'hypothèse de la délégation volontaire (1). Mais il peut également en être à l'initiative en s'abstenant d'agir dans l'exercice de ses droits et devoirs parentaux (2).

¹⁸⁵⁸ En ce sens, Civ. 1^{re}, 14 avril 1982 : D. 1983.294, note J. M.

1-La délégation volontaire de l'autorité parentale

482. Action attitrée. L'article 377 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « les père et mère, ensemble ou séparément peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ». Parce qu'elle procède d'une manifestation de volonté exprimée en ce sens, la délégation volontaire, totale ou partielle, ne peut émaner que de l'un ou des deux parents : c'est une action attitrée.

En présence d'un parent dont les facultés mentales sont altérées, un éminent auteur considère que « le trouble mental d'un auteur de l'enfant placé sous un régime de protection s'oppose à une telle mesure. Le juge devrait, en pareil cas, refuser d'entériner la demande »¹⁸⁵⁹. Mais ce refus, *ab initio*, aurait pour effet d'interdire au parent majeur protégé l'accès à la délégation volontaire, acte qui intègre incontestablement la catégorie des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant. Or, en application de l'article 458 du Code civil, le majeur protégé parent peut seul, sans assistance ni représentation, effectuer cette demande. Si sa volonté est suffisamment éclairée, lui permettant de comprendre le sens et la portée de l'acte envisagé, il semble que le juge doive prendre en compte cette demande. Il se prononcera ensuite « en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs »¹⁸⁶⁰. Si en revanche le majeur protégé parent n'est pas en état de manifester une volonté suffisamment saine, la délégation volontaire sera impossible. En tout état de cause, le droit de consentir à l'adoption de l'enfant ne pourra jamais être délégué¹⁸⁶¹.

¹⁸⁵⁹ A. BATTEUR, J.-Cl. Civ., art. 457-1 à 463, Fasc. 20, n°132.

¹⁸⁶⁰ Art. 373-2-6 al. 1^{er} C. civ.

¹⁸⁶¹ Art. 377-3 C. civ.

2-L'abstention volontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux

483. Refus de la fonction parentale. L'article 378-1 alinéa 2 du Code civil énonce que peuvent « se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 », c'est-à-dire les prérogatives d'autorité parentale qui n'étaient pas inconciliables avec les mesures d'assistance éducative. Le retrait total de l'autorité parentale fondé sur ce texte, suppose une abstention volontaire du parent, majeur protégé ou non, donc une volonté consciente de ne pas exercer ses prérogatives parentales, lequel peut alors s'analyser en un refus de remplir sa fonction parentale.

484. Parent majeur protégé. Dans l'hypothèse d'un parent majeur protégé, cette disposition ne pourra lui être appliquée que s'il a conservé une volonté propre, lui permettant d'appréhender les conséquences de son abstention dans l'exercice de ses prérogatives parentales que lui avait pourtant laissé le juge des enfants dans le prononcé des mesures d'assistance éducative¹⁸⁶². Cette volonté de s'abstenir de sa fonction parentale malgré l'aide apportée par l'assistance éducative, doit avoir duré plus de deux ans. L'action en retrait total de l'autorité parentale est intentée devant le tribunal judiciaire, par le ministère public, un membre de la famille, le tuteur de l'enfant, ou le service de l'aide sociale à l'enfance auquel l'enfant a été confié¹⁸⁶³.

Le retrait total fondé sur l'alinéa 2 de l'article 378-1 du Code civil sera rarement applicable au majeur protégé parent, puisqu'il suppose une volonté consciente et durable dans l'abstention d'exercice des prérogatives parentales. Ainsi, « les juges du fond ne peuvent retirer totalement l'autorité parentale à la mère, en application de l'alinéa 2 de l'article 378-1, aux motifs que son état de santé ne l'empêchait pas d'exercer ses droits et devoirs de mère, ni de prendre des nouvelles de son enfant, alors qu'ils relèvent qu'elle présentait des troubles psychiatriques graves et durables »¹⁸⁶⁴.

¹⁸⁶² Cf *infra* §486 l'abstention involontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux.

¹⁸⁶³ Art. 378-1 al. 3 C. civ.

¹⁸⁶⁴ Civ. 1^{re}, 13 janv. 1998 : *Dr. fam.* 1998, n°97, note P. MURAT.

485. Comportements incompatibles avec la qualité de parents. Enfin, outre le retrait de l'autorité parentale fondée sur l'article 378 du Code civil, lorsque les parents ont commis une infraction sur la personne de l'enfant ou de l'autre parent, l'alinéa 1 de l'article 378-1 permet le retrait de l'autorité parentale aux parents qui « soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcoolique ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant ». Les comportements parentaux visés semblent en principe relever d'une volonté propre qui sont incompatibles avec la qualité de parents. Ces comportements ont pour conséquences, lorsqu'existe un enfant, de la placer en situation de danger manifeste, c'est-à-dire qu'il relève de l'évidence, qu'il est grave et immédiat¹⁸⁶⁵. Ce critère de gravité se retrouve également dans le comportement parental déviant à l'origine du danger pour l'enfant. Mesure civile, ultime et radicale, le retrait de l'autorité parentale sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 378-1 convoque une certaine urgence. La notion de danger manifeste est centrale dans cette disposition, et justifie que le retrait ne s'entende pas comme une mesure de sanction du comportement parental, mais d'abord comme une mesure de protection de l'enfant. A ce titre, l'efficacité de la volonté d'un majeur protégé parent qui s'adonne à ces comportements importe peu¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁶⁵ Sur la notion de danger manifeste de l'article 378-1 al. 1 C. civ., voir A. GOUTTENOIRE, in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, Chap. 235, n°235.34.

¹⁸⁶⁶ En ce sens, Civ. 1^{re}, 14 avril 1982, *D.* 1983. 294, note J. M., où une mère jugée pénalement irresponsable, car démente et dangereuse, s'était vue retirer totalement l'autorité parentale sur son enfant.

B- L'ABSENCE DE VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ DANS LA PRIVATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

486. Annonce de plan. Lorsque le majeur protégé parent est dépourvu de volonté propre, ou que cette dernière est trop altérée pour être exprimée valablement, son autorité parentale pourra néanmoins être remise en cause. En effet, l'absence de volonté suppose l'impossibilité d'exercer les attributs de l'autorité parentale. Or la condition juridique de l'enfant impose sa mise sous protection et la préservation de son intérêt. L'absence de volonté du majeur protégé parent suppose qu'il soit hors d'état d'exercer ses droits et devoirs parentaux pour fonder la privation de son autorité parentale (1). A l'inverse, cette absence de volonté peut également conduire à en écarter la privation (2).

1-L'abstention involontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux

487. Fondement à la privation de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 373 du Code civil énonce qu'« est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de tout autre cause ». L'incapacité de fait à manifester une volonté saine pour le parent impose de le priver de l'exercice de l'autorité parentale¹⁸⁶⁷. Cette notion ambiguë et désuète depuis la réforme du 5 mars 2007 n'est plus visée par les juges du fond, qui recherchent uniquement l'aptitude ou l'inaptitude du parent à manifester sa volonté¹⁸⁶⁸. L'abstention dans l'exercice des droits et devoirs parentaux ne peut avoir un caractère volontaire, puisque l'article 373 suppose précisément une absence de volonté. Ainsi, l'absence de volonté du parent majeur protégé au regard de ses troubles mentaux doit imposer sa privation de l'autorité parentale¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁷ Voir *supra* §411 et s., la nécessité d'une aptitude à manifester sa volonté pour le parent majeur protégé. Sur la nécessité de modifier cette disposition, voir P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle (art. 458 du Code civil issu de la loi du 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, Etude 17 ; F. FRESNEL et I. MARIA, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA* 2014, n°97, p. 6.

¹⁸⁶⁸ G. MILLERIOUX, « curatelle renforcée et retrait de l'autorité parentale », comm. ss CA Bordeaux, 30 mai 2017, *Dr. fam.* 2017, n°9, comm. 182.

¹⁸⁶⁹ CA Bordeaux, 30 mai 2017, n°16/04574 : *JurisData* n°2017-010879 ; *Dr. fam.* 2017, n°9, comm. 182, note G.

L'inaptitude à manifester une volonté suffisamment lucide peut également justifier une délégation forcée de l'autorité parentale. En effet, l'alinéa 2 de l'article 377 énonce deux hypothèses dans lesquelles l'exercice de l'autorité parentale peut être déléguée partiellement ou totalement par le juge aux affaires familiales au particulier, à l'établissement ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant, ou à un membre de la famille : en cas de désintérêt manifeste, ou lorsque les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Cette impossibilité d'exercice pourra trouver sa cause dans l'impossibilité de manifester sa volonté¹⁸⁷⁰. Ce critère fait l'objet d'une interprétation subjective par la Cour de cassation¹⁸⁷¹.

En revanche, la première hypothèse permettant d'engager une procédure de délégation imposée, le désintérêt manifeste du ou des parents, pourra à l'inverse faire obstacle à la privation de l'exercice de l'autorité parentale du parent majeur protégé lorsqu'il sera dépourvu de volonté.

2-Le rôle de la volonté du majeur protégé dans le désintérêt manifeste et le délaissement parental

488. Désintérêt manifeste. La notion de désintérêt manifeste était commune à l'une des hypothèses permettant la délégation forcée ainsi qu'à la déclaration judiciaire d'abandon. Abrogée par la loi du 14 mars 2016¹⁸⁷², cette dernière lui a substitué la déclaration judiciaire de délaissement parental, supprimant l'exigence du désintérêt manifeste des parents (b). Elle a toutefois été maintenue pour la délégation forcée (a).

MILLERIOUX.

¹⁸⁷⁰ En ce sens, A. GOUTTENOIRE, in P. MURAT, *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016, Chap. 23, n°234.213. L'auteur constate que cette notion se rapproche de celle exigée à l'article 373 du Code civil.

¹⁸⁷¹ Ibid.

¹⁸⁷² Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JO 15 mars 2016. Sur cette loi, voir I. CORPART, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, étude n°14. - F. CAPELIER, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016. 540.

a-L'exigence de désintérêt manifeste dans la délégation forcée

489. Critères. L'ancien article 350 du Code civil relatif à la déclaration judiciaire d'abandon disposait que « sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs ». L'exigence étant identique à celle de l'article 377 alinéa 2 relatif à la délégation forcée à la demande d'un tiers, cette définition demeure actuelle. Exigence factuelle, elle est toutefois soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels l'interprètent comme nécessitant le caractère volontaire du désintérêt¹⁸⁷³. En présence d'un parent majeur protégé, la délégation forcée sur le fondement du désintérêt manifeste¹⁸⁷⁴ ne peut être prononcée qu'en rapportant la preuve du caractère volontaire, donc de l'aptitude à manifester une volonté suffisamment efficiente du parent majeur protégé. Ainsi, lorsque ce dernier présente une maladie ou un handicap mental grave, ne lui permettant pas d'entretenir avec l'enfant les relations nécessaires au maintien des liens affectifs, la délégation forcée sur ce fondement¹⁸⁷⁵, est impossible : les juges du fond se sont ainsi expressément fondés sur les causes de la mesure de protection juridique du parent pour en déduire que si le désintérêt pouvait être constaté, son caractère volontaire n'était pas établi¹⁸⁷⁶.

b-De la déclaration judiciaire d'abandon à la déclaration judiciaire de délaissement parental

490. Évolution législative. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a substitué la déclaration judiciaire de délaissement parental à celle d'abandon¹⁸⁷⁷. Cette

¹⁸⁷³ Voir déjà, CA Paris, 5 juillet 1968, *JCP* 1968. II. 15640, obs. P. RAYNAUD - Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, n°79-10.874, Bull. civ. I, n°158 - Civ. 1^{re}, 20 nov. 1985, *RTD civ.* 1986.731, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI - Civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, *Dr. fam.* 2000. Comm. 3, obs. P. MURAT - CA Lyon, 7 mai 2002, RG n°01/04102 - CA Amiens, 13 mars 2008 : JurisData n°2008-358659, relatif à une mère majeure protégée, souffrant d'un handicap limitant l'expression de ses relations affectives avec sa fille, et ses capacités maternantes. - Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n°09-15.129. - Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n°10-30.714, *Dr. fam.* 2012, comm. 29, obs. G. RAYMOND.

¹⁸⁷⁴ Comme la déclaration judiciaire d'abandon auparavant.

¹⁸⁷⁵ Comme l'ancienne déclaration judiciaire d'abandon.

¹⁸⁷⁶ CA Douai, 7^{ème} ch., 2 avril 2015, n°14/00208 : JurisData n°2015-008965 ; *Dr. fam.* 2015, n°6, comm. 132, obs. I. MARIA. Arrêt rendu sur le fondement de l'ancien article 350 du Code civil. Pour une illustration en matière de délégation forcée en présence d'un parent majeur protégé, CA Amiens, ch. spéc. min., 13 mars 2008 : JurisData n°2008-358659.

¹⁸⁷⁷ Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JO 15 mars 2016. Sur laquelle, I. CORPART, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles

évolution était demandée depuis longtemps par les acteurs de la protection de l'enfance, car les critères permettant le prononcé d'une déclaration d'abandon étaient jugés trop restrictifs, notamment celui du désintérêt manifeste, nécessairement volontaire, excluant de son champ d'application un grand nombre d'enfants voués à demeurer dans le circuit de l'aide sociale à l'enfant, sans perspective de retour au sein de leur famille, ni d'en intégrer une nouvelle¹⁸⁷⁸.

491. Effets. Désormais, l'article 381-1 du Code civil énonce qu'« un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit ». Le critère de délaissement se veut à première vue plus objectif que celui du désintérêt manifeste : si les parents n'ont pas entretenu avec l'enfant *les* relations qui sont nécessaires à son éducation ou son développement, pendant une durée d'un an, alors le délaissement est constitué. Par opposition, *des* relations épisodiques ou aléatoires ne semblent pas être suffisantes pour écarter le délaissement parental¹⁸⁷⁹. A cet égard, l'article 381-2 alinéa 2 précise que « la simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant ne constituent pas un acte suffisant pour rejeter de plein droit une demande en déclaration de délaissement parental et n'interrompt pas le délai [d'un an] ». Dans le même sens, l'alinéa 1 fait obligation au tiers qui a recueilli l'enfant de transmettre la demande en déclaration de délaissement parental à l'issue du même délai, « après que des mesures appropriées de soutien aux parents leur ont été proposées », ce qui implique que ces mesures n'ont pas été suivies d'effet.

492. Maintien du caractère volontaire du délaissement. La question du maintien du caractère volontaire du délaissement doit néanmoins se poser, car c'est ce critère qui permettait de faire échec à un certain nombre de demandes de déclaration judiciaire d'abandon, particulièrement en présence d'un parent atteint d'une maladie ou d'une altération de ses

perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, étude n°14.- F. CAPELIER, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016. 540.

¹⁸⁷⁸ Rapp. IGAS, *Les conditions du délaissement parental et ses conséquences pour l'enfant*, 2009. – Rapport du Conseil supérieur de l'adoption, sur la pratique et l'avenir de la déclaration judiciaire d'abandon, septembre 2005. – Rapport de l'Observatoire national de l'enfance en danger, sur le délaissement parental, septembre 2009. – Rapport de l'Académie nationale de médecine, février 2011. Cités par C. NEIRINCK, « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. fam.* 2012, n°5, repère 4.

¹⁸⁷⁹ Civ. 1^{re}, 6 mars 1985 : Bull. Civ. I. n°88 ; *Defrénois* 1986, art. 33690, n°6, p. 328, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1986. 730, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

facultés mentales¹⁸⁸⁰. Selon le Professeur Claire NEIRINCK, la délocalisation de la nouvelle déclaration judiciaire dans le chapitre du Code civil intitulé *De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant*, « a ainsi permis au législateur de supprimer plus facilement le caractère volontaire du comportement reproché aux parents, qui était autrefois exigé. L'article 381-1 du Code civil ne repose que sur un critère factuel : le fait de délaisser l'enfant »¹⁸⁸¹. Dans le même sens, Madame Flore CAPELIER considère que « cet article [381-1] doit également permettre d'écarter la jurisprudence de la Cour de cassation qui, jusque-là, appréciait le caractère volontaire du désintérêt des parents envers l'enfant avant de prononcer un abandon »¹⁸⁸². Si le caractère volontaire n'est pas expressément exigé par l'article 381-1, ce dernier précise toutefois que l'abstention parentale doit pouvoir se constater « sans que [les parents] en aient été empêchés par quelque cause que ce soit ». Ce qui semble bien induire une abstention parentale volontaire, l'empêchement impliquant à l'inverse une entrave à la volonté d'entretenir les relations nécessaires à l'éducation ou au développement de l'enfant. En ce sens, Monsieur Richard OUEDRAOGO estime que « la nouvelle mesure judiciaire [...] a maintenu l'exigence d'un désintérêt volontaire que devra toujours observer le juge en dépit d'une objectivisation du délaissement »¹⁸⁸³.

Aussi, en présence d'un parent majeur protégé, la jurisprudence antérieure relative à la déclaration judiciaire d'abandon risque de demeurer inchangée. Les juges du fond continueront à exclure le délaissement parental en présence d'un parent atteint d'un handicap ou d'une maladie mentale ainsi que l'a fait la Cour d'appel de Douai¹⁸⁸⁴ ; à se fonder sur les causes de la mesure de protection juridique du parent pour écarter le caractère volontaire du délaissement. Cet arrêt concernant un parent sous curatelle, il en sera *a fortiori* de même pour un parent sous curatelle renforcée et sous tutelle. Il en résulte qu'un parent majeur protégé ne pourra que très

¹⁸⁸⁰ Sur l'exigence jurisprudentielle du caractère volontaire du désintérêt : CA Paris, 10^{ème} ch., 8 juin 1973 : *JCP G* 1974. II. 17660, note S. BETANT-ROBET ; *RDSS* 1973, n°3, p. 562, obs. P. RAYNAUD ; Civ. 1^{re}, 23 octobre 1973 : *D.* 1974, p. 135, note C. GAURY ; *JCP G* 1974. II. 17689, note E. S. DE LA MARNIERRE ; Civ. 1^{re}, 3 octobre 1978 : *RDSS* 1979, p. 279, note P. RAYNAUD ; Civ. 1^{re}, 29 octobre 1979 : *RDSS* 1980, n°3, p.148, obs. P. RAYNAUD ; Civ. 1^{re}, 20 nov. 1985 : *RTD civ.* 1986. 731, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

¹⁸⁸¹ C. NEIRINCK, Rép. Civ. V° Enfance, n°646.

¹⁸⁸² F. CAPELIER, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016. 540.

¹⁸⁸³ R. OUEDRAOGO, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale : développements récents », *AJ fam.* 2017.173. Dans le même sens, L. GEBLER, « Réforme de la protection de l'enfant - Sélection d'articles », *AJ fam.* 2016. 199.

¹⁸⁸⁴ CA Douai, 7^{ème} ch., 2 avril 2015, n°14/00208 : *JurisData* n°2015-008965 ; *Dr. fam.* 2015, n°6, comm. 132, obs. I. MARIA. L'arrêt se fonde sur l'article 425 du Code civil pour écarter le caractère volontaire du désintérêt parental.

rarement en principe voir prononcer à son encontre une déclaration judiciaire de délaissement parental, l'exigence de prise en compte de l'intérêt de l'enfant n'intervenant par ailleurs que lorsque le délaissement est établi¹⁸⁸⁵. En tout état de cause, le recours contre un tel jugement constitue une action strictement personnelle au sens de l'article 458 du Code civil, en ce qu'elle touche à l'exercice des droits d'autorité parentale sur la personne de l'enfant, que le majeur protégé parent peut à ce titre exercer sans aucune assistance ni représentation¹⁸⁸⁶.

Cette nouvelle mesure judiciaire avait initialement pour objectif d'élargir le champ d'application de l'ancienne déclaration judiciaire d'abandon, mais elle se révèle au final encore plus restrictive : en effet, alors que l'ancienne mesure ne contenait aucune exigence sur les causes du désintérêt manifeste des parents, la nouvelle exclut au contraire le délaissement parental dès lors que « quelque cause que ce soit » a empêché le ou les parents d'entretenir les relations indispensables à leur enfant.

493. Bilan. La volonté du majeur protégé parent dans la privation de son autorité parentale joue ainsi un rôle fondamental : s'il est en état de la manifester de façon efficiente, c'est elle qui sera à l'origine de la privation de l'autorité parentale. S'il n'est pas en état de manifester une volonté saine, c'est son absence qui sera à l'origine de cette privation. Toutefois, l'absence de volonté est la condition de la perte de l'autorité parentale de l'article 373, tandis que cette absence de volonté fera au contraire échec à la déclaration judiciaire de délaissement parental de l'article 381-1.

¹⁸⁸⁵ En ce sens, Civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, n°79-15.746. - Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n°13-24.268 ; *AJ fam.* 2015.60, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *RTD civ.* 2015.118, obs. J. HAUSER ; *D.* 2015. 649, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *D.* 2015. 1919, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE.

¹⁸⁸⁶ Voir déjà en ce sens, sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 5 mars 2007 : CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 25 mai 1998 : *JurisData* n°1998-046473. – *Contra*, CA Lyon, 2^{ème} ch. civ., 26 mars 2002 : *JurisData* n°2002-197344, qui exige l'assistance du curateur ; CA Montpellier, 5^{ème} ch. civ., 30 juillet 2003 : *Dr. fam.* juillet-août 2004, comm. n°131, note Th. FOSSIER, nullité du jugement d'abandon au motif de l'absence de notification au curateur en première instance. Cf *supra*, Les actions strictement personnelles en matière de filiation et d'autorité parentale.

§II- LES EFFETS DE LA PRIVATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE DU MAJEUR PROTÉGÉ

494. Annonce de plan. La privation de l'autorité parentale du majeur protégé emporte un transfert de cette autorité (A), dans le but d'organiser la protection de l'enfant (B).

A-LE TRANSFERT DE L'AUTORITÉ PARENTALE

495. Distinction. Le transfert de l'autorité parentale suppose deux hypothèses : soit le transfert de l'exercice de l'autorité parentale uniquement (1), soit le transfert non seulement de cet exercice, mais également de sa titularité (2).

1- Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale

496. Effets. Dans le cadre de la perte de l'autorité parentale prévue à l'article 373 du Code civil, seul l'exercice de l'autorité parentale doit être transféré, non sa titularité. En présence d'un second parent apte à exercer les responsabilités parentales, l'article 373-1 prévoit un transfert de plein droit de la part d'autorité parentale dont le parent est privé. Ce transfert concerne tant l'administration légale que l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Si les deux parents subissent les effets de l'article 373 ou lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, il est nécessaire d'ouvrir une tutelle complète conformément à l'article 390 du Code civil, selon lequel « la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale ».

La délégation d'autorité parentale a pour effet de transférer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale, non sa titularité elle-même, ce qui la distingue du retrait de l'autorité parentale, qui retire la titularité de l'autorité parentale au parent. Lorsqu'elle est totale, la délégation emporte également le droit de consentir au mariage et à l'émancipation. Seul le droit de consentir à l'adoption ne peut jamais être délégué, car il a pour effet de conduire à la rupture

du lien de filiation¹⁸⁸⁷.

Dans le cadre de la délégation imposée¹⁸⁸⁸, il semble possible au juge d'accorder un droit de visite ou de correspondance, et plus largement un droit d'entretenir des relations personnelles au(x) parent(s) et à l'enfant, sous la réserve qu'il ne soit pas contraire à l'intérêt de ce dernier.

2-Le retrait de la titularité de l'autorité parentale

497. Perte de l'ensemble des attributs de l'autorité parentale. Le retrait de l'autorité parentale a pour effet de priver le parent de l'ensemble des prérogatives d'autorité parentale : l'article 379 alinéa 1 dispose en effet que « le retrait total de l'autorité parentale prononcé en vertu [des articles 378 ou 378-1 du Code civil] porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ». Le retrait porte donc également sur le droit de consentir au mariage et à l'émancipation, mais également sur le droit strictement personnel de consentir à l'adoption de son enfant. Il semble toutefois qu'en cas de retrait partiel, le jugement puisse permettre de conserver ce droit au parent, selon les attributs de l'autorité parentale qu'il retire¹⁸⁸⁹. Le retrait concerne en principe tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement¹⁸⁹⁰, mais ce dernier pourra écarter le principe au regard des circonstances¹⁸⁹¹.

B-LA PROTECTION DE L'ENFANT

498. Ouverture d'une tutelle. La perte de l'autorité parentale prévue à l'article 373 a pour effet l'ouverture d'une tutelle complète en présence d'un seul parent, ou lorsque les deux sont touchés par la disposition¹⁸⁹². L'article 398 du Code civil énonce qu'elle doit l'être avec constitution d'un conseil de famille. Ce dernier est composé de membres désignés par le juge des tutelles des mineurs, parmi les parents et alliés des père et mère du mineur, ainsi que toute

¹⁸⁸⁷ Art. 377-3 C. civ.

¹⁸⁸⁸ Et en-dehors de la délégation- partage, cf art. 377-1 C. civ.

¹⁸⁸⁹ Art. 379-1 C. civ.

¹⁸⁹⁰ Art. 379 al. 1^{er} C. civ.

¹⁸⁹¹ Art. 379-1 C. civ.

¹⁸⁹² Art. 390 C. civ.

personne qui manifeste un intérêt pour l'enfant¹⁸⁹³. Le choix des membres du conseil de famille est guidé par des critères que la loi impose au juge des tutelles : les membres doivent être choisis en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, mais également en considération des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de l'enfant, des liens affectifs qu'ils ont avec lui, ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent¹⁸⁹⁴. Enfin, le juge doit éviter, dans la mesure du possible, de laisser l'une des deux branches, paternelle ou maternelle, sans représentation¹⁸⁹⁵. Ainsi, si le critère figurant en premier lieu est celui de l'intérêt de l'enfant, il n'est pas le seul s'imposant au juge dans la constitution du conseil de famille. L'article 394 précise pourtant que la tutelle est une « protection due à l'enfant ».

La délégation permet à l'enfant d'être recueilli et pris en charge au quotidien par un tiers particulier, qui peut être un membre de la famille, ou un établissement agréé ou encore le service départemental de l'aide sociale à l'enfance. La délégation pourra prendre fin ou être transférée¹⁸⁹⁶.

499. Pupilles de l'État. Enfin, le retrait de l'autorité parentale a pour effet d'obliger le juge à statuer sur le sort de l'enfant. Ainsi, « si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale », la juridiction saisie devra « soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié, à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance »¹⁸⁹⁷. Dans cette hypothèse, les enfants sont admis en qualité de pupilles de l'État selon l'article L. 224-4 5° du Code de l'action sociale et des familles. Ce statut les rend ainsi adoptables, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du ou des parents. Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance, au terme d'une déclaration judiciaire de délaissement parental, peuvent également être admis en qualité de pupilles de l'État, et faire l'objet d'un placement en vue d'une adoption¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹³ Art. 399 al. 3 C. civ.

¹⁸⁹⁴ Art. 399 al. 4 C. civ. Comp. avec la constitution du conseil de famille des pupilles de l'Etat, art. L. 224-2 CASF.

¹⁸⁹⁵ Ibid., al. 5.

¹⁸⁹⁶ Art. 377-2 C. civ.

¹⁸⁹⁷ Art. 380 al. 1 C. civ.

¹⁸⁹⁸ Art. L. 224-4 6° CASF, et art. 347 C. civ.

Conclusion du chapitre 2

500. La privation de l'autorité parentale du majeur protégé parent révèle la confrontation de deux intérêts en présence : celui des parents, et celui de l'enfant. Si chacun doit être pris en compte, la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant vise désormais à donner la priorité à l'enfant et non à ses parents¹⁸⁹⁹. Cette priorité est d'autant plus remarquable en présence d'un parent, dont la vulnérabilité a conduit à le placer lui-même sous protection. C'est finalement son aptitude à manifester une volonté efficiente qui déterminera l'effectivité de ses droits parentaux. Cette volonté joue en effet un rôle fondamental dans la privation de son autorité parentale, fondée sur la nécessité de protection de l'enfant : si le majeur protégé parent est en état de la manifester de façon efficiente, c'est elle qui sera à l'origine de la privation de l'autorité parentale. S'il n'est pas en état de manifester une volonté saine, c'est son absence qui sera à l'origine de cette privation. Elle aura alors pour effet la mise en place de mécanismes de substitution à la protection parentale.

¹⁸⁹⁹ I. CORPART, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, Etude 14.

Conclusion du Titre II

501. La protection juridique du parent n'interdit pas à ce dernier d'être lui-même titulaire de la protection de son enfant. Cette dernière, que traduit l'autorité parentale, « appartient » au(x) parent(s). Par principe, la capacité juridique du parent est indifférente à la dévolution de l'autorité parentale, laquelle se fonde sur la qualité de parent, qui trouve son origine dans le lien de filiation. Le droit ne fait ainsi que constater la dévolution naturelle de la protection de l'enfant à son ou ses auteurs. Le majeur protégé a ainsi vocation, à l'instar de tout parent, à se voir conférer l'autorité parentale sur son enfant : « les parents étant les représentants naturels de leurs enfants, cette fonction leur revient de droit »¹⁹⁰⁰. Le droit des majeurs protégés l'affirme d'ailleurs avec force à l'article 458 du Code civil, puisqu'il répute strictement personnels les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant.

