



HAL
open science

Les droits fondamentaux des personnes vulnérables.

Valérie Doumeng

► **To cite this version:**

Valérie Doumeng. Les droits fondamentaux des personnes vulnérables.. Droit. Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, 2022. tel-04043722

HAL Id: tel-04043722

<https://hal.univ-antilles.fr/tel-04043722v1>

Submitted on 24 Mar 2023

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.

Université des Antilles
Faculté des Sciences juridiques et économiques de la
Guadeloupe

Mémoire d'Habilitation à Diriger les Recherches

Les droits fondamentaux des personnes
vulnérables

Liberté, intégrité corporelle et vie privée du majeur
mentalement troublé et du mineur

Valérie DOUMENG

Maîtresse de conférences en droit privé

Présenté le 9 juin 2022

Membres du jury :

-Xavier AUMERAN, Professeur à l'Université des Antilles,
Directeur de mémoire

-Rémy CABRILLAC, Professeur à l'Université de Montpellier,
Rapporteur

-Hugues FULCHIRON, Professeur à l'Université de Lyon 3, Conseiller SE à la
Cour de cassation, Rapporteur

-Ingrid MARIA, Professeure à l'Université de Grenoble Alpes,
Rapporteuse

-Célia ZOLYNSKI, Professeure à l'Université de Paris 1

Illustration de couverture :

« *Moulin de Marie-Galante* » Photographie de Clovis POIRIER DOUMENG

Mise en page couverture : Clovis POIRIER DOUMENG

A la Professeure Claire NEIRINCK

Avec ma gratitude, immense

SOMMAIRE

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
Première partie- <i>Droits fondamentaux relatifs à la liberté, à l'intégrité et à l'intimité corporelles de la personne vulnérable</i>	31
Titre I- Le libre mouvement du corps dans l'espace : la liberté d'aller et venir de la personne vulnérable	33
Chapitre I- Annihilation de la liberté d'aller et venir : les soins psychiatriques « dans les murs »	35
Chapitre II- Les entraves à la liberté d'aller et venir	51
Titre II- Intégrité et intimité corporelles des personnes vulnérables : les actes médicaux et thérapeutiques	69
Chapitre I- Les actes médicaux et thérapeutiques de droit commun pratiqués sur le corps du majeur vulnérable	71
Chapitre II- Les actes médicaux et thérapeutiques spécifiques pratiqués sur le corps de la personne vulnérable	83
Deuxième partie- <i>Droit fondamental à la vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable</i>	103
Titre I- Vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable : union et désunion	105
Chapitre I- Vie privée et union de la personne vulnérable	107
Chapitre II- Vie privée et dissolution de l'union du majeur protégé	121
Titre II- Vie privée familiale de la personne vulnérable : les relations parent-enfant	131
Chapitre I- Limitation des droits fondamentaux du mineur soumis à l'autorité parentale	133
Chapitre II- Relations entre le parent mentalement troublé et son enfant	147
CONCLUSION	165
BIBLIOGRAPHIE	177

LISTE DES ABREVIATIONS

AJ Fam	Actualité juridique famille (revue)
AJDA.	Actualité juridique, droit administratif (revue)
al.	Alinéa
ANAP	Agence Nationale d'Appui à la Performance des établissements de santé et médico-sociaux
ANAP	Agence Nationale d'Appui à la Performance
Ann. médico-psychol.	Annales médico-psychologiques, revue psychiatrique
Ann.	Annexe
art.	Article
<i>art. cit.</i>	Article ou chronique précité(e)
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BM	Banque mondiale
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. éduc.	Code de l'éducation
C. pén	Code pénal
C. trav.	Code du travail
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CépiDc	Centre d'épidémiologie sur les causes médicales de décès
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et les libertés fondamentaux
cf.	<i>Confer</i>
CGLPL	Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté
ch.	Chambre
chr.	Chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CIDPH	Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées
Circ.	Circulaire
<i>cit.</i>	Précité(e)
CJA	Code de la justice administrative
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme

Coll.	Collection
Comm.	Commentaires
Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPP	Code de procédure pénale
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction
Doct.	Doctrine
Dr. Fam	Droit de la famille (revue)
Dr. pén.	Droit pénal (revue)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
éd.	Edition
EHPAD dépendantes	Etablissements d'hébergement pour personnes âgées
Encycl.	Encyclopédie
Gaz. Pal	Gazette du Palais (revue)
Gérontol. soc.	Gérontologie et société (revue)
Haute autorité de santé	HAS
HCF	Haut Conseil de la Famille
INSERM médicale	Institut National de la santé et de la recherche
IR	Informations rapides
IRDES de la santé	Institut de recherche et documentation en économie
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N.	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JDJ	Journal du droit des jeunes
JFP	Journal français de la psychiatrie
JLD	Juge des libertés et de la détention
JO	Journal officiel
L'évol° psychia.	L'évolution psychiatrique (revue)
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
L'inf. psychia. psychiatres des hôpitaux	L'information psychiatrique, revue mensuelle des
Méd. et Droit praticien	Médecine et Droit, information éthique et juridique du
Miviludes contre les dérives sectaires	Mission interministérielle de vigilance et de lutte
n°	Numéro (s)
Obs.	Observations
OCDE économique	Organisation de coopération et de développement
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , ouvrage précité
ouvr. coll.	Ouvrage collectif

p.	Page (s)
Pacs	Pacte civil de solidarité
Perspectives psy.	Perspectives psychiatriques (revue)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et
politiques (ONU)	
Prat. santé ment.	Pratiques en santé mentale (revue)
Préf.	Préface
Procéd.	Procédures (revue)
Psy.- Fr.	Psychiatrie française (revue)
Psychiatrie auj.	Psychiatrie aujourd'hui (revue)
Psychol. méd.	Psychologie médicale (revue)
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. Def.	Répertoire du notariat Defrénois
Rev. sc. crim. comparé	Revue de sciences criminelles et de droit pénal
RFAS	Revue française des affaires sociales
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDM	Revue générale de droit médical
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJPF	Revue juridique personne et famille
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
Suiv.	Suivant(e)
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TJ	Tribunal judiciaire
UMD	Unités pour malades difficiles
V.	Voir
Vol.	Volume
VST	Vie sociale et traitements (revue)

INTRODUCTION

La vulnérabilité et son influence sur les voies d'accès aux droits fondamentaux est un thème qui a, au cours des dernières décennies, alimenté la réflexion juridique et connu une évolution remarquable. Cette étude se focalise, plus précisément, sur la liberté, l'intégrité corporelle et la vie privée du majeur mentalement troublé et du mineur¹. Elle vise à établir un bilan des progrès réalisés mais, également, à porter un regard prospectif sur ce domaine du droit. Préalablement, il convient de préciser et définir les notions du sujet², relativement complexes, de droits fondamentaux et de vulnérabilité.

Les droits fondamentaux, extrêmement divers, puisent leur origine dans les droits de l'humain à savoir « prérogatives reconnues à chaque individu, inhérentes à sa qualité d'être humain et qui ne dépendent donc pas de leur consécration par le droit positif »³. Ils ont pu être définis comme « des créateurs de « réflexe » ou de « germes » ou encore des « sources de rayonnement » destinés à faire évoluer les concepts de base des diverses matières juridiques »⁴. Ils irriguent l'ensemble du droit, la société et le champ politique⁵. La notion de droits fondamentaux a connu une extension et inclut, désormais, de façon générale et sous réserve de précisions textuelles contraires, les libertés publiques⁶.

Ces droits sont reconnus aux personnes, physiques et morales, par des « textes et normes supralégislatifs comme des « permissions » opposables aux prérogatives des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) et même à celles des institutions supranationales »⁷. En droit interne, les droits fondamentaux sont visés, protégés et déclinés, de façon générale, par le préambule de la Constitution⁸ et par de multiples lois⁹. Par ailleurs, des

¹ « *Loin du soleil, loin du soleil- Loin du soleil, je rêve d'être astronaute* » Youssoupha, « Astronaute » (chanson).

² Notions du sujet qui sont parfois des « notions cadres » ou « standards juridiques » à savoir notions à contenu variable, flou ou indéterminé. V. à ce sujet, Jerzy Wroblewski, *Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit. Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988-4, p. 848 spéc. 860 et 861.

³ Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Idris Fassassi, Patrick Gaïa, Olivier Le Bot, Laurent Pech, Annabelle Pena, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit des libertés fondamentales*, 8^e éd. Dalloz, 2021, n° 2, p. 15.

⁴ *Ibid.*, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 1 et 2.

⁶ Antérieurement étaient distingués droits fondamentaux et libertés publiques, V. à ce sujet, Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Idris Fassassi, Patrick Gaïa, Olivier Le Bot, Laurent Pech, Annabelle Pena, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 1 ; Philippe Ségur, *La dimension historique des droits et libertés fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. Remy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 6.

⁷ Louis Favoreu, Aurélie Duffy-Meunier, Idris Fassassi, Patrick Gaïa, Olivier Le Bot, Laurent Pech, Annabelle Pena, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 1.

⁸ Philippe Ségur, *La dimension historique des droits et libertés fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux art. cit.*, spéc. 22 et 23.

⁹ Ces lois seront abondamment citées dans cette étude.

conventions internationales garantissent les droits fondamentaux de l'ensemble des humains comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et les libertés fondamentaux ou encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰. Certaines d'entre elles visent, plus spécifiquement, les personnes vulnérables comme la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées¹¹ et la Convention internationale des droits de l'enfant¹². Ces textes, qui peuvent être logiquement invoqués devant les juridictions internes et s'accompagnent de mesures de contrôle, œuvrent à l'effectivité des droits fondamentaux¹³. La liste des droits fondamentaux, protégée par ces divers textes, s'avère vaste et variable¹⁴. Cette étude se limite aux droits fondamentaux d'accès particulièrement difficile pour les personnes vulnérables, et précisément pour les majeurs mentalement troublés et les mineurs, à savoir la liberté, l'intégrité corporelle et la vie privée.

Au niveau du droit interne, les droits fondamentaux s'inscrivent dans la notion, parfois controversée¹⁵, de droits subjectifs. Les droits subjectifs sont des prérogatives ou pouvoirs reconnus au sujet de droit par le droit objectif, à savoir la règle de droit, et sanctionnés par lui¹⁶.

Au sein des droits subjectifs extrapatrimoniaux, se trouvent les droits de la personnalité¹⁷. Il s'agit de prérogatives permettant à l'individu « d'affirmer sa personnalité »¹⁸ et visant, spécifiquement, la protection et l'épanouissement de la personne individuellement¹⁹. Leur originalité réside dans le fait que, portant sur certains aspects de la personne, ils n'ont pas d'objet extérieur au

¹⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice, 7 déc. 2000, V. à ce sujet, Hugues Fulchiron, Vers un droit vraiment « européen » de la famille ? A propos de la construction d'un *jus commune familiaris* dans le cadre de l'union européenne, in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 245.

¹¹ Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH) adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU), le 13 décembre 2006, signée par la France à New York le 30 mars 2007, ratifiée par la France le 18 février 2010 (Loi n° 2009-1701 du 31 décembre 2009 autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées).

¹² Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 26 janvier 1990 (New York) ratifiée par la France à l'issue de la loi n° 90-548 du 2 juillet 1990 et entrée en vigueur le 6 septembre 1990.

¹³ Fabien Marchadier, Jean-Pierre Marguénaud, La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux, in Libertés et droits fondamentaux, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 40 ; V. sur l'effet direct des conventions, *ibid.*, p. 46 et suiv. et sur le contrôle international, *ibid.*, p. 51 et suiv.

¹⁴ V. à ce sujet, François Terré, Sur la notion de libertés et droits fondamentaux, in Libertés et droits fondamentaux, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 2, spéc. n° 18, p. 5.

¹⁵ Jacques Ghestin, Hugo Barbier, Traité de droit civil. Introduction générale, Tome 1, LGDJ 2018, p. 200 à 205.

¹⁶ Philippe Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, 19^e éd. LexisNexis, 2019, n° 348, p. 311 ; Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribeau-Terneyre, Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille, 21^e éd. Sirey, 2020, n° 101 et 102, p. 55 et 56 ; Rémy Cabrillac, Introduction au droit, 24^e éd. Dalloz, 2021, n° 2, p. 3.

¹⁷ V. à ce propos, Jean-Michel Bruguière, Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais..., D. 2011, 28.

¹⁸ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribeau-Terneyre, Droit civil, *op. cit.*, n° 133, p. 64.

¹⁹ Jean-Michel Bruguière, Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais..., *art. cit.*, n° 19.

sujet lui-même²⁰. La catégorie des droits de la personnalité peut être plus ou moins compréhensive, incluant parfois les droits de la personne et les droits familiaux²¹. Dans les droits de la personnalité au sens strict, figurent notamment le droit à la vie privée, le droit de pensée et de religion, et parfois le droit à l'intégrité corporelle (qui peut être classé dans les droits de la personne²²). Les droits de la personne, qui ont certaines interférences avec les droits de la personnalité, sont un « ensemble de droits et de liberté permettant à chaque individu, en tant que personne humaine (...) indépendamment de toute considération liée à sa personnalité propre, d'exister et d'agir librement (...) »²³. Dans les droits de la personne peuvent être inclus la liberté individuelle dans ses aspects public et civil²⁴ ou encore le droit à la vie et celui de mourir dans la dignité. Enfin, les droits familiaux régissent la vie familiale et précisément les droits relatifs au couple (constitution, vie de couple et dissolution) et aux rapports entre parents et enfants²⁵.

La **vulnérabilité** humaine, particulièrement difficile à définir, évoque l'idée « d'être à la merci de la moindre blessure » en raison d'une fragilité ou d'insuffisances²⁶. Elle « se manifeste généralement à travers des existences marquées par la passivité apparente et l'exposition à autrui »²⁷. Elle peut empêcher « d'instituer un monde commun à égalité avec d'autres »²⁸. Dans tous les cas, elle expose à des risques particuliers d'abus et de restrictions des droits fondamentaux²⁹.

La loi, si elle ne définit pas la vulnérabilité, se réfère en revanche à des catégories de personnes supposées l'être pour les protéger des agissements d'autrui, voire de leurs propres entraînements en limitant paradoxalement, dans certains cas, leurs droits fondamentaux.

La notion de vulnérabilité, polymorphe, peut provenir de trois causes. D'abord, la vulnérabilité peut être conjoncturelle, donc extrinsèque et éventuellement ponctuelle. Elle peut ainsi caractériser des populations « marginales » à savoir les composantes minoritaires de la population qui ne sont pas intégrées dans le modèle social, économique, culturel et politique dominant, autrement dit, qui sont restées en marge du processus d'assimilation.

²⁰ Jacques Ghestin, Hugo Barbier, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, LGDJ 2018, n° 328, p. 262.

²¹ V. pour une assimilation des droits de la personne et des droits de la personnalité, Philippe Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 353, p. 316.

²² V. en ce sens pour l'exclusion du droit à l'intégrité physique des droits de la personnalité, Jean-Michel Bruguière, *Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais...*, *art. cit.*, n° 18.

²³ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribeau-Terneyre, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 134, p. 64.

²⁴ La liberté individuelle est « possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir pour elle d'agir selon sa propre détermination » Jean Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, 2^e éd. PUF 2017, n° 275, p. 512 et 513.

²⁵ Sur ces points, V. *infra*, p. 85 et suiv.

²⁶ V. dictionnaire Larousse.

²⁷ Fabienne Brugère, *L'éthique du « care »* 4^e éd. PUF Que sais-je ? 2021, spéc. 65.

²⁸ Catherine Malabou (*Ontologie de l'accident*), citée par Fabienne Brugère, *L'éthique du « care »*, *op. cit.*, p. 63.

²⁹ Les droits fondamentaux des majeurs protégés, Rapport d'information par la Commission des lois du 26 juin 2019, présenté par Caroline Abadie et Aurélien Pradié, p. 7, <https://www.vie-publique.fr/rapport> ; Mathias Couturier et Eric Péchillon, *Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement*, *Dr. Fam* 2020, n° 5, dossier 16, spéc. n°1.

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-L'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française, in *L'état civil dans tous ses états*, dir. Claire Neirinck, LGDJ coll. Droit et société, n° 47, 2008, p. 133-147

-L'état civil des populations marginales de la Guyane française, in *Du code noir au code civil. Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe. Perspectives comparées avec la Martinique, la Guyane et la République d'Haïti*, dir. Jean-François Niort, préf. de Henri Bangou, éd. L'Harmattan, 2007, p. 281-298 et au *Bulletin de la société d'histoire de la Guadeloupe, Deux cents ans d'application du Code civil à la Guadeloupe (1905-2005)*, n° 146-147, janvier-août 2007, p. 149

Ensuite, la vulnérabilité peut être artificiellement créée et entretenue par le droit. Par le passé, elle pouvait résulter du choix du législateur d'ôter à certains individus leur personnalité ou leur capacité juridique. Ainsi, la personnalité juridique à savoir l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, simple artifice juridique, ne coïncidait pas obligatoirement avec la notion d'humain. Elle pouvait être retirée aux morts civils à savoir aux personnes condamnées à une réclusion criminelle à perpétuité³⁰. De façon beaucoup plus générale, la personnalité juridique n'était pas attribuée aux esclaves des colonies, régis par le Code Noir³¹. Le droit aménageait ainsi, en dehors de la France hexagonale où l'esclavage était interdit, des relations de pouvoir déshumanisantes induisant une grande vulnérabilité pour l'esclave³².

V. sur ces points :

Valérie Doumeng :

-L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours, in *Esclavage et servitudes aux Antilles. L'héritage antique et médiéval (XVII^e-XX^e siècle)*, dir. Jean-Gabriel Montauban et Dominique A. Mignot, éd. L'Harmattan, 2015, p. 341-355

-L'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française, *art. cit.*

-Discrimination et littérature romanesque des Antilles françaises, in *Littérature(s) et discrimination(s)* dir. Franck Laffaille, *Bulletin annuel de Villeteuse (BAV) n° 3*, éd. Mare et Martin, 2019, p. 63-86

Par ailleurs, les femmes, ont longtemps été considérées, par le droit, comme naturellement vulnérables. Précisément, les femmes mariées étaient victimes d'une discrimination sexuelle visant à sauvegarder la cohésion familiale grâce à la subordination de l'épouse à son mari, par le biais de la puissance maritale³³ et de l'incapacité juridique résultant du mariage³⁴. Progressivement, la femme mariée s'est vue reconnaître des droits avant d'être

³⁰ La mort civile, abolie par une loi du 31 mai 1854, provoquait l'ouverture de la succession du condamné et la dissolution de son mariage.

³¹ « De 1804 à 1848, l'esclavage a existé en pleine contradiction avec le Code civil, fondé (...) sur le principe de droit naturel de la liberté civile, conquête de la Révolution » André Castaldo et Christiane Taubira, *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, éd. Dalloz, 2006, spéc. p. 26. V. également, p. 6 et 7 ; Jean-François Niort, *Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en métropole et aux colonies*, in *Du Code noir au code civil*, éd. L'Harmattan 2007, p. 59, spéc. 85 ; André Castaldo, *A propos du code noir (1685)*, *Cahiers Aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, éd. PUAM, 2002, p. 19, spéc. 28.

³² L'esclavage a été aboli par le décret Shoelcher du 27 avril 1848.

³³ Lors de l'adoption du Code civil de 1804, l'article 213 énonçait que « *le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* ».

³⁴ V. à ce sujet, Jean-François Niort, *Personne et discrimination, approche historique et théorique*, in *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, dir. Marie Mercat-Bruno, éd. Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2006, p. 15, spéc. 36.

considérée, tardivement, comme l'égale de son mari et d'échapper à l'emprise de ce dernier³⁵.

V. sur ces points :

Valérie Doumeng :

-Argent et couple marié : droit et littérature romanesque in L'argent dir. Franck Laffaille, Bulletin annuel de Villeteuse (BAV) n° 3, éd. Mare et Martin, 2020, p. 89-119

-Discrimination et littérature romanesque des Antilles françaises, art. cit.

-Démocratie et famille, in Démocratie, un principe entre exigence et faux-semblants. Contribution à une réflexion permanente, dir. Olivier Pluen et Valérie Doumeng, éd. Institut de Varenne, coll. Colloques et essais, 2018, p. 153-165

-L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours, art. cit.

-Discrimination et droit de la famille, in Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées, dir. Marie Mercat-Bruns, préface de Antoine Lyon-Caen, éd. Dalloz, 2006, collection Thèmes et commentaires, p. 203-223

-Procédure de divorce : approche sexuée des divorçants, article collectif, in A chacun sa famille : approche pluridisciplinaire, Tome 2, dir. Agnès Fine, Colette Laterasse, Yves Prêteur, éd. Universitaires du Sud, 1998, p. 77 et suiv.

Enfin, la vulnérabilité, durable ou temporaire, peut être due à des facteurs intrinsèques médicaux ou psychologiques.

Cette vulnérabilité peut provenir d'une dépendance psychologique ou fonctionnelle³⁶. Elle concerne, à des degrés divers en fonction de la pathologie ou de l'âge, le majeur mentalement troublé et le mineur objets de cette étude. Précisément, la dépendance psychologique se fonde sur l'incapacité à trouver un équilibre entre ses relations aux autres et ses propres objectifs³⁷. La dépendance fonctionnelle est une incapacité à réaliser des activités de la vie quotidienne ou les activités instrumentales de la vie quotidienne sans aide extérieure³⁸.

V. sur la dépendance

Valérie Doumeng, **La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel**, prix « Araxie Torossian » de l'Académie des Sciences morales et politiques, préface de Claire Neirinck, PUAM, 2002, spéc. n° 69

³⁵ La puissance maritale est abolie par la loi du 18 février 1938 mais remplacée par la qualité de chef de famille jusqu'à la loi du 4 juin 1970. Par la suite, certains vestiges de la prééminence maritale ont subsisté jusqu'à la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce. La capacité de la femme est restaurée très progressivement pour lui être accordée par la loi du 18 février 1938. Mais la capacité de celle-ci demeurerait toutefois limitée par les règles des régimes matrimoniaux. L'égalité totale des époux est reconnue par la loi du 23 décembre 1985 sur l'administration légale des biens des enfants.

³⁶ V. en ce sens, Concertation grand âge et autonomie, Dominique Libault, Rapport remis le 28 mars 2019, p. 86 et p. 10 pour les chiffres de la dépendance <https://solidarites-sante.gouv.fr>. V. également, Les droits fondamentaux des majeurs protégés, Commission des lois, 26 juin 2019 rapport cit., p. 8.

³⁷ Anaïs Dethoor, Mathieu Hainselin, Harmony Duclos, vers une approche multidimensionnelle de l'autonomie, Revue de neuropsychologie 2021/1 Vol. 13, p. 29 spéc. 30.

³⁸ Les activités de la vie quotidienne (AVQ) sont automatisées, universelles et nécessaires à la survie (exemple, manger, s'habiller, se laver, prendre soin de soi, se déplacer). Les activités instrumentales de la vie quotidienne (AIVQ) sont plus complexes que les AVQ en termes de capacités fonctionnelles et neuropsychologiques (exemple, prendre ses médicaments, gérer un budget, prendre les transports en commun, utiliser le téléphone), Anaïs Dethoor, Mathieu Hainselin, Harmony Duclos, vers une approche multidimensionnelle de l'autonomie, art. cit., p. 30.

La vulnérabilité peut être circonscrite à une période déterminée de la vie, le temps de la minorité. La majorité, fixée à vingt et un ans par le Code civil, a été abaissée à dix-huit ans en 1974³⁹, pour prendre en compte l'évolution psychologique et biologique des jeunes mais également pour accroître leur sens des responsabilités⁴⁰. Le temps de la minorité peut être raccourci par l'émancipation⁴¹.

Le mécanisme de l'autorité parentale vise à compenser la vulnérabilité du mineur causée par son manque de maturité supposé. Le mineur se trouve donc, en quelque sorte, sous l'emprise parentale. Le terme « autorité », impliquant une certaine supériorité hiérarchique, n'a pas été remplacé par celui de « responsabilité parentale », utilisé notamment par la Convention des droits de l'enfant⁴². En droit français, l'expression de « responsabilité parentale », au contenu flou, peut être de nature à créer une ambiguïté avec les situations où les parents doivent répondre des actes dommageables commis par les mineurs.

L'égalité n'a jamais existé dans les rapports entre parents et enfant. En revanche, la valeur de respect, étroitement liée à la dignité de l'enfant, a connu une évolution notable. Elle révèle, dans son traitement par le législateur, la volonté de forger, selon que la personnalité de l'enfant est broyée et annihilée ou considérée voire confortée, un futur citoyen docile ou, au contraire, lucide et critique. Historiquement, la puissance paternelle donnait le droit à celui qui l'exerçait, à savoir le père dans la famille légitime et la mère dans la famille naturelle, les plus larges pouvoirs sur l'*infans*, étymologiquement « celui qui ne parle pas ». Elle permettait, précisément, de décider du mode d'éducation et d'instruction, de la profession et de la mise au travail effective de l'enfant. En outre, elle comprenait le droit exorbitant de correction incluant la possibilité de faire détenir son enfant, en raison de graves sujets de mécontentement, sans avoir à énoncer les motifs de sa décision. L'enfant se trouvait ainsi soumis à un pouvoir autoritaire et arbitraire. À l'extrême fin du XIX^e siècle, cette emprise parentale commence à diminuer et des droits sont accordés au mineur, notamment le droit à l'instruction et à la protection contre les maltraitances et les abandons⁴³. La puissance paternelle est remplacée, dans la loi du 4 juin 1970, par l'autorité parentale respectueuse de la personne de l'enfant. L'autorité parentale, « droit fonction », est définie comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »⁴⁴. Elle est exercée dans le but de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation, et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »⁴⁵.

Désormais, de nombreuses dispositions sont destinées à protéger l'enfant vis-à-vis de ses parents, notamment grâce à l'arsenal législatif relatif à la

³⁹ C. civ., art. 388 actuel, issu de la L. n° 74-631, 5 juill. 1974. La CIDE retient également l'âge de dix-huit ans (CIDE art. 1)

⁴⁰ V. à ce sujet, Valérie Doumeng, *L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours*, *art. cit.*, p. 351.

⁴¹ V. les conditions, C. civ. art. 413-2.

⁴² CIDE art. 18 : responsabilité commune.

⁴³ Jacques Poumarède, *De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution*, *Les Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13 ; Patrice Hilt, *Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance*, *AJ Fam.*, 2006, p. 136.

⁴⁴ C. civ. art. 371-1 al. 1.

⁴⁵ C. civ. art. 371-1 al. 2

protection de l'enfance⁴⁶, sans préjudice de l'application des règles répressives. En outre, si les parents demeurent seuls décisionnaires⁴⁷, l'enfant est associé, selon son âge et son degré de maturité, aux décisions qui le concernent⁴⁸. Ainsi, il existe un précieux « espace de dialogue » entre l'enfant et ses parents, notamment au moment de l'adolescence⁴⁹.

La Convention internationale des droits de l'enfant, par ailleurs, octroie au mineur, de façon abstraite et parfois précoce, nombre des droits fondamentaux qui contribuent à son développement individuel, à l'affirmation de sa personnalité et à son accès à l'autonomie. Ces droits sont en lien notamment avec la liberté, l'intégrité et la vie privée⁵⁰. Cette convention fait de l'enfant un sujet de droits spécifiques, qui ne sont pas la simple transposition des droits des adultes⁵¹. La Cour européenne des droits de l'Homme, pour renforcer ces solutions, fait régulièrement référence à cette convention relativement à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵².

Le droit français est globalement en accord avec la Convention internationale des droits de l'enfant, même s'il peut être plus nuancé en fonction des situations⁵³ et n'a reconnu l'applicabilité directe que de certains de ces articles⁵⁴. Précisément, il prévoit, eu égard à la minorité de l'enfant et à sa vulnérabilité supposée, des règles relatives à son éducation et à sa protection limitant, obligatoirement, ses droits et libertés. En réalité, les conceptions, issues du droit interne et de la Convention, ne sont pas inconciliables. En effet, le droit français reconnaît au mineur, en considération de son âge, de sa faculté de discernement ou de sa maturité, des droits spécifiques traduisant une prémajorité⁵⁵ engendrant une réelle autonomie. Il existe ainsi de nombreux îlots légaux de pré-majorité dans certains domaines relevant de

⁴⁶ V. les mécanismes de contrôle et de sanction de l'autorité parentale, C. civ. art 375 à 381-2.

⁴⁷ V. à propos de la titularité, Ingrid Maria, *Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 735.

⁴⁸ C. civ. art. 371-1 al. 3 ; CIDE, art. 12-1. V. à ce propos, Blandine Mallevaey, *Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant*, RTD Civ. 2020, p. 291.

⁴⁹ Blandine Mallevaey, *Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant*, *art. cit.*, n° 8.

⁵⁰ « *A cinq ans, j'aurais juste en avoir sept- A sept ans, j'étais pressé d'avoir le reste-Aujourd'hui, j'aimerais bien que le temps s'arrête-Ah, c'est qui compte c'est pas l'arrivée, c'est la quête* » Orelsan « La quête » (chanson)

⁵¹ Sarajoan Hamou, *La Convention internationale des droits de l'enfant : bilan au terme de trente ans d'existence*, Dr. Fam 2019, n° 11, Etude 12.

⁵² V. sur ces points, *ibid.*, n° 17.

⁵³ V. à ce propos, Blandine Mallevaey, *Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant*, *art. cit.*, n° 28 et suiv.

⁵⁴ Actuellement, seuls huit articles ont été reconnus à la fois par le Conseil d'État et la Cour de cassation comme ayant un effet direct (3-1, 7-1, 9-2, 10, 12-2, 13, 16 et 20) et quinze articles sont considérés, par l'une des deux Hautes juridictions, comme n'ayant pas d'effet directement applicable dans l'ordre interne. Les autres articles de la Convention n'ont pas, pour l'instant, fait l'objet de décision permettant aux juridictions de se prononcer, V. sur ces points, pour une synthèse de la jurisprudence, Sarajoan Hamou, *La Convention internationale des droits de l'enfant*, *art. cit.* n° 16. V. également, Fabien Marchadier, Jean-Pierre Marguénaud, *La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux*, *art. cit.*, p. 46 et 47.

⁵⁵ V. à propos de la prémajorité, Julien Roque, « La prémajorité », Dr. Fam 2009, Étude 20.

l'intimité, principalement de la vie privée et du corps⁵⁶, dispensant le mineur d'avoir à recueillir un quelconque accord parental⁵⁷. Enfin, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, visée par l'article 3 alinéa 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, a été constitutionnalis⁵⁸.

Par ailleurs, la parole de l'enfant en justice a connu une évolution remarquable. Le mineur, non partie à l'action, capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant et cette audition est de droit lorsqu'il en fait la demande⁵⁹. L'essentiel des auditions se concentre dans les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale. Et, dans l'avenir, la condition du discernement pourrait être supprimée⁶⁰. Il convient de distinguer cette hypothèse de l'audition, par le juge, du mineur partie à l'action⁶¹ et du recueil du consentement, dans certaines procédures, demandé à l'enfant de treize ans ou seize ans⁶².

V. la minorité et la prémajorité

Valérie Doumeng :

-La liberté d'expression, de conscience et de religion, in La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 133-144

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, in La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman éd. Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2014, p. 55-67

-Démocratie et famille, art. cit.

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? RRJ 2016-2 (déc. 2016), p. 707- 723

-L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours, art. cit.

La personne présentant un trouble mental peut également être considérée comme vulnérable. Le trouble ou dysfonctionnement mental peut se définir comme une perturbation dans l'accomplissement d'une fonction intellectuelle,

⁵⁶ V. en ce sens, l'interruption volontaire de grossesse (CSP art. L. 2212-7 al. 3), la contraception, (CSP art. L. 5134-1-I), et l'action de prévention, dépistage, diagnostic ou intervention s'imposant pour sauvegarder la santé du mineur (CSP art. L. 1111-5 al. 1).

⁵⁷ Dans le futur, l'adoption du principe de pré-majorité pourrait permettre d'octroyer au mineur des droits évolutifs en fonction de tranches d'âge, De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie, Jean-Pierre Rosenczveig (pdt), Rapport remis le 29 janv. 2014, Ministère de la Famille, 2014, p. 99, 102, 152, 153, 154, <https://www.vie-publique.fr/rapport>.