L'exercice de cette autorité est ainsi également strictement personnel. Le droit des majeurs protégés fonde cet exercice sur une présomption de capacité naturelle du majeur protégé parent. Pourtant, lorsque l'on combine les dispositions permettant une mise sous protection juridique du parent à celle de l'article 458 présumant cette capacité naturelle en matière d'actes de l'autorité parentale, la contradiction se révèle flagrante : incapable de pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés personnelles, le majeur protégé parent est en revanche présumé en capacité de pourvoir seul aux intérêts personnels de son enfant. Tout se passe comme si sa vulnérabilité disparaissait en présence de la vulnérabilité de son enfant. Le droit des majeurs protégés ne tient aucun compte du besoin de protection de l'enfant, et préfère accorder une autonomie exclusive en la matière au majeur protégé.

Il revient alors au droit de la famille d'intervenir pour assurer la protection de l'enfant. L'exercice de l'autorité parentale est en effet subordonné à l'aptitude parentale à manifester une volonté efficiente : soit le parent est en capacité naturelle d'exercer l'autorité parentale sur son enfant, et l'on ne peut l'en priver ; soit le parent se trouve dans l'incapacité naturelle de l'exercer, et l'on doit l'en priver.

¹⁹⁰⁰ CA Dijon, 4 juill. 2012, n°12/00315.

Conclusion de la Partie II

502. L'arrivée de l'enfant procure une investiture naturelle du majeur protégé à la qualité de parent. Cette investiture n'est pas refusée par le droit, lequel au contraire la prend en compte en accordant au majeur protégé parent, à l'instar de tout parent, des droits et devoirs dont il ne pouvait se prévaloir auparavant. Toutefois, il n'est pas possible d'ignorer cette rencontre singulière de deux vulnérabilités.

Celle-ci trouve en premier lieu son siège dans la filiation de l'enfant du majeur protégé. Elle convoque alors le droit des majeurs protégés et le droit de la filiation. Leur combinaison laisse apparaître en matière non contentieuse une inégalité fondée sur le sexe des parents. Si elle n'est pas propre à la mesure de protection juridique, elle est pourtant exacerbée par cette dernière. En matière contentieuse en revanche, la rencontre de ces deux branches du droit laisse apparaître un parent majeur dont la protection est mise à nu et dont la faute revient paradoxalement au droit des majeurs protégés. Car en effet, à force de privilégier et de rechercher l'autonomie du majeur vulnérable, il en arrive à le dépouiller de toute protection lorsqu'il s'agit de défendre à une action tendant à l'établissement ou à la contestation du lien de filiation de l'enfant à l'égard du majeur protégé parent. La nature strictement personnelle des actions relatives à la filiation provoque des effets pervers. Il est alors nécessaire d'apporter des remèdes à ce paradoxe, en proposant de traiter différemment les actions strictement personnelles en demande, et les actions strictement personnelles en défense.

La rencontre des deux vulnérabilités trouve en second lieu son siège dans l'autorité parentale sur l'enfant. La capacité juridique du parent est par principe indifférente à la dévolution de l'autorité parentale, ainsi qu'à son exercice, ce qu'affirme avec force l'article 458 du Code civil, telle une « pétition de principe »¹⁹⁰¹. Mais, « le bonheur apporté par la lecture de l'article 458 n'est que de courte durée »¹⁹⁰² : affirmer un droit est une chose, sa mise en œuvre effective en est une autre. En effet, à moins de nier la vulnérabilité du parent, il n'est pas possible d'ignorer que celle-ci a précisément été constatée par le droit, qui a jugé nécessaire de le pourvoir d'une

¹⁹⁰¹ A. BATTEUR, « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires, Actes, 2012, p.237.

¹⁹⁰² A. BATTEUR, op. cit., loc. cit.

protection strictement nécessaire et proportionnée à l'altération de ses facultés personnelles. Cette protection a été instaurée dans le seul intérêt du majeur. Et le droit des majeurs protégés de déclarer dans le même temps une absolue autonomie pour les actes portant sur la personne de son enfant¹⁹⁰³. Cette contradiction a pour effet d'accorder au majeur protégé parent une capacité d'exercice pour certains actes relatifs à son enfant, qu'il n'a pas pour lui-même.

Le droit des majeurs protégés doit alors se combiner avec le droit de la protection de l'enfance, dont le droit de l'autorité parentale. Ce dernier ne fait appel qu'à la capacité naturelle du (des) parent(s) à l'exercice des attributs de l'autorité parentale. A défaut, il se doit de mettre en place des mécanismes de substitution à l'incapacité naturelle du parent, car dans l'intérêt de l'enfant, il n'est pas possible de le laisser sans protection. Mais l'articulation du droit des majeurs protégés et de l'autorité parentale se révèle parfois impossible : ainsi en est-il en matière d'exercice de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant. Sur ce point, l'étude révèle une véritable incohérence entre ces deux branches du droit. Incapable de gérer son propre patrimoine, aucun texte n'empêche pourtant le majeur protégé parent de gérer le patrimoine de son enfant.

C'est finalement le besoin de protection de l'enfant qui devra guider la privation de l'autorité parentale du majeur protégé parent. Ce besoin de protection est alors considéré au regard de l'aptitude du parent à manifester une volonté efficiente. La privation de l'autorité parentale est ainsi révélatrice des intérêts en présence : intérêt du parent à voir ses droits respectés, et intérêt de l'enfant à voir également les siens respectés, à travers le prisme de sa protection.

¹⁹⁰³ En l'absence de dispositions particulières prévues par la loi, art. 458 al. 1 C. civ.

-Conclusion-

503. Le majeur protégé parent est avant tout un majeur protégé procréateur. L'Histoire montre qu'en ce domaine, la procréation lui a longtemps été refusée, et même interdite. Il s'agissait de rechercher les moyens permettant de rendre cette interdiction efficace. La stérilisation contraceptive en fût l'outil privilégié. Cette pratique, longtemps cachée, a été mise en lumière par la loi du 4 juillet 2001, avec l'ambition de mettre en œuvre une procédure légale permettant un contrôle, dans le respect des droits fondamentaux du majeur protégé. Il s'agit du seul acte relatif à la procréation prévoyant une procédure particulière pour le majeur protégé.

Tous les autres, qu'ils soient relatifs à la maîtrise de la procréation, tels les actes contraceptifs, ou à la suppression de celle-ci, tels l'interruption de grossesse, excluent tout régime particulier pour le majeur protégé. La loi du 5 mars 2007 consacrant les actes strictement personnels n'y a rien changé : aucun de ces actes ne figure dans la liste de l'article 458 du Code civil. Pourtant, tous ces actes constituent bien des actes par nature strictement personnels au sens de cette disposition¹⁹⁰⁴. Si la stérilisation contraceptive est un exemple d'acte strictement personnel soumis à des dispositions particulières, donc dérogatoires, telles que prévues par le régime des actes strictement personnels, les autres en sont en revanche dépourvus. La loi du 4 juillet 2001 a également permis de mettre en lumière la sexualité des majeurs protégés, et plus largement des personnes handicapées mentales. A l'aune de la « fondamentalisation »¹⁹⁰⁵ du droit, du développement des « droit à... »¹⁹⁰⁶, la liberté sexuelle de ces personnes ne peut plus être ignorée.

Prolongement de la personne du majeur protégé, l'arrivée de l'enfant lui procure une investiture naturelle à la qualité de parent, que le droit lui reconnaît à double titre. En premier lieu, les actes relatifs à la filiation de son enfant sont déclarés strictement personnels au majeur protégé, ce qui a pour effet de lui faire subir une incapacité de jouissance en cas d'incapacité naturelle de ce dernier. Le droit de la filiation intervient toutefois pour apporter des remèdes substitutifs à la volonté défaillante du majeur, car si l'acte est strictement personnel au majeur protégé, il intéresse également au premier chef l'enfant, autre personne vulnérable, dont le droit

¹⁹⁰⁴ En dépit de l'absence d'unanimité de la doctrine sur la nature de la contraception réversible et temporaire.

¹⁹⁰⁵ R. DIJOUX, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », *LPA* 16 déc. 2011, n°250, p.4. L'auteur fait également référence à « la déferlante des droits fondamentaux ».

¹⁹⁰⁶ Expression propre au Professeur Jean HAUSER. V. par ex. J. HAUSER, « Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé, Rapport de clôture », *Dr. et patr.*, 1^{er} janv. 2011, n°199.

doit aussi assurer la protection. En matière contentieuse en revanche, les effets de la réunion du droit substantiel et du droit processuel sous le sceau de la nature strictement personnelle, conduisent à dépouiller le majeur protégé dépourvu de capacité naturelle, de toute protection lorsqu'il doit défendre à une action tendant à l'établissement ou à la contestation du lien de filiation de l'enfant.

Ensuite, le droit affirme également le principe d'indifférence de la capacité juridique du parent dans la dévolution de l'autorité parentale ainsi que dans son exercice. Mais si affirmer un droit est une chose, sa mise en œuvre effective en est une autre. En effet, à moins de nier la vulnérabilité du parent, il n'est pas possible d'ignorer que celle-ci a précisément été constatée par le droit, qui a jugé nécessaire de le pourvoir d'une protection proportionnée à l'altération de ses facultés personnelles. Instaurée dans le seul intérêt du majeur protégé, la protection juridique des majeurs s'efface totalement pour lui conférer une autonomie absolue en matière d'actes portant sur la personne de son enfant. Ainsi, cette contradiction a pour effet d'accorder au majeur protégé parent une capacité d'exercice pour certains actes relatifs à son enfant, qu'il n'a pas pour lui-même. L'intervention du droit de la protection de l'enfant permet de constater que ce dernier ne fait appel qu'à la capacité naturelle du parent. A défaut, il met en place des mécanismes de substitution, dans l'intérêt de l'enfant. Mais l'articulation des deux branches du droit de ces vulnérabilités distinctes se révèle parfois impossible : ainsi en est-il en matière d'exercice de l'autorité parentale sur les biens de l'enfant. Sur ce point, l'étude révèle une véritable incohérence entre ces deux branches du droit. Incapable de gérer son propre patrimoine, aucun texte n'empêche pourtant le majeur protégé parent de gérer le patrimoine de son enfant.

Notre droit permet ainsi à la personne protégée, majeur vulnérable, de protéger à son tour une autre personne vulnérable, son enfant. Pour ce faire, le droit des majeurs protégés lui accorde même dans ce domaine une autonomie absolue. En revanche, le droit demeure toujours aussi discret, pour ne pas dire silencieux, lorsqu'il s'agit d'envisager la procréation du majeur protégé. A cet égard, aucun acte relatif à la procréation, qu'il s'agisse de la permettre ou de l'empêcher, même temporairement, c'est-à-dire de la maîtriser, ne figure dans la liste primaire de l'article 458, non plus que dans celle actuelle, complétée par la jurisprudence. L'articulation du droit de la santé publique avec celui des majeurs protégés conduit à des difficultés, voire des incohérences qu'il n'est pas possible de surmonter en l'état de droit, et en dépit de l'intervention

de l'ordonnance du 11 mars 2020. La procréation demeure pourtant -encore à l'heure actuelle- le préalable fondamental à la parenté, en-dehors de l'adoption. Mais pour les majeurs protégés aux facultés mentales altérées, en dépit de l'affirmation de leurs droits fondamentaux, persiste le poids historique de la représentation sociale de leur descendance. Lorsque celle-ci existe, la relation parent-enfant est alors envisagée par le droit des majeurs protégés. Sous l'angle de l'établissement de cette relation, la pétition de principe affirmée par l'article 458 du Code civil est l'autonomie absolue. La capacité naturelle du parent majeur protégé est alors présumée, comme pour tout parent. La difficulté réside dans les solutions apportées lorsque celle-ci fait défaut. Le droit de la filiation propose des mécanismes substitutifs en cas d'autonomie défaillante du parent. Toutefois, l'articulation du droit de la filiation avec celui des majeurs protégés démontre, une fois encore, un blocage dans l'hypothèse de l'exercice de la défense à une action relative à la filiation de l'enfant. La mesure de protection juridique a ainsi une incidence sur l'établissement de la relation parent-enfant.

Enfin, le droit des majeurs protégés déclare également que la mise en œuvre de cette relation, la vie parentale, relève également du domaine réservé à l'autonomie exclusive du majeur. Le droit de la protection de l'enfance prend alors le relais dans l'hypothèse d'une incapacité naturelle du parent. Mais le point de rupture dans la rencontre de ces deux branches du droit réside dans l'administration du patrimoine de l'enfant du majeur protégé : aucun des deux types de régime protecteur n'apporte de solution à cette question.

Cette étude a permis d'étudier les actes strictement personnels du majeur protégé, consacrés par le législateur, et complétés par la jurisprudence. Si ces actes sont par nature strictement personnels à tout sujet de droit, rien de tel n'a été à ce jour consacré pour le mineur, personne également protégée, même si « le statut progressif des mineurs vers la capacité »¹⁹⁰⁷ leur permet d'agir seuls pour un nombre croissant d'actes jugés personnels. Issus du mouvement d'autonomisation du droit des majeurs protégés, les actes strictement personnels représentent paradoxalement un véritable danger pour les majeurs protégés, car ils les dépouillent de toute protection. Or, ces personnes, dont la vulnérabilité a pourtant été constatée par le droit, se retrouvent seules face à ces actes, contrairement à ceux prévus par l'article 459 du Code civil. La quasi-totalité des ces actes, en dépit de leur qualificatif, emportent en réalité des effets à l'égard des tiers, particulièrement l'enfant. Et la liste non exhaustive de l'article 458 risque de

¹⁹⁰⁷ J. HAUSER, « La notion d'incapacité », *LPA*, 17 août 2000, p.3.

s'allonger, notamment sous l'influence de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, qui exhorte au principe de la capacité juridique en toutes circonstances, pour tous, y compris les plus faibles. Que restera-t-il du droit des majeurs protégés, si précisément ils ne le sont plus ?

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES, MANUELS, TRAITES

ARISTOTE, *La Politique*, traduit par J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1995.

Association Henri Capitant (ss. la dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p.905.

Association Henri Capitant, *La représentation dans les actes juridiques*, 1948, Tome IV, Travaux Henri Capitant, Dalloz, 1949.

AUBRY Charles, RAU Charles :

- *Cours de droit civil français*, par E. BARTIN, Librairie générale de jurisprudence, 5^{ème} éd., Tome 9, 1917.

- *Droit civil français*, par P. ESMEIN, Tome IX, Librairies techniques, 6^{ème} éd., 1953.

BAILLON-WIRTZ Nathalie, DELFOSSE Alain, *La réforme du droit des majeurs protégés, Loi n°2007-308 du 5 mars 2007*, 1^{re} éd., Litec - Editions du JurisClasseur, 2009.

BATTEUR Annick, CARON-DEGLISE Anne, DALLE Marie-Charlotte, FOSSIER Thierry (dir.) et al., *Curatelle - Tutelle - Accompagnements, Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, Litec professionnel - Editions du JurisClasseur, 2009.

BATTEUR Annick

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010.

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2019.

BATTEUR Annick (dir.)

- *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

- *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2^{ème} éd., 2016.

BAUER M., FOSSIER Thierry, PECAUT-RIVOLIER Laurence, *La réforme des tutelles, Ombres et lumières*, Paris, Dalloz, 2006.

BEIGNIER Bernard, *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, n°2703.

BEUDANT Charles, *Cours de droit civil français, L'état et la capacité des personnes*, T. 3, par R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et A. BRETON, Librairies A. Rousseau, 2^e éd., 1936.

BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline :

- *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2008.
- *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2014.
- *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., juin 2021.

BORILLO Daniel, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009.

BORILLO Daniel, LOCHAK Danièle (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

BRUEL Alain, FAGET Jacques, JACQUES Lucille et al., *De la parenté à la parentalité*. ERES, Maison des droits des enfants et des jeunes, 2001.

CABARELLO Francis, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, 2010.

CARBONNIER Jean :

- *Droit civil, La famille, L'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 21^e éd., 2002.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les incapacités, La famille, L'enfant, Le couple*, Vol. 1, PUF, Coll. Quadriges manuels, 1^{ère} éd., 2004.
- *Ecrits*, PUF, 2008.

CHAPIREAU F., CONSTANT J., DURAND B., *Le handicap mental chez l'enfant*, Paris, Ed. ESF, 1997.

COLIN Armand, CAPITANT Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome I, 11^{ème} éd. Par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1947.

CORNU Gérard :

- *Droit civil, La famille*, Domat droit privé, Montchrestien, 5^e éd., 1996.
- *Droit civil, La famille*, Domat droit privé, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006.
- *Vocabulaire juridique*, Assoc. Capitant, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 2016.

COURBE Patrick, *Droit de la famille*, Armand Colin, 4^e éd., 2005.

DEFFAINS Nathalie, PY Bruno (dir.), *Le sexe et la norme*, PUN, 2010.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, CHOAIN Christine (dir.), *L'autorité parentale en question*, LEDRAP, PU du Septentrion, 2003.

DELPRAT Laurent, *La réforme des tutelles*, éd. Les Etudes Hospitalières, 2009.

DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code Napoléon*, Vol.5, *Traité de la paternité et de la filiation*, A. Lahure éditeur, 1881.

DIEDERICH Nicole (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998.

FAVOREU Louis et al., *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd. 2015.

FENOUILLET David, *La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ?*, Archives de philosophie du droit, 2014, tome 57, p. 95 s.

FOSSIER Thierry, BAUER Michel :

- *Les tutelles : protection juridique et sociale des enfants et adultes*, ESF Editeur, coll. Actions sociales, 2^e éd., 1996.

- *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, ESF Editeur, coll. Actions sociales, 4^e éd., 2008.

FOSSIER Thierry (dir.), *Curatelle, tutelle, accompagnements : Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, Paris, Litec, coll. Litec professionnels, 2009.

FULCHIRON Hugues (dir.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, actes, 2009.

GAREIL Laurence, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2004.

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, Coll. Université, 1^{ère} éd. 2016.

GIAMI Alain, LERIDON Henri (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, Paris, 2000.

GIAMI Alain, PY Bruno, TONIOLO Anne-Marie, (dir.), *Des sexualités et des handicaps. Questions d'intimités*, PUN/Ed. Universitaire de Lorraine, coll. Santé, qualité de vie et handicap, 2013.

GUIHO Pierre, *Droit civil, la famille*, L'Hermès, 4^e éd., 1993.

HAUSER Jean, HUET-WEILER Danièle, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ 2^{ème} éd.1993.

HENNAU-HUBLET Christiane, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruylant, L.G.D.J. 1987.

LAMBERT Jean-Luc, *La nouvelle tentation eugénique*, Lausanne, Ed. Des Sentiers, coll. Arguments, Arcadie Diffusion, 1997.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

LEMOULAND Jean-Jacques et LUBY Monique (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007.

LETTERON Roseline, *Le droit de la procréation*, Que sais-je ?, PUF, 1^{ère} éd., 1997.

LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André., *Histoire du droit civil*, Coll. Précis, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010.

LIENHARD Claude, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Economica, 1985.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Cours de droit civil, La famille*, t. III, Cujas, 1998.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 6^e éd., 2012.

MALAURIE Philippe :

- *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005.

- *Droit civil : les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2010.

MALAURIE Philippe, FULCHIRON Hugues :

- *Droit civil, La famille*, Paris, Lextenso éditions, Defrénois, 2^{ème} éd., 2006.

- *Droit civil, La famille*, Paris, Lextenso éditions, Defrénois, 3^{ème} éd., 2008.

- *Droit civil, La famille*, Paris, Lextenso éditions, Defrénois, 6^{ème} éd., 2018.

- *Droit civil, La famille*, Paris, Lextenso éditions, Defrénois, 7^{ème} éd., 2020.

MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2005.

MASSIP Jacques, *Les incapacités, étude théorique et pratique*, Paris, Defrénois, 2002.

MASSIP Jacques, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2009.

MAZEAUD Henri, Léon et Jean, *Leçons de droit civil, La famille*, T.I, vol. 3, 7^e éd. Par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

MOLIN Olivier, *Les tutelles : La protection juridique des majeurs*, Société française des imprimeries administratives centrales - Sofiac, 1^{re} éd., 2009.

MURAT Pierre (dir.) :

- *Droit de la famille*, Paris, Dalloz action, 5^{ème} éd., 2010.

- *Droit de la Famille*, Paris, Dalloz action, 2016-2017.

- *Droit de la Famille*, Paris, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2020-2021.

NUSS Marcel (dir.), *Handicaps et sexualités : Le livre blanc*, Dreyer Pascal (avant-propos), Paris, Dunod, 2008.

PETERKA Nathalie, CARON-DEGLISE Anne et ARBELLOT Frédéric, *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 3^e éd., 2013/2014.

PICHARD Marc, *Le droit à, Etude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006.

PIERSON Michel, BRUNSWIK H., *Médecins, médecine et société, Introduction à l'éthique médicale*, coll., Paris, Ed. Nathan Université, collection Fac Médecine, 1995.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges :

- *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1928.

- *Traité pratique de droit civil français*, Tome II, 2^{ème} éd., par A. ROUAST, LGDJ, 1952.

PLATON, *La République*, Livres I à X, texte établi par E. CHAMBRY, Gallimard, 1992.

PLAZY Jean-Marie, RAOUL-CORMEIL Gilles (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2013.

RAOUL-CORMEIL Gilles (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et documentaires, 2012.

ROBERT Jacques, DUFFAR Jean (dir.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1994.

ROUAST André, *La représentation dans les actes juridiques*, Les cours du droit 1947-1948, Paris, 1953.

STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 172, 1982.

SUDRE Frédéric (dir.) :

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), PUF, 4^{ème} éd., 2005.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), PUF coll. Thémis droit, 8^e éd., 2017.

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (GACEDH), PUF coll. Thémis droit, 9^e éd., 2019.

SUDRE Frédéric, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002.

TERRE François, FENOUILLET David :

- *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1996.

- *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2005.

- *Droit civil, Les personnes, (Personnalité-Incapacité Protection)*, Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2012.

TERRE François, FENOUILLET David, GOLDIE-GENICON Charlotte, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2018.

TEYSSIE Bernard, *Droit civil : les personnes*, Paris, Litec - Editions du JurisClasseur, 12^{ème} éd., 2010.

VASSEUR-LAMBRY Fanny, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

WONG Catherine, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, Dunod, 2009.

II- THESES

ARNOUX Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Thèse Bordeaux, P. U. Bordeaux, 1994.

BELLANGER Philippe, *Actes de soins et personnes vulnérables*, ss. dir. de F. VASSEUR-LAMBRY, Thèse de droit privé, Université de l'Artois, 20 décembre 2019.

BERNARD Jérôme, *Handicap mental et autonomie juridique : de la protection à l'émancipation*, ss la dir. B. PY, Thèse, Université de Lorraine, 2013.

BETAILLOLE-GONTHIER Françoise, *La capacité naturelle*, thèse, Bordeaux IV, 1999.

BLONDEL Marion, *La personne vulnérable en droit international*, thèse, Bordeaux, 2015.

BUREL Julien, *Le parent mineur*, thèse, droit privé, Université de Bretagne occidentale, 2019.

COLOMBINE Madeline, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Droit public, Montpellier 1, 2012, Ed. Dalloz, Paris, 2014.

DA SILVA Valérie, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle*, thèse, Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2010.

DOUMENG Valérie, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

DUTHEIL-WAROLIN Lydie, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat, droit privé, Limoges, 2004.

FEMENIA Laurie-Anne, *La volonté des incapables*, Thèse Toulouse 1, 2000.

GIUDICELLI André, *Génétique humaine et droit. A la découverte de l'homme*, Thèse, Poitiers, 1993, p.212.

GRANVORKA Audrey, *La prodigalité en droit privé*, thèse, Université de Bordeaux, 2020.

HENNERON Sandrine, *La notion de famille en droit positif français*, thèse de doctorat, 2002.

HUBERT-DIAS Gwenaëlle, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale : Etude de droit européen comparé*, Thèse de doctorat en Droit Privé, Reims, 2014.

LION N., *Le couple et les incapacités*, ss. la dir. De H. FULCHIRON, thèse, Lyon III, 1998.

MADRAY Gilbert, *De la représentation en droit privé. Théorie et pratique*, thèse, Bordeaux, Sirey, 1931.

MARIA Ingrid, *Les incapacités de jouissance. Etude critique d'une catégorie doctrinale*, P. Ancel (dir.), Thèse, Saint-Etienne, 2006.

MONGE Luz, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, Thèse Paris II, 2000.

PERRIN Ségolène, *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant. Étude de droit comparé européen*, Thèse, Strasbourg, 2009.

PIERRE Marie, *Parenté et incapacités*, Thèse Toulouse 1, 2005.

PLAZY Jean-Marie, *La personne de l'incapable*, Thèse, Bordeaux, 1998, éd. La Mouette, Doctorat et Notariat, 2001.

PORTEFAIX Mathieu, *Le parent incapable*, Thèse, Lyon III, 2006.

PRASONG Orapim, *La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en Droit Privé, Bordeaux, 2016.

SELLAMI Sofia, *La sexualité des personnes handicapées*, J.-P. Marguénaud (dir.), Thèse de droit privé, Limoges, 2017.

STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet-Weiller, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 172, 1982.

TALARICO Laure, *La personne du majeur protégé*, Thèse, Lyon III, 2008.

III-MÉMOIRES

BANIC Marina, *L'assistance sexuelle et la prostitution*, Mémoire de master 2 sciences criminelles, Nancy, 2012.

BLONDEAU-DEBRIGODE E., *La famille monoparentale et la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA de Droit privé, ss la dir. de Monsieur DUPUIS, Univ. du Droit et de la Santé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille II, année 1998-1999.

EHRENSTRÖM Philippe, *Eugénisme et question sociale*, Mémoire de Faculté des Lettres de Genève, 1989, p. 33.

PETITPAS Elise, *Les « droits sexuels » : un nouveau paradigme dans le système de protection des droits humains ?*, Mémoire de Master, ss la dir. F. BENOIT-ROHMER, Strasbourg, Université Robert Schuman, 2008.

IV- ARTICLES, CHRONIQUE, ETUDES

ALT-MAES Françoise, « Le consentement aux actes médicaux », Rapport de synthèse, *Gaz. Pal.* 1999, p. 45.

ANCEL Bruno, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n°62, p.6.

ANDRIEU Bernard, « A qui appartient le corps ? », in DIEDERICH N. (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.102.

ANH TON NU LAN, « Abandon d'un enfant sans filiation établie : le consentement à la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance n'est toujours pas requis », *RJPF* 2004-7. 8/32.

ARDEEF Isabelle, « Le droit pour une mineure d'accoucher sous X », note ss CA Agen, 14 déc. 1995 et Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, *JCP G* 1997. II, 22749.

ARHAB-GIRARDIN Françoise, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009, p. 875.

AUFIERE Pierrette, « Les prénoms changent, les lois aussi... », *AJ fam.* 2017, n°7-8, p. 388.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge », *AJ fam.* 2016. 510.

AZINCOURT Jean-Didier, « Les modes de gestion anticipés du patrimoine de la personne vulnérable », *RDSS* 2015, p.818.

BAILLON-WIRTZ Nathalie, « L'établissement de la filiation maternelle par l'acte de naissance. Présentation de l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JCP N* 2005. 1491.

BARBIERI Jean-François, « Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile », *JCP*, 1982, I, 3057.

BARELLA Xavier, « Le droit à l'information en matière médicale, vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *AJDA* 2012, p.1991.

BARINCOU Pierre, « Fin de vie : les dispositions relatives aux majeurs protégés », *AJ Fam.* 2016, p.431.

BARRIERE BROUSSE Isabelle, « Le nouveau droit international privé des incapacités et la loi du 5 mars 2007 », *Dr. fam.*, février 2009, n°2.

BATEMAN Simone, « La stérilisation : un moyen de contraception ? A propos des avis du Comité Consultatif National d’Ethique », p.159, in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000.

BATTEUR Annick :

- « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation, de l'enfant, à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA* 2010, n° 125, p. 30.
- « De la protection du corps à la protection de l'être humain – les « anormaux » et les lois du 29 juillet 1994 », *LPA*, n°149, 14 décembre 1994, p.30.
- « Habilitation familiale et protection de la personne du majeur protégé », *Dr. fam* 2016, n°11, dossier 45.
- « Le majeur protégé et l'enfant », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 224-242.
- « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », in *La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?*, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. Fam.* 2011. Etude 5, p.22.
- *JurisClasseur Civil Code*, Art. 415 à 432.
- *JurisClasseur Civil Code*, Art. 457-1 à 463.

BATTEUR Annick, DOUVILLE Thibault, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale opérée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 simplifiant et modernisant le droit de la famille », *D.* 2016, n° 40.

BATTEUR Annick, LARRALDE Jean-Manuel, « L'encadrement de la fonction parentale », in A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012.

BATTEUR Annick, MAUGER-VIELPEAU Laurence, RAOUL-CORMEIL Gilles et ROGUE Fanny, « Les personnes protégées, une ordonnance affligeante ! », *D.* 2020, p. 992

BAUDIN-MAURIN Marie-Pierre, « L'établissement de la filiation naturelle notoire d'un enfant à l'égard d'une personne hors d'état de le reconnaître », *RRJ* 2001, p. 1313 à 1349.

BELLIVIER Florence :

- « Droit de la santé publique », *RTD Civ.* Oct-déc. 2001, Législation française, p. 972.
- « La stérilisation des personnes handicapées mentales : un double changement de paradigme », *Handicap*, n°104, oct-déc. 2004, p. 55.
- « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in Ph. JACQUES (dir.), *Être parent aujourd'hui*, Actes de colloque, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.39-47.

BENOUAICH Deborah, FITERMAN Laurent, « L'évolution de l'obligation parentale d'entretien dans la famille moderne », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2000, n°132, p.2.

BERNARD Anne, SIROUX Danièle, « Réglementation de la stérilisation chez les personnes handicapées mentales à l'étranger », *Les Cahiers du CCNE*, 1996, n°8.

BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « La difficulté conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF* 2010, p.8 s.

BEVIERE Bénédicte, « Le dispositif législatif de l'assistance médicale à la procréation amélioré et complété par la L. du 6 août 2004 », *LPA* 18 févr. 2005, n°35, p. 69.

BLANCHARD Christophe, « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : points intéressant le notariat », *JCP N* 2019, n° 13, act. 332.

BONNET Baptiste, « L'utilisation de la CIDE par les juges européens, in C. GAUTHIER, M. GAUTIER et A. GOUTTENOIRE (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pedone, 2012, p. 49.

BOUJEKA Augustin, « La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799.

BOULANGER François, « La vie familiale », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, 2001, p.204.

BOUMAZA Assia, « La stérilisation contraceptive et le handicap mental après la loi du 4 juillet 2001 », *RDSS* 2002.233.

BOURGAULT-COUDEVYLE D., « Commentaire de la loi IVG-contraception, deuxième partie », *RPF*, octobre 2001, n°10, p.6.

BOURMEAU Alain, « La stérilisation masculine volontaire à but contraceptif. Expérience du Centre de planification et d'éducation familial de l'hôpital Saint- Jacques à Nantes (1975-1997) », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.183.

BRENNER Claude, Répertoire Civil, V° Acte juridique.

BRIERE Carine, « L'enfant et le changement de patronyme », *LPA*, 16 mars 2000.

BRIERE Carine, « La coparentalité : mythe ou réalité », *RDSS* 2002. 567 ; *adde* le dossier consacré à la « coparentalité » dans *l'AJ fam.*, n°4/2009.

BRUGGEMAN Marilyne, « Impossibilité de faire établir son lien de filiation : la France condamnée ! », *Dr. fam.*, n°9, Septembre 2011.

BRUGGEMAN Marilyne, « L'incapacité juridique ne saurait faire obstacle à l'établissement de sa paternité ! », *Dr. fam.*, septembre 2011, n°9.

BRUNETTI-PONS Clotilde, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, p. 4405.

BRUSCHI Christian., « L'altération des facultés mentales en droit romain », in *La détérioration mentale, droit, histoire, médecine et pharmacie*, Actes du colloque interdisciplinaire d'Aix-en-Provence (7-8 juin 2000), P.U.A.M 2002, p. 51.

CAPELIER Flore, « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS* 2016, p. 540.

CARBONNIER Irène, « Autorité parentale – Attribut de l'autorité parentale relatif au patrimoine de l'enfant : la jouissance légale », *JurisClasseur Civil Code*, art. 371 à 387, fasc.50.

CARBONNIER Jean :

- « Les notions à contenu variable en droit de la famille », in C. PERLEMAN et R. VANDER ELST (ss. dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

- note sous CA Paris, 30 avril 1959 : *D.* 1960. 673.

- Préface, in J. MASSIP, *Les majeurs protégés*, Tome I, éd. Répertoire du notariat Defrénois, 1994, p.19.

CASEY Jérôme :

- « Le désistement de l'instance en protection est libre : quid de la protection du majeur ? », *RJPF*, n°9, p. 18 à 20.

- « Tutelle et adoption simple : il faut l'accord du juge », analyse ss. Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, *RJPF* 2007, n°9.

CASSAN Pauline, « Sexe et handicap : la nécessité de légaliser le recours aux assistants sexuels », *RDS* 2016, n°72, p. 485-490.

CATALA Pierre, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », *JCP N* 2008, 1267.

CERMOLACCE Arnaud, « Présentation générale des mesures de protection des majeurs », *JCP N* 2008, 1268.

CHABERT Cyril, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *JCP* 2003. I. 129.

CHEVRANT-BRETON André, « Contraception et conception : La relation de la personne handicapée avec le médecin », in Journée Nationale d'étude sur la protection juridique : Personnes Handicapées mentales et natalité, *Tutelle Infos* 1993, n°77, p 82.

COLIN Armand, « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p.272.

CORPART Isabelle :

- « Changement de prénom », *AJ fam.* 2012, n°6, p. 311.

- « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, n°7-8, Etude 14.

- « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.* 2010, n°10, p. 414.
- Répertoire Civil, V° Emancipation.

CORRE Laurence, « Les “droits-créances ”et le référé-liberté », *DA* n°2, fév. 2012, étude 3.

COUARD Julien, « Parution d'une ordonnance sur les majeurs protégés », *Dr. fam.* 2020, alerte 43.

COUTEL Charles, « L'éthique de la sollicitude et la personne vulnérable », *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 7.

CRESP Marie, « La coparentalité ou pluriparentalité : entre réalité sociologique et inexistance juridique », *AJ fam.* 2018. 163.

DANINO Pierre-Olivier, « Observations pratiques et contrastées sur la santé du majeur protégé », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 184.

DARRIEUX Pierre, FOSSIER Thierry, « La contraception et les personnes handicapées mentales », *Gaz. Pal.*, 2 janvier 1998, doct. 9 à 10.

DEFFAINS Nathalie, « La liberté sexuelle : quelle liberté ? Quel régime ? », in N. DEFFAINS et B. PY, (ss la dir.), *Le sexe et la norme*, PUN, 2010, p.37.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise :

- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, n°58, p.37.
- « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D.* 1986. 305.
- « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n°21, p.34.
- « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995. 249, spéc. p. 265.
- « Réflexions critiques d'une juriste sur la “parentalité“ », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 41 s.

DELABRE Bruno, Van SEGGELEN Michel, « Les majeurs vulnérables dans l'espace international », *JCP N*, n°5, p. 20 à 22.

DELEVOYE Jean-Pierre, « Réforme des tutelles : une réforme importante à mettre en œuvre », *RLDC*, 2006, n°27.

DELVILLE Jacqueline, « Procréation et déficience intellectuelle : quelles interventions ? », in N. DIEDERICH (ss. dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.207.

DEUMIER Pascale, « Les ordonnances non ratifiées ou la pyramide baroque », à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2020, n°2020-843 QPC, *Force 5*, *RTD civ.* 2020. 596.

DENIZOT Aude, « Réforme de l'article 55 du code civil : la fausse modernisation d'un vieux problème », *RTD civ.* 2017. 218.

DESCHAMPS Jean-Pierre, « L'eugénisme moderne et ses tentations », in H. BRUNSWIK et PIERSON Michel, *Médecins, médecine et société, Introduction à l'éthique médicale*, coll., Paris, Ed. Nathan Université, collection Fac Médecine, 1995, p. 127-128.

Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, Ed. Législatives.

DIDIER Philippe, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP* 2016. 580.

DIEDERICH Nicole :

- « Bref aperçu du résultat de mes recherches concernant des adultes handicapés mentaux », novembre 97, in LAGARDERE Marie-Laure, STROHL Hélène, EVEN Bernard, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation de personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, n° 98011, tome III, annexe II, n°2, p.5.

- « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.9.

- « Influence de la stérilisation des femmes "handicapées mentales" sur leur devenir », in GIAMI Alain, LERIDON Henri (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.316.

- « La stérilisation des handicapés mentaux », in P. LOUZOUN (dir.), *Santé mentale : Réalités européennes*, Paris, éd. Erès, 1993, p.314-317.

DIJOUX Ruthie, « L'autonomie en droit de la protection des majeurs : critiques pratiques », *LPA* 16 déc. 2011, n°250, p.4.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie :

- « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009. Chron. 966.

- « Le nom de la mère : toujours au second rang », *AJ fam.* 2017, n°7-8, p. 400.

- « Actualités de la bioéthique », *AJ fam.* 2019. 487 et 556 ; *AJ Fam.* 2020. 88, 373 et 441 ; *AJ fam.* 2021. 73 et 144.

DISSAUX Nicolas, « La représentation : notion et régime », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p.35.

DORSNER-DOLIVET Annick, « Stérilisation humaine en pratique courante », *Médecine et droit*, sept-oct 1983, p. 42.

Dossier spécial « Le nouveau droit de la filiation », *AJ Fam* 2005, n°12.

Dossier spécial filiation, *Dr. Fam.* Janvier 2006, n°1.

Dossier spécial « Etat des personnes », *Dr. Fam.* 2007, n°5.

Dossier spécial « La coparentalité », *AJ fam.* 2009, n° 04.

Dossier spécial « La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ? », *Dr. fam.* 2011, n° 2.

Dossiers spéciaux de *l'AJ fam.* consacrés au « Nom-prénom », 2012, n° 6, et 2017, n° 07-08.

Dossier spécial « Hospitalisation sans consentement », *AJ Famille* 2016, n°1.

Dossier spécial « L'habilitation familiale : examen critique d'une nouvelle mesure de protection juridique », *Dr. fam.*, 2016, n°11.

Dossier spécial « La filiation : un lien en quête d'identité », Actes du colloque du 4 avril 2019, Paris ; *Dr. Fam.* Janv. 2020, n°1, n° hors-série, 30001 à 30009.

DOURLEN-ROLLIER Anne-Marie, « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », in A. GIAMI et A. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p. 145.

DOUVILLE Thibault, « Neutralité de principe de la tutelle du mineur sur l'exercice de l'autorité parentale » (Cass., avis n°15004, 24 mars 2014), *D. actu.*, 18 avril 2014.

DROUARD Alain, « A propos de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents », in A. GIAMI et A. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p. 123.

DUBREUIL Charles-André, « Reconnaissance de la liberté sexuelle au profit des personnes hospitalisées sans consentement », *JCP AC*, Déc. 2012, n°50, act.885.

DUCHOSAL Olivier, « L'assistance sexuelle : revendications, état de droit et perspectives », *Juris associations* 2015.

DUMORTIER Thomas, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion "protectrice" », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La revue des Droits de l'Homme*, n° 03, 2013, p. 9.

DURAND Edouard, « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *Dr. fam.* 2014, dossier 7.

ECHAVIDRE Pierre, « Présentation de l'enquête statistique « les personnes ayant un handicap mental et la natalité », in Journée Nationale d'Etude sur la Protection Juridique, *Personnes handicapées mentales et natalité*, Rev. Tutelle Infos, 1993, n°77, p. 61.

EDELMAN Bernard, « Publicité et dignité humaine », note sous CA Paris, 28 mai 1996, *D.* 1996, p.619, n°17.

ETIENNEY-de SAINTE MARIE Anne :

- « Contrat et autorité parentale : l'alliance des contraires ? Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge », *RTD civ.* 2019, p. 9.
- « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.* 2020. 2405.

EUDES Marina, « La Convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant...et passant sous silence les droits des femmes ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2013, n°3.

EUDIER Frédérique, « Réforme de l'admission en qualité de pupille de l'État », *AJ fam.* 2013. 462.

FABRE C., « La stérilisation des malades mentaux en Espagne », *Rev. Futuribles*, 1994, n°193, p. 72.

FABRE Ludivine, « Retouches de l'habilitation familiale », *JCP N*, n°26, 29 juin 2018, 1229.

FAVIER Yann :

- « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », *JCP G*, 2009, II, 10012.
- Rép. Civ., V° Actes de l'état civil, janvier 2016.

FENOUILLET David, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* 2010, n°59, p.7.

FERRAND Frédérique, « Preuve », *Répertoire de Procédure Civile*.

FOSSIER Thierry :

- « Caractère exclusif des compétences du tuteur », (comm. ss. CA Montpellier, 26 juin 2007), *JCP N* 2007. 1311.
- « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois* 2005, art. 38076.
- « Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ? », *Dr. fam.* 2011, n°2, dossier 2.
- « L'adoption par un majeur sous tutelle », note ss TI Bourganeuf, 28 juill.2003, *Dr. Fam.* 2004, comm. 133.
- « La protection de la personne, un droit inflexible », *Dr. fam.* 2007, n°5, Etude 17, p.16.
- « La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118.
- « La solidarité familiale en faveur du jeune majeur », *LPA*, 28 avril 1999, n°84, p.54.
- « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ fam.* 2012, 257.
- « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », *JCP N* 2008, 1277.
- « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeure », *JCP* 1985, I, 3195.
- « Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ? », *Droit de la famille* n°2, Février 2011, dossier n°2.

FOSSIER Thierry, HARICHAUX Michèle, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS*, vol. 27, n°1, janv-mars 1991, p. 1 et s.

FOSSIER Thierry, VERHEYDE Thierry :

- « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs. Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 », *JCP* 2001. Act. 1479.
- « La stérilisation à des fins contraceptives des incapables majeurs, aperçu rapide », *JCP G.*, n°30, 25 juillet 2001, Actualité, p. 1477.

FRESNEL Florence :

- « La stérilisation volontaire contraceptive », Interview, *D.* 2001, n°26, 5 juillet 2001, p.2045.
- « L'avocat choisi dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle », *D.* 23 janv. 2014, n°3.
- « Le certificat médical, une pièce maîtresse de la mesure de protection des majeurs », *D.* 2010, Point de vue, p. 2656.
- « Le médecin et le droit des majeurs », *Gaz. Pal.* n°287-288, p. 3 à 8.

FRESNEL Florence, MARIA Ingrid, « Majeurs protégés et autorité parentale », *LPA*, 15 mai 2014, n°97, p. 6.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573.

FULCHIRON Hugues :

- « Avril 2008-mai 2009 : nouveau droit, nouveaux droit », *Dr. et Patr.*, 1^{er} nov. 2009, n°186.
- « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur », *Dr. fam.* janv. 2017, Repère 1.
- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage, conjugalité- parenté, parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes, commentaires, actes, 2009, p.XV.

GALLMEISTER Ingrid, « Le principe de coparentalité », *AJ fam* 2009, n°4, p. 148.

GALLOIS Sébastien, « La volonté du majeur protégé évincée par le juge au nom de son intérêt », *RLDC* n°80, p.41 à 42.

GALLUS Nicole, « L'accompagnement des vulnérabilités en droit belge », *Dr. fam.* 2017, n°3, Etude 24.

GAMALEU-KAMENI Christian, « Peut-on légiférer à propos de l'assistance sexuelle en France ? », *Rev. Médecine et Droit* 2013, p. 181-186.

GARCIA Kiteri :

- « La stérilisation forcée des femmes roms à l'épreuve de la CEDH », *Dr. fam.*, février 2012, n° 2, étude 4, p. 9.
- « La stérilisation forcée des femmes roms à nouveau en question devant la CEDH », *Dr. Fam.*, septembre 2012, n°9.

GARE Thierry :

- « La réforme de la filiation », *JCP, G*, 2005, Actualités, p.444.
- « Réforme de la filiation. A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *JCP N* 2009, Actu. 188.

GARNIER J.-C., CHOPARD J.-L., PILI-FLOURY S., SAMAIN E., « Information et consentement aux soins de la personne vulnérable en France », *Annales Françaises d'Anesthésie et de Réanimation*, 28 (2009), 575-578.

GEBLER Laurent :

- « Réforme de la protection de l'enfant - Sélection d'articles », *AJ fam.* 2016. 199.
- « L'enfant et ses juges. Approches transversales des procédures familiales », *AJ Famille* 2007. 390.

GIAMI Alain, « Stérilisation et sexualité des personnes handicapées mentales », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p. 273.

GIAMI Alain, LAVIGNE Chantal, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le "consentement" libre et éclairé », in N. DIEDERICH (dir.), *Stériliser le handicap ?*, Paris, Erès, 1998, p.69.

GIRER Marion., ROUSSET G., « Sexualité et règlement intérieur en psychiatrie », in Dossier Droit des usagers- Les dessous de la sexualité, *Juris assoc.* 2015, n°530, p.20.

GOUTTENOIRE Adeline :

- « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », dossier spécial, *Dr. fam.* nov. 2009.
- « La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, Economica 2008, p. 495.
- « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA* mars 2012, n°50, p. 17.
- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ fam.* 2004. 380.
- « La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007, Chron. 1090.
- « La mise en œuvre judiciaire des droits parentaux du majeur sous tutelle », (comm. ss CA Aix-en-Provence, 4 fév. 2003), *Dr. fam.* 2003, comm. 127.
- « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur du professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 148.
- « Le logement de l'enfant », *AJ fam.* 2008. 371.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. Fam.* n°1, janv. 2006, étude 6.
- « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », in J.-J. LEMOULAND et M. LOUBY, *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, Actes, 2007, p.77.
- Répertoire Civil, V° Autorité parentale.
- « La consécration de la coparentalité par la L. du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002, n° 24.

GOUTTENOIRE Adeline, COPART Isabelle, *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Rapport du groupe de travail Protection de l'enfance et adoption, site internet La Documentation Française, rubrique rapports publics, et *Dr. fam.* 2014, dossier 5.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique :

- « Les incapacités des majeurs en Europe », *AJ fam.* 2005. 269 (1^{re} partie), et *AJ fam.* 2005. 315 (2^e partie).
- « Confidentialité, secret ou anonymat autour d'une naissance : de quelques aspects des droits européens », *AJ fam.* 2003. 95.
- « La présomption de paternité », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 3.
- « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ fam.* 2009. 76.
- JurisClasseur Civil Code, Art. 330.
- JurisClasseur Civil Code, Art. 332 à 337, Fasc. « Filiation- Action en contestation de la filiation ».

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, HAUSER Jean, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, chron., p. 17.

GRIDEL Jean-Pierre, « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2003, p.7.

GROMB Sophie, « L'expert et le consentement éclairé », *Gaz. Pal.* 1999, 1, p. 15.

GUERIN SEYSEN Dorothée, « La dimension internationale de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2011, n°2, p. 279 à 292.

GUEVEL Didier, « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 4 nov. 2010, p.30 s.

GUIDICELLI André, Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, feuillet n°24, 15 septembre 2000.

HAUSER Jean :

- « La liberté qui opprime et la loi qui libère », *RTD civ.* 1997, p. 98.
- « Les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* 2012, n°9, dossier 4.
- « Définition de la possession d'état », *RTD civ.* 2006, p.100.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF* 2005, n°9, p.6.
- « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. fam.*, mai 2007, Etude 14, p. 5.
- « Des personnes et des biens : le logement du majeur protégé, Rapport de clôture », *Dr. et patr.*, 1^{er} janv. 2011, n°199, p.67-72.
- « Incapables et/ou protégés ? », *Informations sociales* 2007/2, n°138, p.6.
- « Jouissance légale : les comptes des parents » (obs. ss Paris, 11 mai 1993), *RTD civ.* 1993, p. 813.
- « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007. 547.

- « L'incapable, le protégé, le vulnérable », *RTD civ.* 2009. 298.
- « La définition des actes strictement personnels du majeur protégé : l'autorité parentale exercée par un majeur protégé », *RTD civ.* 2014. 84.
- « La distinction des actions en justice personnelles et des actions en justice patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois/ Lextenso, 2012, p.441.
- « La famille et l'incapable majeur », *AJF* 2007, p. 198.
- « La nature juridique de l'acte de notoriété : de l'état civil et de la procédure civile », obs. ss Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, *RTD Civ.* 2007. 751.
- « La notion d'incapacité », *LPA* 17 août 2000, n°164, p.3.
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 1.
- « L'adoption d'un tiers par un adoptant sous tutelle : de Bourgneuf à la place Dauphine ! », *RTD civ.* 2007, p. 547.
- « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in Ph. JACQUES (dir.), *Etre parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.9-25.
- « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* 19 mars 2002, n°52, p.4.
- « Le majeur protégé, acteur familial », in *La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie ?*, Actes du colloque, Faculté de droit de Douai, 29 avril 2010, *Dr. fam.* n°2, fév. 2011, dossier n°6, p. 28.
- « Les actes strictement personnels : anticipation sur la loi du 5 mars 2007 (applicable au 1^{er} janv. 2009), le consentement du majeur à sa propre adoption (Civ. 1^{re}, 8 oct. 2008) », *RTD Civ.* 2008. 655.
- « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux ? », *Defrénois*, 30 nov. 1999, n°22, p.1217.
- « Personnalité du majeur protégé : relations sexuelles et droit de vote », (à propos de l'arrêt CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n° 11BX01790) : *RTD civ.* 2013. 91.
- « Une paternité par représentation », obs. ss TI Quimperlé, 16 oct. 1999, *RTD civ.* 2000, 85.
- « Vulnérable ou protégeable : deux notions à ne pas confondre », (obs. ss. Civ. 1^{re}, 14 avril 2010), *RTD civ.* 2010. 761.
- Chron. Personnes et droits de la famille, *RTD Civ.* 1998, p. 881.
- « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC*, juin 2011, n°83, p. 69 à 73.

HAUSER Jean, PLAZY Jean-Marie, « Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté », *Répertoire Defrénois* 2007, art. 38591.

HUYETTE Michel, « Placement de l'enfant en assistance éducative », *AJ fam.* 2007, p. 54.

JORION Benoit., « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *R.D.P.* 1999, p.165.

JUSTON Marc, « De la coparentalité à la déparentalité », *AJ fam.* 2011. 579.

KARM Anne, « Le régime matrimonial de la personne vulnérable », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, 2010, n°28, p. 31 s.

KASS-DANNO Stéphanie, « La réforme des régimes de protection des majeurs : le regard d'un juge des tutelles », site internet www.FNAT.fr, Documentation, 01.06.11.

KESSLER Guillaume, « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017.292.

KILLICK Stephen, *La stérilisation féminine*, in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p. 213.

KRIEF-SEMITKO Catherine, « L'adoption simple des majeurs protégés à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2012.I. 1353.

LACOUR Clémence, « Accouchement anonyme et levée du secret des origines à l'épreuve de l'incapacité », *RDSS* 2009, p. 328.

LAMARCHE Marie :

- « Changement de prénom... Après la circulaire, le décret », *Dr. fam.* n°5, mai 2017, alerte 34.
- « Hospitalisation psychiatrique et liberté sexuelle : l'une n'exclut pas l'autre. Vers la révolution sexuelle pour les personnes vulnérables ? », *Dr. Fam.*, Fév. 2013, n°2, alerte 5.
- « L'accouchement sous X : chronique d'une mort annoncée ? », *Dr. fam.* n°3, mars 2011, alerte 17.

LAMBERT-GARREL L., « La Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas de droit subjectif « à procréer » en faveur des couples stériles », obs. à propos de l'arrêt CEDH, gr. ch., S.H. et autres c/ Autriche, 3 novembre 2011, n°57813/00, *RDS* 2012, n°46, p.274.

LAROCHE-GISSEROT Florence, « Choix du prénom », *AJ fam.* 2012, n°6, 306.

LAUDE Anne, « Droit de la santé », chron., D.2011.2565.

LE BOURSICOT Marie-Christine :

- « Adoption : quand la volonté de protéger le majeur vulnérable devient contraire à ses propres intérêts », *RJPF* 2008, n°12, p.14.
- « Du secret absolu au secret relatif », *AJ fam.* 2003. 86.
- « L'abrogation de la fin de non-recevoir à la recherche de maternité résultant du secret de l'accouchement », *RJPF* 2009-4/8.
- « Présentation des documents assurant l'information des femmes qui accouchent dans le secret », *RJPF* 2005, n°7/8.

LE GUIDEC Raymond, CHABOT Gérard, Répertoire Civil, V° Filiation.

LEBRETON Gilles :

- « L'exclusion de la famille dans la protection des majeurs sous l'angle du droit public », in RAOUL-CORMEIL Gilles (Dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Dalloz, 2012, p. 259 s.
- « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF* 2003, n°2, p.77.

LEMOULAND Jean-Jacques :

- « Majeurs protégés », *Pan., D.* 2018. 1458.
- « Majeurs protégés », *Pan., D.* 2008. 313.
- Répertoire Civil, V° Famille.

LERAT M.-F., LOPES Patrice, « Législation de la stérilisation tubaire », *Journal de gynécologie obstétrique et de biologie de la reproduction*, 1981, n°10, p. 183.

LERAT Marc, « Projet de la loi sur la stérilisation volontaire », *Revue Syngof*, n°16, décembre 1993/ janvier 1994, p 23.

LEROUX Virginie, SCelles Régine, « Ce que disent les personnes déficientes intellectuelles de leur parentalité », *Reliance*, 2007/4, n°26, p.79.

LEROYER Anne-Marie :

- « Chronique de droit des personnes », *RTD Civ* 2007, 396.
- « Les pupilles de l'Etat, la famille par le sang et l'accouchement sous X », *RTD civ.* 2013. 898.
- « Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTD civ.* 2007, p.394.

LOCHAK Danièle, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », *in* D. BORILLO et D. LOCHAK (ss. dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 13.

MACORIG-VENIER Francine, « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance ? », *RDSS* 1993. 170.

MAGNOL Jacques, chron. de jurisprudence, *Rev. sc. Crim.*, 1937, p. 682.

MAJSTER N., « La stérilisation des handicapés mentaux consacrée par l'Assemblée Nationale », 28 mai 2001, site Internet freud-lacan.com.

MALAUURIE Philippe :

- « La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? », *LPA* 2008, n°242, p.5.
- « La réforme de la protection juridique des majeurs » (L. n°2007-308, 5 mars 2007), *Defrénois* 2007, art 38569, p. 557.
- « La réforme de la protection juridique des majeurs (A propos de la loi du 5 mars 2007) », *LPA* 2007, n°63, p.5.
- « Les enjeux humains et fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G* 2010, n°16, p. 802 à 803.
- « Les nouveaux visages de la famille », *in* H. FULCHIRON (dir.), *Mariage- conjugalité ; parenté- parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2009, p.262.

MALLET Éric :

- « Actes à consentement strictement personnel et majeur protégé », *JCP N* 2013.I. 1210.
- « Divorce, administration légale et protection des majeurs : les modifications apportées par l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP N* 2015, *Aperçu rapide*, 1015.

MALLET-BRICOURT B., « A propos de la loi du 22 janvier 2002, réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP G* 2002. I. 119, p.485.

MARCHADIER Fabien, Rép. Civ., V° Majeur protégé.

MARIA Ingrid :

- « Absence de recours contre le placement sous sauvegarde de justice », *Droit de la famille* n°9, septembre 2011, Commentaire n°135 p. 35.
- « Des indications précieuses sur l'interprétation à retenir de l'art 459 du Code civil », *Dr. fam.*, janvier 2012, n°1, comm 12.
- « Divorce du majeur sous curatelle », *Dr. fam.*, septembre 2010, n°9, comm. 134.
- « L'action en justice relative à l'exercice de l'autorité parentale : un acte strictement personnel », *Dr. fam.* 2014, n°1, comm. 9.
- « Le certificat médical circonstancié : une exigence incontournable ou l'impossibilité de mettre sous protection une personne contre sa volonté », *Dr. fam.* 2011, n°133, p. 131.
- « Le majeur protégé n'est pas un mineur ! », *Dr. Fam.*, oct 2012, n°10, comm. 157.
- « Le retour à la curatelle pour prodigalité ? », *Dr. fam.*, juin 2011, n°6, comm. 101.
- « Quand la curatelle empêche d'être un père comme les autres... », *Dr. fam.*, juin 2012, n°6 (à propos CA Paris, 22 mars 2012).

MARIA Ingrid, RAOUL-CORMEIL Gilles, « La nouvelle administration légale : 1+1 = 1 ? », *Dr. fam.* 2016, n°1, dossier 4.

MARTINEZ José, Commissaire du Gouvernement, conclusions ss T.A. de Strasbourg, 21 avril 1994, Mme M. \ Hospices Civils de Colmar, *RFDA* 1995, p. 1223.

MASSE S, « Stérilisation des personnes déficientes mentales. L'affaire Eve », *rev. Justice*, avril 1987, p. 23-24.

MASSIP Jacques :

- « De l'impossibilité de souscrire une reconnaissance pour le compte d'une personne hors d'état de manifester sa volonté », *LPA* 3 juill. 2000, n°131, p.21.
- « De quelques problèmes posés par la protection juridique des majeurs » *JCP N*, n°38, p. 27 à 35.
- « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Deffrénois* 2009. 38913, p.591.
- « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 2006, doct. 38303, p.6, doct. 38312, p.91, et doct. 38324, p.209.
- « Les incidences en matière familiale de la loi de "simplification du droit" », *Deffrénois* 2009, n°39008, p. 1897.
- « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr.fam.*, n°7, juillet 2010, étude 18.