⁵⁸ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, D. 2019, n° 13, p.709, note Hugues Fulchiron. V. pour une étude des décisions du Conseil constitutionnel, à propos de l'intérêt de l'enfant, Philippe Bonfils, Adeline Gouttenoire, Droits des mineurs, éd. Dalloz 2021, p. 94 et suiv.

⁵⁹ C. civ. art. 388-1 ; CPC art. 338-4 et CIDE art. 12-2. V. à ce propos, Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2021, n° 18-26.707 (319 F-D), AJ Fam 2021 p. 363, Blandine Mallevaey ; Dr. Fam 2021, n° 6, comm. 90, Caroline Siffrein-Blanc ; RTD Civ. 2021 p.627, obs. Anne-Marie Leroyer ; Cass. 1^{re} civ., 16 février 2022, n° 21-23.087, AJ Fam 2022 p.151, note Blandine Mallevaey.

⁶⁰ V. pour une synthèse, Valérie Avena-Robardet, Parole de l'enfant : vers la fin du discernement ? AJ Fam 2020 p. 613 ; Flore Capelier, Actualité en droit de la protection de l'enfance, AJ Fam 2020 p. 619.

⁶¹ Exemple, action en matière de filiation, obligation d'entretien (pension alimentaire) ou de subsides ou encore dans le cadre d'une assistance éducative (CPC art. 1182 al. 2 ; art. 1189 al. 1 et 1193). V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2020, n° 19-20.184 (750 FS-P+I), AJ Fam 2021 p. 127, note Blandine Mallevaey ; RTD Civ. 2021 p. 118, Anne-Marie Leroyer.

⁶² V. en ce sens, pour l'enfant de treize ans : changement de nom (C. civ., art. 61-3, al. 1er et 311-23), de prénom (C. civ., art. 60, al. 2), l'adoption (C. civ., art. 345 et 360) et, pour l'enfant de seize ans, l'émancipation (C. civ., art. 413-2).

psychique⁶³. Ce trouble mental doit être élargi à la situation extrême à savoir à la personne hors d'état de manifester sa volonté en raison d'un état d'inconscience.

Un bref aperçu de l'évolution historique à l'égard des personnes souffrant d'un trouble mental est éclairant. Dans les sociétés de l'Antiquité, qui liaient les individus entre eux et au monde dans un réseau de participation magique, la personne souffrant d'un trouble mental était perçue comme issue d'un « autre monde », celui du merveilleux et du surnaturel⁶⁴. Lors de l'avènement du christianisme, les malades mentaux ne furent plus considérés comme les favoris des dieux mais comme des « victimes du pouvoir des esprits malfaisants, dont les ministres de la religion se chargèrent de les délivrer »⁶⁵. Le développement de la pensée rationnelle a permis la transformation des conceptions. Cette connaissance n'a toutefois pas protégé les personnes mentalement vulnérables des atrocités commises à leur égard⁶⁶. En effet, lors de la seconde guerre mondiale, les nazis avaient adopté le programme « d'extermination des vies sans valeur ». Les malades mentaux furent gazés, tués par injection ou affamés⁶⁷. Depuis, il existe, tant au niveau national qu'international, une volonté constante pour réduire les discriminations dont les personnes mentalement troublées peuvent être victimes. Dans la société, une ambivalence subsiste. « Condamnation et valorisation, rejet et protection continuent à dériver, de façon contradictoire mais liée, de mêmes racines culturelles et des mêmes positions affectives »⁶⁸.

V. sur la relativité du concept de trouble mental

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, op. cit., n° 2, p. 13 et suiv.

Les déclinaisons du trouble mental sont multiples : déficience intellectuelle, autisme et maladie mentale. La « déficience intellectuelle » fait référence à un « déficit de l'intelligence ainsi qu'à un déficit du comportement adaptatif qui y est associé »⁶⁹. Plus précisément, le sujet a une capacité sensiblement réduite de compréhension d'une information nouvelle ou complexe, d'apprentissage et d'adaptation. Dès lors, son aptitude à faire face à une situation, de manière indépendante et autonome, se trouve diminuée⁷⁰. La déficience « nous

⁶³ V. en ce sens, la définition du mot « mental » et du mot « trouble », dictionnaire Larousse.

⁶⁴ Henri Ey, *Anthropologie du « malade mental »*, Esprit, 1952, 2, *Misère de la psychiatrie*, p. 891, spéc. 892.

⁶⁵ Jean-Etienne Esquirol, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-social*, T.2, éd. B. Baillière, 1838, p. 434.

⁶⁶ Pierre Marchais, *Des interrelations socio-psychiatriques*, *Ann. médico-psychol.* 1996, n° 10, p. 627, spéc. 628.

⁶⁷ Asmus Finzen, *L'euthanasie à l'hôpital de Wunstorf. Documents sur l'assassinat des malades mentaux durant les années 1940-1941 à l'époque du 3^e Reich*, *L'inf. psychia* 1982, n° 1, p. 73 ; Hans Von Cranach, *Euthanasie des malades mentaux pendant la seconde guerre mondiale en Allemagne*, *Ann. médico-psychol.* 1985, n° 4, p. 352, spéc. 353.

⁶⁸ Roger Perron, *Attitudes et idées face aux déficiences mentales*, in *Les déficiences mentales*, dir. René Zazzo, Librairie A. Colin, 1969, p. 41, spéc. 48.

⁶⁹ *Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations*, Institut National de la santé et de la recherche médicale (INSERM), éd. Inserm, 2016, p. 18, <https://www.inserm.fr>

⁷⁰ Définition de la déficience intellectuelle, au sens de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). V. sur ce point, *Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations*, INSERM, cit., p. XIII.

confronte à une altérité radicale » et à la « négativité du manque (...) de langage, d'intelligence, d'adaptabilité sociale, etc. »⁷¹ Dans une logique internationale⁷², des critères communs sont retenus : un quotient intellectuel et une performance du comportement adaptatif inférieurs à la moyenne de la population générale⁷³ ainsi que l'apparition de ces déficits (intellectuels et adaptatifs) au cours de la période développementale⁷⁴. Ainsi, la déficience peut être congénitale et résulter des aberrations du nombre de chromosomes dont la plus fréquente est la trisomie 21. Elle peut également avoir une origine intra-utérine et survenir à la suite d'une maladie, d'accidents infectieux ou toxiques contractés par la mère pendant la grossesse. Elle peut enfin être précoce et résulter d'une affection de la première enfance telles que : méningites, méningo-encéphalites, encéphalites et traumatismes crâniens ou obstétricaux. Elle peut être : légère, modérée ou grave (qualifiée aussi de profonde ou sévère)⁷⁵. En France, la déficience intellectuelle légère concerne entre 10 et 20 personnes pour 1 000 et la déficience intellectuelle sévère 3 à 4 personnes pour 1 000⁷⁶.

V. sur les déficiences intellectuelles

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, n° 80 et suiv.

Les troubles du spectre de l'autisme résultent d'anomalies du neurodéveloppement au cours de la petite enfance. Ils se manifestent par des « altérations dans la capacité à établir des interactions sociales et à communiquer, ainsi que par des anomalies comportementales, en particulier une réticence au changement et une tendance à la répétition de comportements ou de discours »⁷⁷. Ces troubles et les capacités d'insertion sociales sont extrêmement variables⁷⁸.

Enfin, les maladies mentales, sont assimilées, par un courant sociologique, à un phénomène social. Ainsi, les formes prises par la maladie sont variables en fonction de la société. En circonscrivant le pathologique aux comportements estimés « déviants », chaque société détermine les contours de l'anormalité et

⁷¹ Nathalie Piégay-Gros, Une histoire racontée par un idiot. Idiotie et folie dans la littérature contemporaine, *Esprit* 2015/3 Mars-avril, p. 127, spéc. 127, 128 et 137.

⁷² V. en ce sens, l'American Association on Intellectual and Developmental Disabilities 2010 (AAIDD) et l'American Psychiatric Association (APA) avec le DSM-5 (2013), *in* Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations, INSERM, *cit.*, p. 2

⁷³ Le quotient intellectuel (QI) est fixé par convention à 100. V. pour les critères internationaux en matière de déficiences intellectuelles, Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations, INSERM, *cit.*, p. 2.

⁷⁴ L'AAIDD précise que les déficits doivent apparaître avant 18 ans, Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations, INSERM, *cit.*, p. 2.

⁷⁵ American Psychiatric Association (APA) avec le DSM-5 (2013), Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations, INSERM, *cit.*, p. 4. V. le tableau très détaillé précisant les conséquences sur les domaines conceptuel, social et pratique, *ibid.*, p. 4.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁷ Autisme, dossiers information, INSERM, <https://www.inserm.fr>

⁷⁸ Environ 700 000 personnes souffrent de l'autisme en France, Inserm *ibid.* V. à propos de l'autisme, Paul Véron, Géraldine Aidan, Michel Chauvière, Roxana Eleta de Filippis, L'autisme saisi par le droit, JCP G 2021, n° 25, doct. 695.

met en place des réponses coercitives⁷⁹. Toutefois, les maladies mentales sont généralement considérées comme relevant du médical. Il faut préciser que la notion même de « maladie mentale » se trouve contestée⁸⁰. Il est encore habituel, pour plus de simplicité et de clarté, de classer ces maladies mentales dans les catégories de névrose et psychose⁸¹ parmi lesquelles figurent des entités définies par une étiologie et une pathologie⁸². Le malade atteint de troubles névrotiques conserve une lucidité et ne subit aucune désorganisation de sa personnalité ou altération du sens de la réalité. Précisément, il ne confond pas ses expériences subjectives et ses fantasmes morbides avec la réalité extérieure. Même si le comportement peut être très perturbé, il demeure généralement dans des limites socialement acceptables. Les principales manifestations sont une anxiété excessive, des phobies, des symptômes obsessionnels et compulsifs, la dépression⁸³ et les troubles de l'humeur, notamment le trouble bipolaire.

Les psychoses provoquent une atteinte du fonctionnement mental et perturbent gravement la conscience, le contact avec la réalité et les possibilités de faire face aux nécessités de l'existence. Les psychoses sont diverses et recouvrent notamment les psychoses schizophréniques, les états délirants et les états psychotiques organique séniles et préséniles⁸⁴.

Il faut toutefois noter que cette classification des troubles mentaux est scientifiquement contestée car elle entraîne une grande variabilité des diagnostics posés, entre pays et entre évaluateurs⁸⁵. Ainsi, depuis les années 1960, le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux émanant de l'Association américaine de psychiatrie (actuellement DSM-5), largement utilisé en France, repose sur la description des symptômes et des troubles du

⁷⁹ Emile Durkheim, fondateur de la sociologie française, 1858-1917, cité par AM Lowell, B. Moutaud, AM Lowell, B. Moutaud, *in* Manuel de psychiatrie, dir. Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon, éd. Elsevier Masson 2018, p. 93.

⁸⁰ V. à propos du caractère dimensionnel ou catégoriel du trouble mental, Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie. Rappels historiques et problématiques contemporaines, *L'information psychiatrique* 2021/3 vol. 97, p. 231, spéc. 232 à 234. V. également, *infra*, p. 143.

⁸¹ Troubles névrotiques, de la personnalité et autres non psychotiques (300-316), INSERM CépiDc, spéc. 300, <https://cepidc.inserm.fr>

⁸² A noter, toutefois, que le diagnostic psychiatrique n'est ni très scientifique ni très fiable. Il est rapidement dépassé et, au cours de leur vie, les personnes ont des diagnostics différents, De la peur du fou à la parole des patients, Entretien avec Patrick Landman, propos recueillis par Alice Béja et Marc-Olivier Padis, *Esprit* 2015/3, pages 52, spéc. 59.

⁸³ Troubles névrotiques, de la personnalité et autres non psychotiques (300-316), INSERM CépiDc, *cit.*, p. 300,

⁸⁴ Etats psychotiques organiques (290-294), INSERM CépiDc, <https://cepidc.inserm.fr> V. sur l'augmentation des affections dégénératives en raison de l'élévation de l'espérance de vie et du vieillissement de la population, Protection juridique des majeurs vulnérables, Défenseur des droits, Rapport sept. 2016, p. 6, <https://www.defenseurdesdroits.fr> Parmi les états séniles et pré-séniles : dégénérescences cérébrales (telles que la maladie d'Alzheimer ou de Pick V. le Vidal, https://www.vidal.fr/.../maladies_rares/niemann_pick_ et la maladie de Creutzfeldt-Jakob), la démence sénile et les autres affections dégénératives. La maladie d'Alzheimer se traduit par une dégénérescence du système nerveux central, provoquant un déclin cognitif, des troubles de la mémoire et comportementaux, Aline Vignon-Barrault, La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie, *RDSS* 2021 p. 486.

⁸⁵ Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon *in* Manuel de psychiatrie, dir. Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon, *op. cit.*, p. 26.

comportement⁸⁶. Il en est de même de la classification internationale des maladies (CIM-11) proposée par l'Organisation mondiale de la santé⁸⁷. Une personne sur quatre traverse une maladie mentale au cours de sa vie⁸⁸. Les troubles psychiatriques peuvent se conjuguer avec les déficiences intellectuelles ou encore avec les troubles du spectre de l'autisme⁸⁹.

V. sur les maladies mentales :

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, n° 73 et suiv.

Le trouble mental, pour être identifié, ne doit pas être confondu des notions voisines. Ainsi, il peut générer un « handicap intellectuel » à savoir « des incapacités (...) mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à sa pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres »⁹⁰. Il faut toutefois noter que le handicap relève de l'aspect social et nécessite, pour une intégration de cette minorité, une modification de l'environnement en conséquence⁹¹.

Le trouble mental doit également être distingué de la protection juridique, judiciaire ou extrajudiciaire. La simple constatation de l'altération des facultés mentales n'entraîne pas automatiquement la mise en place de la protection. En pratique, toutefois, nombre de personnes mentalement troublées remplissent les conditions pour l'instauration d'une protection juridique. Ainsi, les droits fondamentaux du majeur protégé tiennent une place considérable dans cette étude.

V. sur les évolutions relatives à la protection des majeurs

Valérie Doumeng :

-L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours, *art. cit.*

-Détermination de l'incapacité et discrimination : un regard comparé, article en collaboration avec Marie Mercat-Bruns, *in* Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées, dir. Marie Mercat-Bruns, préface de Antoine Lyon-Caen, éd. Dalloz, 2006, Thèmes et commentaires, p. 89-136

Les modalités de la protection, au cours du temps, se sont considérablement diversifiées. Il existe désormais la possibilité, en fonction des besoins de la personne, de mettre en place : une sauvegarde de justice médicale ou judiciaire, avec ou sans mandataire, une curatelle simple, renforcée ou aménagée, une tutelle simple, complète ou aménagée, une habilitation

⁸⁶ V. à propos du DSM-5 moins athéorique que les précédents, certains troubles étant regroupés en fonction d'une étiopathogénie commune, Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie, *art. cit.*, p. 238.

⁸⁷ V. à propos du DSM et du CIM, Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie, *art. cit.*, p. 231 à 240 ; Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon *in* Manuel de psychiatrie, dir. Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁸ Source OMS, rapporté par Marc-Olivier Padis, Derrière la folie, les malaises ordinaires, *Esprit* 2015/3 Mars-avril, p. 14.

⁸⁹ Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations, INSERM, *cit.*, p. 25 à 27.

⁹⁰ CIDPH, article 1 al. 2

⁹¹ Maxime Vanderstraeten, II. Définir, c'est exclure : le cas du handicap, *RIEJ*, 2015/1 Vol. 74, pages 91, spéc. 94.

familiale simple ou générale, par assistance ou représentation, un mandat de protection future conclu sous signature privée ou par acte authentique⁹². Le mandat de protection future, protection extrajudiciaire fondée sur la volonté antérieure du rédacteur du mandat, encore peu utilisé, est la mesure privilégiée par le législateur, les autres mesures étant subsidiaires⁹³. La sauvegarde de justice médicale résulte d'une décision du procureur de la République. Les autres mesures sont prononcées, en cas de nécessité⁹⁴, par le juge des contentieux de la protection qui est incité à opter pour une individualisation à savoir une gradation adaptée aux besoins de l'intéressé⁹⁵. Dans tous les cas, une mesure de protection n'est possible que si la personne se trouve 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 »⁹⁶. La constatation de l'altération des facultés, par un médecin inscrit sur la liste du parquet, donne lieu à un certificat médical porté à la connaissance soit du juge des contentieux de la protection pour les régimes judiciaires⁹⁷, soit du greffe du tribunal judiciaire, par le mandataire, pour la mise en œuvre du mandat de protection future⁹⁸.

La protection engendre deux techniques, centrales et transversales : l'assistance et la représentation⁹⁹. Elle peut concerner les biens et/ou la personne du majeur¹⁰⁰. Ces deux domaines, souvent cumulés, obéissent à des règles distinctes. Seules les dispositions relatives à la protection de la personne, généralement identiques quel que soit le fondement de la protection¹⁰¹, seront étudiées. En effet, elles seules sont susceptibles d'entraver l'accès aux droits fondamentaux du majeur protégé. Il faut toutefois préciser, de façon liminaire, que ne peuvent donner lieu à aucune assistance ou représentation les actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel »¹⁰². Ces actes appartenant au domaine réservé, en lien

⁹² V. sur tous ces points, Gilles Raoul-Cormeil, Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs, Dr. Fam 2021, n° 9, dossier 17 ; Hugues Fulchiron, L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection, Dr. Fam 2017 n° 3, dossier 19, spéc. n° 7 à 9.

⁹³ C. civ. art. 494-2 pour l'habilitation familiale et C. civ. art. 428 pour la tutelle et la curatelle.

⁹⁴ C. civ. art. 494-2 pour l'habilitation familiale et 428 pour la protection judiciaire.

⁹⁵ C. civ. art. 425 et 440.

⁹⁶ Mesures légales de protection (C. civ. art. 425), habilitation familiale (C. civ. art. 494-1), mandat de protection future (C. civ. art. 477 al. 1 renvoyant à l'article 425) et sauvegarde de justice (C. civ. art. 433 et 434).

⁹⁷ A peine d'irrecevabilité, protection judiciaire C. civ. art. 431 al. 1 et habilitation familiale C. civ. art. 494-3, al. 2.

⁹⁸ C. civ. art. 481 al. 2.

⁹⁹ Gilles Raoul-Cormeil, Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs, *art. cit.*, n° 1 ; A noter que la plupart des mesures de protection mises en place sont des mesures lourdes qui font une place plus ou moins large à la représentation, Hugues Fulchiron, L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique, Dr. Fam 2017, n° 3, dossier 17.

¹⁰⁰ V. pour la protection judiciaire (C. civ. art. 425), l'habilitation familiale (C. civ. art. 490) et le mandat de protection future (C. civ. art. 479). V. toutefois en matière de mariage et de divorce, *infra*, p. 85 et suiv.

¹⁰¹ Pour la protection judiciaire (C. civ. art. 457-1 à 459-2), pour l'habilitation familiale (C. civ. art. 494-6) et pour le mandat de protection future (C. civ. art. 479).

¹⁰² C. civ. art. 458 al. 1.

avec la vie privée et familiale, sont, notamment, « la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant »¹⁰³. Cette liste n'est pas limitative. En outre, la jurisprudence a considéré que l'action en justice, fondée sur un acte strictement personnel, fait également partie du domaine réservé¹⁰⁴. Ainsi, si le majeur protégé ne se trouve pas en état de consentir aux actes relevant du domaine réservé, personne ne peut les accomplir à sa place¹⁰⁵. Cette disposition, respectueuse du majeur protégé, peut toutefois aboutir, en cas d'impossible expression de la volonté, à une incapacité de jouissance à savoir à une inaptitude à être sujet de droits et à avoir la possibilité d'en jouir¹⁰⁶.

En dehors du domaine réservé et en l'absence de règle spécifique¹⁰⁷, « la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet »¹⁰⁸. En vue d'obtenir son consentement éclairé, elle reçoit des informations de ses protecteurs « sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part »¹⁰⁹. La mise en pratique de ce droit à l'information doit être adaptée aux facultés personnelles de l'intéressé, à sa maladie et à son handicap. Elle peut se heurter à des difficultés concrètes relatives au contenu de l'information, aux conditions de sa délivrance, à l'état de santé et de compréhension de la personne protégée. Précisément, certaines pathologies, altérant les capacités de compréhension, peuvent rendre complexes, voire ineffectives, la délivrance de l'information. C'est le cas, notamment, de la maladie d'Alzheimer ou de maladies apparentées. La qualité de l'information donnée est également liée à la compétence et à la bienveillance de celui qui la délivre¹¹⁰.

¹⁰³ C. civ. art. 458 al. 2.

¹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 12-23.766, FS P+B, JurisData n° 2013-025047, JCP G 2014, n° 1, p. 14 note Nathalie Peterka ; D. 2014, 467, note Gilles Raoul-Cormeil ; RTD civ. 2014, 84, obs. Jean Hauser.

¹⁰⁵ V. à propos de l'exercice de l'autorité parentale, CA Bordeaux, 30 mai 2017, comm. Guillaume Millerioux, Dr. Fam 2017, n° 9, comm. 182.

¹⁰⁶ V. à propos notamment de l'adoption d'une personne hors d'état d'exprimer son consentement. V. la résolution de ce problème par le recours au contrôle de proportionnalité TGI d'Avesnes-sur-Helpe, 13 juin 2018, n° 18/00790, AJ Fam 2018 p. 674, obs. Julie Mattiussi. La loi n°2022-219 du 21 février 2022 résout désormais cette situation en précisant que le consentement à l'adoption d'un majeur protégé « hors d'état d'y consentir personnellement » n'est plus un obstacle au prononcé de son adoption. L'adoption sera prononcée, si elle est conforme à son intérêt, après avoir recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc ou de la personne chargée d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne (C. civ. art. 348-7). La difficulté se concentre sur l'incohérence des dispositions puisque, désormais, l'adoption semble exclue de la catégorie des « actes strictement personnels » sans pour autant que l'article 458 ait été modifié, V. sur ce point, Pascale Salvage-Gerest, Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie, (loi n° 2022-219 du 21 février 2022), AJ Fam. 2022 p.136.

¹⁰⁷ V. *infra*, pour les règles spécifiques, notamment pour le mariage et le divorce, p. 85 et suiv.

¹⁰⁸ C. civ. art. 459 al. 1 ; V. également, C. civ. art. 459-2.

¹⁰⁹ C. civ. art. 457-1.

¹¹⁰ Comité National pour la Bienveillance et les Droits des personnes âgées et des personnes handicapées, Anne Caron-Dégliose, Karine Lefeuve, Julien Kounowski et Benoît Eyraud, Rapport des travaux de la sous-commission « Droit et éthique de la protection des personnes » remis le 4 mars 2015, p. 36, <https://www.ehesp.fr>.

La limite à ce pouvoir de décision autonome réside dans le cas où « l'état de la personne ne lui permet pas de prendre seule une décision éclairée ». Dans cette hypothèse, son protecteur peut l'assister ou la représenter en matière personnelle¹¹¹. L'assistance de l'intéressé, par la personne chargée de la protection, peut être prévue par le juge des contentieux de la protection ou le conseil de famille (s'il a été constitué) soit pour l'ensemble des actes relatifs à la personne soit pour ceux qu'il énumère¹¹². Ainsi, le principe d'individualisation des mesures de protection permet de limiter à certains actes énumérés, relatifs à la personne, l'accompagnement juridique¹¹³. Si cette assistance ne suffit pas, le juge ou le conseil de famille, après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autorise le protecteur à représenter l'intéressé¹¹⁴.

Ainsi, le droit français admet encore la possibilité, pour l'organe de la protection, de prendre des décisions substitutives en matière personnelle. Ces décisions sont supposées être fondées sur l'intérêt objectif de la personne objet de la protection. Or, cet intérêt est déterminé par le représentant qui, en pratique, fait prévaloir ses propres critères et sa propre vision. Cette conception peut sembler, à bien des égards, passéiste et autoritaire¹¹⁵.

Ainsi, la Convention relative aux droits des personnes handicapées, visant à la fois la capacité de jouissance et d'exercice, précise que « (...) les personnes handicapées jouissent de la capacité juridique dans tous les domaines, sur la base de l'égalité avec les autres »¹¹⁶. Cette convention, en effet, privilégie l'assistance des personnes à savoir un « accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique »¹¹⁷. Elle prône l'abandon total des décisions substitutives¹¹⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme en incluant ces principes, et précisément cette disposition de façon explicite dans son argumentation, favorise le rayonnement de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Elle n'a toutefois pas encore sanctionné les décisions prises contre l'avis d'une personne en situation de handicap intellectuel, précisément placé en tutelle¹¹⁹.

L'applicabilité directe de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, devant les juridictions françaises, n'a pour l'instant été reconnue

¹¹¹ C. civ. art. 459 al. 2. En effet, la mesure de protection a pour « finalité l'intérêt de la personne protégée » et, par conséquent, favorise « dans la mesure du possible, l'autonomie » (C. civ. art. 415) de cette dernière.

¹¹² C. civ. art. 459 al. 2

¹¹³ V. à propos d'une co-habilitation familiale par représentation en matière patrimoniale et assistance en matière personnelle, TJ Évry-Courcouronnes, 2 févr. 2021, n° 20/00148, JurisData n° 2021-014952, Dr. Fam. 2021, n° 12, comm. 179, Gilles Raoul-Cormeil.

¹¹⁴ C. civ. art. 459 al. 2

¹¹⁵ V. sur ce point, L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, Anne Caron Déglise, Rapport de mission interministérielle remis le 21 sept. 2018, spéc. p. 43 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf

¹¹⁶ CIDPH art. 12-2.

¹¹⁷ CIDPH art. 12-3.

¹¹⁸ CIDPH art. 12 de façon générale et art. 12-4 spécifiquement. V. à propos de l'article 12, Hugues Fulchiron, L'accompagnement des personnes âgées vulnérables, *art. cit.* ; Ingrid Maria, L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique, Dr. Fam 2016, n° 11, comm. 238.

¹¹⁹ CEDH, 23 mars 2017, n° 53251/13, A.-M. V. c/ Finlande : Dr. fam 2017, n° 5, comm. 110, Ingrid Maria

ni par le Conseil d'Etat ni par la Cour de cassation¹²⁰. En effet, ces articles, pour la plupart, expriment des obligations s'imposant uniquement aux États et que les particuliers ne peuvent pas invoquer¹²¹. Seuls quelques articles, en totalité ou en partie, reconnaissent directement des droits aux personnes handicapées, sans passer par la mise en œuvre par l'État¹²². De façon générale, cette convention est largement méconnue par les justiciables et la jurisprudence française, pour l'instant, ne se réfère pas à ses articles¹²³. Toutefois, conformément aux préconisations de nombreux rapports¹²⁴, des évolutions notables ont eu lieu en droit français afin de satisfaire aux exigences de cette convention. En effet, diverses réformes récentes ont accru l'exercice direct des droits fondamentaux par les majeurs protégés, sans représentation ou autorisation préalable¹²⁵.

Cette étude a pour ambition de dresser un bilan des évolutions relatives à l'accès des personnes vulnérables, majeurs mentalement troublés et mineurs, à certains droits fondamentaux à savoir la liberté, l'intégrité corporelle et la vie privée. Il s'agit, précisément, de faire état des prises de conscience et des avancées très positives qui ont eu lieu récemment, tout en conservant un regard critique. En effet, ces nouvelles dispositions pourraient servir de leurres, dissimulant des abus et des manipulations de la personne vulnérable, face à une réalité complexe. Il convient également de noter les difficultés, les inadaptations et les blocages qui perdurent, entravant l'accès des personnes vulnérables à certains droits fondamentaux. Plus généralement et en toile de fond, cette réflexion concerne le traitement réservé par la société aux personnes en dehors des « normes » en raison de leur immaturité ou encore de leur fonctionnement mental. Elle englobe donc, de façon logique, les notions transversales essentielles, de dignité¹²⁶, de respect, d'égalité et de non-discrimination¹²⁷. Enfin, une analyse prospective est également au centre de cette réflexion, guidée par l'évolution future, sociétale et conceptuelle.

¹²⁰ V. pour une synthèse de la jurisprudence, Françoise Monéger, Brèves remarques sur la portée de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, RDSS 2020 p.73.

¹²¹ « Les États parties prennent les mesures appropriées pour... », « Les États parties veillent à... » ou encore « Les États parties reconnaissent le droit... »

¹²² CIDPH art. 15, art. 17, art. 18 et art. 22.

¹²³ Françoise Monéger, Brèves remarques sur la portée de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, *art. cit.*, p. 73.

¹²⁴ V. à ce sujet, Protection juridique des majeurs vulnérables, Défenseur des droits, rapport *cit.*, p. 16 ; V. pour une analyse, Ingrid Maria, L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique, *art. cit.* ; L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, rapport *cit.*, p. 10 et 43 ; Les droits fondamentaux des majeurs protégés, Commission des lois, 26 juin 2019 rapport *cit.*, p. 23. V. pour une analyse, Ingrid Maria, Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feue l'incapacité juridique ? Dr. Fam 2018, n° 11, comm. 266.

¹²⁵ V. *infra*.

¹²⁶ C. civ. art. 16.

¹²⁷ La discrimination, dont il est question, réside dans le fait de traiter une personne de façon moins favorable qu'une autre ne l'aurait été dans une situation comparable, sur le fondement de l'un des multiples critères prohibés énoncés par les dispositions légales. Parmi ces critères prohibés, cette étude se focalise sur ceux qui résident dans l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les caractéristiques génétiques et l'âge, V. Art. 1, Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le

V. sur la notion de discrimination

Valérie Doumeng :

-Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, in *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, dir. Marie Mercat-Bruns, préface de A. Lyon-Caen, éd. Dalloz, 2006, collection Thèmes et commentaires, p. 173-199

-Discrimination et droit de la famille, art. cit.

-Détermination de l'incapacité et discrimination : un regard comparé, art. cit.

-Discrimination et littérature romanesque des Antilles françaises, art. cit.

Cette étude des droits fondamentaux des personnes vulnérables est menée selon deux axes principaux à savoir le corps et la vie privée. S'agissant du corps, le propos se concentre sur l'examen des droits à la liberté, à l'intégrité et à l'intimité corporelles (partie I). Relativement à la vie privée, il s'agit d'appréhender ses aspects essentiels, à travers la vie sentimentale et familiale des personnes vulnérables (partie II).

domaine de la lutte contre les discriminations, modifiée par Loi n° 2017-256 du 28 février 2017. V. également, C. pén. art. 225-1. La notion de discrimination est inséparable de celle de préjugé fondé sur des croyances et pouvant révéler des sentiments de peur ou de mépris, Patricia Braflan-Trobo, *Couleur de peau et stigmates et stéréotypes. La légende des crabes à l'épreuve du management*, éd. Nestor 2010, p. 22.

Première partie-
***Droits fondamentaux relatifs à la
liberté, à l'intégrité et à l'intimité
corporelles de la personne
vulnérable***

Le corps est l'élément central de cette première partie consacrée aux droits fondamentaux relatifs à la liberté, à l'intégrité et à l'intimité corporelles de la personne vulnérable. Le corps est la partie anatomique de la personne, son enveloppe matérielle, mais également un ensemble d'organes, d'éléments et de cellules. Toutefois, à la conception dualiste de l'esprit et du corps, considéré comme « un corps/cage, un corps/machine, un corps/matière »¹²⁸, a succédé une approche plus synthétique, mettant l'accent sur l'unité du soma et de la psyché en raison de leurs constantes et évidentes interactions¹²⁹. Le corps, globalement appréhendé¹³⁰, et l'esprit sont ainsi constitutifs de l'être humain et de la personne juridique¹³¹.

Le rapport de la personne à son corps a toujours été d'appréhension complexe. En effet, le corps humain fait partie intégrante de la personne. Il se trouve toutefois soumis, en tant que réalité matérielle, à la volonté de celle-ci. Précisément, la personne, sous réserve des limites posées par la loi, dispose d'un réel pouvoir sur son corps¹³². Ce pouvoir est amoindri, voire nié, pour les personnes vulnérables. Il est alors parfois possible, pour les tiers, d'affirmer « ton corps nous appartient ». Cette formule tente de traduire la violence de la situation qui consiste à prendre des décisions graves, intimes, voire irrémédiables, pour autrui et relativement à son corps, pouvant engendrer des effets sur sa liberté, son intégrité, sa personnalité, voire sur son maintien en vie.