MATHIEU Bertrand :

- « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, chron., p.285.
- « Le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RDP*, 1999, p.107.
- « Une jurisprudence selon Ponce Pilate », *D.* 2001. 2533.

MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, « “Saisine sur saisine ne vaut” ou les insuffisances du contrôle de constitutionnalité à la française, *D.* 2001. 3374.

MATOCQ Olivier, « Le rapport d'expertise biologique dans le droit de la filiation deviendra-t-il le passage obligé ? », *Dr. fam.* 2006, étude 7.

MAUFROID Laurence, CAPELIER Flore :

- « Le placement du mineur en danger : le droit de vivre en famille et la protection de l'enfance » (1^{re} partie), *JDJ* oct. 2011, n°308, p. 11.
- « Le placement du mineur en danger : le droit de vivre en famille et la protection de l'enfance » (2^e partie), *JDJ* nov. 2011, n°309, p. 28.

MAUGER-VIELPEAU Laurence, RAOUL-CORMEIL Gilles, « Variations sur les sources du droit de la filiation », *Dr. fam.* 2007, étude 31.

MAUGER-VIELPEAU Laurence :

- « La volonté et la filiation au regard du droit nouveau (A propos de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *LPA*, 27 juin 2007, n°128, p.3.
- « Les actions en justice en matière familiale », in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, 2013, p. 345.
- « La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée », *Dr. fam.* 2020, n°7-8, comm. 107.

MEHIER de MATHUISIEULX S., « Le handicap et l'autorité parentale », *RDSS* 1993, p. 187.

MEMETEAU Gérard :

- « La stérilisation des malades mentaux », *Synapse*, février 1989, n°51, p. 49.
- « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP G* 95, I, 3838.
- « Vie biologique et personnalité juridique », in *La personne humaine, sujet de droit*, 4^{èmes} Journées René Savatier, Poitiers, 25-26 mars 1993, PUF, 1994, p.53.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les PMA », *RTD Civ.*, 1988, p.664.

MEYZEAUD-GARAUD Marie-Christine, « La Cour de cassation enfin favorable à l'établissement automatique du lien naturel de filiation maternelle par acte de naissance », *RLDC* 2006, n°29.

MIKALEF-TOUDIC Véronique, « Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur- A propos de l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale », *Dr. fam.* 2016, n°11, dossier 46.

MILLERIOUX Guillaume, « curatelle renforcée et retrait de l'autorité parentale », comm. ss CA Bordeaux, 30 mai 2017, *Dr. fam.* 2017, n°9, comm. 182.

MILLET Florence, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G* n°7, 15 fév. 2006, doct. 112.

MIRABAIL Solange, « Le refus de se soumettre à l'expertise biologique en matière de filiation et d'action à fins de subsides », *Dr. fam.* 2013, étude 12.

MOISDON-CHATAIGNER Sylvie, « Quelles avancées juridiques pour les décisions médicales et sociales des personnes vulnérables ? Analyse de l'ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 », *RJPF*, n°5, 1^{er} mai 2020.

MONEGER Françoise, « Pauvres pères », in *Drôle(s) de droits(s)*, Mélanges en l'honneur d'Elie ALFANDARI, Dalloz, 2000, p.147 et s.

MONTOURCY Valéry, « La requête aux fins d'autoriser le mariage d'un majeur protégé ne peut émaner de son tuteur ! », *Gaz. Pal.*, 26 janv. 2016, n°4.

MONTOURCY Valéry, FRESNEL Florence, « Lettre ouverte aux femmes et hommes de bonne volonté : pour la présence obligatoire de l'avocat auprès des majeurs protégés », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2016, n°2, p.14.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie :

- « l'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012. 21.
- « La personne vulnérable et son enfant », *Dr. Fam.*, octobre 2012, Etude 17, p.13.
- « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. fam.*, avril 2010, n°4, étude 7.

MURAT Pierre :

- « Il faut user de l'article 501 du Code civil pour présenter la requête en adoption faite par un majeur sous tutelle », *Dr. Fam.* 2007, comm. 193.
- « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in Ph. JACQUES (ss. dir.), *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, 2010, coll. Thèmes, commentaires et actes, p. 51.
- « L'inadoptabilité de l'autiste majeur, inapte à consentir à son adoption », *Dr. Fam.*, déc. 2008, comm. 173, p.29.
- « La filiation simplifiée », *Dr. Fam.* 2005, alertes, n°72.
- « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* 7 oct. 2010, n°200, p.17.
- « Pas de communication obligatoire au Ministère public dans la délivrance d'un acte de notoriété établissant la possession d'état de l'enfant », note ss.Civ. 1^{re}, 4 juill.2007, *Dr. Fam.* n°9, septembre 2007, comm. 169.

NEIRINCK Claire :

- « Comprendre le secret de la filiation », *RJPF* 2003-3/6.
- « De la parenté à la parentalité », in A. BRUEL, J. FAGET, L. JACQUES *et al.*, *De la parenté à la parentalité*, Paris, ERES, Maison des droits des enfants et des jeunes, 2001, p. 15-28.
- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996. I. 3922, n°13.
- « L'adoptabilité de l'enfant né sous X », *RDSS* 2005. 1018.
- « L'adoption de la personne handicapée mentale », *RDSS* 2009. 176.
- « L'enfant, être vulnérable », *RDSS* 2007, n°1, p.5.
- « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RDSS* 2002. 189.
- « La maternité », *Dr. Fam.* 2006, n°1, étude 2.
- « Retour sur l'accouchement sous X validé par la Cour européenne des droits de l'homme », *RDSS* 2008. 353.
- *JurisClasseur Civil Code*, art. 343 à 370-2.
- *JurisClasseur Droit de l'enfant*, Fasc. 440.
- *Répertoire Civil*, V° Enfance.
- « Accouchement confidentiel allemand et accouchement secret français », *Dr. fam.* 2014, repère 5.
- « Du désintérêt manifeste au délaissement », *Dr. fam.* 2012, n°5, repère 4.
- « Notification de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État : protection procédurale de la famille ou protection de l'adoptabilité de l'enfant ? », *Dr. fam.* 2013, comm. 137.

NOGUERO David, « Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ? », *JCP G*, n°25, 18 juin 2018, 698.

NORGUIN Vanessa :

- « Focus sur la capacité d'ester en justice du majeur en curatelle », *Rec. Dalloz*, n°10, 11 mars 2010, Etudes et commentaires, p. 636 à 639, note à propos de 1ère Civ. 9 décembre 2009.
- « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption », *D.* 2008. 2832.

OUEDRAOGO Richard, « Le contentieux de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale : développements récents », *AJ fam.* 2017.173.

PANSIER Frédéric-Jérôme, « Le consentement à l'hôpital », *Gaz. Pal.* 1999, 1^{er} sem, p. 11.

PARIZOT R., « La prostitution, infraction sans texte », *RSC* 2016, p.373.

PAUVERT Bertrand, « Quel Homme pour les Droits de l'Homme ? Les Droits de l'homme au risque de la bioéthique », in J. FERRAND (ss dir.), *Fondations et naissances des Droits de l'homme*, L' Harmattan, 2003, pp. 203 à 237.

PECAUT-RIVOLIER Laurence :

- « Même un majeur faisant l'objet d'une ouverture de protection peut avoir droit à un avocat », 1ère Civ. - 30 septembre 2009, *AJ fam.* n°11, novembre 2009, *Jurisprudence*, p. 457.
- Interview, in B. GROSJEAN, *La stérilisation des handicapés mentales sort de l'ombre*, journal Libération, mercredi 30 mai 2001.
- Note à propos de Civ. 1^{ère}, 5 novembre 2008, *AJ fam.* décembre 2008, n°12.

PECAUT-RIVOLIER Laurence, VERHEYDE Thierry, « Les chiffres de la protection des majeurs », *AJ Fam.* 2012, p. 273.

PENNEAU Jean, « Le consentement face au droit de la responsabilité médicale », *Gaz. Pal.* 1999, 1^{er} sem., p. 7.

PÉRÈS Cécile, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *Dr. Fam.* janv. 2020, n°1, n° hors-série, 30003.

PERRIN Ségolène, « Etablissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », *AJ fam.* 2012. 23.

PETERKA Nathalie :

- « Brèves réflexions autour de la « personne hors d'état de manifester sa volonté » au sens de l'article 494-1 du code civil », *AJ Fam.* 2016, p.237.
- « Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015, Aperçu rapide, 1160.
- « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G* 2010, Etude 33.
- « L'émergence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé », note ss Cass. Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, *JCP G* n°1-2, 13 janvier 2014. 14.
- « PLPJ 2018-2022 : assouplissement de l'habilitation familiale », *D. actu.*, 5 avril 2018.
- « PLPJ 2018-2022 : déjudiciarisation du contrôle des actes de gestion », *D. actu.*, 5 avril 2018.
- « Nouveau régime des décisions médicales à l'égard d'une personne majeure protégée. Quelles incidences pour le notariat ? », *JCP N* 2020, n°25, 1132.

PLAZY Jean-Marie:

- Majeurs protégés, *D.* 2009, Pan. 2190.
- « Jouissance légale et représentation du mineur » (comm. ss Civ. 1^{re}, 9 janv. 2008), *JCP N* 2008. 1157.
- « La capacité d'exercice des majeurs protégés », *Collection Lamy droit civil, Lamy Droit des personnes et de la famille*, nov. 2005, Etude 241.
- « La capacité de jouissance des majeurs protégés », *Collection Lamy droit civil, Lamy Droit des personnes et de la famille*, nov. 2005, Etudes 236.
- « Le droit à une vie familiale pour les incapables », in J.-J. LEMOULAND et M. LOUBY (ss la dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p.37.
- « Les actes juridiques des majeurs protégés », in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, Paris, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 549 à 562.
- « Majeurs protégés », *D.* 2014, Pan., p. 2259.
- « Majeurs protégés », Pan., *D.* 2016. 1523.
- « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », *AJ fam.* 2007. 468.
- « Représentation légale et actes strictement personnels : l'adoption par un majeur sous tutelle », *JCP N* 2007. 1313.

PY Bruno :

- « La délégation de l'autorité parentale et l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant mineur », *RDSS* 1996. 232.
- « Quand une juridiction statue sur la licéité d'une formation à l'accompagnement sexuel sur le sol français », *RDS* 2015, n°65, p. 464-467.
- « Urgence médicale, état de nécessité, et personne en péril », *AJ Pénal*, 2012, p. 384.

RAINER Franck, « Qu'est- ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui ? », in H. FULCHIRON, *Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, actes, 2009, p. 111.

RAOUL- CORMEIL Gilles :

- , « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr. Fam.* n°10, octobre 2016, Etude 35.
- « Les incapacités médicales (Petit guide pour une réécriture du Code de la santé publique) », in, Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. *Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, Bordeaux, LEH Édition, 2015, p. 109-127.
- « Le conjoint de la personne vulnérable. L'articulation du système matrimonial et du système tutélaire », *Deffrénois* 2008, art. 38791, p. 1303 à 1319.
- « Le droit des majeurs protégés, en partie rénové par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 », *Gaz. Pal.* 11 mars 2015, p. 6.
- « Le majeur protégé saisi par la loi J21 », *Rev. L'essentiel Dr. fam et pers.* 2016, n°11, p.3.
- « Les droits éminemment personnels étendus à la capacité d'ester en justice pour leur mise en œuvre », *D.* 2014. 467.
- « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », *Dr. Fam.* 2016, n°10, dossier 35.
- « Les rapports de la Cour des comptes et du Défenseur des droits en matière de protection juridique des majeurs », *LPA* 14 nov. 2017, n° 227, p. 7.
- « Remèdes à l'éclatement du régime juridique des actes médicaux portant sur les majeur protégés », in G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.161.
- « Rôle du juge des tutelles qui autorise une personne en tutelle à rédiger son testament », *AJ Fam.* 2017. 250.
- « L'opposition d'intérêts : une notion à définir », in J.-M. PLAZY et G. RAOUL-CORMEIL (dir.), *Le patrimoine de la personne protégée*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 57-83.
- « Le régime des décisions médicales concernant les personnes majeures protégées », *JCP G* 2020, n°12, 331.
- « En attendant la recodification du droit de la santé du majeur protégé... », *RGDM*, n°72, sept. 2019, p. 159
- « Vulnérabilité et protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2020, n°5, dossier 11.

RAYMOND Guy, Répertoire de droit civil, V° Assistance éducative.

RAYNARD Jacques, « Domaines et thèmes des avis », in Th. REVET (dir.), *l'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.

REBOURG Muriel :

- « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », *Dr. fam.* 2007, étude 16.
- « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Rev. Recherches familiales*, 2010/1 (n° 7), p. 29-44.
- « La responsabilité civile des mandataires judiciaires à la protection des majeurs dans l'exercice de leurs missions », *Dr. Fam* juillet-août 2010, n° 7, Etude n°17, p.12.

REMOND-GUILLOUD Martine, « La possession d'état d'enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972) », *RTD civ.* 1975, n°2, p.461.

REVILLARD M., « La protection internationale des adultes », *Deffrénois*, n°8, 30 avril 2010, 39108, p. 974 à 978, note. à propos de 1ère Civ. 3 mars 2010.

RIALS Stéphane, « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *Archives de philosophie de Droit*, t.31, Paris, Sirey, 1986, p.57-76.

ROCHE DAHAN Janick, « L'accès du majeur protégé à la procréation et à la filiation », *RLDC*, juin 2011, n° 83, p. 80 à 87.

ROMAN David :

- « L'avortement devant la CEDH ». A propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne, *RDSS* 2007, p. 643.
- « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508.
- « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS* 2005. 423.
- « Les aspects médico-sociaux de la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RDSS* 2014, p. 863.

ROQUE Jean, « La prémajorité », *Dr. fam.* 2009, étude 20.

ROUGER-THIRION Dominique., « Vérité et filiation, du droit romain au Code civil », *Dr. Fam.* janv. 2020, n° 1 - n° hors-série, 30002.

ROUXEL Sylvie, « Le point sur la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *Dr. fam.*, juillet 2011, n°7-8, comm 122.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron. 11.

SAINT-JAMES Valérie, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, chron., p. 61.

SAINT-PAU Jean-Christophe, *JurisClasseur Communication*, Fasc.34 : Droit au respect de la vie privée.

SALVAGE-GEREST Pascale :

- « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? », *Dr. fam.* 2001, Chron. 19.
- « Benjamin encore...Une indispensable mise au point », *AJ fam.* 2005. 18.
- « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458.- L. n°2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. Fam.*, mars 2009, étude n°17, p.19.
- « Quel avenir pour les quarante propositions du Rapport Gouttenoire ? », *Dr. Fam.* 2014, dossier 6.
- « Réforme du droit de la famille : l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *AJ fam.* 2015 p. 601.
- « Un autre regard sur l'affaire Benjamin », *D.* 2007. Chron. 879.

SARGOS Pierre, VINEY Geneviève, « Le devoir d'information du médecin », *RDC*, 1^{er} juil. 2012, n°3.

SAULIER Maïté :

- « Libres propos sur la multiplication des autorités en droit de la famille », *Dr. Fam.* 2017, n°10, p.14.
- « Le notaire et l'enfant dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *AJ fam* 2019, p. 259.

SAUVAGE François, « Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique », *Médecine et Droit*, 2011, p. 235-240.

SEFTON-GREEN Ruth, « Plaidoyer pour la reconnaissance de règles de droit préventives (à propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des incapables majeurs) », *LPA*, 7 juillet 1999, n°134, p. 22 et s.

SIMON Odile, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974. 707.

SOUTOUL Jacques-Henri, PIERRE Fabrice, « La stérilisation humaine volontaire, bilan de législation et de jurisprudence en France et en Europe occidentale », *Rev. Fr. de gynécologie obstétrique*, 1986, 15, p. 273.

STURUP Dr, « Sur l'emploi de la castration au Danemark », *Rev. sc. Crim.* 1973, p. 252.

SUDRE Frédéric :

- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001. I. 335.
- « Convention européenne des droits de l'homme- Protection de la vie familiale », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 6525.

TALARICO Laure, « Pourquoi faire simple ? », note ss TI Nice, 4 février 2009, *Dr. Fam.* Nov. 2009, comm. 147, p.67.

TARDY-JOUBERT Isabelle, « L'administration légale des biens du mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Dr. fam.* 2007, n°5, étude 22.

THERY Irène, LEROYER Anne-Marie :

- *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport au ministère des Affaires sociales et de la Santé et au ministère chargé de la famille, 2014, *Dr. fam.* 2014, dossier 2.
- « Les suites du rapport “ Filiation, origines, parentalité “ », *Dr. fam.* 2014, dossier 3.

THIERRY Jean- Baptiste, « Appréhension juridique de la sexualité des personnes handicapées : le droit a-t-il réponse à tout ? », in Ph. PITAUD (dir.), *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Toulouse, Erès, coll. Pratique du champs social, 2011, p. 143.

THOURET Sylvain, « Régimes de protection judiciaire : les dispositions générales et les dispositions communes aux nouveaux régimes de protection », *Répertoire du notariat Defrénois* 2009, n°38884, p. 185.

THOURET Sylvain, BUAT-MENARD Eloi, SALVAGE-GEREST Pascale, VERHEYDE Thierry, MONTOURCY Valéry, « Réforme du droit de la famille », *AJ fam.* 2015, p. 598.

THOUVENIN Dominique, « Les lois n°94-548 du 1^{er} juillet 1994, n°94-653 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique », *Actualités législatives Dalloz*, 1995, com. légis. p.149, n°70.

TRILLAT B., « L'accouchement anonyme : de l'opprobre à la consécration », in *Droit des personnes et de la famille*, Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Presses universitaires de Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 513.

VASSEUR-LAMBRY Fanny, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. Fam.* 2011, n°2, dossier 3, p.11.

VAUVILLE Frédéric, « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre », in F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ET C. CHOAIN (dir.), *L'autorité parentale en question*, LEDRAP, PU du Septentrion, 2003, p 119.

VERDIER Pierre, « L'affaire Benjamin : des effets de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X », *AJ fam.* 2004.358.

VERHEYDE Thierry et FOSSIER Thierry, « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ Famille* 2007, p. 160.

VERHEYDE Thierry :

- « Personnes faisant l'objet de soins psychiatriques : dispositions particulières concernant les majeurs protégés », Dossier « Hospitalisation sans consentement », *AJ Fam* 2016, p.30.
- « La loi nouvelle allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », *JCP N* 1993. I. 396.
- « Capacité ou non du majeur à protéger à exprimer sa volonté : des incohérences », *AJ Fam.* 2016, p. 236.
- « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », obs. ss TI Nice, 4 février 2009, *D.* 2009. 1397.
- « La protection de la personne du majeur protégé », *AJ Famille* 2009, p.19.

- « L'absence d'assistance ou de représentation obligatoire du majeur à protéger ou déjà protégé par un avocat est-elle conforme à la Constitution ? » – Cour de cassation, 1^{re} Civ. 8 juillet 2015 –, *AJ fam.* 2015. 547.
- « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », *Dr. fam.* n°2, Février 2011, dossier n°4.
- « Le majeur protégé, parent d'enfants mineurs », *AJ Fam.* 2012, p. 257.
- « Une avancée importante dans la reconnaissance des droits du majeur protégé parent », *AJ fam.* 2013. 717.

VERON M., « Reconnaître : reconnaissances et actes récongnitifs », *RTD civ.* 1963. 481.

VIAL Géraldine, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18.

VIALLA F., « Sentiments, vie privée, vie affective, vie sexuelle et institution sanitaire ou médico-sociale », *RDS* n°45, 2012, p.23-35.

VIDAL José, *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse, 1978, p.1113-1136.

VIGANOTTI Elisa, « Handicap et droit au respect de la vie familiale », *AJ fam.* 2016. 258.

ZELCEVIC-DUHAMEL Ana, « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020.2437.

ZUCKER-ROUVILLOIS Elisabeth, « La fabrique des handicapés mentaux », in N. DIEDERICH (ss. dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.42.

ZYLBERMAN P., « Eugénique à la scandinave : le débat des historiens », *Rev. Médecine et sciences*, vol.20, n°10, 2004, p.916-925.

V- JURISPRUDENCE

Jurisprudence judiciaire

Trib. Civ. Toulouse, 22 déc. 1915, *DP* 1917. 2. 15.

TI Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1977, *Gaz. Pal.* 1978. I. 175, obs. DECHEIX.

TI Saint-Omer, Ord., 3 mai 1989 : *JCP* 1990. II. 21514, note T. FOSSIER ; et *JCP N*, 1990, II, 89, note T. FOSSIER.

TI Quimperlé, Ord, 16 octobre 1999 : *JCP G* 2000. II. 10252 note T. GARE ; *Defrénois* 2000, 668, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 2000, 85, Obs. HAUSER ; *RJPF* 2000-4/13, note J.-M. PLAZY ; *RDSS* 2000, 436, Obs. F. MONEGER.

TI Bourganeuf, 28 juill. 2003, *Juris-Data* n°2003-242711, *Dr. Fam.* 2004. Comm. 133, Th. FOSSIER.

TI Nice, 4 février 2009, *D.* 2009, p. 1397, Obs. T. VERHEYDE ; *Dr. fam* 2009, comm.147, note L. TALARICO ; *RTD civ.* 2010, 530, obs. J. HAUSER.

TGI Poitiers, 11 juin 1982, *RDSS* 1983, p. 525, étude G. MEMETEAU.

TGI Paris, 16 juin 1995, *RTD civ.* 1995, p. 601.

TGI Cusset, 10 avril 1997, *Dr. Fam.* 1998, comm. 150, note P. MURAT.

TGI Créteil, 21 févr. 2002, *JurisData* n° 2002-175484 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 97, P. MURAT ; *D.* 2002, p. 1710, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2002, p. 495, n° 19, obs. J. HAUSER.

TGI Bordeaux, 1^{re} ch. civ, 27 juillet 2004, *D.* 2004, Jur., p. 2392, note E. AGOSTINI ; *Somm.*, p. 2965, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. Fam.*, septembre 2004, p. 22 et octobre 2004, p. 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

TGI Strasbourg, ord. Réf. 6 mars 2015, n° 2015/205.

CA Douai, 17 mars 1840, *S.* 1840, *Bull. civ.* II, n°255.

CA Orléans, 16 janvier 1847, *DP* 1847, II, 17.

CA Caen, 26 avril 1887, *S.* 1887, II, p. 125.

CA Paris, 11 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14716, note R. SAVATIER.

CA Paris, 5 juillet 1968, *JCP* 1968. II. 15640, obs. P. RAYNAUD.

CA Paris, 10^{ème} ch., 8 juin 1973 : *JCP G* 1974. II. 17660, note S. BETANT-ROBET ; *RDSS* 1973, n°3, p. 562, obs. P. RAYNAUD.

CA Paris, 17 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986, p. 429.

CA Versailles, 16 déc. 1986, *D.* 1987, *somm.* p. 317, obs. D. HUET-WEILLER.

CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, *Gaz. Pal.* 1990, n°2, p. 575, note DOUCET.

CA Paris, 17 janv. 1991 : *Juris-Data* n°1991-020158.

CA Riom, 16 déc. 1997, *D.* 1998, somm. 301, obs. BOURGAULT-COUDEVYLLE ; *D.* 1999. 198, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 1998. 891, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 1998. II. 10147, note T. GARE.

CA Aix-en-Provence, 4 sept. 1998, n°95/21619 : Juris-Data n°043425.

CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 25 mai 1998 : JurisData n°1998-046473.

CA Aix-en-Provence, 9 mars 1999, RG n°96/23198.

CA Lyon, 2^{ème} ch. civ., 26 mars 2002 : JurisData n°2002-197344.

CA Lyon, 7 mai 2002, RG n°01/04102.

CA Aix en Provence 4 févr.2003, *Dr. fam.* 2003, n°127, note A.GOUTTENOIRE.

CA Paris, 4 avr. 2003, n° 2002/05876 : JurisData n° 2003-222917 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 141, P. MURAT.

CA Montpellier, 5^{ème} ch. civ., 30 juillet 2003 : *Dr. fam.* juillet-août 2004, comm. n°131, note Th. FOSSIER.

CA Nîmes, 7 déc. 2004 ; JurisData n°2004-259490 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 154, note P. MURAT.

CA Bordeaux, 24 janv. 2005, n°11/04790 : Juris-Data n°2005-262640.

CA Caen, ch. spéc. des mineurs, 2 février 2006, n°06/00007 : *D.* 2006. 2016, note G. RAOUL-CORMEIL.

CA Reims, 12 déc. 2006, *D.* 2007. 879, chron. P. SALVAGE-GEREST ; *JCP G* 2006. I. 199, note J. RUBELLIN-DEVITCHI.

CA Amiens, 8 nov. 2007, n°2007-354010, *Dr. Fam.* 2008, comm. 64, note T. FOSSIER.

CA Bordeaux, 20 février 2008, JurisData n°2008-357639, *RTD civ.* 2009, p. 109, obs. J. HAUSER.

CA Amiens, ch. spéc. min., 13 mars 2008 : JurisData n°2008-358659.

CA Grenoble, 17 juin 2008 : Juris-Data n°2008-004352.

CA Lyon, Ch. spéc. des mineurs, 9 mars 2010, n° RG : 09/00228.

CA Angers, 26 janv. 2011, n°10/01339 : JurisData n°2011-000717 ; *Dr. fam.* 2011, Alerte 17, focus M. LAMARCHE ; *Dr. fam.* 2011, comm. 38, obs. C. NEYRINCK.

CA Rouen, 7 avril 2011, n°10/02343 : Juris-Data n°2011-007786.

CA Caen, 3^{ème} ch. civ., 8 décembre 2011, n° RG 10/03808.

CA Paris, pôle 3, 3^{ème} ch., 22 mars 2012, n°11/00531 : JurisData n°2012-005705 ; *Dr. fam.* n°6, juin 2012, comm. 107, note I. MARIA.

CA Dijon, 4 juill. 2012, n° 12/00315 : JurisData n° 2012 -019105 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 169, obs. Cl. Neyrinck.

CA Metz, 22 janv. 2013, n°11/04085 : JurisData n°2013-004027 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 54, obs. C. NEYRINCK.

CA Lyon, 2^e ch. A, 18 juin 2013, n°12/05902 : JurisData n°2013-013288 ; *Dr. fam.* n°10, oct. 2013, comm. 144, note I. MARIA.

CA Douai, Ch. Protection juridique des majeurs et des mineurs, 12 décembre 2013, n°13/213, *Dr. Fam.* 2014, n° 5, Comm. 84, obs. I. MARIA.

CA Colmar, 5^{ème} ch. civ. B, 18 nov. 2014, n° RG : 13/03605.

CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 23 fév. 2015, n° RG : 14/01610.

CA Douai, 7^{ème} ch., 1^{ère} sect., 2 avril 2015 : n° RG 14/00208, JurisData n° 2015-008965. *Dr. fam.* 2015, n°6, comm. 132, obs. I. MARIA.

CA Metz, ch. de la famille, 17 nov. 2015, n°14/02952 : JurisData n°2015-026963 ; *Dr. fam.* n°3, mars 2016, comm. 69, note I. MARIA.

CA Paris, 9 mars 2016, n°15/07071, *RDSS* 2016, p.781, obs. P. VERON.

CA Versailles, 10 oct. 2016, n°15/0761.

CA Versailles, 31 mars 2017, n°16/09293, *D. actualités*, 25 avril 2017, obs. A. PORTMANN ; *AJ Fam.* 2017, p.303, note V. MONTOURCY.

CA Bordeaux, 30 mai 2017, n° 16/04574, JurisData n° 2017 -010879 ; *Dr. fam.* 2017, n°9, comm. 182, note G. MILLERIOUX.

CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314, Juris-Data n°012460 : *AJ fam.* 2017. 545, obs. J. HOUSSEIER ; *D.* 2017. 2107, Point de vue, A. BATTEUR ; *D.* 2018. 529, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.* 2017. Comm. 224, note H. FULCHIRON ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. GARE.

Req. 4 nov. 1835, *S.* 1835. I. 785, cité par J. M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse, éd. La Mouette, 2001, n°497.

Req., 28 janvier 1942, *Gaz. Pal.* 17 avril 1942, p. 177 ; *D.* 1942, jurisp. p.63 ; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n°85.

Civ. 22 juin 1813, *S.* 1813. I. 281, concl. JOUBERT ; cité par J. M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, thèse, éd. La Mouette, 2001, n°497.

Civ., 20 mai 1936, Mercier : *DP* 1936, 1, p. 88, rapp. Josserand, concl. Matter.

Civ. 26 août 1940, *DH* 1940, 163.

Civ., 4 févr. 1941 : *DA* 1941, p. 113.

Civ. 1^{ère}, 29 mars 1951, *Dalloz* 1952, p. 53.

Civ. 1^{ère}, 29 mai 1951 : *JCP G* 1951, II, 6421, note R. PERROT ; *Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.* 1952, *Jur.*, p. 53, note R. SAVATIER ; *S.* 1953, p. 41, note R. NERSON ; *RTD civ.* 1951, p. 508, note H. et L. MAZEAUD.

Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1953, *Bull. civ. I*, n°264.

Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1953 : *JCP G* 1953, II, 7891 ; *D.* 1953, p. 658 ; *RTD civ.* 1953, p. 81, obs. H. et L. MAZEAUD.

Civ. 1^{ère}, 8 janvier 1957, *JCP* 1957. II. 9903, note F. DE MONTERA ; *RTD civ.* 1957, n°6, p. 316, obs. H. DESBOIS.

Civ. 1^{ère}, 21 février 1961, *Bull. civ. I*, n°347 ; *JCP* 1961, II, 12229, note R. SAVATIER ; *D.* 1970, p. 85.

Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1961, *Gaz. Pal.* 1962, 1^{ère} Sem. *Jur.*, 195.

Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1969, *JCP* 1970, éd. G., II, 16507, note SAVATIER.

Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1972, n° 70-10.321 : *Bull. civ. I*, n° 21 ; *D.* 1972, p. 373, note M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Deffrénois* 1972, art. 30129, p. 760, note J. MASSIP.

Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1972, *D.* 1972. 553, note J. MASSIP.

Civ. 1^{ère}, 22 fév.1972, *RTD civ.* 1972. 627, obs. HEBRAUD ; *JCP* 1972. II. 17111, note R. LINDON.

Civ. 1^{ère}, 23 mai 1973, *Gaz. Pal.* 1973, II, 885, note DOLL.

Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973 : *D.* 1974, p. 135, note C. GAURY ; *JCP G* 1974. II. 17689, note E. S. DE LA MARNIERRE.

Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1973, *Bull. civ. I*, n°296.

Ch. mixte, 24 mai 1975, Soc. des cafés Jacques Vabre, n° 73-13.556 : *D.* 1975, jurispr. p. 497, concl. TOUFFAIT ; *Gaz. Pal.* 1975, p. 2470, concl. et note R.C. ; *AJDA* 1975, p. 567, note J. BOULOUIS ; *JDI* 1975, p. 802, note D. RUZIE ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note J. FOYER et D. HOLLEAUX ; *RGDIP* 1976, p. 690, obs. C. ROUSSEAU ; *Cah. dr. eur.* 1975, p. 655, note R. KOVAR.

Civ. 1^{re}, 19 oct. 1976, n°75-13.423, Bull. civ. I, n°301.

Civ. 1^{re}, 16 fév. 1977, Bull. civ. I, n°90.

Civ. 1^{re}, 28 juin 1977, Bull. civ. I, p.236, n°299.

Civ. 1^{re}, 3 octobre 1978 : *RDSS* 1979, p. 279, note P. RAYNAUD.

Civ. 1^{re}, 29 octobre 1979 : *RDSS* 1980, n°3, p.148, obs. P. RAYNAUD.

Civ. 1^{re}, 28 mai 1980, n°79-10.874, Bull. civ. I, n°158.

Civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, n°79-15.746 : *JurisData* n° 1981 -700017 ; Bull. civ. I, n° 5 ; *D.* 1981, p. 495, P. RAYNAUD.

Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, *Juris-Data* n°1981-701885 ; Bull. Civ. I, n°202 ; *RTD Civ.* 1984. 303, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI et R. NERSON.

Civ. 1^{re}, 14 avril 1982, n° 80-80.014, n° 80-80.015 : *JurisData* n° 1982-700746 ; *D.* 1983.294, note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 8 nov. 1982, n°80-12.309, Bull. civ. I, n°323 ; *Gaz. Pal.* 1983. 2. 517, note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 12 oct. 1983, Bull. civ. I, n°230 ; *D.* 1984. 238, et *Defrénois* 1984, 33230, n°5, p.288, obs. J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1984. 1. Pan. 53, obs. GRIMALDI.

Civ. 1^{re}, 9 mai 1983, *JCP* 84. II. 20262, obs. A. DORSNER-DOLIVET ; *D.* 1984, p. 121, note PENNEAU.

Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1984, *D.* 1984. 388, note J. MASSIP et IR. 315, obs. D. HUET-WEILLER ; *RTD civ.* 1984. 700, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

Civ 1^{re}, 13 fév. 1985 : Bull. civ. I. n°62.

Civ. 1^{re}, 6 mars 1985 : Bull. Civ. I. n°88 ; *Defrénois* 1986, art. 33690, n°6, p. 328, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.* 1986. 730, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Civ 1^{re}, 26 juin 1985, *Defrénois* 1986, art.33735, n°46 et *Gaz. Pal.* 1986. 2. 681 note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 8 oct.1985 : Bull. civ. I, n° 247 ; *Gaz. Pal.* 1986. 1. 386, note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 20 nov. 1985, *RTD civ.* 1986.731, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Civ. 1^{re}, 8 oct. 1986, Bull. civ. I, n°236 : *Gaz. Pal.* 1987, 2, 385, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1987. art. 33978, p.765, n°40, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 31 mars 1987, *JCP* 1988. II. 21000, obs. AGOSTINI.

Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, n° 85-16.887, Bull. civ. I, n° 246 ; *D.* 1988. 225, note J. MASSIP ; *Defrénois* 1988, 34186, p. 313.

Civ. 1^{re}, 14 juin 1988, n° 87-05.027, Bull. Civ I, n°186 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, jur., p. 797, note J. MASSIP.

Civ. 1^{ère}, 11 juill. 1988, n°86-18.372, 86-18.510 : *Juris-Data* n° 1988-002454, *D.* 1988, somm. p. 403 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 861, note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 18 avr. 1989, n° 87-14.563 : *JurisData* n° 1989-701707 ; *JCP G* 1990. II. 21467, note Th. FOSSIER ; Bull. civ. 1989. I. n° 156 ; *D.* 1989, p. 493, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 387.

Civ. 1^{re}, 14 fév. 1990 n°87-05.074, Bull. civ. I, n°47.

Civ. 1^{re}, 3 janvier 1991, *Gaz. Pal.* 1991, p. 19.

Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, Bull. civ. I, n°106.

Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, Bull. civ. I, n°299.

Civ 1^{re}, 24 février 1993, *JCP G* 1994, II, 22319, note Th. FOSSIER ; *RTD civ.* 1993, p. 326, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 24 févr. 1993 : *JurisData* n° 1993-000380 ; Bull. civ. 1993, I, n° 87 ; *D.* 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE ; *Defrénois* 1993, art. 35611, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n° 91-11.310 : *JurisData* n° 1993-002501 ; *D.* 1993. 361, note J. MASSIP ; *RDSS* 1993. 533, note F. MONEGER ; *D.* 1994, somm. 34, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP* 1993. I. 3688, n°4, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP* 1993. I. 3700, n° 1, obs. E. PICARD ; *Rev. crit. DIP* 1993. 449, note P. LAGARDE ; *RTD civ.* 1993, p. 341, obs. J. HAUSER ; *D.* 1993, p. 203, note M.-C. RONDEAU-RIVIER ; *JCP G* 1993, I, 3677 note C. NEIRINCK et P. MARTIN.

Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993 [deux arrêts], n° 91-18.735 et 92-05.015 : *JurisData* n° 1993-002498 ; Bull. civ. 1993, I, n° 259 ; *RTD civ.* 1993, p. 814, obs. J. HAUSER ; *D.* 1994. 191, note J. MASSIP ; *JCP* 1994. I. 3729, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1993. IR 209 ; *JCP* 1994. II. 22219, note Y. BENHAMOU.

Civ. 1^{re}, 13 déc. 1994, n°93-14.610 et 92-16.106, *RTD civ.* 1995.599, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 1995. 325, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, n° 92-20.082 : JurisData n° 1995-000126 ; Bull. civ. I, n° 2 ; *RTD civ.* 1995. 347, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 94-05.104.

Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n°96-11073 : *JCP G* 1997, II, 22749, note I. GARE-ARDEEF ; *RTD civ.* 1997. 98, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 1996, comm.5, note P. MURAT ; *D.* 1997. 587, note J. MASSIP ; p. 161, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *Defrénois* 1997, art. 36591, n°64, p. 718, obs. J. MASSIP ; A. BATTEUR et J-M. LARRALDE, in A. BATTEUR (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Lextenso, 2012, n°168 s., p. 167-178.

Civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *RDSS.* 1997, 288, note L. DUBOUIS.

Civ. 1^{re}, 13 janv. 1998 : *Dr. fam.* 1998, n°97, note P. MURAT.

Civ. 1^{re}, 17 février 1998, Juris-Data n°051765.

Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-11.250 : Juris-Data n° 1998-001093 ; *Dr. fam.* 1998, comm. 96, P. MURAT ; *Defrénois* 1998, art. 36860, p. 1021, n° 95, obs. J. MASSIP ; *D.* 1998, somm. p. 299, obs. E. JOB, et p. 355, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *LPA* 21 oct. et 23 oct. 1998, n° 126, p. 19 et n° 127, p. 23, note E. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 1998, p. 665, obs. J. HAUSER ; *LPA* 4 nov. 1998, n° 132, p. 29, note J. MASSIP.

Civ 1^{re}, 24 mars 1998, *D.* 1999, 19, note J.-J. LEMOULAND.

Cass, Avis n° 09-80-006, 06 juillet 1998, Bulletin civil n° 10 p. 11, *RTD civ.* 1998, p 881, Obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, deux arrêts, *JCP* 1998, II, 10180, concl. SAINTE-ROSE, note SARGOS.

Civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, n°97-17.018 : *Dr. fam.* 2000. Comm. 3, obs. P. MURAT.

Civ. 1^{re}, 9 mars 2000, n° 98- 18.095, Bull. civ. I, n° 44 ; *JCP* 2000. II. 10374, comm. A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n°98-12.806 ; Bull. civ. I, n°103 ; *D.* 2000. 731, note T. GARE ; *D.* 2001, somm. 976, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.* 2001. 1427, obs. GAUMONT-PRAT ; *D.* 2001. 2868, obs. DESNOYER ; *LPA*, 27 nov. 2000, p. 13, note DABURON ; *LPA*, 5 sept. 2000, p. 8, note NEVEJANS-BATAILLE ; *JCP G* 2000. II. 10409, concl. PETIT, et note MONTSALLIER-SAINT MIEUX ; *JCP G.* 2000. I. 253, n°11, obs. C. BYK ; *JCP G.* 2001. I. 362, n°21, obs. CADIET, et 332, p. 1273, n°2, obs. Y. FAVIER ; *Dr. fam.* 2000, comm. 72, note P. MURAT ; *RJPF* 2000-5/23 ; et *RTD civ.* 2000. 304, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2000. 37194, p. 769, obs. J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 23 mai 2000, n°98-18.513, *D.* 2000, 470, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2000, II. 10342, rapp. P. SARGOS.

Civ 1^{re}, 24 oct. 2000, n° 98-20.340; Bull.civ.1, n°264; *Defrenois* 2001, art. 37285, n°5, p.97, obs. J. MASSIP; *Dr fam.*2001. Chron.19, note P. SALVAGE-GEREST ; *JCP* 2001, II. 10548 note T. FOSSIER ; *RTD civ.* 2001. 109, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n°00-14564, *D.* 2001, 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN; *RTD Civ.* 2002, 176, obs. R. LIBCHABER, 507, obs. J. MESTRE et B. FAGES; Rapport annuel Cour de cassation 2001, p.421; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., 2007, n°11.

Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, n°00-10.151 ; *Juris-Data* n°2001-011879 ; *Dr. Fam.* 2002, comm.57, obs. P. MURAT.

Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, n°00-18.738, *AJ fam.* 2003. 147, obs. F. B. ; *RTD civ.* 2003. 478, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 1^{er} juill.2003, *RJPF* déc. 2003, p.22

Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, n°03-19026 : *Juris-Data* n°2004-023203 ; Bull. civ. I, 2004, n°107, p. 87 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 120, comm. P. MURAT ; *JCP G* 2004. II. 10145, note C. GEOFFROY ; *RTD civ.* 2004. 496, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 25 mai 2004 : *Dr. fam.* 2005, n°20, note Th. FOSSIER.

Civ 1^{re}, 3 novembre 2004, n°03-05.056 ; Bull. Civ. I, n°246 ; *JCP* 2005, I, 116, n°7, obs. T. FOSSIER ; *Dr. fam.* 2005, n°122, note P. SALVAGE-GEREST.

Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bourdier c/ Rainville* : *JurisData* n° 2005-028424 ; *AJ fam.* 2005. 274, note Th. FOSSIER ; *D.* 2005. 1909, note V. EGEEA.

Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Washington c/ Washington* : *JurisData* n° 2005-028932 ; *JCP G* 2005. 1573, concl. C. PETIT, note C. CHABERT ; *JCP G* 2005, II, 10081, F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER ; *RDSS* 2005. 814, comm. Cl. NEIRINCK ; *JCP* 2005. I. 199, n° 7, chron. J. RUBELLIN-DEVICHI, Chronique droit de la famille, *JCP* 2005. I. 199, n° 7 ; D. BUREAU, *Rev. crit. DIP* 2005. 679 ; *D.* 2007, p. 2192, note A. GOUTTENOIRE ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2005, comm. 156, A. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2005, p. 583 et 585, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, arrêt *Fesch*, n° 03-19.274 : *JurisData* n° 2005-030465 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 2, P. MURAT ; *RJPF* 2006, n° 1, p. 25, note T. GARE ; *LPA* 19 juin 2006, n° 121, p. 10, note J. MASSIP.

Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-15.588 : *JurisData* n° 2005-031133 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 26, P. MURAT ; *D.* 2006, Pan. 1139, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2006. 98, obs. J. HAUSER ; *Dr. Fam.* 2006. Comm. 26, note P. MURAT.

Civ. 1^{re}, 14 fév. 2006, n°05-13.006, *RTD civ.* 2006, p. 294, obs. J. HAUSER, *RLDC* 2006, n°29, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *AJ Fam.* 2006. 162, obs. F. CHENEDE, *D.* 2006. 1029, note G. KESSLER, et 1139, obs. F. GRANET- LAMBRECHTS.

Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, n°05-11.285 et 05-11.286, Juris-Data n°2006-033113 ; Bull. Civ. I, n°171 ; *D.* 2006 1707, note REVEL, et 2293, tribune par MALLET-BRICOURT ; *LPA* 2006, n°140-141, 17, note J. MASSIP, et *LPA* 2007, n°91, note BOURGAULT-COUDEVYLLÉ ; *RJPF* 2006-6/23, note M.-C. LE BOURSICOT ; *Dr. fam.* 2006, comm. 124, note P. MURAT ; *AJ fam.* 2006, 249, obs. F. CHENEDE ; *RDSS* 2006.575, note C. NEIRINCK.

Civ 1^{re}, 11 juillet 2006, Bull. Civ. I, n°370.

Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n°05-20.243, Juris-Data n°2007-039206 ; Bull. civ. I, n°218 ; *D.* 2007, p. 2327, obs. P. CHAUVIN ; *AJ fam.* 2007, p.355, obs. L. PECAULT-RIVOLIER ; *RTD civ.* 2007, p.547, obs. J. HAUSER ; *JCP N* 2007, 1313, comm. J.-M. PLAZY ; *Deffrénois* 2007, p. 1323, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2007, comm. 153, note Th. FOSSIER, et comm. 193, note P. MURAT ; *D.* 2008, Pan. 320, p. 313, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RJPF* 2007, n°9, p.16, obs. J. CASEY.

Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n°05-20.204, Juris-Data n°2007-039913 ; *Dr. Fam.* 2007, n°9, comm. 169, note P. MURAT, op. cit. ; *RTD civ.* 2007, p. 751, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2007, n°22. 1639, chron. J. MASSIP ; *AJ Fam.* 2007. 362, note F. C.

Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *D.* 2008. Pan. 1374, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *Deffrénois* 2007. 1637, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2007, 485, obs. F. C.

Civ 1^{re} 8 octobre 2008, n° 07-216094, Bull Civ. I n°223 ; *JCP G* 2009, II, 10012, note Y. FAVIER ; *D.* 2008. 2863, note EGEE et 2832, note V. NORGUIN ; *Dr. fam.* 2008.173, note MURAT ; *RTD civ* 2008, 655, obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2008. 431, obs. J. MASSIP ; *AJ fam.* 2008. 3 p. 435, note L. PECAULT-RIVOLIER, obs P. MURAT.

Civ. 1^{re}, 14 janv. 2009, n° 07-19.579.

Civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 08-12.098.

Civ. 1^{re}, 19 nov. 2009, n°09-68.179 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 24, obs. P. MURAT ; *D.* 2009, p. 1904, note A. GOUTTENOIRE.

Civ. 1^{re}, 8 avril 2010, n°08-21058 ; *RDC* 2010, p.857, note G. VINEY.

Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n°09-13.591, Juris Data n°2010-007988 ; *D.* 2010. 1522, obs. I. GALLMEISTER, note P. SARGOS, 1801, point de vue D. BERT, 2092, chron. N. AUROY et C. CRETON, 2011. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT, 2565, obs. A. LAUDE ; *RCA* n°9, sept. 2010, comm.222, S. HOCQUET-BERG ; *AJDA* 2010. 2169, note C. LANTERO ; *RTD Civ.* 2010.571, obs. P. JOURDAIN ; *RDSS* 2010.898, note F. ARHAB-GIRARDIN ; *GADS* 2010, n°90-93.

Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n°09-15.129.

Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n°09-13.635, *D.* 2011. 50, note G. RAOUL-CORMEIL, et 2501, obs. D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2010. 496, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2011. 103, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2011. 14, note D. MARTEL ; *JCP N* 2011. 1008, note C. COUTANT-LAPALUS, et 1196, note J. MASSIP ; *LPA* 19 janv. 2011, note L. DISA.

Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n°09-68.141 : *JurisData* n° 2010-018951 ; *Bull. civ. I*, n° 210 ; *Procédures* 2011, comm. 17, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *Dr. fam.* 2010. Comm. 184, obs. C. NEIRINCK ; *D.* 2011, 574, note HUYETTE et 622, n° 1, obs. AUROY ; *Gaz. Pal.* 4-5 févr. 2011, 27, note MANSARD.

Civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : *JurisData* n° 2011-011609 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 150, C. NEIRINCK ; *Procédures* 2011, comm. 270 ; *AJF* 2011, p. 376, obs. F. CHENEDE ; *D. actu.* 2011, p. 1757, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *D.* 2012, p. 312, obs. H. GAUMONT-PRAT, p. 1038, obs. M. DOUCHY-OUDOT et p. 1435, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RTD civ.* 2011, p. 524, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2011-10/42, obs. T. GARE.

Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n°10-30.714, *Dr. fam.* 2012, comm. 29, obs. G. RAYMOND.

Civ. 1^{re}, 1er fév. 2012, *D.*2012. Comm.921, note G. RAOUL-CORMEIL ; *JCP N* 2012, 1183, note J. MASSIP.

Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n° 10-27-102, *JurisData* n°2012 -005295.

Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, n° 11-27.071 : *JurisData* n°2013-006701 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 89, note C. NEYRINCK ; *JCP* 2013 G, note 699, E. DREYER ; *RTD civ.* 2013, p. 589, obs. J. HAUSER ; *D.* 2013, p. 1106, note M. DOUCHY-OUDOT.

Civ. 1^{re}, 12 juin 2013, n° 12-19.569, *Daloz actualité*, 27 juin 2013, obs. DOUVILLE.

Civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n° 12-23.766, *JurisData* n° 2013-025047 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 9, obs. I. MARIA ; *JCP G* 2014. 14, note N. PETERKA ; *D.* 2014, 467, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2014, 2259, obs. J.-M. PLAZY ; *AJ fam.* 2013, 717, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2014. 84, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 2013, 3787, obs. J. MASSIP ; *D. Actu.*, 220, nov. 2013, note R. MESA.

Cass., avis n°15004, 24 mars 2014, n°13-70.010 ; *D. actu.*, 18 avril 2014, note T. DOUVILLE ; *AJ fam.* 2014. 372, obs. H. MORNET ; *RTD civ.* 2014. 336, obs. J. HAUSER.

Cass. Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n°13-24.268 : *JurisData* n° 2014-029460 ; *AJ fam.* 2015.60, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *RTD civ.* 2015.118, obs. J. HAUSER ; *D.* 2015. 649, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *D.* 2015. 1919, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *RJPF* mars 2015, obs. I. CORPART ; *RLDC* 2015, n° 122, F. DEKEUWER-DESFOSEZ ; *D. actualité*, 16 déc. 2014, R. MESA ; *Dr. fam.* 2015, comm. 32, C. NEIRINCK.

Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, n° 15-11.002 : *AJ fam.* 2015. 547, obs. T. VERHEYDE.

Civ. 1^{re}, 2 décembre 2015, n°14-25777 : JurisData n° 2015-026590 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 36, obs. I. MARIA ; *Gaz. Pal.*, 26 janvier 2016, n°4, obs. V. MONTOURCY ; *D.* 2016. 875, note G. RAOUL-CORMEIL ; *D.* 2016. 1523, obs. J.-M. PLAZY ; *D.* 2016. 1334, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2016. 107, obs. Th. VERHEYDE ; *RTD Civ.* 2016. 83, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 27 janv. 2016, n°15-11.002, *AJ Fam.* 2016, p.166, note V. MONTOURCY.

Civ. 1^{re}, QPC, 9 nov. 2016, n°15-20.547 : JurisData n°2016-023661 ; *RJPF* 2017, n° 2, p. 42, note Th. GARE.

Civ. 1^{re}, 15 juin 2017, n°17-40.035 : *D.* 2017. 1303 ; *AJ fam.* 2017. 408, obs. I. CORPART ; *RTD civ.* 2017. 611, obs. J. HAUSER.

Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017, n°16-27.507 : *D.* 2018. 223, note D. NOGUERO ; *AJ fam.* 2018. 125, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *RTD civ.* 2018. 74, D. MAZEAUD.

Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2020, n°19-15.783, *D.* 2020.2437, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL ; *D.* 2020. 2405, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE.

Civ. 2^e, 23 octobre 1985, *Bull. civ. II*, n°158.

Civ. 2^e, 20 janv. 2000, n° 98- 14.479, *Bull. civ. II*, n° 14.

Civ 2^e, 15 mars 2007, *D.* 2007, *Jur* 1932, note D. NOGUERO.

Ass. Plén., 8 juillet 2010, n° 10-10.385 : JurisData n° 2010 -011878 ; *D.* 2010. 1941, note J. HAUSER ; *RTD civ.* 2010. 757, obs. J. HAUSER ; *AJ Fam.* 2010, p. 390, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2010, p. 544, obs. J. HAUSER.

Com., 16 déc. 2014, n°13-21.479 : *D.* 2015, *Chron.C. cass.* 996, note F. ARBELLOT ; *D.* 2015. 1569, obs. J.-M. PLAZY ; *RTD com.* 2015. 160, obs. J.-L. VALLENS.

Crim. 12 août 1813, *Sirey chr.*, et 2 juillet 1835, *Sirey* 1835, I, 861.

Crim., 12 nov. 1859, *DP.* 1960. 1, 50.

Crim, 1er juillet 1937, Bartosek et Prévotel, *Gaz. Pal.* 1937, 2^{ème} Sem, p.358 ; *Sirey* 1938, I, p.193, note TORTAT ; *Rev. sc. crim.* 1937, 680, obs. MAGNOL.

Crim. , 9 novembre 1961, *JCP G* 1962. II. 12777, note R. SAVATIER.

Crim. , 30 mai 1991, *Bull. Crim.* , n°232, p. 591.

Crim, 27 mars 1996, n°96-82016, *Bull. Crim.* N°138, p. 396, *RSC* 1996, 853, obs. Y. MAYAUD.

Crim., 6 février 2001, n° C 00-82.434 F.

Soc. 13 juill. 1994, n° 93-10.891 : Bull. civ. 1994, V, n° 236 ; *JCP* 1995. II. 22363, note Y. BENHAMOU ; *JCP* 1995. I. 3813, n° 1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 1994. 844, obs. J. HAUSER ; *D.* 1995. 91, note J. MASSIP.

Jurisprudence administrative

TA Grenoble, 23 novembre 1989, *M. et Mme Bengherbi \ CHRU de Grenoble*, Dictionnaire de droit des étrangers, décision n° 8628523.

TA Strasbourg, 21 avril 1994, LPA, 21 oct. 1994, n°126, p. 22, note F. M., concl. M. Martinez.

CAA Bordeaux, 6 nov. 2012, n° 11BX01790 : *AJDA* 2013. 115, concl. D. KATZ ; *D.* 2013. 312, obs. F. VIALLA - Dijon, 6 juin 2012, n° 12/00220, *AJ fam.* 2012. 507, obs. T. VERHEYDE ; *RTD civ.* 2013. 91, obs. J. HAUSER.

CE, 29 janvier 1988, *Dame Labidi*, *JCP* 1989. II. 21222, obs. G. MEMETEAU ; *RDSS* 1988, p. 509, obs. F. VAREILLE.

CE, 17 févr. 1988, *Mme Morette-Bourny*, n°76417 : *JurisData* n° 1988-605139 ; *Rec. CE* 1988, p. 73.

CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, req. n° 108243 : *JurisData* n° 1989-645117 ; *Rec. CE* 1989, p. 190 ; *GAJA*, n° 102 ; *RFDA* 1989, p. 812, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1989, p. 756, chron. HONORAT ET BAPTISTE ; *AJDA* 1989, p. 788, note D. SIMON ; *RFDA* 1989, p. 824 s., notes B. GENEVOIS, L. FAVOREU, L. DUBOUIS ; *RTD eur.* 1989, p. 771, note G. ISAAC.

CE, 30 juin 1993, *Caméara*, req. n° 136601, *JDJ* nov. 1993. 33.

CE, 29 juill. 1994, *préfet de la Seine-Maritime c/ M. et Mme Abdelmoula*, req. n° 143866 : *DEF* 1994, n° 40, p. 129 ; *AJDA* 1994. 841, concl. M. DENIS-LINTON ; *LPA* 7-8 juill. 1995, p. 24, obs. Y. BENHAMOU ; *RDSS* 1995. 167, obs. F. MONEGER.

CE 10 mars 1995, *Demirpence*, req. n° 141083 : *JurisData* n° 1993-002501 ; *Lebon* 610 ; *D.* 1995. 617, note Y. BENHAMOU ; *RTD civ.* 1996. 140, obs. J. HAUSER. : *JCP G* 1997, I, 3996, J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1995, jurispr. p. 617, note Y. BENHAMOU ; *RTD civ.* 1996, p. 140, obs. J. HAUSER.

CE ass., 27 octobre 1995, deux espèces, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, *D.* 1996, 177, note G. LEBRETON ; *RFDA* 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; *AJDA* 1995, p. 878, J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX ; *Rec.* p. 372.

CE sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, *AJDA* 1997, p. 1016, concl. V. PECRESSE.

CE, 3 juill. 1996, *Paturel*, req. n° 140872 : *JCP* 1996. I. 2279, obs. ROUAULT ; J. RUBELLIN-DEVICHI, chron. dr. fam., *JCP* 1997. I. 3996.

CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, req. n° 161364 : *RFDA* 1998. 562, concl. R. ABRAHAM ; *JDI* 1998. 721, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *RDSS* 1998. 174, chron. F. MONEGER ; *JCP G* 1997, II, 10052, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *LPA*, 26 janv. 1998, n° 11, p. 17, note REYDELLET.

CE, 5 janvier 2000, *Assistance publique-Hopitaux de Paris*, req. n°198530, *Lebon* ; *AJDA* 2000, 180 et 137, Chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RDSS* 2000, 357, note L. DUBUIS.

CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n° 241187 : *JurisData* n° 2002 -064704 ; *Rec. CE* 2002, p. 480.

CE, 27 juill. 2005 : *Rec. CE* 2005, p. 346 ; *D.* 2005, inf. rap., p. 2244 ; *RFDA* 2005, p. 1076 ; *RTD civ.* 2005, p. 753, obs. J. HAUSER.

CE, 26 septembre 2005, *Ass. Collectif contre l'handiphobie*, *D.* 2005. IR.2550 ; *JCP G* 2005. IV. 3299.

CE 10 oct.2012, M. B., req. n°350426, *Lebon* ; *AJDA* 2012.1927.

Conseil Constitutionnel

Cons. Const., 27 juillet 1994, déc. n°94-343-344 DC, JO 29 juillet 1994, p. 11024 ; *Rec.* p. 100 ; *D.* 1995, JP, p.237, note B. MATHIEU, et somm. p. 299, obs. L. FAVOREU ; *RTD civ.* 1994, p. 831 et p. 840, obs. J. HAUSER.

Cons. Const., 27 juin 2001, déc. n°2001-446 DC, *D.* 2001, p. 2533, note B. MATHIEU.

Cons. Const., 4 juillet 2001, déc. n°2001-449 DC *D.* 2001, p. 3374, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX.