V. à propos du corps du majeur vulnérable :

Valérie Doumeng, ***Ton corps nous appartient*** : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 61-78

¹²⁸ Michela Marzano, La philosophie du corps, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 3.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 36 et suiv. et p. 63 et suiv. A lire, également, Daniel Pennac, Journal d'un corps, éd. Gallimard, 2012.

¹³⁰ Il en va différemment s'agissant du corps morcelé (organes, éléments et produits du corps).

¹³¹ V. en ce sens, C. civ., art. 16 mêlant corps et esprit.

¹³² Sur ces points, Thierry Revêt, Le corps humain est-il une chose appropriée ? RTD Civ. 2017, p.587, spéc. n° 3 ; Édouard Umberto Goût, Sommes-nous propriétaires de notre corps ? RTD Civ. 2020 p.315 ; Rémy Cabrillac, Le corps humain, in Libertés et droits fondamentaux, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 193, spéc. 193 et 194.

Dans cette partie, il s'agit d'étudier, précisément, le libre mouvement du corps dans l'espace, grâce à la liberté d'aller et venir, mais également l'intégrité et l'intimité corporelles¹³³.

La liberté, dans son sens ajuridique, est la « situation de quelqu'un qui se détermine en dehors de toute pression extérieure »¹³⁴, en « l'absence de contrainte étrangère »¹³⁵. Plus encore que toute autre personne, les majeurs mentalement troublés et les mineurs subissent, en raison de leur vulnérabilité et de leur situation juridique, des contraintes particulières influant sur leur autonomie et leur liberté d'aller et venir.

L'intégrité est protégée par le principe de l'inviolabilité du corps humain¹³⁶. Pour autant, le recueil préalable du consentement de la personne vulnérable pour les opérations ou traitements portant atteinte à l'intégrité du corps, dans un but thérapeutique ou médical, n'est pas systématique.

L'intimité corporelle, enfin, est relative au secret du fonctionnement du corps et à la « capacité de chaque individu à investir son corps comme sien, différencié, individualisé, séparé du corps de l'autre »¹³⁷. Elle a des liens étroits avec la vie privée¹³⁸.

Il existe de nombreuses interactions entre ces trois notions, à savoir liberté d'aller et venir, intégrité et intimité corporelle.

Cette partie envisage les divers obstacles à la liberté d'aller et venir des personnes vulnérables, majeurs mentalement troublés et mineurs (titre I), et les fréquentes atteintes à leur intégrité et intimité corporelles, par le biais d'actes médicaux et thérapeutiques (titre II).

¹³³ Pour la définition des notions d'intégrité et d'intimité, V. *infra*, p. 27 et 28.

¹³⁴ Grand Larousse universel.

¹³⁵ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, avant-propos de René Poirier, éd. PUF, 1985.

¹³⁶ C. civ. art. 16-1 al. 2. Cette règle est assortie de sanctions civiles et pénales pour coups et blessures, mutilation, homicide etc.

¹³⁷ Catherine Potel Baranes, *Intimité du corps. Espace intime. Secret de soi*, *Enfances & Psy* 2008/2 (n° 39), p. 106 à 118.

¹³⁸ V. à ce sujet, François Vialla, *Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 133.

Titre I-

**Le libre mouvement du corps dans
l'espace : la liberté d'aller et venir de la
personne vulnérable**

La liberté d'aller et venir est le fondement primordial de l'autonomie et, partant, du libre aménagement de la vie privée. Dans certains cas, la personne atteinte de troubles mentaux voit cette liberté lui être ôtée, en totalité (chapitre I) ou en partie (chapitre II).

Chapitre I-

Annihilation de la liberté d'aller et venir : les soins psychiatriques « dans les murs »

Les soins psychiatriques « dans les murs »¹³⁹, concernant aussi bien les majeurs que les mineurs¹⁴⁰, annihilent la liberté d'aller et venir. Ils doivent être distingués, pour le majeur, des règles, indépendantes et obéissant à des conditions différentes, relatives à la protection juridique¹⁴¹.

Un progrès conséquent a été accompli, ces dernières années, grâce aux lois ayant permis un lent reflux de l'hospitalisation contrainte (section I) et son contrôle effectif (section II). Par ailleurs, des perspectives d'évolution de la législation se profilent actuellement.

Section I-Le lent reflux des soins contraints « dans les murs »

L'enfermement subi par la personne mentalement troublée s'est, au fil du temps, humanisé (§I). Si, désormais, il n'est plus question d'enfermement mais de soins psychiatriques, la contrainte toutefois demeure (§II).

§I-De l'enfermement dans les cachots aux soins psychiatriques

V. à propos de cette évolution :

Valérie Doumeng,

-De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? (loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011)RGDM, n° 43, juin 2012, p. 375-396, spéc. 375 à 380

-La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, n° 7 et n° 292 et suiv.

Très tôt, la contrainte, dictée par la peur de la dangerosité de celui que l'on nommait « fou » ou « aliéné », s'est manifestée par la mise à l'écart de ce dernier. Au Moyen Age, les « fous » étaient déjà enfermés dans des cachots, des couvents (lorsqu'ils n'étaient pas brûlés en leur qualité supposée de possédés du démon)¹⁴². Toutefois, l'internement des aliénés débute véritablement avec le « grand renfermement » ordonné par Louis XIV dans un

¹³⁹ « *Il y a par-delà le mur - Des prés en fleurs et des ramures - Des enfants qui rient aux fenêtres- Des déjeuners sur l'herbe, peut-être* » Jean Guidoni, « Le haut mur » (chanson).

¹⁴⁰ CSP art. L3211-1.

¹⁴¹ V. pour une illustration, CA Colmar, ch. 1, 24 mai 2017, n° 17/02129, JurisData n° 2017-010297, Dr. Fam 2017, n° 10, obs. Ingrid Maria

¹⁴² Jean-Etienne Esquirol, Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiéniste et médico-légal, *op. cit.*, T.2, p. 436.

édit du 27 avril 1656 portant création de l'hôpital général¹⁴³. Il s'agissait alors d'enfermer, à la suite d'une mesure de police, des individus présentant des troubles persistants du comportement social, dus à une altération des facultés mentales ou à tout autre cause¹⁴⁴. A la Révolution, un contrôle des mesures de privation de liberté, dont les aliénés faisaient l'objet, fut mis en place. Toutefois, très rapidement, des dispositions isolées ou éparses, protectrices de l'ordre public, prévoyant l'enfermement des « insensés ou (...) furieux laissés en liberté » furent adoptés, sans pour autant qu'un éventuel recours, contre les abus engendrés par ces textes soit prévu¹⁴⁵. Ce long et surprenant vide législatif n'a pris fin qu'avec l'adoption de la loi dite Esquirol, du 30 juin 1838. Cette loi apparaît alors que les motifs de la contrainte, et par là même la fonction de l'internement, se modifient, l'asile n'étant plus seulement considéré comme un lieu de détention mais également comme un lieu de soin¹⁴⁶. Cette loi, non exempte de critiques, constituait un progrès considérable. Elle instaurait deux véritables procédures d'hospitalisation sous contrainte, l'une demandée par une personne privée, l'autre ordonnée par l'autorité publique, et comprenait des dispositions protectrices contre les internements abusifs. Elle instituait, enfin, des établissements spécifiques pour les aliénés¹⁴⁷. Au cours du XX^e siècle, grâce à l'apparition des thérapies véritablement efficaces mais également à la naissance du secteur psychiatrique¹⁴⁸, l'aspect sanitaire s'intensifie encore, l'hospitalisation sous contrainte étant désormais considérée comme un simple épisode provisoire dans la vie du malade. Pour tenir compte de ces changements, la loi du 27 juin 1990 fut alors adoptée. Elle reprit le principe de la dualité des hospitalisations nommées, pour plus de clarté, « hospitalisation sur demande d'un tiers » et « hospitalisation d'office ». Cette loi, complétée par des réformes ponctuelles, a institué ou accru les exigences préalables à l'hospitalisation contrainte, les contrôles au cours de celle-ci et les droits des malades. La loi du 5 juin 2011 relative aux soins psychiatriques, actuellement en vigueur, malgré l'éradication du vocabulaire issu du champ lexical de la contrainte n'a pas modifié le principe de la loi antérieure et ses mécanismes n'ont pas été réformés. Elle a reconduit les deux types d'admission

¹⁴³ Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, éd. Galimard 1972, p. 16, 30 et 64.

¹⁴⁴ Pierre Pichot, *Un siècle de psychiatrie*, éd. Dacosta, 1983, p. 12 ; Thomaïs Douraki, *La convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, LGDJ, 1986, p. 14 ; Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁵ Evelyne Pewzner-Apeloig, *Droits de l'homme et naissance de la psychiatrie. Du droit naturel au traitement de l'insensé*, *Ann. médico. psychol.*, nov. 1994, n° 9, p. 610 ; Charles Demolombe, *Cours de code Napoléon, TVIII, Traité de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, T.2, 2^e éd. Durand-Hchette 1861, p. 550.

¹⁴⁶ Il est vrai que, pendant longtemps, cette distinction fut obscurcie par l'attribution d'une vertu curative à l'internement. V. à ce propos, Jean-Etienne Esquirol, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-social*, *op. cit.*, T.2, p. 743 et suiv. et 768 et suiv.

¹⁴⁷ Jean-François Reverzy, *La folie dans la rue. Les urgences en psychiatrie et l'internement*, éd. Privat 1978, p. 63 et suiv.

¹⁴⁸ V. à ce sujet, la circulaire du 15 mars 1960 consacrant textuellement le secteur (reproduite in Michel Audisio, *La psychiatrie de secteur. Une psychiatrie militante pour la santé mentale*, éd. Privat, 1980, p. 317) et la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 (JO 25 juillet 1985, p. 8471) qui légalise le secteur en lui donnant un statut juridique.

traditionnels, avec des modifications terminologiques, à la demande d'un tiers¹⁴⁹ et sur décision du représentant de l'Etat¹⁵⁰. Elle a créé une admission en cas de péril imminent¹⁵¹.

Mais la loi actuelle, à la différence des précédentes, envisage et régit non seulement les soins sous forme d'une hospitalisation complète (« dans les murs ») mais également les soins totalement ou partiellement « hors des murs » tels que les soins ambulatoires, à domicile et les hospitalisations à temps partiel. Certes, la contrainte, réservée auparavant à un espace, l'hôpital psychiatrique, s'étend à tout le territoire. Toutefois, les personnes antérieurement confinées dans un lieu clos peuvent dorénavant subir les soins au sein de la société, sans privation totale de leur liberté d'aller et venir.

§II-**Sous les soins psychiatriques... la contrainte**

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, **De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ?** art. cit.

Les soins psychiatriques, dans le cadre d'une hospitalisation contrainte ou d'un programme de soins à l'extérieur de l'hôpital, concernent 80 000 à 90 000 personnes chaque année¹⁵². Il s'agit d'une population majoritairement masculine, jeune et souffrant de troubles psychiatriques sévères¹⁵³. De façon très marginale, les mineurs peuvent également être objets de soins psychiatriques¹⁵⁴.

Les dispositions légales actuelles, malgré des progrès indéniables, reposent toujours sur la contrainte (A). Des évolutions semblent toutefois se profiler (B).

A-La survie de l'hospitalisation contrainte

Le système français est centré sur le principe de l'hospitalisation librement consentie¹⁵⁵. Par exception, l'enfermement sous contrainte de personnes mentalement troublées demeure possible dans certains cas déterminés, ce qui peut sembler *a priori* totalement anachronique. De nombreux courants doctrinaux ont prôné la fin de l'hôpital psychiatrique, spécifiquement

¹⁴⁹ CSP art. L. 3212-1, II, 1°.

¹⁵⁰ CSP art. L. 3213-1 et suiv.

¹⁵¹ CSP art. L. 3212-1, II, 2°.

¹⁵² V. en ce sens, en 2016, 93 740 personnes ont fait l'objet de soins psychiatriques sans consentement décidés par le directeur d'établissement ou par le préfet. Ce chiffre est en augmentation depuis 2012, V. à ce propos, Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie publiée le 28 juin 2018, <https://solidarites-sante.gouv.fr>, p. 24. V. également Soins sans consentement et droits fondamentaux, Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), Rapport du 17 juin 2020, éd. Dalloz 2020, p. 1.

¹⁵³ Statistiques de 2015, Magali Coldefy, Sarah Fernandes, avec la collaboration de David Lapalus, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, Questions d'économie de la santé, n° 222 - février 2017, IRDES, spéc. p. 1 à 3, <https://www.irdes.fr>

¹⁵⁴ En 2015, on décompte 197 soins psychiatriques concernant des mineurs, sur décision du représentant de l'État, V. sur ce point, Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale, CGLPL, Rapport 2017, éd. Dalloz, 2017, p. 3, note 8 et 9.

¹⁵⁵ CSP art. L. 3211-1.

l'antipsychiatrie¹⁵⁶, critique virulente de l'institution asilaire qui consacre la supériorité et le pouvoir de la personne saine d'esprit sur celle mentalement troublée¹⁵⁷, l'enfermement étant assimilé à une forme d'emprisonnement et même à un crime contre l'humanité¹⁵⁸.

La suppression pure et simple de l'hôpital psychiatrique la « désinstitutionnalisation », extrêmement séduisante, a été adoptée par certains pays¹⁵⁹. Le risque majeur, dans une telle hypothèse, est de fermer les établissements hospitaliers sans prévoir de dispositif nécessaire dans la communauté pour prodiguer aides et soins aux personnes souffrant de pathologies mentales¹⁶⁰. Dans ces cas, la désinstitutionnalisation peut générer une carence d'assistance, une augmentation de la marginalisation, des suicides et une transformation des domiciles familiaux en « micro asiles »¹⁶¹.

La législation française, en accord avec l'un des courants psychiatriques¹⁶², a toujours estimé qu'il existe une limite incompressible d'hospitalisation sous contrainte. En outre, la contrainte, et précisément l'hospitalisation forcée, ne s'avère pas contraire aux dispositions constitutionnelles relatives à la liberté de la personne dès lors qu'elle est « adaptée, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis »¹⁶³. Elle ne contredit pas non plus les exigences

¹⁵⁶ David Cooper, L'anti-psychiatrie démythologisée, Revue change, oct. 1977, n° 32-33, p. 37, spéc. 38 ; Jean-François Reverzy, Plaidoyer pour une vieille révolution, L'inf. psychia., 1979, n° 8, p. 865, spéc. 866.

¹⁵⁷ Thomas S. Szasz, Idéologie et folie. Essai sur la négation des valeurs humanistes dans la psychiatrie d'aujourd'hui, PUF, p. 141 et 171 ; Roger Gentis, Les murs de l'asile, éd. F. Maspéro, 1970, p. 6.

¹⁵⁸ Antonin Artaud, Lettre aux médecins-chefs des asiles de fous, Œuvres complètes, éd. Gallimard, 1956, T1, p. 266 ; V. également, Thomas S. Szasz, Idéologie et folie..., *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁹ V. en ce sens, Etats-Unis, Grande-Bretagne et Italie, V. sur ce point, François Chapiro, La désinstitutionnalisation psychiatrique : définitions, usages de la notion, et questions de méthode, L'inf. psychia. 2021/1 Vol. 97, p. 39, spéc. 40. Plus spécifiquement sur la santé mentale en Italie, Paul Morin, De quelques théories et pratiques en santé mentale communautaire. Les psychoses réfractaires : modèles de traitement québécois et canadiens Revue santé mentale au Québec, Vol. 30, n° 1, printemps 2005, p. 115 spéc. p. 122 et 123.

¹⁶⁰ François Chapiro, La désinstitutionnalisation psychiatrique (...), *art. cit.*, p. 40. V. en ce sens, la Commission européenne qui met en garde contre ces carences, *ibid.*, p. 40.

¹⁶¹ C'est effectivement ce qui a pu être parfois constaté dans les pays ayant pratiqué la désinstitutionnalisation, François Chapiro, La désinstitutionnalisation psychiatrique (...), *art. cit.*, p. 40 ; Gaby Richon, L'hôpital psychiatrique : un passé sans avenir, Sociologie santé, juin 1994, n° 10, p. 73 ; Michel Castello, Le « défi » italien, Psy. Fr., mars 1997, n° 1/97, p. 104 ; Jean-Pierre Losson, Jean Parrate, La désinstitutionnalisation au Québec, L'inf. psychia. 1988, n° 10, p. 1289 ; A. Andréoli, Un regard européen sur la désinstitutionnalisation américaine, L'inf. psychia. 1988, n° 10, p. 1259.