Cons. Const., 6 oct. 2010, n° 2010 -39 QPC : JO 7 oct. 2010, p. 18154 ; *JCP E* 2010, 555 ; *D.* 2010, p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ Fam.* 2010, p. 487, note F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, repère 10, par V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Cons. Const., 29 juin 2012, n°2012-260 QPC, *D.* 2012. 1675 et 1899, point de vue G. RAOUL-CORMEIL ; 2699, obs. J.-M. PLAZY et D. NOGUERO ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2012. 510, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2012. 463, obs. Th. VERHEYDE ; *Dr. Fam.* 2012, n°136, obs. M. BRUGGEMAN ; n°148, note I. MARIA.

Cons. Const., 27 juillet 2012, n°2012-268 QPC, JO 28 juill. 2012, p. 12355 : *Juris Data* n°2012-019113 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 143, comm. C. NEYRINCK ; *RTD civ.* 2012, p. 718, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.* 2012, p. 454, obs. F. EUDIER.

Cons. Const., 28 mai 2020, n°2020-843 QPC, *Force 5*, *AJDA* 2020. 1087 ; *D.* 2020.1390, note T. PERROUD ; *JCP* 2020, doct. 805, n°36, obs. B. MATHIEU et A.-L. CASSARD-VALEMBOSIS ; *JCP Act.* 2020, Actu. 350, obs. M. VERPEAUX ; *Gaz. Pal.* 23 juin 2020, n°23, p. 19, note D. ROUSSEAU ; *JCP* 2020. 779, obs. A. LEVADE ; *EEI* 2020. Comm. 26, note Ph. TERNEYRE.

Cons. Const., 3 juillet 2020, n°2020-851/852 QPC, *Sofiane A.*, *AJDA* 2020. 1384 ; *D.* 2020. 1408 ; *ibid.* 1643, obs. J. PRADEL ; *JCP* 2020. 915, note A. LEVADE.

Commission européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH, déc., 13 mai 1976, *X c/ Islande*, n° 6825/74, *D. et R.*, vol. 5, p.86.

Comm. EDH, 21 mai 1975, *X c/ Royaume-Uni*, n° 6564/74, *D. et R.* n°2, p.105.

Comm. EDH, rapp., 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck c/ Belgique*, Série B, vol.36, *Annuaire fr. dr. int.* 1979, p. 398.

Comm. EDH, rapp., 13 décembre 1979, *Hamer c/ Royaume-Uni*, n° 7114/75, *D. et R.*, 24, p.5.

Comm. EDH, rapp. 8 mars 1982, *Hendriks c/ Pays-Bas* : *D. et R.*, 29, p. 5

Comm. EDH, déc., 14 mars 1985, *Florentino Garcia c/ Suisse*, n°10148/82 : *D. et R.*, 42, p. 98.

Cour européenne des Droits de l'Homme

CEDH, *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, n°6833/74, série A, n°31 ; *JDI* 1982, p. 183, note P. ROLLAND ; F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, G. GONZALEZ, F. MARCHADIER, J.-P. MARGUÉNAUD, L. MILANO, H. SURREL, D. SZYMCZAK, *Les grands arrêts de la C.E.D.H.*, PUF, coll. Thémis, 8^{ème} éd., 2017, n°51.

CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76, série A, n°45 : *Cah. dr. eur.* 1982, p. 221, comm. COHEN-JONATHAN ; *JDI* 1985, p. 185, chron. P. ROLLAND ; F. SUDRE *et al.*, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd., 2015, p. 549.

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, req n° 8978/80, série A, n°91 : *RSC.* 1985, p.629, obs. L. PETTITI ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. ROLLAND ; *AFDI* 1986, p. 282, obs. V. COUS-SIRAT-COUSTERE.

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, Série A, n° 94.

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, n° 9532/81, Série A, n°106 : *JDI* 1987, p. 796, obs. P. ROLLAND et V. BERGER.

CEDH, cinq arrêts, 8 juill. 1987, *H., O., B., R., et W. c/ Royaume-Uni*, n° 9276/81, 9749/82, 9840/82, 10496/83, Série A, n°120 et 121.

CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*, n° 10465/83 : *JDI* 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER ; *RSC* 1988, p. 573, obs. PETTITI ; *GACEDH* 2003, n°43.

CEDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c/ Suède*, n°12963/87, Série A, n°226 : *RTDH* 1993, p. 549, note F. TULKENS.

CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, n°13710/88 : *D.* 1993, somm. p. 386, obs. J.-F. Renucci ; *GACEDH*, n° 44 ; *AFDI* 1992, p. 629, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *RTDH* 1993, n° 15, p. 467, P. LAMBERT et F. RIGAUX.

CEDH, 23 juin 1993, *Hoffman c/ Autriche*, n°15/1992/360/434, Série A, n°225 C : *RTDH* 1994. 405, obs. MORAGE ; *D.* 1994. 326, obs. J. HAUSER ; *GACEDH*, PUF, 7^{ème} éd., 2014, p. 603, n°53.

CEDH, *Hokannen c/ Finlande*, 23 sept. 1994, Série A, n°299-A.

CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, n° 16424/9, série A, n°307-B : *D.* 1995, p. 449, note M. HUYETTE ; *JCP G* 1996, I, 3910, n° 20, obs. F. SUDRE.

CEDH, 7 août 1996, *Ferrantelli et Santangelo c/ Italie*, n°19874/92 : *Rec. CEDH* 1996, III : *JCP* 1997. I. 4000, obs. F. SUDRE ; *RSC.* 1997, p. 482.

CEDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, n° 17383/90, Recueil CEDH 1996-III p. 1001 : *JCP G* 1997, I, 4000, n° 35, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 1997. 541, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 9 juin 1998, *Bronda c/ Italie*, n° 25642/94, Recueil CEDH 1998-IV.

CEDH, 16 sept. 1999, *Buscemi c/ Italie*, n°29569/95, *Rec. CEDH* 1999-VI.

CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 : *JCP G*, 2000, I, 203, note F. SUDRE.

CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, n°33290/96 : *Dr. fam.* 2000, comm. 145, obs. A. GOUTTENOIRE.

CEDH, 19 septembre 2000, *Gnahoré c/ France*, n° 40031/98 : *JurisData* n° 2000 -162338 ; *RDP.* 2001, p. 682, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *D.* 2001, p. 725, note F. ROLIN.

CEDH, 3^{ème} sect., 30 janvier 2001, *Vaudelle c/ France*, n°35683/97 : *JurisData* n° 2001-154194 ; *Rec. CEDH*, 2001, I ; *D.* 2002, p. 353, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et E. RUBI-CAVAGNA ; *JCP G* 2001, II, 10526, comm. L. DI RAIMONDO et *JCP G* 2001. I. 342, obs. F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2001, comm. 66, obs. T. FOSSIER ; *RTD civ.* 2001. 330, obs. J. HAUSER, et 439, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2002, p. 2164, obs. J.-J. LEMOULAND.

CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, n°53176/99 : *RTD civ.* 2002. 866, obs. J.-P. MARGUENAUD ; et 795, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2002. I. 157, n°13, obs. F. SUDRE.

CEDH, 26 février 2002, *Kutzner c/ Allemagne*, n° 46544/99, Rec. CEDH 2002-I ; *Rev. Europe*, mai 2002, comm. 205, obs. N. DEFFAINS.

CEDH, 26 février 2002, *FRETTE c/ France*, n° 36515/97 : *Rec. CEDH* 2002, I ; *JCP G* 2002, II, 10074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *D.* 2002. Somm. 2024, obs. GRANET ; et *D.* 2002. 2569, obs. COURTIN ; *JCP* 2002. I. 165, n° 6, obs. FAVIER ; *RJPF* 2002-4/30, obs. LE BOURSICOT ; *Dr. et patr.* juin 2002. 107, obs. LOISEAU ; *AJDA* 2002. 401, étude POIROT-MAZERES ; *LPA* 10 juill. 2002, p. 10, note VASSEUR-LAMBRY et CARIUS ; *Dr. fam.* 2002. Étude 19, par DEBET ; *RTD civ.* 2002. 280, obs. HAUSER ; *RTD civ.* 2002. 389, obs. MARGUENAUD.

CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n°2346/02, *D.* 2002, IR, p. 1596 ; *RSC* 2002, p. 645, obs. F. MASSIAS ; *AJDA* 2003, p. 1383, note B. LE BAUT-FERRARESE ; *RTD civ.* 2002, p. 482, obs. J. HAUSER ; et p. 858, chron. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G* 2002, II, 10062, obs. C. GIRAULT ; *RTDH* 2003, p. 71, note O. DE SCHUTTER ; *RJPF* 2002, n° 7-8/11, p. 11, obs. E. GARAUD ; *Defrénois* 2002, p. 1131, obs. P. MALAURIE ; *JCP G* 2002. I. 157, n°1, obs. F. SUDRE ; *Europe*, septembre 2002, comm. 305, obs. N. DEFFAINS ; A. CERF et de LARRALDE J.-M., in BATTEUR A. (dir), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, lextenso, 2012, n°100, p 119-128 ; *GACEDH*, 7^{ème} éd. 2015, p. 506.

CEDH 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95 : *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. HAUSER, et p. 862, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2003, p. 525, obs. C. BÎRSAN, et p. 1935, obs. J.-J. LEMOULAND ; *AJDA* 2002, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS ; *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER ; *GACEDH*, n°45.

CEDH, 13 fév. 2003, *Odièvre c/ France*, n°42326/98 ; *RTD civ.* 2003. 375, obs. J.-P. MARGUENAUD ; 276, obs. J. HAUSER ; *D.* 2003. 739, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; *JCP G* 2003. II. 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et P. SUDRE ; *D.* 2003, chron. p. 1240, note B. MALLET-BRICOUT ; *AJF* 2003, p. 86, M.-C. LE BOURSICOT ; *JCP G* 2003, I, 120, note P. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 2005, n° 18, p. 11, note S. ROYANT ; *LPA* 11 juin 2003, n° 116, p. 11, O. ROY ; *LPA* 3 oct. 2002, n° 198, p. 6, O. ROY ; *GACEDH*, p. 418 et s.

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n°35968/97 : *JCP G* 2004, I, 139 ; *RTD civ.* 2004, p. 361, note J.-P. MARGUENAUD ; *RDC* 2004, p. 788, note A. DEBET.

CEDH, 16 décembre 2003, *Palau Martinez c/ France*, n°64927/01 : *Dr. fam.* 2004, comm. 30, obs. DE LAMY ; *AJfam.* 2004. 62, obs. PLANA ; *D.* 2004. 1261, comm. BOULANGER ; *JCP* 2004. I. 107, obs. F. SUDRE ; *JCP* 2004. II. 10122, obs. A. GOUTTENOIRE.

CEDH, 26 février 2004, *Görgülü c./ Allemagne*, n° 74969/01 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 48, note P. MURAT.

CEDH, 13 juill. 2004, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, n°69498/01 : *JCP G*, 2005. II. 10052, note F. BOULANGER.

CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A. D. c/ Belgique*, n°42758/98 et 45558/99, *D.* 2005, p. 2973, note M. FABRE-MAGNAN ; *RTD Civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *D.* 2006, Pan., p. 1206, obs. J.- C. GALLOUX ; *JCP G* 2005, doct. 159, chron. F. SUDRE.

CEDH, 23 juin 2005, *Zawadka c/ Pologne*, n°48542/99.

CEDH, 30 juin 2005, *Bove c/ Italie*, n° 90595/02 ; *Dr. fam.* 2005, n° 9, alerte 78, A. GOUTTENOIRE.

CEDH, 28 septembre 2005, *Fourchon c/ France*, n° 60145/00 ; *GACEDH*, p. 516.

CEDH, 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, n°58757/00 : *RTD civ.* 2006. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. fam.* 2008, étude 14, A. GOUTTENOIRE ; *RTD civ.* 2007, p. 99, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2008, p. 573, n° 5, obs. J. MASSIP ; *Médecine et droit* 2007, p. 109, note D. BERTHIAU.

CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, n° 13178/03, Rec.

CEDH 2006 -XI : *D.* 2007, p. 771, note P. MUZNY ; *RTDH* 2007, p. 823, note B. MASSON.

CEDH, gde ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05 : *RDSS* 2007, p.810, note D. ROMAN ; *D.* 2007, 1202, obs. DELAPORTE-CARRE ; *RTD civ* 2007, 295, obs. J.-P. MARGUENAUD, et 545, obs. J. HAUSER ; *D.* 2008, p.1435, obs. J.- C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RLDC* 2007, n° 38, p. 50, note G. MARRAUD DES GROTTES.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, n° 76240/01 : *D.* 2007. 2700, note F. MARCHADIER ; *RTD civ.* 2007. 738, chron. J.-P. MARGUENAUD ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 807, note P. KINSCH ; *D.* 2008, pan. DIP 1507, spéc. 1517, obs. F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, note L. D'AVOUT ; *AJDA* 2007, p. 1918, obs. J.-F. FLAUSS ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 81 et 82, note M.-L. NIBOYET ; *JCP G* 2007, I, 182, obs. F. SUDRE.

CEDH, 6 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, n° 39388/05 : *Procédures* 2008, comm. 78, note N. FRICERO ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, G. GONZALEZ, L. MILANO et H. SURREL, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* : PUF, Thémis, 7e éd. 2015, (GACEDH), n° 52.

CEDH, 10 janv. 2008, *Kearns c/ France*, n°35991/04 : *RTD civ.* 2008. 285, obs. J. HAUSER ; 252, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RJPF* fév. 2008, n°2868, obs. MARRAUD DES GROTTES ; *JCP G* 2008. I ; 167, obs. P. SUDRE ; *D.* 2008. Actu. 415, obs. GUIOMARD ; *AJ fam.* 2008, 78, obs. F. CHENEDE ; *RJPF* 2008-4/23, obs. T. GARE ; *Dr. fam.* 2008, étude 14, comm. A. GOUTTENOIRE.

CEDH, 17 juill. 2008, *X c/ Croatie*, n°11223/04 : *Dr. Fam.* 2008, alerte 71, veille M. BRUGGEMAN.

CEDH, 10 déc. 2008, *Gauer c/ France*, n°61521/08.

CEDH, 13 déc. 2008, *Emonet c/ Suisse*, n°39051/03 : *JCP G*, 2008. I. 110, n°9, obs. F. SUDRE ; *AJ Fam.* 2008, p.76, note F. CHENEDE.

CEDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai c/ Roumanie*, n° 4023/04 : *LEPP*, avril 2009, p. 4, comm. J.-M. LARRALDE ; *Actualité droits-libertés*, 27 mai 2009, note N. HERVIEU ; A BATTEUR et J.-M. LARRALDE, in A. BATTEUR (dir), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Lextenso ,2012, n°800, p. 595.

CEDH, 2^{ème} sect., 13 oct. 2009, *Salontaji-Drobnjak c/ Serbie*, n°36500/05 : *RTD civ.* 2009. 681, obs. J.-P. MARGUENAUD.

CEDH 26 novembre 2009, *Vautier c. France*, n° 28499/05, *JCP G*, 11 janv. 2010, doctr. n°34, chron. A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2010. Jur. 1904, note A. GOUTTENOIRE ; A. BATTEUR et J.-M. LARRALDE, in A. BATTEUR (dir), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Lextenso ,2012, n°801 s., p .593 à 599.

CEDH, 5 janvier 2010, *Frasik c/ Pologne*, n°22933/02 : *JurisData* n ° 2010 -030722 ; *JCP G* 2010, 131, B. PASTRE-BELDA, *GACEDH* 2011, p. 545, n°50.

CEDH, 14 déc. 2010, *Ternovsky c/ Hongrie*, n° 67545/09, *JCP G* 2010, act. 1322, GRABARCZYK ; *AJ fam.* 2011. 104, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RDSS* 2011. 441, note D. ROMAN ; *RTD civ.* 2011, p. 309, obs. J.-P. MARGUENAUD, et p. 336, obs. J. HAUSER.

CEDH, 8 nov 2011, *V. C. c / Slovaquie*, n°18168/07, *JCP G* 2012, 87, obs. F. SUDRE ; *JCP G* 2011, 1363, obs. K. GRABARCZYK ; *Dr. fam.* 2012, fév., étude 4, note K. GARCIA.

CEDH, 12 juin 2012, *N. B. c/ Slovaquie*, n°29518/10, *Dr fam.*, sept 2012, n°138, p. 50, note K. GARCIA.

CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, n°54270/10, *RTD Civ.* 2012, 697, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJ fam.* 2012. 552, comm. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies*, sept. 2012, bull. n° 229, p. 4, note VIGNEAU ; *Dr. fam.* nov. 2012. Comm. 170, obs. PUPPINK ; *JCP* 2012, n° 43, p. 1148, note PICHERA L ; *Méd. et droit* 2014, n° 125, p. 34, note BEVIERE-BOYER et BOUFFARD ; *RDSS* 2013. 67, note BENOS.

CEDH, 19 févr. 2013, *B. c/ Roumanie*, n° 1285/03 : *AJF* 2013, p. 232, obs. G. VIAL.

CEDH, 26 sept. 2013, *Zambotto Perrin c/ France*, n°4962/11, *JurisData* n°2013-022197 ; *AJ fam.* 2013. 633, obs. E. VIGANOTTI ; *Dr. fam.* 2014, comm.6, obs. C. NEYRINCK ; *RTD civ.* 2013. 829, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2013, alerte 57, veille V. EGEEA.

CEDH, 2 juin 2015, *Canonne c/ France*, n°22037/13 : *JurisData* n° 2015-015433 ; *Dr. Fam.* 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD ; *JCP G* 2015, act. 799, obs. F. SUDRE ; *JDI* 2016, chron. 8, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *AJ famille* 2015, 499, note S. LE GAC-PECH ; *RTD civ.* 2015, 596, obs. J. HAUSER.

CEDH, 17 novembre 2015, *Bondavalli c/ Italie*, n°35532/12 : *JurisData* n° 2015-025438 ; *LEFP*, janv. 2016, p. 2, comm. J.-M. LARRALDE.

CEDH, 23 fév. 2016, n°51500/08, *Çam c/ Turquie* : JurisData n°2016-004822, *JCP G* 2016. 374, note L. AUDOUY.

CEDH, 29 mars 2016, *Kocherov et Sergeyeva c/ Russie*, n°16899/13 : *AJ fam.* 2016. 258, note E. VIGANOTTI.

***VI-COLLOQUES, CONGRES, JOURNEES D'ETUDE, RAPPORTS,
COMMUNIQUES, AVIS***

116^e Congrès des notaires de France, *Protéger : Les vulnérables. Les proches. Le logement. Les droits*, 2020.

102^e Congrès des notaires de France, *Les personnes vulnérables*, 2006, *LPA*, 11 mai 2006.

80^e Congrès des notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles, 27-30 mai 1984.

Académie nationale de médecine, Conseil national de l'Ordre des médecins, Communiqué commun sur la stérilisation chirurgicale, 29 mai 2000.

Actes du colloque Cour de cass, La protection des majeurs vulnérables : premier bilan de la réforme des tutelles, 18 mars 2010, *LPA*, 4 novembre 2010, n°220.

AUTAIN François, Journal Officiel Sénat CR, 03 juin 1999, p 3670.

BAREGES Brigitte, Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret, 12 novembre 2010, La Documentation Française, 2010.

BAZIN Arnaud, BOCQUET Éric, Rapport général n° 140 (2019-2020), relatif au Projet de loi de finances pour 2020: Solidarité, insertion et égalité des chances, fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat le 21 novembre 2019.

CARON-DÉGLISE Anne (dir.), Rapport de mission interministérielle [ministère de la Justice, ministère des Solidarités et de la Santé, secrétariat d'État aux Personnes handicapées], *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 21 septembre 2018, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf.

Charte des droits de la personne protégée, Annexe 4-3 du Décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008.

Charte de la personne hospitalisée, Circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées.

Comité Consultatif National d’Ethique, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, Rapport n°49, 3 avril 1996.

Comité Consultatif National d’Ethique, *La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive*, Rapport n° 50, 3 avril 1996.

Comité Consultatif National d’Ethique, Avis n°118 du 27 septembre 2012, *Vie affective et sexuelle des personnes handicapées, Question de l’assistance sexuelle*.

Comité consultatif national d’éthique, *Bioéthique- États généraux, Rapport de synthèse*, 2018.

Comité national de soutien à la parentalité, *Avis relatif à la définition du soutien à la parentalité*, 20 décembre 2012.

Conseil d’État, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

Conseil économique et social, *Les droits de la personne malade*, Rapport, 1996, rapporteur Claude EVIN.

Conseil économique et social, *Réformer les tutelles*, Avis et Rapport, 2006, rapporteur Rose BOUTARIC.

Conseil supérieur de l’adoption, *Rapport sur la pratique et l’avenir de la déclaration judiciaire d’abandon*, septembre 2005, La Documentation Française.

Cour des comptes, *Les politiques sociales en faveur des personnes handicapées adultes*, Rapport au Président de la République, novembre 1993.

Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs : une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapp. 2016, site www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/20161004-rapport-protection-juridique-majeurs.pdf (consulté le 9 septembre 2018).

Courrier U.S.P.D.A (service du planning familial suisse), n°47, février 1999.

Courrier U.S.P.D.A (service du planning familial suisse), n°48, juin 1999.

Défenseur des droits, *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport, septembre 2016.

DEVANDAS-AGUILAR Catalina, Rapport sur les droits des personnes handicapées, Visite en France, Conseil des droits de l’homme, 40^{ème} session, 25février-22 mars 2019, Assemblée Générale des Nations-Unies, A/HRC/40/54/Add. 1.

DEVANDAS-AGUILAR Catalina, Rapport général pour 2019 sur les droits des personnes handicapées, Conseil des droits de l’homme, 43^{ème} session, 24 février-20 mars 2020, Assemblée Générale des Nations-Unies, A/HRC/43/41.

DIEDERICH Nicole, *Communiqué relatif au projet de loi concernant la stérilisation des personnes « handicapées mentales »*, Paris, 25 mars 2001.

DIEDERICH Nicole, MOYSE Danièle, Audition du 24 janvier 2001, Groupe socialiste Sénat, site Internet Sénat.fr.

Dictionnaire Permanent de Bioéthique et Biotechnologies, Ed. Législatives.

FAVARD Jean (dir.), *La protection des incapables majeurs*, rapport groupe de travail interministériel, avril 2000.

Fondation Jérôme Lejeune, Communiqué, *Stérilisation des personnes handicapées mentales : le législateur doit aujourd'hui prendre parti contre la discrimination des personnes handicapées*, 28 mars 2001.

FOUCAULT J.-P., TREMOIS M., *Rapport d'enquête sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mai 1998, p.38.

GEOFFROY Guy, *Rapport en conclusion des travaux d'une mission sur la prostitution en France*, 31 avril 2011, Assemblée Nationale, rapport n°3334.

GIRAUD F., Rapport sur le projet de loi n° 120 (2000-2001) relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, fait au nom de la Commission des Affaires sociales, rapp. n°210.

GRIDEL Jean-Pierre, *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Cour de cassation, rapport annuel 2000, La Documentation française.

INFOSTAT JUSTICE, n°143, juill. 2016; *Dr. Fam.* n°10, octobre 2016, alerte 77.

Inspection générale des affaires sociales, *Les conditions du délaissement parental et ses conséquences pour l'enfant*, rapporteurs Catherine HESSE et Pierre NAVES, 2009, La Documentation Française.

JO Sénat CR, Séance du 3 juin 1999, p. 3670.

LAGARDE Xavier, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Cour de cassation, rapport annuel 2009, La Documentation française.

LAGARDERE Marie-Laure, STROHL Hélène, EVEN Bernard, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation de personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, n° 98011.

LERAT Marc, *De la stérilisation chirurgicale*, Rapport présenté à la section éthique et déontologique le 20 juin 1996, adopté à la session du Conseil national de l'Ordre des médecins le 21 juin 1996.

LERIDON Henri, *Note sur les stérilisations en France*, INED, déc. 1997.

Les chiffres de la protection des majeurs, *AJ Fam* 2017, p.267.

LIGNIERES-CASSOU Martine, Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi modifié par le Sénat, relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, rapp. n°2977, Assemblée Nationale, 5 avril 2001.

MALAURIE Philippe, *La Cour de cassation au XXe siècle*, Cour de cassation, rapport annuel, année 1999, La Documentation française.

MARTIN C., *La parentalité en question, perspectives sociologiques*, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2003.

Ministère de la justice, Réponse à la question n°08660, JO Sénat, 08 octobre 2009, p. 2369.

Min. Solidarités et Santé, note d'information relative à la participation des espaces de réflexion éthique à la procédure de révision des lois de bioéthique, 29 nov. 2017, NOR : SSAH1733643J ; http://circulaire.legifrance.gouv.fr/docelec.u-bordeaux.fr/pdf/2017/12/cir_42790.pdf.

Observatoire national de l'enfance en danger, *Rapport sur le délaissement parental*, septembre 2009.

Ordre des médecins, Résolution du 28 janvier 1983, Bulletin de l'Ordre des médecins, avril 1983, p 167.

PASCAL Anne et TRAPERO Martine, *Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, La Documentation Française, 2005.

Rapport Assemblée nationale sur le projet de loi n° 3462 au nom de la commission des lois, Rapporteur Emile BLESSIG, Rapp. AN, n°3557, 10 janvier 2007.

Rapport Sénat sur le projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs au nom de la commission des lois, Rapp. Henri de RICHEMONT, Rapp. n°212, 7 février 2007.

Réponse ministérielle à une question parlementaire de Jean- Pierre BLANC, Journal Officiel Sénat, 24 novembre 1994, p 2791.

Réponse ministérielle n°8660, JO Sénat Q 8 oct 2009, p. 2369.

SELIGMANN Françoise, *Propos au soutien de l'amendement de M.Millaud*, JO Sénat, 21 janvier 1984, p.386

Sénat, *La protection juridique des majeurs, Etude de législation comparée*, Les documents de travail de Sénat, n°148, Série législation comparée, juin 2005.

SUEUR Jean-Pierre, « Situation des majeurs protégés déclarés incapables d'organiser un raisonnement », Question écrite, n°08660, 13^{ème} législature, JO Sénat, 7 mai 2009, p.1095.

THERY Irène (dir.), *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice, Ed. Odile Jacob, Documentation française, 1998.

UNAF, Communiqué, 11 juin 2012.

VII- DOCUMENTS EXTRA JURIDIQUES

AGTHE DISERENS Catherine, « L'assistance sexuelle : une suppléance possible pour encore « grandir » ? Situations de handicaps, réflexion éthique et esquisses de réponses concrètes », *Archives de Pédiatrie* 2012, 19, p. 200-2001.

ANDRIEU Bernard, « A qui appartient le corps ? », in N. DIEDERICH (ss. dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 1998, p.110.

ANTOINE J.-M., DUBUISSON J.-B., TOURNAIRE M., LERAT H., *Enquête sur les demandes de stérilisation tubaire*, Collège National des Gynécologues- Obstétriciens français, janvier- février 1994.

APPLEBAUM G. M., LAPUMA J., *La stérilisation d'un mineur handicapé mental : obtenir le consentement de quelqu'un qui ne peut avoir de discernement*, Cambridge quarterly of healthcare ethics, 1994, Vol.3, n°2, p.209.

AUDEBERT A., « Stérilisation féminine et masculine », in D. SERFATY, *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p. 477-488.

BARILLET-LEPLEY M., *Sexualité et handicap : le paradoxe des modèles : d'Alter à Alius, du statut d'adulte au statut d'handicapé*, Paris, L'Harmattan, 2001.

BENLOULOU G., « La stérilisation des personnes handicapées mentales : un risque de dérives eugéniques », Interview de N. DIEDERICH, *Lien Social* n°590, 27 septembre 2001.

BORODITSKY R., FISHER W., SAND M., « L'étude canadienne sur la contraception », *Journal de la Société des Obstétriciens et des Gynécologues du Canada*, 1995, n°17, p. 1-32.

BOURGEOIS M., « La stérilisation volontaire : aspects et conséquences médico-psychologiques », *Rev. Contraception-fertilité-sexualité*, 1983, suppl. au vol. 11, n°3, p.439.

BRASSEUR P., DETUNCQ P., « L'assistance sexuelle : Qu'est-ce à dire ? Quels enjeux ? », *Rev. Vie sociale et Traitements*, 2014/3, n°123, p. 51-56.

CHEVRANT- BRETON Dr., « Contraception et conception : la relation de la personne handicapée avec le médecin », in *Journée Nationale d'étude sur la protection juridique : « Personnes handicapées mentales et natalité »*, UNAPEI, 21 novembre 1992, *Tutelles Infos* 1993, n°77, p. 82.

CHEVRANT-BRETON Dr., *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur sa prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part*, Synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, Paris, UNAPEI, mars 1995.

Commission nationale d'évaluation des dispositifs médicaux et des technologies de santé, Haute autorité de santé, Avis n°2248 du 12 janvier 2010, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2010-01/cnedimts-2248-adiana.pdf>.

Débat : « La contraception définitive : 10 ans de loi, Quel bilan ? Quel avenir ? », Débat presse organisé par la société Conceptus, le 7 juin 2011, Paris.

DELVILLE J., COLLIGNON J.-L., MERCIER M., « Education pour la santé et handicap mental : analyse de l'image du corps et de son fonctionnement », in *L'intervention en déficience mentale : théories et pratiques*, Deuxième congrès international francophone, Lille, 4-6 avril 1991, Presses Universitaires de Lille, 1992, p. 141-156.