¹⁶² V. en ce sens, Thierry Jean, La folie est-elle une question idéologique ? JFP 2003/2, n° 19, p. 4, spéc. 7 ; Hugues Zysman, Destruction de la psychiatrie, disparition du citoyen ? JFP 2003/2, n° 19, p. 24, spéc. 27 ; Nicolas Dissez, Qu'est-ce que la santé mentale ? JFP 2006/4, n° 27, p. 19, spéc. 21.

¹⁶³ Cons. const., 26 nov. 2010, consid. 16, n° 2010-71 QPC, JCP G 2011, 189, Katarzyna Grabarczyk ; Dr. Fam. 2011, n°1, comm. 11, Ingrid Maria. V. également, Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, M. Abdellatif B. et al., consid. 7, AJDA 2011, p. 1177, obs. Séverine Brondel, Xavier Bioy.

conventionnelles à condition que le trouble mental soit établi à travers une expertise médicale objective et qu'il soit réel¹⁶⁴.

La loi justifie toujours l'enfermement, et plus généralement la contrainte, de façon classique, par des raisons à la fois sanitaires et sécuritaires, présentes toutefois à des degrés divers en fonction de la nature de l'admission en soins psychiatriques. Précisément, la dangerosité due aux troubles mentaux, davantage supposée que réelle¹⁶⁵, à savoir la dimension sécuritaire, est prépondérante dans l'admission sur décision du représentant de l'Etat exigeant que les troubles mentaux « compromettent la sécurité des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »¹⁶⁶ ou présentent un « danger imminent pour la sûreté des personnes »¹⁶⁷. Cette hospitalisation n'a toutefois pas pour seule optique de neutraliser les personnes, de les isoler du reste de la société, mais doit également permettre de les soigner¹⁶⁸. En revanche, l'admission en soins psychiatriques, à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, est principalement justifiée par des motifs sanitaires correspondant à la nécessité de dispenser des « soins immédiats » à une personne dont les troubles mentaux « rendent impossible son consentement ». Ces soins, s'ils sont réalisés sous forme d'une hospitalisation complète, doivent toutefois être assortis d'une surveillance médicale régulière¹⁶⁹.

B-Les perspectives d'évolution

Depuis les années 2000, les organisations internationales¹⁷⁰ ont pris parti pour la désinstitutionnalisation et soutiennent la fermeture des établissements et non pas leur modernisation¹⁷¹. Spécifiquement, le rapport de 2017 de l'Organisation des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées en France¹⁷² critique le principe même de la survie des soins

¹⁶⁴ V. à propos de l'application de l'article 5§1 de la CESDH, CEDH, 24 oct. 1979, Winterwerp c/ Pays-Bas, A/33, §39.

¹⁶⁵ 3 à 5% seulement des actes violents à l'égard des tiers seraient dus à des personnes souffrant de troubles mentaux. Les violences exercées contre elles-mêmes, automutilations, suicide sont, en revanche, plus importantes que dans la population générale. V. à ce propos, Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, Haute Autorité de Santé, Recommandation de la commission d'audition, mars 2011, <https://www.has-sante.fr>

¹⁶⁶ CSP art. L. 3213-1, I, al. 1.

¹⁶⁷ CSP art. L. 3213-2, al. 1. V. également, CSP art. L. 3213-6 ; V. en ce sens, agressivité de l'intéressé envers l'équipe médicale, les sapeurs-pompiers et la police et le fait qu'il aurait été vu dans la rue avec un sabre, Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-24.080 (n° 271 F-P+B), D. 2020, n° 11, p. 605.

¹⁶⁸ Sont, en effet, visées les personnes dont les troubles mentaux « nécessitent des soins », CSP art. L. 3213-1, I, al. 1 et L. 3213-6.

¹⁶⁹ CSP art. L. 3212-1, I. Antérieurement, le texte se référait à une surveillance « constante » CSP art. L. 3212-1, I ancien ; V. à propos d'un état dépressif ayant conduit à une tentative de suicide, CA Bourges, ord., 27 août 2020, n° 20/00738, JurisData n° 2020-012225, JCP G, 2020 n° 49, 1359, Zoom par Muriel Joseph-Parmentier.

¹⁷⁰ Organisation mondiale de la santé (OMS) ; Banque mondiale ; Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ; Organisation des Nations unies (ONU).

¹⁷¹ François Chapiro, La désinstitutionnalisation psychiatrique (...), *art. cit.*, p. 40.

¹⁷² Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France du 3 au 13 octobre 2017, Catalina Devandas-Aguilar, Rapporteuse spéciale,

psychiatriques sans consentement. Il recommande la nécessaire évolution de la législation française sur deux points. D'abord, il préconise de « revoir le cadre juridique se rapportant aux soins psychiatriques sans consentement, de sorte que tous les soins de santé soient prodigués sur la base du consentement libre et éclairé »¹⁷³. Plus spécifiquement, il enjoint « de prendre des mesures immédiates pour mettre un terme au placement des personnes qui ont des handicaps intellectuels et psychosociaux et des personnes autistes en hôpital ou en unité psychiatriques »¹⁷⁴. Ensuite, pour permettre cette évolution, il suggère notamment « d'autoriser l'octroi de soins intensifs à domicile sans entraves »¹⁷⁵ par le biais de « services de proximité qui respectent les droits et la dignité des personnes handicapées »¹⁷⁶.

Ce rapport a provoqué une réflexion renouvelée sur la question de la transformation de l'hospitalisation contrainte et la feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie publiée en juin 2018 s'est notamment donnée comme objectifs le développement des dispositifs de santé mentale numérique / télésanté, des prises en charge ambulatoires et la réduction, parallèlement, du recours aux soins sans consentement¹⁷⁷. Par la suite, la crise provoquée par la Covid 19 a précipité la mise en œuvre de la feuille de route pour répondre aux questions qui se posaient¹⁷⁸. En effet, lors du « grand confinement » en 2020, l'hospitalisation complète et son maintien ont été limités aux situations qui le nécessitaient absolument¹⁷⁹. En outre, les structures « hors des murs » et les services ambulatoires ont été quasi systématiquement fermés¹⁸⁰. Ceci a nécessité la mise en place de dispositifs supplétifs et alternatifs¹⁸¹. Enfin, la Commission européenne semble également se pencher sur ces questions en faisant réaliser des enquêtes tout en mettant en garde contre la simple fermeture des institutions sans prévoir de dispositif de substitution¹⁸².

<https://organisation.nexem.fr> ; <https://www.ohchr.org/FR> ; Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, <https://www.ohchr.org/FR>.

¹⁷³ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, point e, p. 22

¹⁷⁴ *Ibid.*, point c, p. 22.

¹⁷⁵ *Ibid.*, point e, p. 22.

¹⁷⁶ *Ibid.*, point f, p. 22.

¹⁷⁷ V. en ce sens, Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie du 28 juin 2018, *cit.*, p. 12, 14, 15 et 24. En 2018, le nombre de personnes hospitalisées sans leur consentement était légèrement supérieure au nombre total de personnes suivies en psychiatrie, V. sur ce point, Psychiatrie : vers la réduction des soins sans consentement, de l'isolement et de la contention, Comité national de pilotage de la psychiatrie, publié le 6 juin 2018, <https://solidarites-sante.gouv.fr>

¹⁷⁸ Rapport d'analyse des retours d'expériences de la crise Covid-19 dans le secteur de la santé mentale et la psychiatrie, Ministère des Solidarités et de la Santé, ANAP, 9 oct. 2020 <https://solidarites-sante.gouv.fr>, p. 1 et 3.

¹⁷⁹ Rapport d'analyse des retours d'expériences de la crise Covid-19 (...) ANAP, 9 oct. 2020 *cit.*, p. 8. A noter toutefois que l'ARS Guadeloupe a signalé une augmentation des admissions à la demande de tiers et l'ARS Martinique a constaté une stabilité des admissions, *ibid.*, p. 9.

¹⁸⁰ A noter toutefois que les Centres médico-psychologiques (CMP) en Martinique ont poursuivi leur activité, mais avec une fréquentation moindre de la part des patients.

¹⁸¹ Rapport d'analyse des retours d'expériences de la crise Covid-19 (...), ANAP, 9 oct. 2020, *cit.*, p. 13 ; V. également, à ce sujet, Sophie Théron, La prise en charge des patients en psychiatrie à l'épreuve de la crise de la Covid-19, RDSS 2020 p.1155.

¹⁸² François Chapiro, La désinstitutionnalisation psychiatrique (...), *art. cit.*, spéc. 40 et 41.

Section II-**Les « garde-fous » des soins psychiatriques**

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? art. cit.*

La protection effective de la personne, faisant l'objet de soins psychiatriques, contre toute contrainte injustifiée a été accrue, par la loi du 5 juin 2011, notamment grâce, d'une part, à l'instauration d'un contrôle juridictionnel *a posteriori* automatique à bref délai venant s'ajouter au contrôle déjà prévu par la précédente loi de 1990 et, d'autre part, à l'harmonisation des recours administratifs et judiciaires.

« Objet de peur et de scandale, la folie est toujours au cœur d'un débat sur la liberté et le droit (...). Plus que tout autre affection, le trouble mental expose aux abus, à l'arbitraire, bref, à la violation des droits. Aussi faut-il rappeler la nécessité d'une vigilance inlassable »¹⁸³. Consciente de la dangerosité d'un tel pouvoir de contrainte, la loi prévoit des contrôles relatifs à l'admission en soins psychiatrique (§I) et à la prolongation de ces soins (§II)

§I-*Les « garde-fous » de l'admission en soins psychiatriques*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? art. cit.*

L'admission en soins psychiatriques débute obligatoirement par une hospitalisation qui se réalise sans contrôle judiciaire *a priori* (A). Pour éviter, toutefois, le risque d'une admission arbitraire ou injustifiée, la loi donne une place centrale à la constatation médicale de l'état mental (B).

A-*Les « garde-fous » dans les mécanismes de contrainte*

Le droit français n'a jamais judiciarisé les procédures d'hospitalisation sous contrainte¹⁸⁴. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à ce propos, a estimé que « si l'article 66 exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure privative de liberté »¹⁸⁵. De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais condamné la France en raison de l'absence d'un contrôle judiciaire

¹⁸³ Evelyne Pewzner-Apeloig, Droit de l'homme et naissance de la psychiatrie, *art. cit.*, p. 612.

¹⁸⁴ V. pour l'historique, Valérie Doumeng, De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? *art. cit.*, p. 387.

¹⁸⁵ Cons. const., 9 juin 2011, *cit.*, consid. 9 ; Cons. const., 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC, consid. 8, AJDA 2011, p. 1927, obs. Séverine Brondel ; JCP A, 2012, 2040, note Eric Péchillon ; Dr Fam. 2011, n° 12, com. 184, Ingrid Maria.

*a priori*¹⁸⁶.

Le mineur fait l'objet de dispositions spécifiques. Les initiateurs de la demande de soins psychiatriques et de leur levée sont les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. En cas de désaccord entre ces derniers, le juge aux affaires familiales statue¹⁸⁷.

S'agissant des majeurs, il existe deux modalités procédurales distinctes, l'une privée, la plus répondue¹⁸⁸, et l'autre publique. L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers, sur décision du directeur de l'établissement, peut être initiée par un membre de la famille du malade, parent ou allié, sur lequel repose une présomption d'affection, sans limitation du degré. Des exigences plus strictes concernent la personne appartenant à l'entourage extra-familial, qui doit justifier de l'existence de relations avec le malade, antérieures à la demande de soins, lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de ce dernier¹⁸⁹. Elles s'appliquent également au protecteur qui n'a pas un droit acquis pour solliciter une restriction de liberté ou des soins pour le majeur protégé¹⁹⁰.

Les personnels soignants exerçant dans l'établissement d'hospitalisation ne peuvent jamais demander une admission en soins psychiatriques. Il s'agit d'éviter que le malade ne tombe sous l'influence des personnes à l'origine de son admission¹⁹¹. En revanche, le directeur de l'établissement peut prononcer, sous réserve des conditions de fond précitées, l'admission du patient en cas de péril imminent pour la santé, lorsqu'il s'avère impossible d'obtenir la demande d'un tiers¹⁹². Cette décision doit être motivée¹⁹³. Les soins psychiatriques pour péril imminent interviennent notamment dans les situations de patient isolé ou désocialisé, de risque de mort ou de blessure grave et, majoritairement, pour éviter toute complication dans l'identification d'un tiers, demandeur de soins pour autrui. Ils ont connu une montée en puissance depuis leur légalisation et représentent plus de 30 % des modes

¹⁸⁶ CEDH, 18 nov. 2010, Baudoin c/ France, JCP G 2011, 189, note Katarzyna Grabarczyz ; CEDH, 14 avril 2011, Patoux c/ France, D. 2011, 1137, obs. Sabrina Lavric ; art. 5 §1, CESDH.

¹⁸⁷ CSP art. L.3211-10. A noter qu'à défaut de parents, le tuteur est décisionnaire.

¹⁸⁸ V. à ce propos, Magali Coldefy, Sarah Fernandes, avec la collaboration de David Lapalus, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, *art. cit.*, p. 4.

¹⁸⁹ V. à ce sujet, les exemples jurisprudentiels donnés par Mathias Couturier, L'évolution du rôle des proches dans les soins psychiatriques sans consentement, *Dr. Fam* 2019, n° 2, étude 2, spéc. n° 7.

¹⁹⁰ CSP art. L. 3212-1-II, 1° ; art. L. 3212-2. V. pour une illustration à propos art. L. 3212-2, CA Paris, 19 juin 2017, n° 17/00225, *JurisData* n° 2017-013260, *Dr. Fam* 2017, n° 12, comm. 252, note Ingrid Maria.

¹⁹¹ CSP art. L. 3212-1, II, 1°.

¹⁹² Soins psychiatriques pour péril imminent (SPI), CSP art. L. 3212-1, II, 2°, al. 1. A noter que le directeur d'établissement doit informer dans les 24 heures suivant la décision d'admission, sous peine de mainlevée de la mesure, les proches remplissant les critères de la notion de tiers demandeur aux soins (CSP, art. L. 3212-1, II, 2°, al. 2). V. également, pour les précautions prises, CSP art. L. 3223-1, 3°, a (contrôle de la commission départementale des soins psychiatriques). V. sur les difficultés pratiques à ce propos, Cass. 1^{re} civ., 15 oct. 2020, n° 20-14.271, *JurisData* n° 2020-016251 ; *RTD Civ.* 2021, p.100, obs. Anne-Marie Leroyer ; *Dr. Fam* 2021 n° 2, comm. 20, obs. Laurence Mauger-Vielpeau.

¹⁹³ CA Paris, 23 mars 2018, n° 18/00112, *JurisData* n° 2018-004190, *Dr. Fam* 2018, n° 6, comm. 161, Ingrid Maria.

d'admission¹⁹⁴. Ils génèrent, de fait, un certain recul du rôle des tiers et de la famille dans l'admission en soins psychiatriques¹⁹⁵.

L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat, en vue de la sauvegarde de la sécurité publique, est une mesure de police prononcée par arrêté des préfets (du préfet de police à Paris). Elle intervient lorsque « les troubles mentaux nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »¹⁹⁶. En cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical, les maires (les commissaires de police à Paris) peuvent prendre une mesure provisoire à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes¹⁹⁷. Il leur incombe d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'Etat qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'admission en soins psychiatriques¹⁹⁸. Cette décision, restreignant l'exercice des libertés publiques, doit indiquer les éléments de droit et de fait qui justifient cette mesure, sauf urgence absolue¹⁹⁹.

B-La justification de la contrainte : le trouble mental

Le pouvoir de contrainte, générant une « mesure privative de liberté de nature médicale »²⁰⁰, se justifie par les troubles mentaux de la personne ayant des répercussions particulières. La vérification formelle de l'existence de ces troubles, par un médecin, est donc primordiale et doit obligatoirement précéder toute admission en hospitalisation.

Ainsi, l'initiative privée peut faire redouter une hospitalisation abusive. Pour contrebalancer le pouvoir exorbitant des tiers, la décision d'admission doit être accompagnée de deux certificats médicaux circonstanciés attestant que les conditions légales sont réunies²⁰¹. Le premier certificat médical ne peut pas être établi par un médecin exerçant dans l'établissement accueillant le malade²⁰². L'exigence d'extériorité du médecin vise à garantir le droit

¹⁹⁴ V. à ce sujet, Magali Coldefy, Sarah Fernandes, avec la collaboration de David Lapalus, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, *art. cit.*, p. 2, 3 et 5 ; Mathias Couturier, L'évolution du rôle des proches dans les soins psychiatriques sans consentement, *art. cit.*, n° 8, 18 et 19.

¹⁹⁵ Mathias Couturier, L'évolution du rôle des proches dans les soins psychiatriques sans consentement, *art. cit.*, n° 14.

¹⁹⁶ CSP art. L. 3213-1, I, al. 1 et L. 3213-10. V. pour le contrôle de ces conditions, Civ. 1re, 15 oct. 2020, n° 20-15.691, RTD Civ. 2021 p.100, obs. Anne-Marie Leroyer.

¹⁹⁷ CSP art. L. 3213-2, al. 1. V. également, CSP art. L. 3213-6. V. en ce sens, Cass, 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-24.080, *cit.* En pratique, l'usage de de cette mesure liberticide d'exception est dévoyé à des fins exclusivement sanitaires, Katia Lucas, L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé, RDSS 2010, p. 1077, spéc. 1078.

¹⁹⁸ CSP art. L. 3213-2 al. 1. V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-24.080, *cit.*

¹⁹⁹ CRPA art. L. 211-2, 1°, art. L. 211-5 ; L. 211-6. V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 29 sept. 2021, n° 20-14.611 (n° 569 F-B), D. 2021 p.1769 ; Dr. Famille 2021, n° 12, comm. 182, Laurence Mauger-Vielpeau.

²⁰⁰ Anabella Pena, Internement psychiatrique et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2005, n° 11, p. 951, spéc. p. 956.

²⁰¹ CSP art. L. 3212-1, II, 1° al. 3.

²⁰² CSP art. L. 3212-1, II, 1° al. 4 ; Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 19-14.672, RDSS 2019 p.1132, note Pauline Curier-Roche.

fondamental selon lequel nul ne peut être arbitrairement privé de liberté²⁰³. Le second certificat médical doit confirmer le premier²⁰⁴. Généralement, il se révèle d'une inutilité manifeste. En effet, il est souvent procédé à une médication qui estompe les symptômes. Le second médecin se trouve donc contraint de se référer aux dires des tiers et au premier certificat²⁰⁵. L'exigence d'un double certificat médical disparaît face à l'urgence. Il en est ainsi en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, pour la demande d'un tiers²⁰⁶, ou en cas de péril imminent, pour l'admission par le directeur de l'établissement²⁰⁷. Ce certificat, dans la demande du tiers peut émaner, le cas échéant, d'un médecin exerçant dans l'établissement²⁰⁸, ce qui est interdit dans l'admission par le directeur²⁰⁹.

La nécessaire expertise de l'état mental a également lieu lorsque l'admission en soins psychiatriques est prononcée par arrêté motivé des préfets (du préfet de police à Paris) dans le cadre d'une admission initiale²¹⁰. Un seul certificat circonstancié est toutefois suffisant, en raison du caractère prépondérant de l'aspect sécuritaire sur l'aspect sanitaire. Il doit émaner d'un psychiatre n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil²¹¹. Enfin, l'imminence du danger pour la sûreté des personnes permet aux maires (aux commissaires de police à Paris) de se fonder sur un simple avis médical²¹².

§II-*Les « garde-fous » de la prolongation des soins psychiatriques*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, ***De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ?*** art. cit.

Les contrôles relatifs à la prolongation des soins psychiatriques sont confiés aux médecins, compétents pour rendre compte de l'évolution du trouble mental (A) et au juge des libertés et de la détention afin d'apprécier l'existence des conditions légales (B).

²⁰³ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2019, n° 19-22.930 (n° 1108 FS-P+B+I), D. 2019 p.2419.

²⁰⁴ CSP art. L. 3212-1, II, 1° al. 4.

²⁰⁵ Marc Debène, La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés, AJDA 1990, doct. 871, spéc. 879.

²⁰⁶ CSP art. L. 3212-3 al. 1. V. toutefois les précautions, indiquées dans ce même article. V. en ce sens, « envahissement délirant et hallucinatoire... accompagné de troubles du comportement et d'une méconnaissance de leur caractère pathologique qui exposaient la patiente à une dangerosité pour elle et pour les autres » Cass., civ. 1^{re}, 5 mars 2020, n° 19-23.287, RTD Civ. 2020 p.351, note Anne-Marie Leroyer.

²⁰⁷ CSP art. L. 3212-1, II, 2° ; V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2021, n° 20-20.707, Dr. Fam 2021, n° 5, comm. 81, obs. Laurence Mauger-Vielpeau.

²⁰⁸ CSP art. L. 3212-3 al. 1.

²⁰⁹ CSP art. L. 3212-1, II, 2°.

²¹⁰ A distinguer de l'arrêté pris par le préfet au cours de l'hospitalisation : CSP art. L. 3213-6.

²¹¹ CSP art. L. 3213-1, I, al. 1.

²¹² CSP art. L. 3213-2 al. 1. L'exigence de motivation est satisfaite si la décision se réfère à un avis médical (joint à la décision) en s'en appropriant le contenu, Cass. 1^{re} civ., 29 sept. 2021, n° 20-14.611, cit.

A-L'expertise périodique de l'état mental

Toute prolongation des soins psychiatriques est subordonnée à la condition même de cette mesure, à savoir des troubles mentaux engendrant les conséquences précisément visées par les dispositions légales. Afin de contrôler ces troubles, des examens médicaux périodiques sont réalisés pendant le séjour dans l'établissement hospitalier²¹³.

Dans le cadre de l'admission à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent, si un certificat médical conclut que l'état de la personne ne justifie plus les soins psychiatriques, le directeur de l'établissement d'accueil prononce immédiatement la levée de cette mesure²¹⁴. En outre, le défaut de production du certificat médical entraîne, automatiquement, la sortie du malade de l'établissement hospitalier²¹⁵. Cette sanction est absolument indispensable pour lutter contre toute inertie, et partant, toute prolongation injustifiée de l'admission en soins psychiatriques.

Par ailleurs, toute personne répondant à la qualité de demandeur de soins peut exiger la levée d'une mesure de soins sur demande d'un tiers ou pour péril imminent²¹⁶. Toutefois, si un psychiatre atteste de l'existence d'un péril imminent en cas d'interruption des soins, le directeur d'établissement est fondé à refuser cette demande²¹⁷.

Ces certificats médicaux, tant par rapport à leur contenu qu'à leur défaut de production, n'ont en revanche aucune incidence automatique dans l'admission en soins psychiatrique sur demande du représentant de l'Etat. La loi instaure une procédure complexe pour tenter de concilier, d'une part, le principe selon lequel l'hospitalisation doit être adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade et, d'autre part, les exigences tenant à la sûreté des personnes et à l'ordre public²¹⁸.

B-Les contrôles judiciaires *a posteriori*

Le contrôle de la légalité des hospitalisations sans consentement, à la suite d'une décision administrative, a longtemps fait l'objet d'une répartition complexe entre les deux ordres juridictionnels. Ainsi, le juge administratif avait pour mission de contrôler la régularité externe de l'acte, à savoir le vice

²¹³ CSP art. L. 3211-2-2 ; CSP art. L. 3212-7 ; CSP art. L. 3213-3, I. Le point de départ de 24 heures et 72 heures pour l'établissement des certificats médicaux est la date de la décision d'admission quel que soit le lieu de prise en charge, Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2019, n° 18-50.070 (n° 964 FS-P+B+I), D. 2019 p.2251

²¹⁴ CSP art. L. 3212-4 al. 1 ; L. 3212-8 al. 1.

²¹⁵ CSP art. L. 3212-7 al. 4.

²¹⁶ CSP, art. L. 3212-9, 2° al. 2. Le tiers demandeur à la levée des soins peut ne pas être le demandeur de soins, c'est le cas, notamment, en cas de divergences d'appréciation sur la nécessité des soins au sein de la famille d'un malade.

²¹⁷ CSP, art. L. 3212-9, 2° al. 2.

²¹⁸ V. à ce sujet, CSP art. L. 3213-8 ; V. à ce propos, sur le fondement de CSP art. 3213-1 al. 2 (ancien), Cons. const. 9 juin 2011, *cit.*, consid. 10.

d'incompétence et de procédure. De son côté, le juge judiciaire opérait un contrôle de son bien-fondé²¹⁹.

Depuis la loi du 5 juillet 2011, la compétence unifiée relève de l'ordre judiciaire, et précisément du juge des libertés et de la détention²²⁰. Le rôle de ce dernier est de veiller au respect des droits fondamentaux du malade dans son rapport à une institution dotée de prérogatives exorbitantes du droit commun. Précisément, il doit vérifier que l'asymétrie ainsi instituée n'aboutit pas à des excès ou à des carences dans la protection des droits essentiels de la personne objet de soins psychiatriques²²¹. Le contrôle *a posteriori* concerne tous les soins psychiatriques, y compris les soins psychiatriques hors des murs²²².

Le juge des libertés et de la détention peut être saisi, de façon facultative, aux fins d'ordonner la mainlevée immédiate d'une mesure de soins²²³, quelle que soit la procédure d'admission. Cette saisine peut être le fait de la personne objet des soins psychiatriques sans consentement. En effet, celle-ci, afin de respecter le principe du contradictoire²²⁴, « est informée le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état, de la décision d'admission, ainsi que des raisons qui la motivent »²²⁵. Précisément, pour que cette obligation soit différée, il faut prouver, notamment au vu du certificat de vingt-quatre heures que le patient se trouvait dans un état tel qu'il ne pouvait pas être informé de la décision d'admission²²⁶.

Toutefois, la faiblesse présumée de la personne en soins psychiatriques, due notamment à son état mental et aux effets du traitement, permet la saisine du juge par diverses personnes et précisément, un membre de son entourage, une personne susceptible d'agir dans son intérêt, le procureur de la République²²⁷ ou encore la commission départementale des soins

²¹⁹ V. à ce sujet, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, p. 187 ; Mathias Couturier et Éric Péchillon, Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement, *art. cit.*, n° 4

²²⁰ Les juges de l'ordre judiciaire ont le pouvoir d'annuler les mesures d'admission en soins psychiatriques sans consentement, T. confl., 9 déc. 2019, n° C4174, M. A, JurisData n° 2019-024324 ; JCP G, 2020, n° 6, 167 note Alexandra Korsakoff. V. sur les questions posées par cette décision, Mathias Couturier et Éric Péchillon, Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement, *art. cit.*, n° 6 ; Mathias Couturier, Annulation d'une décision d'admission en soins psychiatriques sans consentement illégale : quel est l'ordre juridictionnel compétent ? Procéd. 2020, n° 6, étude 19.

²²¹ Mathias Couturier et Éric Péchillon, Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement, *art. cit.*, n° 14.

²²² V. sur les modalités pratiques de l'audience devant le JLD, Soins sans consentement et droits fondamentaux, CGLPL, rapport *cit.*, p. 145 à 147.

²²³ CSP art. L. 3211-12, I, al. 1.

²²⁴ Cette notification fait l'objet d'un contrôle par le JLD mais son défaut n'a pas d'influence sur la légalité de la mesure, Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2015, n° 13-24.361, JurisData n° 2015-000214, Revue Droit, santé et société 2016, n° 2-3 (n° 2), p. 33 à 42, note Jean-Philippe Vauthier, Chloé Giquel, Éric Martinez, Rodolphe Bourret, François Vialla.

²²⁵ CSP art. L. 3211-3 al. 3. A propos de l'information sur les droits du patient, le meilleur côtoie le pire, V. à ce propos,

Soins sans consentement et droits fondamentaux, CGLPL, rapport *cit.*, p. 126 à 130.

²²⁶ Civ. 1^{re}, 15 oct. 2020, n° 20-14.271, *cit.* V. également à propos d'une personne ne parlant pas français, Cass. 1^{re} civ., 5 juin 2020, n° 19-24.700, JurisData n° 2020-007887, Dr. Fam 2021 n° 2, comm. 20, obs. Laurence Mauger-Vielpeau.

²²⁷ V. à ce propos, l'énumération des personnes, CSP art. L. 3211-12, I, al. 3.

psychiatriques²²⁸. Le juge peut en outre se saisir d'office, à tout moment. Il peut être informé de la situation de la personne par tout intéressé²²⁹ ou par les autorités administratives ou judiciaires²³⁰. Afin de satisfaire l'obligation du bref délai, il doit se prononcer dans les douze jours d'enregistrement de la requête au greffe ou dans les vingt-cinq jours en cas d'expertise²³¹. Faute de respect du délai impératif pour statuer, la mainlevée de la mesure est acquise, sauf circonstances exceptionnelles²³².

La loi prévoit également un contrôle judiciaire *a posteriori* du juge des libertés et de la détention, systématique et obligatoire, limité à la mesure d'hospitalisation complète. Il s'agit de prendre en compte la véritable dimension de l'hospitalisation des personnes mentalement troublées, à savoir une privation, pure et simple, de la liberté. Le juge des libertés et de la détention est saisi, en fonction de la nature de l'hospitalisation, par le directeur de l'établissement ou par le représentant de l'Etat²³³, dans les huit jours de la décision emportant hospitalisation²³⁴. Il doit se prononcer, sauf prolongation, dans les douze jours²³⁵ à compter de la décision soit d'admission en hospitalisation complète²³⁶ soit de modification de sa prise en charge ayant pour conséquence son hospitalisation²³⁷. Par la suite, si le patient est maintenu en hospitalisation complète, le juge des libertés et de la détention doit se prononcer avant l'expiration de chaque période de six mois²³⁸.

La procédure est identique en cas de contrôle facultatif ou obligatoire.

Lors de l'audience, ayant lieu au tribunal judiciaire ou au sein de l'établissement de soins, l'audition est de droit si le patient en fait la demande²³⁹, quels que soient les effets de l'affection mentale ou du traitement médicamenteux. Dans deux cas, toutefois, l'audition n'a pas lieu. D'abord, des motifs médicaux, attestés par un avis médical, peuvent y faire obstacle dans

²²⁸ CSP art. L. 3223-1, 7°.

²²⁹ CSP art. L. 3211-12, I, al. 4.

²³⁰ CSP art. L. 3222-4 et suiv.

²³¹ CSP art. R3211-30 ; V. pour une application, Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2018, n° 17-27.618 (n° 1023 FS-P+B+I), Dr. fam. 2019, n° 2, comm. 36, Ingrid Maria ; D. 2018, 2142

²³² V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 27 fév. 2013, D. 2013 p. 643.

²³³ CSP art. L. 3211-12-1, I, al. 1.

²³⁴ CSP art. L. 3211-12-1, I, 1° et 2°.

²³⁵ Faute de respect des délais, la mainlevée de l'hospitalisation est acquise (CSP art. L. 3211-12-1, V al. 1 et 2) sauf circonstances exceptionnelles et si le débat peut avoir lieu dans le respect des droits de la défense (CSP art. L. 3211-12-1, V al. 2) ; V. pour des applications, Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2018, n° 17-21.056 (n° 538 FS-P+B+I), D. 2018 p.1157 ; Défaillance du système informatique, Cass., 1^{re} civ., 5 juin 2020, n° 19-25.540 (n° 408 F-P+B), D. 2020 p.1232. V. également sur la prolongation des délais à 14 jours en cas d'expertise ou de demande d'avis motivé d'un psychiatre CSP art. L. 3211-12-1, I, 3° al. 2.

²³⁶ CSP art. L. 3211-12-1, I, 1°. A compter de la décision d'admission et non pas de l'admission effective, Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2019, n° 19-20.513 (n° 1075 FS-P+B+I), D. 2019 p.2304 ; Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2019, n° 19-18.262, P+B+I, JurisData n° 2019-019581, JCP G, 2019, n° 47, 1189.

²³⁷ CSP art. L. 3211-12-1, I, 2°. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2019, n° 19-18.262, *cit.*

²³⁸ CSP art. L. 3211-12-1, I, 3°.