Dictionnaire médical de l'Académie de Médecine, version 2015-2, site internet de l'Académie Nationale de Médecine, <http://www.academie-médecine.fr>.

DIEDERICH Nicole, Audition par l'IGAS, octobre 1997, in rapport n°1998011, Inspection générale des affaires sociales, mars 1998, Tome III, annexe II, p 6.

DUPRAS Alain, « Les parents et la stérilisation de leur enfant handicapé mental : de la fécondité biologique à la fécondité psycho- sociale », in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, 2000, p.297.

ECHAVIDRE Pierre, « Procréation et exercice de la fonction parentale chez les personnes dites handicapées mentales », in N. DIEDERICH (ss dir.), *Stériliser le handicap mental ?*, Paris, Erès, 2000, p.154.

ECHAVIDRE Pierre, *Le devenir des enfants nés de parents ayant un handicap mental*, UNAPEI, 1984.

ERLICH Michel, « Histoire de la stérilisation. Aspects techniques, idéologiques et culturels », in *Les enjeux de la stérilisation*, in A. GIAMI et H. LERIDON (dir.), *Les enjeux de la stérilisation*, Paris, INED, Paris, 2000, p. 21.

Fédération International de Gynécologie Obstétrique, *Considérations éthiques*, Athènes 1989, *Rev. Gynécologie*, n°319.

GASSER Jacques, HELLER Geneviève, *Les débuts de la stérilisation légale des malades mentaux dans le Canton de Vaud*, Institut Universitaire d'histoire de la médecine et de la santé publique, novembre 1997, site internet www.GRAAP.ch.

GIAMI Alain, « Sexualité, santé et Droits de l'homme : l'invention des droits sexuels », *Rev. Sexologies* 2015, n°24, p.105-113.

GOUEMAND M. (Pr.), *La question de la personne : le consentement, les libertés individuelles*, Colloque « *La protection des majeurs* », Association Française de Psychiatrie et Association régionale de Psychiatrie du Nord Pas-de-Calais, Lille, 20 et 21 mars 1998.

GUIBERT-LANTOINE (de) Catherine, « Vingt ans de stérilisation au Québec 1971-1990 », in AIDELF, *Les modes de régulation de la reproduction humaine. Incidences sur la fécondité et la santé*, Coll. Actes et publications de colloques, PUF, Paris, 1994, p. 501.

GUIBERT-LANTOINE (de) Catherine, *Révolutions contraceptives au Canada*, Population, 46, 2, 1990, p. 361.

GUIDICELLI B., GAMERRE M., OLIVIER S., NOIZET A., *La contraception des cas particuliers et difficiles*, Encyclopédie médico-chirurgicale, Gynécologie, 738-A-05, 1995.

Haute Autorité de Santé, Fiche Mémo, *Stérilisation à visée contraceptive chez l'homme et chez la femme*, avril 2013 p.2, site internet de la Haute Autorité de Santé, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-04/fiche-contraception-sterilisation.pdf>.

LE PERFF M.-G., « stérilisation volontaire : une pratique hors la loi. Plus de 20 000 actes de contraception par stérilisation sont pratiqués chaque année en France. Les médecins réclament une loi », *Impact médecin hebdo*, n° 257, 18 novembre 1994, p 29.

Lettre adressée à Mme le Dr B. ROCHE-APAIRE, site internet www.cngof.fr.

Lettre du Collège national des gynécologues et obstétriciens français, mars 1995, n°9.

Lettre du Directeur de l'hôpital de la Roche-sur-Yon, du 29 septembre 1992, in rapport n°1998011, Inspection générale des affaires sociales, mars 1998.

Lettre du Président du Conseil Médical de la compagnie d'assurance le service Médical, du 04 décembre 1991, adressée au Docteur BOURON, Chef du département d'anesthésie réanimation du Centre Hospitalier de la Roche-sur-Yon, in rapport n° 1998011, Inspection générale des affaires sociales, mars 1998.

Lettre du professeur G. BARRIER, du 02 juillet 1992, adressé au Docteur BOURON, Chef du département d'anesthésie réanimation du Centre Hospitalier de la Roche-sur-Yon, in rapport n°1998011, Inspection générale des affaires sociales, mars 1998.

LOPES P., VAUCCEL E., PLOTEAU S., « La stérilisation par voie hystéroscopique : méthode Essure- Expérience du CHU de Nantes », in SERFATY D., *La contraception*, Coll. Abrégés de médecine, Elsevier Masson, 4ème éd., 2012, p.489.

MATHIEU M.-H., « La stérilisation des personnes handicapées mentales, légale ? », *Ombres et Lumières*, n°133, 2 juillet 2002.

MATHIEU Marie-Hélène, « Chronique », in *Ombres et lumières*, n°133, Editorial, 2 juillet 2002.

MOYSE Danièle, « Des enjeux éthiques de la question : « les stérilisations pratiquées en France relèvent-elles de l'eugénisme ? », *Revue Européenne du Handicap Mental*, 1998, Vol. 5, n°18, p.36.

MOYSE Danièle, « Handicap mental : le même et l'autre », *Revue Européenne du Handicap Mental*, juin 1994, n°2.

NIVELON-CHEVALLIER A., « Retard mental et grossesse », in M.L LAGARDERE, H. STRHOL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n°1998011, mars 1998, Tome III, annexe II, n°10, p.98.

NUSS Marcel (dir.), *Handicaps et sexualités. Le livre blanc*, Paris, Dunod, 2008.

NUSS Marcel, « Accompagnement à la vie affective et sexuelle », in P. PITAUD (ss. la dir.), *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Erès, 2011, p.187.

NUSS Marcel (Président-fondateur de l'Association pour la promotion de l'accompagnement sexuel), **NUSS J.**, « Handicaps, sexualités et politiques », Dossier : droit des usagers- Les dessous de la sexualité, *Juris associations* 2015, n°530, p.24.

Organisation des Nations-Unies, *World Contraceptive Patterns 2013*, étude, Division de la Population des Nations-Unies.

PALMER Robert, « Le rôle et les devoirs du médecin dans la décision de stérilisation volontaire », *Rev. Contraception - Fertilité - Sexualité*, 1983, supplément au volume 11, n°3, p 453.

PANEL P., JOST S., GROSDÉMOUGE I., FRIEDERICH L., NIRO J., LE TOHIC A., « Contraception permanente par pose hystéroscopique d'implants tubaires », *Rev. Gynécologie Obstétrique et Fertilité*, vol. 40, n°7-8, juillet 2012, p.434-444.

PITAUD Philippe (dir.), *Sexualité, handicaps et vieillissement*, Toulouse, Erès, coll. Pratique du champ social, 2011.

RETHORE Marie-Odile, « Etat actuel des connaissances sur le handicap constitutionnel », in M.L LAGARDERE, H. STRHOL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, Rapport n°1998011, mars 1998, Tome II, annexe I, n°9, p.83.

RETHORE Marie-Odile, « Le risque de handicap mental constitutionnel », in M.L. LAGARDERE, H. STRHOL, B. EVEN *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, Inspection Générale des Affaires Sociales, mars 1998, Tome II, annexe I, n°9.

Revue de l'Association Française d'Anesthésie Réanimation (A.F.A.R.), volume 12, n° 1/93, supplément La lettre de la société française d'anesthésie réanimation, n° 4, avril 1993.

SERIE Ch., « Les méthodes contraceptives chez la personne handicapée mentale », Rev. Vivre ensemble, n°17, mai-juin-juillet 1993, p. 34-35.

SERVAIS Laurent, HOYOIS Ph., ROUSSAUX J.-P., « La stérilisation des personnes handicapées mentales, un problème du passé ? », Rev. *Europ. du handicap mental*, 2000, fasc. n°21, p. 4-17.

SUREAU Claude, *Commentaire des considérations éthiques du comité de la Fédération Internationale de Gynécologie F.I.G.O. sur la stérilisation*, Athènes, 1989, Rev. de Gynécologie n°319.

SUTTER Jean, *L'Eugénique*, Paris, P.U.F., 1950.

Tract du Dr Guy-Marie Cousin, 24 novembre 1994, in rapport n°1998011, Inspection générale des affaires sociales, mars 1998, Tome IV, annexe III.

UNAPEI, *La vie affective et sexuelle de la personne handicapée mentale et son incidence sur la prise en charge familiale et pédagogique, d'une part, et sa fonction parentale, d'autre part*, synthèse des travaux du Groupe d'Etude de l'UNAPEI réalisés au cours de l'année 1994, UNAPEI, Paris, mars 1995, p.16-22.

VIII- ARTICLES DE PRESSE

Charlie Hebdo, « Stérilisations forcées : la France aussi », F. CAME et R. LENGLET, 10 septembre 1997.

Charlie-Hebdo, « Stérilisations : faux culs et compagnie : les gynécos et les parents de handicapés font semblant de se réveiller. Alors que la situation est peut-être pire que ce que nous écrivions », F. CAME et R. LENGLET, 17 septembre 1997.

Journal Ouest France « La Sécurité sociale ne prend pas en charge les stérilisations », 25 septembre 1997.

Journal Ouest France, « Les stérilisations illégales et la Sécurité sociale », 17-18 septembre 1997.

L'Express, « Suède : une trop parfaite démocratie », 18 septembre 1997.

La Croix, « Il ne faut pas de loi d'exception pour les handicapés », Entretien avec le Professeur S. TOMKIEWICZ, Psychiatre, Chercheur à l'INSERM, 12 septembre 1997.

La Croix, M. GOMEZ, « *Le gouvernement ouvre une enquête sur les stérilisations forcées : l'IGAS devra déterminer l'ampleur des stérilisations pratiquées chez les handicapés mentaux placés en institution* », M. GOMEZ, 12 septembre 1997.

Le Monde, « Des stérilisations de handicapés mentaux ont été effectuées en France : 15.000 femmes y auraient été contraintes selon Charlie-hebdo », J.-Y. NAU, 11 septembre 1997.

Le Monde, « L'IGAS va mener une enquête sur la stérilisation des handicapés mentaux », J.-Y. NAU, 12 septembre 1997,

Libération, « La stérilisation des handicapées mentales sort de l'ombre », B. GROSJEAN, mercredi 30 mai 2001, site Internet portailhandicap.free.fr.

Lien social, « Stérilisation forcée en Scandinavie... et ailleurs », J. PLANTET, Lien Social, 18 septembre 1997.

The Lancet, « La Suisse met à jour les règles de stérilisation des handicapés mentaux », 4 mars 2000.

Times, « La loi de stérilisation révèle la Suède répressive », 31 mars 2000.

IX- SITES INTERNET

Site internet de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, www.assm.ch.

Site internet de l'Association pour la promotion de l'accompagnement sexuel, www.appas-asso.fr.

Site internet de la Canadian association of sexual assault centres, www.casac.ca.

Site internet de la Fédération nationale des associations tutélaires, www.FNAT.fr.

Site internet de la Haute Autorité de Santé, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-04/fiche-contraception-sterilisation.pdf>

Site internet de la Haute autorité de santé, www.has-sante.fr.

Site internet de la Société Nationale de Gynécologie Obstétrique, www.sngof.fr.

Site internet de l'Académie Nationale de Médecine, [http:// www.academie-médecine.fr](http://www.academie-médecine.fr).

Site internet des services de santé belges, www.health.fgov.be.

Site internet du Conseil National de l'Ordre des médecins, Belgique, www.ordomedic.be.

Site internet du Conseil nationale de l'Ordre des médecins, www.conseil-national.médecin.fr.

Site internet du Ministère de la Justice Canadien, www.canada.justice.gc.ca.

Site internet du Parlement suisse, www.parlament.ch.

Site internet du Sénat de Belgique www.senate.be.

Site internet groupe d'accueil et d'action psychiatrique, suisse, www.GRAAP.ch.

Site internet Légifrance, Guide de légistique, <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/III.-Redaction-des-textes/3.3.-Langue-du-texte/3.3.2-Choix-des-termes-et-des-locutions-juridiques>.

Site internet portailhandicap.free.fr.

Site internet de l'Organisation Mondiale de la santé, http://www.who.int/topics/sexual_health/fr.

X- TEXTES CITÉS

Textes nationaux

Lois

Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF, 4 janv. 1968, p. 114, rect. 16 févr. 1968.

Loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels nos 1, 3, 4 et 5, JORF du 3 janvier 1974, p.67.

Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975.

Loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, JORF n°0163 du 14 juillet 1989, p.8869, NOR FMAX8900034L.

Loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, JORF n°0154 du 5 juillet 1990, p.7856, NOR : MAEX9000080L.

Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n°175 du 30 juillet 1994, NOR : JUSX9400024L.

Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF n°175 du 30 juillet 1994, NOR : SPSX9400032L.

Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO du 28 juillet 1999, NOR : MESX9900011L.

Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JORF n°0156 du 7 juillet 2001, p. 10823, NOR : MESX0000140L.

Loi n°2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, JORF 23 janv. 2002, p. 1519, NOR : MESX0205318L.

Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO du 5 mars 2002, p. 4161.

Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, NOR : SANX0100053L.

Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF du 12 fév. 2005, NOR : SANX0300217L.

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, JORF, 6 mars 2007, NOR : SANX0600056L.

Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, JORF, 5 mars 2007, p.4325, NOR : JUSX0600126L.

Loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, JORF n°0015 du 18 janvier 2009, p.1062, NOR : JUSX0500201L.

Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JORF n°0167 du 22 juillet 2009, p. 12184, NOR : SASX0822640L.

Loi n°2009-1791 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées, JORF n°0002 du 3 janvier 2010, p.121, NOR : MAEJ0907309L.

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, p.5447, NOR : JUSC1001068L.

Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO 6 juillet 2011, p.11705, NOR : ETSX1117295L.

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO n° 0157 du 8 juillet 2011, NOR : ETSX1117652L.

Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF 18 mai 2013, p.8253, NOR : JUSC1236338L.

Loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat, JO n°0173 du 27 juillet 2013, p. 12556, NOR : AFSX1313833L.

Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, NOR : ESRX1241473L.

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n°0179 du 5 août 2014, p. 12949, NOR : FVJX1313602L.

Loi n°2015-1402 du 5 novembre 2015, visant à clarifier la procédure de signalement de situations de maltraitance par les professionnels de santé, JORF n°0258 du 6 novembre 2015, p.20706, NOR : AFSX1507632L.

Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016, NOR : AFSX1418355L.

Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016, NOR : AFSX1507642L.

Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, JORF n°0063 du 15 mars 2016, NOR : FDFX1507648L.

Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, JORF n°0088 du 14 avril 2016, NOR : FDFX1331971L.

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, NOR : JUSX1515639L.

Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019, NOR : JUST1806695L.

Ordonnances

Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, JORF du 6 juill. 2005, p.11159, NOR : JUSX0500068R.

Ordonnance n°2008-480 du 22 mai 2008, transposant en matière de don de gamètes et d'assistance médicale à la procréation la directive 2004/23/CE du Parlement européen du 31 mars 2004, JORF du 28 mai 2008, p.8385, NOR : SJSX0808051R.

Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0240 du 16 octobre 2015, p.19304, NOR : JUSC1518093R.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n°0035 du 11 février 2016, NOR : JUSC1522466R.

Ordonnance n° 2018-17 du 12 janvier 2018 relative aux conditions de création et de fonctionnement des centres de santé, NOR : SSAH1708103R.

Ordonnance n°2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, NOR JUSC2003918R.

Décret, arrêtés, circulaires

Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, de ses protocoles additionnels n° 1, 3, 4 et 5, signés les 20 mars 1952, 6 mai 1963, 16 septembre 1963 et 20 janvier 1966, ainsi que des déclarations et réserves qui ont été formulées par le Gouvernement de la République française lors de la ratification, JORF du 4 mai 1974, p.4750.

Décret. n° 90-917 du 8 oct. 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, NOR : MAEJ9030073D.

Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF n°209 du 8 septembre 1995, p. 13305, NOR : SANP9502310D.

Décret n°2002-779 du 3 mai 2002 pris pour l'application de l'article L.2123-2 du Code de santé publique, J.O. n°105, 5 mai 2002, p.8639.

Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique, NOR : SANP0321523D.

Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, JO du 8 août 2004, aux articles R.4127-1 à R.4127-112 du code de la santé publique, NOR : SANP0422530D.

Décret n°2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, JORF n°0304 du 31 décembre 2008, p.20631, NOR : JUSC0822510D.

Décret n°2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, JORF n°0001 du 1 janvier 2009.

Décret n°2009-1628 du 23 décembre 2009, relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, JORF du 26 décembre 2009.

Décret n° 2010-344 du 31 mars 2010 tirant les conséquences, au niveau réglementaire, de l'intervention de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, NOR : SASX1008846D.

Décret n°2010-356 du 1^{er} avril 2010 portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées, JORF n°0079 du 3 avril 2010 page 6501, texte n° 16.

Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, JORF n°0108 du 8 mai 2012, p. 8479, NOR: ETSH1207448D.

Décret n°2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, JORF n°0108 du 8 mai 2012, p.8479, NOR: ETSH1207448D.

Décret n°2016-185 du 23 février 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0047 du 25 février 2016.

Décret n° 2016-1441 du 25 octobre 2016 relatif à la composition et au fonctionnement du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge, JORF n°0251 du 27 octobre 2016, texte n° 52.

Décret n° 2019-756 du 22 juillet 2019 portant diverses dispositions de coordination de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en matière de protection juridique des majeurs, de changement de régime matrimonial, d'actes non contentieux confiés aux notaires et de prorogation de l'attribution provisoire de la jouissance du logement de la famille et mesure relative à la reconnaissance transfrontalière des décisions de protection juridique des majeurs, JORF n°0170 du 24 juillet 2019, NOR: JUSC1913461D.

Arrêté du 26 avril 1999 fixant le contenu du cahier des charges de la convention pluriannuelle prévue à l'article 5-1 de la loi n°75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, JORF n°98 du 27 avril 1999, p. 6256, NOR : MESA9921086A.

Circulaire DGS/DHOS n° 2001-467 du 28 septembre 2001 relative à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, NOR : MESP0130680C.

Circulaire DGS/DS 6D n°2003-71 du 13 février 2003 relative à la mise en œuvre de l'article 27 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, Bulletin Officiel n°2003-9.

Circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée, NOR : SANH0630111C.

Circulaire n° CIV 2006-13 C1/30-06-2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, Bulletin Officiel du ministère de la justice, n° 103, 30 juin 2006, NOR : JUS C0620513 C.

Circulaire du 27 juillet 2010 du Ministère de la culture et de la communication relative à la communicabilité des dossiers de pupille pour lesquels le secret de l'identité du parent de naissance a été explicitement opposé, Circ. DGP/SIAF/AACR/2010/011.

Circulaire 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, BOMJ 2011/11, n°15, NOR : JUSC1119808C.

Circulaire du 17 février 2017, de présentation de l'article 56, I de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, BOMJ n°2017-03 du 31 mars 2017, NOR : JUSC1701863C.

Circulaire du 10 mai 2017, de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, BOMJ n°2017-05 du 31 mai 2017, NOR : JUSC1709389C.

Circulaire du 26 juillet 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, Bulletin Officiel du Ministère de la justice n°2017-08 du 31 août 2017, NOR : JUSC1720438C.

Circulaire du 25 mars 2019 de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Bulletin Officiel du Ministère de la justice n°2019-03 du 29 mars 2019, NOR : JUSC1909309C.

Droits étrangers

Belgique

Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique, Avis n°8 relatif à la pratique de la stérilisation des handicapés mentaux, 14 septembre 1998, site Internet www.health.fgov.be.

MAHOUX M., Rapport fait au nom du groupe de travail « bioéthique », n°3-419/2, 8 novembre 2006, Sénat, session 2006-2007, www.senate.be.

Conseil national de l'Ordre des médecins, « Stérilisation dans un but contraceptif d'une personne déficiente mentale », Avis, Bull. n°147, doc. n°a147012, 15 novembre 2014, site du Conseil National de l'Ordre des médecins, Belgique, www.ordomedic.be.

Conseil francophone de la fédération royale du notariat belge, *La protection des personnes vulnérables à la lumière de la loi du 17 mars 2013*, Actes de la journée d'études organisée le 12 mai 2014 par le Conseil francophone de la F.N.R.B., 1^{re} éd., Bruylant.

Proposition de loi n°3-419/1 relative à la stérilisation contraceptive et thérapeutique, DEFRAIGNE Ch., 12 décembre 2003, Documents législatifs, n°S.3-419, Sénat de Belgique www.senate.be.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, M. B. (Moniteur Belge) du 26 septembre 2002.

Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, M.B. (Moniteur Belge), 14 juin 2013.

Suisse

STECK H., « La pratique de la stérilisation légale des anormaux psychiques dans le Canton de Vaud », *Rev. médicale de la Suisse romande*, 1935, 55, p. 874-895.

Loi fédérale sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation) du 17 décembre 2004, RS 211.111.1, RO 2005 p.2499.

Académie Suisse des Sciences Médicales, *Directives d'éthique médicale pour la stérilisation*, adoptées par le Sénat de l'A.S.S.M., 17 novembre 1981, site Internet de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, www.assm.ch.

Académie Suisse des Sciences médicales, *Recommandations concernant la stérilisation de personnes mentalement déficientes*, Complément aux directives de 1981, approuvées par la Commission Centrale d'Éthique de l'A.S.S.M, 16 février 2001, site Internet de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, www.assm.ch.

VON FELTEN M., « Initiative parlementaire Stérilisations forcées. Dédommagement des victimes », n°99.451, Conseil national, déposée le 15 octobre 1999, Bulletin Officiel 2004 N 246, www.parlament.ch.

Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport du 23 juin 2003, 99.451, Feuille Fédérale 2003-1504, p.5756.

Conseil fédéral, Avis sur le projet de loi de stérilisation du 3 septembre 2003, Feuille Fédérale 2003-1620, p.5797.

Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personne (Loi sur la stérilisation) n°211.111.1, Feuille Fédérale 2004, p.6803, Recueil Officiel 2005, 2499.

Loi LProst (10447) -I2 49 sur la prostitution, 18 décembre 2009.

Canada

Commission de Réforme du Droit du Canada, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, 1979, Document de travail n°24.

Textes internationaux

Conventions, Déclarations

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, ONU, Paris, 10 décembre 1948.

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ONU, 18 décembre 1979, Résolution 34/180.

Convention internationale relative aux droits de l'enfant (dite aussi Convention de New York), ONU, 20 novembre 1989.

Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, ou Convention d'Oviedo, 4 avril 1997.

Déclaration universelle sur le génome humain, UNESCO, 11 novembre 1997.

Convention sur la protection internationale des personnes vulnérables, La Haye, 13 janvier 2000 (ratifiée par la France le 18 janvier 2008).

Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, ONU, 13 décembre 2006, Résolution. ONU 61/106.

Résolutions, recommandations

Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Résolution n° 75-29 sur la législation relative à la fécondité et à la planification familiale, 14 novembre 1975.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation Générale n°14, 2000, Application du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 11 août 2000, E/C.12/2000/4.

Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation Rec (2006)19 aux Etats membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive, Conseil de l'Europe.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec 2009 – 11, sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, 9 décembre 2009.

Rapports, Observations

Comité des droits de l'enfant, *Observations finales : Autriche*, après examen des rapports présentés par les Etats-parties en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant ; Nations Unies, 7 mai 1999, observation n° 17, site Internet des Nations Unies.

Parlement Européen, Projet de rapport (provisoire) n°2001/2128 (INI) sur la santé et les droits sexuels et génésiques, Commission des droits de la femme et de l'égalité des chances, Rapporteur : Anne E.M. Van Lancker.

Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Rapport de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, « Mettre fin aux stérilisations et castrations forcées », L. MAURY PASQUIER, 28 mai 2013, Doc. 13215.

Observations générales du Comité des droits des personnes handicapées, « Observation générale n° 1 relative à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (article 12) », 19 mai 2014.

Déclarations associatives

Déclaration des droits sexuels de l'International Planned Parenthood Federation (IPPF), 1996, révisée en 2008.

Déclaration des droits sexuels de la World Association for Sexology (WAS), Valence 1997, et Hong Kong 1999.

Table des matières

Dédicaces	3
Remerciements.....	5
Liste des principales abréviations.....	7
Sommaire	11
Introduction.....	15
PARTIE I- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ.....	43
TITRE I- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ REFUSÉE.....	45
CHAPITRE IER-LE DÉNI DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES.....	47
SECTION I- LES SOURCES DE L'ABSTENTION LÉGISLATIVE.....	49
§I- L'ILLÉGALITÉ DE L'ACTE STÉRILISANT.....	49
A- L'ÉTAT DU DROIT AVANT LA LOI DU 4 JUILLET 2001.....	50
1- Une jurisprudence fondatrice.....	50
a- Une jurisprudence ancienne.....	50
b- L'évolution jurisprudentielle.....	52
2- La fermeté législative.....	57
a- Les conséquences de l'amendement Millaud.....	57
b- La modification de l'article 16-3 du Code civil.....	58
B- UNE REMISE EN CAUSE PROGRESSIVE.....	60
1- Le contraste entre droit et pratique	60
a- Le constat d'une inadéquation.....	60
b- Des tentatives de conciliation.....	63
2- L'évolution des positions déontologiques et éthiques.....	68
a- Les positions du Comité Consultatif National d'Ethique.....	68
b- Les positions du Conseil National de l'Ordre des médecins.....	72
§II- LA NÉCESSITÉ THÉRAPEUTIQUE.....	76
A- NÉCESSITÉ THÉRAPEUTIQUE ET NÉCESSITÉ MÉDICALE.....	77
1- D'un principe restrictif à un principe extensif.....	78
2- La reconnaissance d'une exception non définie.....	81
B- STÉRILISATION THÉRAPEUTIQUE OU STÉRILISATION CONTRACEPTIVE	83
1- L'interprétation de la distinction par le monde médical.....	83
2- L'indication médicale d'une stérilisation.....	86

SECTION II- LES APPORTS DU DROIT COMPARÉ.....	93
§I- LES APPORTS DES PAYS EUROPÉENS.....	93
A- LES PRINCIPAUX ÉTATS-MEMBRES	94
1- Une reconnaissance légale	94
a- L'existence d'un régime spécifique aux personnes handicapées mentales.....	94
α- Les pays scandinaves.....	94
β- Les Etats frontaliers.....	98
b- L'absence de régime spécifique aux personnes handicapées mentales.....	102
α- des Etats aux législations générales.....	102
β- Le Luxembourg : une législation incertaine.....	104
2- Une reconnaissance jurisprudentielle ou institutionnelle.....	105
a- L'admission des stérilisations par la jurisprudence.....	105
b- L'admission des stérilisations par les institutions médicales.....	109
B- LA POSITION D'UN ÉTAT EXTRA-COMMUNAUTAIRE : LA SUISSE.....	115
1- Le précédent du canton de Vaud.....	115
a- Une législation coercitive.....	115
b- Des réactions divergentes.....	117
2- Réglementation actuelle des stérilisations.....	118
a- Les recommandations de l'Académie Suisse des sciences médicales.....	119
b- L'intervention législative.....	121
§II- LE CONTINENT NORD-AMÉRICAIN.....	123
A- LA POSITION DES ÉTATS-UNIS.....	123
1- Une législation ancienne.....	123
2- Un régime juridique imprécis.....	125
a- Une évolution prudente.....	125
b- Les « Lois sanitaires » de 1982.....	126
B- LA POSITION DU CANADA.....	128
1- La commission de réforme du droit du Canada.....	128
a- Examen des caractéristiques de la stérilisation.....	128
b- Recommandations spécifiques aux personnes handicapées mentales.....	130
2- Le point de vue jurisprudentiel.....	131
a- Le contexte juridique et social.....	131
b- L'affaire <i>Ève</i>	132

CHAPITRE II : L'ADMISSION DE LA STÉRILISATION DES PERSONNES HANDICAPÉES MENTALES.....	135
SECTION I- Le consentement du majeur protégé	137
§I- L'INFORMATION : PRÉALABLE INDISPENSABLE AU CONSENTEMENT.....	138
A-LA NATURE DE L'INFORMATION MÉDICALE.....	138
1-Le contenu de l'information médicale.....	139
2-La preuve de l'information médicale.....	143
B-LA DÉLIVRANCE DE L'INFORMATION MÉDICALE.....	145
1-Le destinataire de l'information.....	145
2-L'adaptation de l'information au degré de compréhension	152
§II- LA RECHERCHE DU CONSENTEMENT	156
A-LE CONSENTEMENT DU MAJEUR PROTÉGÉ À L'ACTE MEDICAL.....	157
B-ALTÉRATION DES FACULTÉS MENTALES ET CONSENTEMENT : UNE ALLIANCE IMPOSSIBLE ?.....	168
1-Les personnes concernées.....	169
2-La valeur du consentement	174
SECTION II : LES GARANTIES PROCÉDURALES.....	183
§I- L'INTERVENTION DU JUGE DES TUTELLES.....	183
A-LA SAISINE DU JUGE DES TUTELLES.....	184
1-Les auteurs de la saisine.....	184
2-Des risques persistants.....	187
B-L' AUTORISATION DU JUGE DES TUTELLES.....	189
1-Les auditions préalables.....	189
2-De la décision à l'autorisation judiciaire	192
§II- L'AVIS DU COMITÉ D'EXPERTS.....	196
A-COMPOSITION ET MISE EN PLACE DES COMITÉS D'EXPERTS.....	197
B-UNE POSITION COLLECTIVE.....	199
1-L'organe collégial de la procédure.....	200
2-Une approche objective.....	201
-Conclusion du Titre I.....	204
TITRE II- LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ ACCEPTÉE	209
CHAPITRE 1ER- LA MAÎTRISE DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ	211
SECTION I- L'ACCÈS À LA CONTRACEPTION RÉVERSIBLE.....	212
§I- L'ACCÈS AUX CONTRACEPTIFS TEMPORAIRES.....	212
A-LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTE CONTRACEPTIF.....	213
1-Le consentement à la contraception.....	213
2-La diversité des modes de contraception.....	220

a- La contraception locale	221
b- La contraception hormonale	222
B-LES DIFFICULTÉS D'UNE CONTRACEPTION ADAPTÉE.....	224
1-Le choix d'une contraception	224
2-Les principaux obstacles.....	225
§II- LES PRINCIPALES JUSTIFICATIONS DES STÉRILISATIONS	227
A-LE CONTRÔLE DE LA SEXUALITÉ.....	227
B-LE MYTHE DE L'ENFANT ÉTERNEL.....	229
SECTION II- L'ACCÈS À LA CONTRACEPTION IRRÉVERSIBLE.....	232
§I- LE CARACTÈRE IRRÉVERSIBLE DES STÉRILISATIONS.....	232
A-LES PRINCIPALES TECHNIQUES DE STÉRILISATION.....	232
1-Les techniques d'obturation.	233
2-Les techniques invasives	234
B-LE CARACTÈRE IRRÉVERSIBLE DISCUTÉ.....	236
1-La remise en cause de l'irréversibilité de principe.....	237
2-Le maintien du caractère irréversible.....	239
§II-LA PRÉVALENCE DE LA CONTRACEPTION RÉVERSIBLE.....	242
A- L'ABSENCE D'AUTRES CRITÈRES.....	242
1-L'activité sexuelle et procréatrice.....	242
2-Le meilleur intérêt de la personne.....	243
B-LE SPECTRE DE LA GROSSESSE.....	245
1-Le risque de grossesse et l'intérêt de la personne	246
2-Le risque de transmission du handicap mental.....	249
CHAPITRE II : LA LIBERTÉ DE LA PROCRÉATION DU MAJEUR PROTÉGÉ	251
SECTION I - DU DROIT DE PROCRÉER À LA LIBERTÉ SEXUELLE.....	252
§I-LA SUPPRESSION DE LA FACULTÉ DE PROCRÉER.....	252
A-LE CARACTÈRE HÉRÉDITAIRE DE LA DÉFICIENCE MENTALE.....	253
1-Un postulat aux origines lointaines.....	253
2-Un postulat dépassé	254
B-DES PRINCIPES BAFOUÉS	257
1-Le principe de dignité de la personne humaine	258
2-Le droit au respect du corps humain	262
§II- LA PRÉSERVATION DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTALES.....	264
A-LA LIBERTÉ SEXUELLE	264
1-Les fondements de la liberté sexuelle.....	264
2-L'accès à la sexualité pour les personnes déficientes mentales.....	268

a- La sexualité en établissement spécialisé.....	268
b- La revendication de l'accompagnement sexuel.....	270
B-LA LIBERTÉ DE PROCRÉER	273
1-Une reconnaissance textuelle	273
a- La Convention européenne des droits de l'homme	274
b- Les autres instruments internationaux.....	276
α-La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.....	277
β-Droit de procréer et droit à la santé sexuelle et génésique.....	278
2-Les approches doctrinales.....	280
SECTION II- LA VOLONTÉ DANS LA PROCRÉATION.....	282
§I- LA VOLONTÉ DE NE PAS PROCRÉER	282
A-L'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE	283
1-La prise en compte de la personne mineure.....	283
2-L'absence de régime spécifique pour la femme majeure protégée.....	284
B-L'INTERRUPTION MÉDICALE DE GROSSESSE.....	289
§II- LA VOLONTÉ DE PROCRÉER	291
A-L'ACCÈS DU MAJEUR PROTÉGÉ À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION.....	292
B-LES CONDITIONS D'ACCÈS À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION.....	295
-Conclusion titre II.....	299
-CONCLUSION PARTIE I.....	300
PARTIE II- LE MAJEUR PROTÉGÉ ET SON ENFANT.....	303
TITRE I- LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ.....	305
CHAPITRE 1ER : L'ÉTABLISSEMENT NON CONTENTIEUX DE LA FILIATION.....	307
SECTION I- L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION SANS MANIFESTATION DE VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ.....	307
§I-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR L'EFFET DE LA LOI.....	308
A-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION MATERNELLE.....	308
1-La désignation de la mère dans l'acte de naissance	308
2-La déclaration de naissance, un acte strictement personnel ?.....	310
B-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PATERNELLE.....	314
1-La survivance du <i>Pater is est quem nuptiae demonstrant</i>	314
2-L'inégalité dans l'établissement de la filiation par l'effet de la loi.....	315

§II-L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA POSSESSION D'ÉTAT.....	317
A-LA PRÉÉMINENCE DE LA VÉRITÉ SOCIOLOGIQUE.....	317
1-Les éléments constitutifs de la possession d'état.....	317
2-La manifestation extérieure de la volonté parentale.....	318
B-UN MODE AUTONOME D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION	321
1-Le formalisme de l'établissement de la filiation par la possession d'état.....	321
2-La demande de délivrance d'un acte de notoriété par le parent majeur protégé...	324
SECTION II- L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ.....	328
§I- LA RECONNAISSANCE DE PATERNITÉ OU DE MATERNITÉ.....	328
A-UNE VOLONTÉ EXCLUSIVE DU MAJEUR PROTÉGÉ PARENT.....	329
B-LES REMÈDES À L'ABSENCE DE VOLONTÉ DU MAJEUR PROTÉGÉ PARENT.....	331
1-L'établissement du lien de filiation par la possession d'état.....	332
2- L'action en recherche de paternité.....	333
§II- L'ADOPTION.....	335
A-L'ADOPTANT, MAJEUR PROTÉGÉ	335
B-L'ADOPTÉ SOUS PROTECTION.....	344
1-L'adopté, majeur protégé.....	344
2-L'adopté, enfant du majeur protégé.....	350
Conclusion du chapitre I.....	353
CHAPITRE II- LE CONTENTIEUX DE LA FILIATION DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTÉGÉ.....	355
SECTION I- LA FILIATION IMPOSÉE.....	355
§I- L'ACTION EN RECHERCHE DE MATERNITÉ OU DE PATERNITÉ.....	356
A-L'ACTION EN DEMANDE.....	356
1-La nature et le fondement de l'action en recherche de maternité ou de paternité..	357
2-L'exercice de l'action en demande.....	360
B-L'ACTION EN DÉFENSE.....	363
1-L'exercice de la défense à l'action en recherche de maternité ou de paternité.....	364
2-Le recours à l'expertise biologique.....	366
§II- LES ACTIONS EN RÉTABLISSEMENT DE PRÉSOMPTIONS.....	371
A-L'ACTION EN RETABLISSEMENT DE LA PRESOMPTION DE PATERNITE.....	371
1-Les demandeurs à l'action.....	372
2-Les défendeurs à l'action.....	374
B-L'ACTION EN CONSTATATION DE LA POSSESSION D'ETAT.....	375
1-La constatation judiciaire de la vérité sociologique.....	376
2-L'exercice de l'action en constatation de la possession d'état.....	377

SECTION II- LA FILIATION REFUSEE.....	380
§I- LES ACTIONS AUX FINS DE CONTESTATION DE LA FILIATION.....	380
A-LE MAJEUR PROTEGE A L'INITIATIVE DE LA CONTESTATION DU LIEN DE FILIATION.....	381
1-La filiation contestée.....	381
2-L'exercice de l'action en contestation.....	382
B-LE MAJEUR PROTEGE DEFENDEUR A L'ACTION EN CONTESTATION DE LA FILIATION.....	384
§II- L'ACCOUCHEMENT ANONYME.....	385
A-LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACCOUCHEMENT ANONYME.....	386
B-LES EFFETS DE L'ACCOUCHEMENT ANONYME.....	388
1-Les effets de l'accouchement anonyme à l'égard de la mère de naissance.....	388
2-Les effets de l'accouchement anonyme à l'égard des tiers.....	395
Conclusion chapitre II.....	399
Conclusion du Titre I	400
TITRE II- L'AUTORITE PARENTALE SUR L'ENFANT DU MAJEUR PROTEGE.....	401
CHAPITRE 1ER : LA DEVOLUTION DE L'AUTORITE PARENTALE AU PARENT MAJEUR PROTEGE.....	403
SECTION I-LA CONSERVATION DE L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT.....	403
§I- L'INDIFFERENCE DE L'INCAPACITE JURIDIQUE DU PARENT.....	404
A-LE LIEN DE FILIATION A L'ORIGINE DE LA QUALITE DE PARENT.....	404
1-Le constat légal d'une dévolution naturelle.....	404
2-La dévolution d'un droit-fonction.....	407
B-LA VOCATION PARENTALE DU MAJEUR PROTEGE.....	408
1-La nature strictement personnelle de l'autorité parentale.....	408
2- La présomption de capacité naturelle.....	409
§II-LA NECESSITE D'UNE APTITUDE A MANIFESTER SA VOLONTE	413
A-LA SUBORDINATION DE L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE A L'APTITUDE D'UNE MANIFESTATION DE VOLONTE.....	413
1-L'exigence d'une manifestation de volonté du parent majeur protégé.....	414
2-Une exigence restrictive pour le majeur protégé parent.....	415
B-LES EFFETS DE L'ABSENCE DE MANIFESTATION DE VOLONTE	416
1-La perte de l'exercice de l'autorité parentale.....	416
2-L'automatisme de la perte de l'exercice de l'autorité parentale.....	418
SECTION II-L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE PAR LE PARENT MAJEUR PROTEGE.....	419
§I-L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE SUR LA PERSONNE DE L'ENFANT.....	419

A-LES ACTES EXTRAPATRIMONIAUX DE L'AUTORITE PARENTALE.....	420
1-Les actes affectant l'état de l'enfant.....	420
a- L'identité de l'enfant.....	420
α)- La déclaration de choix de nom de famille.....	421
β)- La déclaration de changement de nom de famille.....	423
γ)- Le prénom.....	428
b-L'émancipation	430
2-L'accomplissement des droits et des devoirs de protection et d'éducation.....	432
a- Les devoirs de protection.....	432
α)- La protection de la santé du mineur.....	433
β)- La protection de la moralité et de la sécurité du mineur.....	435
b- Le devoir d'éducation.....	436
B-LES ACTIONS EXTRAPATRIMONIALES DE L'AUTORITE PARENTALE.....	437
§II-L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE SUR LES BIENS DE L'ENFANT.....	440
A-LA GESTION DU PATRIMOINE DE L'ENFANT : L'ADMINISTRATION LEGALE.....	441
1-Les fondements de la privation de l'administration légale du majeur protégé parent	441
2-Les effets de la privation de l'administration légale.....	446
B-LE DROIT DE JOUISSANCE LEGALE.....	449
Conclusion chapitre I.....	452
CHAPITRE II : LA PRIVATION DE L'AUTORITE PARENTALE DU PARENT MAJEUR PROTEGE.....	455
SECTION I-LE BESOIN DE PROTECTION DE L'ENFANT.....	456
§I- LA PRESERVATION DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT.....	456
A-LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTEGE.....	457
1-Le droit d'être élevé par ses parents.....	457
2-Le droit d'entretenir des relations avec ses parents séparés.....	459
B-L'INTERET DE L'ENFANT DU MAJEUR PROTEGE.....	460
§II- LES MESURES D'AIDE A L'EXERCICE DES DROITS ET DEVOIRS PARENTAUX.....	465
A-LES MESURES IMPLIQUANT UNE VOLONTE DU PARENT MAJEUR PROTEGE : LES MESURES PREVENTIVES.....	465
1-Le service de protection maternelle et infantile.....	466
2-Le service d'aide sociale à l'enfance	467
B-LES MESURES D'ASSISTANCE EDUCATIVE : DES MESURES IMPOSEES.....	471
1-Le fondement de l'intervention judiciaire.....	471
2-Les effets des mesures d'assistance éducative.....	473

SECTION II-LE RÔLE DE LA VOLONTE DU MAJEUR PROTEGE DANS LA PRIVATION DE SON AUTORITE PARENTALE.....	477
§I- LA VOLONTE DU MAJEUR PROTEGE DANS LA PRIVATION DE SON AUTORITE PARENTALE.....	477
A-LE MAJEUR PROTEGE A L'INITIATIVE DE LA PRIVATION DE SON AUTORITE PARENTALE.....	477
1-La délégation volontaire de l'autorité parentale.....	478
2-L'abstention volontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux.....	479
B-L'ABSENCE DE VOLONTE DU MAJEUR PROTEGE DANS LA PRIVATION DE L'AUTORITE PARENTALE.....	481
1-L'abstention involontaire dans l'exercice des droits et devoirs parentaux.....	481
2-Le rôle de la volonté du majeur protégé dans le désintérêt manifeste et le délaissement parental.....	482
a- L'exigence de désintérêt manifeste dans la délégation forcée	483
b- De la déclaration judiciaire d'abandon à la déclaration judiciaire de délaissement parental.....	483
§II- LES EFFETS DE LA PRIVATION DE L'AUTORITE PARENTALE DU MAJEUR PROTEGE.....	487
A-LE TRANSFERT DE L'AUTORITE PARENTALE.....	487
1-Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale.....	487
2-Le retrait de la titularité de l'autorité parentale.....	488
B-LA PROTECTION DE L'ENFANT.....	488
Conclusion du chapitre II.....	490
Conclusion du Titre II	491
CONCLUSION PARTIE II.....	492
CONCLUSION GENERALE.....	495
Bibliographie.....	501
I-Ouvrages, manuels, traités	501
II-Thèses	506
III-Mémoires.....	507
IV-Articles, chroniques, études.....	508
V-Jurisprudence.....	531
VI-Colloques, congrès, journées d'étude, rapports, communiqués, avis	550
VII-Documents extra juridiques.....	554
VIII-Articles de presse	558
IX-Sites internet	559
X-Textes cités.....	560
Table des matières.....	569
Index analytique.....	579

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accès aux origines personnelles : 389, **390**, 393

Accouchement anonyme : 356, **383 s.**

- Consentement : 388
- Effets : **387 s.**, 393
- Nature juridique : **384 s.**

Acte médical : 28, 50, 55, 59

- Consentement : 121, **144 s.**, 151, 162, 197, 274 s., 279, 281 s., 286, 289, 439
- Information : **123 s.**
- Interruption volontaire de grossesse : **270 s.**
- Qualification : 61, 64, **147 s.**, 198-199, 273
- Sur le mineur : 438 s.

Acte strictement personnel

- Accouchement sous X : 391 s., *voir* accouchement anonyme
- Actes médicaux : 148
- Action strictement personnelle : 337, 369, 444, 445
- Adoption : 336, 337, 341, 345
- Assistance médicale à la procréation : 286
- Changement de prénom : **432 s.**
- Contraception : 198
- Déclaration de choix du nom de l'enfant : 424, 439, 430, 433
- Déclaration de naissance : 295, 296, **298 s.**, 302, 304, 305
- Demande de délivrance d'un acte de notoriété : 320, 321
- Identification par empreintes génétiques : 330, 331, **362 s.**
- Interruption médicale de grossesse : 279
- Interruption volontaire de grossesse : 273, 276
- Reconnaissance de maternité ou de paternité : 324, 327
- Stérilisation contraceptive : 151, 503

Acte usuel : 432, 438

Action en recherche de maternité : 15, **351 s.**, 356, 358, 359, 360, 369, 387

Action en recherche de paternité : 328, **329 s.**, 350, **351 s.**, 357, 359, 363, 372

Action extrapatrimoniale : 337, 357, 359, 366, 379, 381, 397, **444**, 445

Actions relatives à la filiation

- Action en constatation de la possession d'état : 310, 350, 364, **370 s.**
- Action en contestation de la filiation : **376 s.**, 379, **381**
- Action en recherche de maternité : 15, **351 s.**, 356, 358, 359, 360, 369, 387
- Action en recherche de paternité : 328, **329 s.**, 350, **351 s.**, 357, 359, 363, 372
- Action en rétablissement de la présomption de paternité : 350, 364, **365 s.**, 372, 373

Administration légale : 353, 446, **447 s.**, 455, 457, 496

Adoption

- Du majeur protégé : **341 s.**, 430
- De l'enfant du majeur protégé : **345 s.**
- D'un tiers par un majeur protégé : **333 s.**

Aide sociale à l'enfance : 389, 393, 315, 469, **471 s.**, 482, 484, 487, 498, 499

Assistance (mesure) : 145, 146, 174

Assistance éducative : 236, 435, 443, 463, 472, **473 s.**, 478, 483, 484

- Conditions : **474 s.**
- Effets : **476 s.**

Assistance médicale à la procréation : 15, 237, 280, **281 s.**, 288

Autonomie de la volonté, *voir volonté autonome* : 11, 17, 149, 250, 289, 300

Autorité parentale

- Délégation : 346, 435, **481 s.**, 487, **488 s.**, 496, 498
- Exercice : 13, 335, 401 s., 411, 412 s., **418 s.**, 435, 439, 440, **446 s.**, 451, 452, 453, 476, 487, 495 s., 501, 502.
- Perte : **416 s.**, 493, 496, 498
- Retrait : 236, 456, 485, 496, **497**, 499

C

Capacité, *voir incapacité*

- D'exercice : 8, 173, 319, 409, 410, 411, 414, 429, 443, 449, 451, 454, 457, 503

- De jouissance, *voir incapacité de jouissance* : 8, 274, 300, 325, 339, 343, 345, 357, 360, 363, 380, 397, 398
- Naturelle, *voir théorie de la capacité naturelle* : 8, 151, 259, 274, 286, 288, 300, 312, 331, 337, 355, 357, 380, 381, 382, 396, 397, 407, 408, 409, 410, 411, 414, 416, 430, 435, 457, 501, 502, 503

Castration : 19, 26, 70, 216

Comité d'experts : 86, 150, 167, 172, 179, **180 s.**

Contraception

- Irréversible, *voir stérilisation contraceptive* : 194, **214 s.**
- Réversible : 95, 96, **194 s.**, **226**, 288

Curatelle : 5, 6, 7, 10, 11, 73, 98, 145, 147, 149, 150, 152, 154, 155, 156, 169, 176, 178, 191, 198, 274, 282, 319, 337, 359, 381, 392, 405, 410, 414, 416, 432, 444, 445, 449, 450, 477, 492

D

Danger

- Grossesse : 57, 68, 73, 82, 228, **234 s.**
- Majeurs : 89, 243, 259, 503
- Mineurs : 85, 236, 463, 467, 468, **469 s.**, **472**, **474**, 475, 478, 485
- Modes de contraception : 40, 203
- Stérilisation : 45, 89, 93
- Traitement médical : 56

Décision personnelle : 133, 134, 135, 136, 145, 146, 199, 288, 289, 331, 432

Déclaration de naissance : 10, 295, **296 s.**, 302, 304, 305, 313, 316, 320, 356, 367, 385, 398, 422, 424, 425, 427, 431

Déclaration judiciaire de délaissement parental : 488, **490 s.**, 499

Délégation de l'autorité parentale

- Désintérêt : 487, **488 s.**
- Forcée : 487, **488 s.**, 496
- Volontaire : 481, **482 s.**

Désintérêt manifeste : 487, **488 s.**

Devoir de surveillance : 440, **441**

Dignité humaine : 10, 121, 124, 143, 191, 247, **248 s.**, 252, 258, 259, 266, 267

- Principe constitutionnel : 124, **250**

Droit de procréer

- *Voir procréation*

E

Eugénisme : 17, 19, 92, 111, 191

Expertises biologiques : 310, 330 s., 358, 360, **361 s.**, 367, 369, 371, 381

- Consentement : **330 s.**, 362

F

Filiation

- *Voir actions relatives à la filiation*
- Adoption : **332 s.**
- Contestation : **376 s.**, 381, 396
- Etablissement : 10, 15, **292 s.**, **301 s.**, **306 s.**, 315 s., **322 s.**, 398, 421, 424, 425
- Reconnaissance de maternité : **323 s.**
- Reconnaissance de paternité : 4, **323 s.**, 363, 367, 368, 372, 385, 425
- *Voir possession d'état*
- *Voir présomption*

G

Grossesse

- *Voir interruption médicale de grossesse*
- *Voir interruption volontaire de grossesse*

H

Habilitation familiale : 10, 11, 133, 134, 136, 145, 147, 198, 405, 410, 414, 416, 429, 432, 449

Handicap

- Définition : 3
- Mental : 3, 19, 20, 68, 70, 74, 83, 86, 95, 113, 155, 157, 191, 208, 233, 235, 237, 244, 245, 463, 489
- Physique : 3, 183, 250

Hors d'état de manifester sa volonté : 137, 138, 313, 321, 324, 325, 327, 329, 363, 374, 388, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 453, 487

I

Identification par empreintes génétiques : 330, 331

- Consentement : **330 s.**, 362

Impossibilité de manifester sa volonté : 314, 337, 353, 355, 360, 380, 435, 487

Incapacité, *voir capacité*

- D'exercice : 8, 134, 198, 300, 451
- De jouissance : 8, 274, 300, 325, 339, 343, 344, 357, 360, 363, 380, 397, 398
- Naturelle : 346, 347, 363, 367, 409, 410, 416, 417, 435, 457, 501, 502

Information

- Devoir du protecteur : 134, 135, 139
- Médicale : 121, 123, **124 s.**, 128, 129, 130, 131, **132 s.**, 139, 141, 142, 146, 147, 150, 174, 199, 439

Intérêt de l'enfant : 335, 339, 389, 406, 441, 443, 458, 464, **465 s.**, 473, 476, 492, 498, 502, 503

- Intérêt supérieur : 13, 460, 462, 463, **465 s.**, 478

Interruption de grossesse

- Consentement : **273 s.**, 279, 286
- Interruption médicale : **278 s.**
- Interruption volontaire : 40, 62, 73, 85, 119, 126, 162, 191, 199, 234, 240, 250, **270 s.**, 286

J

Jouissance légale : 446, **455 s.**

L

Liberté de procréer

- *Voir procréation*

Ligature des trompes : 29, 36, 57, 62, 86, 219, 222, 224

M

Majeur protégé

- Définition : 2

Mandat de protection future : 3, 10, 134, 136, 139, 145, 147, 157, 198, 343, 410, 414, 429, 439, 450

Mesure(s) éducative(s), voir *assistance éducative*

Méthode, moyen, mode de contraception : 36, 40, 42, 44, 62, 204, 213, 219, 222

Mutilation : 20, 27, 32, 36, 79, 93, 191, 222, 223

O

Obligation d'entretien : 13, 319, **456**

P

Particulière vulnérabilité : 9, 32, 256, 389

- Voir *personne vulnérable*

Pater is est (quem nuptiae demonstrant) : 14, **302 s.**, 363, 394, 425

- Voir *filiation*
- Voir *action en rétablissement de la présomption de paternité*

Personne de confiance : **136 s.**, 144, 146, 279

Personne vulnérable : **9 s.**, 40, 113, 147, 175, 176, 256, 449, 503

Perte de l'autorité parentale : **415 s.**, 493, **496 s.**

- Automaticité : 417
- Effets : **496 s.**

Possession d'état

- Caractères : **307 s.**, 371
- Notion : **310 s.**

Présomption

- Caractère héréditaire des déficiences mentales : 237, **242 s.**, 246
- De capacité naturelle : 407, **409**, 501
- De paternité, voir *pater is est quem nuptiae demonstrant* : 15, **302 s.**, 327, 350, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 372, 373
- De responsabilité : 130
- De volonté tacite : 298
- Voir *acte usuel*

Procréation

- Droit de procréer : 240, **262 s.**
- Liberté de procréer : 17, 191, 246, 252, **261 s.**, 268
- Maîtrise : 17, **193 s.**, 238, 503
- Volonté de ne pas procréer (refus) : 268, **269 s.**
- Volonté de procréer : 268, **280 s.**

Procréation médicalement assistée

- *Voir assistance médicale à la procréation*

R

Recherche de maternité, *voir action en recherche de maternité*

Recherche de paternité, *voir action en recherche de paternité*

Reconnaissance

- De maternité : **323 s.**
- De paternité : 4, 322, **323 s.**, 363, 367, 368, 369, 372, 385, 425

Représentant légal : 68, 69, 85, 86, 88, 89, 92, 93, 98, 112, 113, 114, 133, 145, 149, 167, 168, 169, 173, 174, 188, 198, 230, 271, 274, 282, 289, 354, 355, 359, 429, 430, 432, 471

Représentation

- *Ad hoc* : 69, 118, 367
- Du majeur : 3, 86, 137, 324, 337, 366, 398, 408, 430
- Du mineur : 432

Requête en adoption : 335, **336 s.**, 339, 344

Retrait de l'autorité parentale : 236, 456, 485, 497, 499

- Désintérêt, *voir désintérêt manifeste*
- Notion de danger et risque de danger : 468, **472, 474**, 485
- Partiel : 435, 497
- Total : 435, 483, 484, 497

S

Sauvegarde de justice : 3, 7, 10, 133, 134, 154, 156, 178, 182, 198, 405, 410, 432

Sexualité

- Accès : 253, 256, **257 s.**
- En établissement : **258 s.**
- Liberté : 191, 240, 252, **253 s.**, 258, 259, 266, 503

Stérilet : 201

Stérilisation

- Consentement : 121, **143 s.**
- Information : **123 s.**
- Thérapeutique : 51, **59 s.**, 86, 97

T

Théorie de la capacité naturelle : 10, **409**, 416

- *Voir capacité naturelle*

Trouble mental : **4**, 386, 408, 442, 482

Tutelle

- Majeur : 7, 136, 139, 144, 145, 146, 147, 149, 199, 281, 282, 319, 335, 354, 390, 410, 414, 430, 432, 439
- Mineur : 7, 353, 450

V

Vasectomie : 26, 27, 44, 62, 81, 82, 99, 101, 217, 222, 223, 224

Volonté

- Autonome (*voir autonomie de la volonté*) : 149, 199, 259, 268, 274
- De procréer ; de ne pas procréer, *voir procréation*
- *Voir hors d'état de manifester sa volonté*
- *Voir impossibilité de manifester sa volonté*

Vulnérabilité : 8, **9**, 13, 15, 16, 17, 32, 256, 290, 389, 397, 399, 500, 501, 502, 503

- Définition : **9 s.**
- *Voir particulière vulnérabilité*

LE MAJEUR PROTÉGÉ PARENT

Résumé

Le majeur protégé est communément entendu comme une personne vulnérable ayant à ce titre besoin d'une protection juridique. Lorsque la procréation est envisagée à son propos, une certaine défiance demeure. Longtemps objet de déni, elle lui fut d'abord refusée. Si désormais elle doit être acceptée et reconnue comme à tout individu, elle doit pouvoir être maîtrisée et contrôlée, dans le respect des droits de la personne. Lorsque la procréation a abouti, l'enfant doit pouvoir bénéficier de la protection de ses père et mère. Le majeur protégé doit à son tour protéger : c'est la rencontre de deux régimes de protection juridique. Toute la difficulté réside alors dans leur conjugaison, car l'accession du majeur protégé à la qualité de parent dépend pour une large part de son aptitude à manifester sa volonté, condition qui découle de la nature strictement personnelle des actes en cause. De cette manifestation dépendra pour une large part la pérennité et la qualité du lien parental, puisqu'elle est destinée dans sa portée générale à la protection de son enfant. Celle-ci doit rester la préoccupation première de notre droit, et primer toute autre considération.

Mots clés : Majeur protégé, procréation, acte strictement personnel, filiation, autorité parentale, consentement

THE PROTECTED MAJOR PARENT

Abstract

A protected adult is commonly understood to be a vulnerable person who needs legal protection. When procreation is contemplated, a certain mistrust remains. A long time object of denial, it was first denied. If now it must be accepted and recognized as any individual, it must be controlled and controlled, with respect for human rights. When procreation is successful, the child must be able to benefit from the protection of his father and mother. The protected adult must in turn protect: it is the meeting of two systems of legal protection. The difficulty then lies in their combination, because the access of the protected adult to the status of parent depends to a large extent on his ability to manifest his will, a condition which results from the strictly personal nature of the acts in question. This manifestation will depend to a large extent on the durability and quality of the parental bond, since it is intended in its general scope for the protection of his child. This must remain the first concern of our law, and take precedence over all other considerations.

Keywords : protected adult, procreation, strictly personal act, filiation, parental authority, consent

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP)

Avenue Léon Duguit
Bât. recherche éco 2ème étage - R 286
33608 Pessac CEDEX