²³⁹ CSP art. L. 3211-12-2, III al. 2. V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2021, n° 20-17.424, JurisData n° 2021-018156, Dr. Fam. 2022, n° 1, comm. 5, Laurence Mauger-Vielpeau. Audition sous peine d'irrégularité de la procédure qui ne constitue pas une exception de procédure, mais une défense au fond pouvant être soulevée pour la première fois en cause d'appel, Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2021, n° 19-26.242, Dr. Fam. 2021, n° 5, comm. 80, Laurence Mauger-Vielpeau.

l'intérêt du patient²⁴⁰. Ensuite, l'audition peut se heurter à une circonstance insurmontable²⁴¹. Par ailleurs, lors de l'audience, le patient est obligatoirement assisté ou représenté par un avocat²⁴². En outre, s'il bénéficie d'une protection juridique, son protecteur doit être convoqué, à peine d'irrégularité de la procédure et de mainlevée²⁴³.

Le juge, en fonction de la demande²⁴⁴, opère divers contrôles. Il peut examiner la régularité²⁴⁵ et la motivation, par rapport aux exigences légales, de la mesure d'admission et sa proportionnalité²⁴⁶. Il est souvent amené à contrôler les admissions en urgence, et notamment les soins psychiatriques en cas de péril imminent, car l'allègement des contraintes, formelles et procédurales, peut favoriser un recours abusif à celles-ci²⁴⁷. Il contrôle ensuite les décisions qualifiées d'administratives, telles que l'établissement des certificats

²⁴⁰ CSP art. L. 3211-12-2, III al. 2 ; R. 3211-11, 6°, b. A comparer avec les exceptions, plus strictes, à l'audition dans la procédure de placement sous un régime de protection, C. civ. art. 432 al. 2. V. à propos de l'audience, les craintes ou l'absence de compréhension de l'intéressé, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, n° 64, p. 16.

²⁴¹ Un « risque majeur de fugue » est toutefois insuffisant à lui seul à dispenser le juge d'entendre à l'audience le patient Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2021, n° 19-23.567, JurisData n° 2021-003606 ; Dr. Fam. 2021, n° 5, comm. 80, Laurence Mauger-Vielpeau. En l'absence d'audition, la personne est alors représentée par un avocat choisi ou, à défaut, commis d'office CSP art. L. 3211-12-2, al. 2, III al. 2.

²⁴² CSP art. L. 3211-12-2 al. 2 et R. 3211-8. V. pour une application, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2021, n° 20-17.067, JurisData n° 2021-019348, Dr. Fam 2022, n° 2, comm. 22, Laurence Mauger-Vielpeau. Cet avocat peut être choisi, désigné au titre de l'aide juridictionnelle ou commis d'office, CSP art. L. 3211-12-2 al. 2. L'indisponibilité de l'avocat au jour de l'audience ne dispense pas de statuer dans les délais et ne permet pas un report de l'audience Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2018, n° 17-20.285, JurisData n° 2018-011161, Dr. Fam 2018, n° 9, comm. 221, Ingrid Maria. En revanche, la grève du barreau constitue un obstacle insurmontable à l'obligation d'assistance à l'audience de la personne placée en soins sans consentement, Cass 1^{re} civ, 13 sept. 2017, n° 16-22.819, JurisData n° 2017-017618 ; D. 2017 p.1837.

²⁴³ Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2021, n° 20-13.307 (n° 350 F-P), D. 2021 p.966 (à propos du curateur) ; Violation du principe du contradictoire, Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2021, n° 20-12.512, P, JurisData n° 2021-007865, JCP G 2021 n° 24, 654, note Gilles Raoul-Cormeil : D. 2021 p.1033 (à propos du curateur). V. dans le même sens, Cass 1^{re} civ., 11 oct. 2017, AJ Famille 2017 p.593, note Valéry Montourcy. V. également, la présence d'un avocat ne dispense pas de convoquer le protecteur légal, Cass. 1^{re} civ, 16 mars 2016, n° 15-13.745, AJ fam. 2016. 267, obs. Thierry Verheyde ; D. 2016. 708 ; RTD civ. 2016. 322, obs. Jean Hauser ; D. 2016, p. 708.

²⁴⁴ Le juge statue sur la demande dont il est saisi, Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2019, n° 19-17.941, P+B+I, JurisData n° 2019-020567, ; JCP G 2019 n° 49, 1264 ; D. 2019 p.2304.

²⁴⁵ CSP art. 3216-1. Les juges de l'ordre judiciaire ont le pouvoir d'annuler les mesures d'admission en soins psychiatriques sans consentement, T. confl., 9 déc. 2019, n° C4174, *cit.*

²⁴⁶ V. les décisions citées par Paul Véron, Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les décisions d'admission en soins psychiatriques sans consentement, RDSS 2018 p.125.

²⁴⁷ V. les décisions citées par Paul Véron, Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention (...), *art. cit.* p.125 ; V. à propos du péril imminent, Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2020, n° 20-17.298, FS-D, JurisData n° 2020-021338 ; Dr. Fam 2021 n° 2, comm. 20, obs. Laurence Mauger-Vielpeau.

médicaux²⁴⁸ ou encore la notification de l'admission du préfet²⁴⁹. Il détermine si l'irrégularité a conduit *in concreto* à une violation suffisamment grave des droits du patient pour qu'une mainlevée soit prononcée²⁵⁰. Cette exigence s'explique par la volonté d'éviter qu'une question formelle de procédure soit une entrave à l'effectivité et à l'efficacité de la mesure de soins²⁵¹.

Le juge se prononce enfin sur la régularité du maintien ou de la prolongation de cette mesure²⁵². Il n'est pas techniquement compétent²⁵³ pour apprécier la justification médicale des soins psychiatriques, les certificats et avis médicaux, initiaux et établis pendant l'hospitalisation, qui lui sont systématiquement transmis²⁵⁴ ou ceux qu'il sollicite²⁵⁵. Il ne saurait donc dénaturer ces documents²⁵⁶ ou substituer son avis à l'évaluation médicale²⁵⁷. En revanche, il opère un contrôle juridique sur la conformité de la teneur des certificats médicaux aux motifs exigés par les dispositions légales²⁵⁸.

A la suite du contrôle, facultatif ou systématique, le juge rend une ordonnance²⁵⁹ approuvant la prolongation ou, au contraire, ordonnant la mainlevée de la mesure²⁶⁰. En cas d'hospitalisation complète, il dispose

²⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 sept. 2021, n° 20-15.610, JurisData n° 2021-014632, Dr. Fam 2021, n° 11, comm. 164, Laurence Mauger-Vielpeau ; D. 2021 p.1675 ; Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2021, n° 20-12.194, JurisData n° 2021-004756, Dr. Fam 2021, n° 6, comm. 107, obs. Laurence Mauger-Vielpeau.

²⁴⁹ V. en ce sens, la tardiveté de la notification de l'arrêté d'admission du préfet, Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2019, n° 19-21.127, RDSS 2020 p.188/ RDSS n° 1, note Pauline Curier-Roche. V. également, sur la régularité de l'admission, CA Limoges, ord., 10 janv. 2019, n° 19/00001, JurisData n° 2019-000205, JCP G, 2019, n° 14, Zoom par Guillaume Kessler.

²⁵⁰ CSP art. L. 3211-12-1.

²⁵¹ V. sur ce point, Anne-Marie Leroyer, La médecine et le droit : la nécessité des soins peut-elle justifier des irrégularités de procédure ? RTD Civ. 2021 p.864.

²⁵² Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2018, n° 17-20.668 (n° 539 FS-P+B), D. 2018 p.1157. CA Rouen, ord. prem. prés., 24 mai 2017, n° 17/02503, JurisData n° 2017-010547, JCP G, 2017, n° 36, 90, Zoom Carine Brière. V. également Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2019, n° 19-21.127, *cit.* (prolongation d'une décision de soins psychiatriques émanant du préfet) ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-24.080, *cit.* (prolongation d'un arrêté initialement pris par un maire) ; Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2022, n° 20-16.311, JurisData n° 2022-000297, Dr. fam 2022, n° 3, comm. 43, Laurence Mauger-Vielpeau (prolongation d'une décision de soins psychiatriques à la demande du préfet).

²⁵³ Il s'agit, effectivement, d'une des limites de la contestation de l'hospitalisation car les juges des libertés et de la détention se fondent largement sur les évaluations des médecins, V. à ce propos, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, n° 64, p. 16.

²⁵⁴ CSP art. R. 3211-12, 4°.

²⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2018, n° 18-14.642, JurisData n° 2018-020709, Dr. Fam 2019, n° 2, comm. 37, Ingrid Maria ; RDSS 2019 p.167, note Pauline Curier-Roche.

²⁵⁶ Le juge ne doit pas lire ce qui n'y est pas écrit ou, au contraire, ignorer ce qui y figure de façon non équivoque, Cass. 1^{re} civ, 27 sept. 2017, n° 16-22.544, Dr. Fam, 2017, n° 11, p. 1, note Ingrid Maria ; RDSS 2018 p.125, Paul Véron.

²⁵⁷ V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ, 27 sept. 2017, n° 16-22.544, *cit.*

²⁵⁸ CA Chambéry, Prem. prés., 5 oct. 2016, n° 16/00175, JurisData n° 2016-020625 ; Dr. Fam 2016, n° 12, comm. 263, Ingrid Maria ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-23.287, *cit.*

²⁵⁹ Ordonnance susceptible d'un appel non suspensif sauf sur demande du ministère public en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui résultant de la mainlevée de l'hospitalisation complète, CSP art. L. 3211-12-4 al. 2 et 3.

²⁶⁰ En cas de mainlevée judiciaire, le patient peut toutefois être contraint à une hospitalisation en soins psychiatriques sur un autre fondement. V. en ce sens, la possibilité, après la mainlevée d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, de prononcer une hospitalisation

également de la possibilité d'ordonner l'établissement d'un programme de soins, la mainlevée de l'hospitalisation prenant alors effet dans un délai maximal de vingt-quatre heures²⁶¹. C'est notamment le cas si le patient tient des propos cohérents et sensés, adhère aux soins et si son état s'est sensiblement amélioré²⁶².

L'intéressé peut obtenir une indemnisation des conséquences dommageables résultant de la décision de soins contraints. Les conditions légales doivent toutefois être réunies, il n'existe aucune automaticité²⁶³.

pour péril imminent, Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 2021, n° 19-25.224, JurisData n° 2021-001628, Dr. Fam 2021, n° 4, comm. 60, Laurence Mauger-Vielpeau ; JCP G., 2021, n° 17, 475.

²⁶¹ CSP art. L. 3211-12-1, III (saisine obligatoire) et art. L. 3211-12, III (saisine facultative)

²⁶² V. en ce sens, CSP, art. L. 3211-12, III. V. en ce sens, CA Bourges, ord., 27 août 2020, n° 20/00738, *cit.* V. également, les décisions citées par Paul Véron, Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention (...), *art. cit.*, p.125

²⁶³ V. à ce propos, ne constitue pas une condition, la preuve du caractère injustifiée pour pouvoir obtenir réparation du préjudice né de l'atteinte à la liberté engendré par la mesure de soins contraints, Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2019, n° 18-16.837, JurisData n° 2019-017979, Dr. Fam 2019, n° 12, comm. 250, note Ingrid Maria ; Procéd 2020, n° 1, comm. 14, note Méline Douchy-Oudot ; « Si tous les préjudices consécutifs à une hospitalisation irrégulière sont indemnisés, il appartient à celui qui s'en prévaut de démontrer le dommage dont il demande réparation » Cass. 1^{re} civ., 11 avril 2018, n° 17-15.294, inédit, RTD Civ. 2018 p.626, Denis Mazeaud.

Chapitre II-

Les entraves à la liberté d'aller et venir

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, op. cit., p. 211 et suiv.

Les entraves à la liberté d'aller et venir ont des fondements particuliers et des expressions différentes selon que l'intéressé est un majeur vulnérable (Section I) ou un mineur (Section II).

Section I- Les entraves à la liberté d'aller et venir du majeur vulnérable

Les entraves à la liberté d'aller et venir du majeur vulnérable, soumis ou pas à un régime de protection, peuvent être relevées, principalement, dans deux hypothèses. Elles peuvent se réaliser lors du choix d'un lieu de vie par un tiers, et précisément lors de l'intégration dans un établissement social ou médico-social (§I). Cette entrave existe également en cas de soins psychiatriques « hors les murs » (§II).

§I- Les entraves à la liberté d'aller et venir dans un établissement social ou médico-social

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, op. cit., p. 251 et suiv.

La liberté d'aller et venir est entravée en cas de résidence dans un établissement social ou médico-social (A), ce d'autant que le consentement à cette entrave n'est pas toujours exprimé par l'intéressé (B).

A-Lieu de vie ghettoïsée et entrave à la liberté d'aller et venir

Les personnes affectées d'un trouble mental sont souvent soumises à une restriction de la liberté d'aller et venir lorsqu'elles intègrent ou sont placées dans un établissement social ou médico-social. Bien entendu, pour éviter cette entrave, d'autres solutions sont possibles. Ainsi, l'inclusion des personnes en milieu ordinaire, « dans la cité »²⁶⁴, peut se poursuivre grâce à un

²⁶⁴ Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie publiée le 28 juin 2018, op. cit., p. 30 ; Circulaire du 2 mai 2017, relative à la transformation de l'offre d'accompagnement des personnes handicapées, qui met l'accent sur un « habitat inclusif » (p. 3, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 14, 17, 18, 26), lieu de vie (p. 9) ou encore une offre médico-sociale « plus inclusive » (p. 35 et

accompagnement spécifique à domicile²⁶⁵, à l'accueil familial des personnes handicapées ou âgées²⁶⁶ ou encore à la vie dans des logements collectifs ou inclusifs et, notamment, des « résidences services » correspondant à un « ensemble d'habitations constitué de logements autonomes permettant aux occupants de bénéficier de services spécifiques non individualisables »²⁶⁷.

En pratique, toutefois, un nombre élevé d'enfants ou d'adultes souffrant d'un trouble mental réside dans des établissements sociaux ou médico-sociaux²⁶⁸. Ainsi le rapport de l'ONU sur les droits des personnes handicapées note que si la loi française met l'accent sur l'autonomie, dans la pratique le placement dans les établissements des personnes, dont le handicap est qualifié de « sévère », est encouragé²⁶⁹. En outre, les établissements sociaux et médico-sociaux sont parfois insuffisants, sur certaines parties du territoire national, pour accueillir des pathologies particulières, telles que l'autisme. Dans ce cas, les patients sont pris en charge par des établissements psychiatriques²⁷⁰.

Les établissements sociaux et médico-sociaux, publics ou privés²⁷¹, d'une grande variété diffèrent par leur taille, leur dénomination, leur organisation et le public auquel ils s'adressent. Il peut s'agir de lieux de vie divers et notamment, d'établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD)²⁷² ou médico-éducatifs pour les jeunes handicapés (IME), de maisons d'accueil spécialisées (MAS) et de foyers d'accueil médicalisés (FAM).

40), <https://handicap.gouv.fr/IMG> V. également, Anne Quintin, Le logement et l'autonomie, *Prat. santé ment.* 2016/3 62e année, pages 41 à 46, spéc. 42.

²⁶⁵ Anne Quintin, Le logement et l'autonomie, *art. cit.*

²⁶⁶ CASF art. L. 441-1 et suiv.

²⁶⁷ CCH art. L. 631-13. Anne Quintin, Le logement et l'autonomie, *art. cit.*, p. 42. V. plus spécifiquement, dans le domaine de la vieillesse, Antoine Gérard, La résidence services seniors, quel rôle dans la gestion du vieillissement ? *RFAS* 2016/4, p. 267. V. également l'initiative « Un chez soi d'abord » à destination de personnes sans domicile présentant des handicaps psychosociaux, V. sur ce point, Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie publiée le 28 juin 2018, *cit.*, p. 30. ; Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.* : Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, *cit.*, n° 53.

²⁶⁸ V. à propos des établissements sociaux et médico-sociaux, CASF art. L. 312-1. V. à ce propos, Hervé Rihal, La notion d'établissement et de service social et médico-social, vingt ans après, *RDSS* 2022 p.22. Tout handicap confondu, environ 100 000 enfants et 200 000 adultes handicapés résident dans une grande variété d'institutions, V. sur ce point, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.* ; Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, *cit.*, n° 51. V. également les chiffres cités par François Reynaud, Les personnes handicapées vieillissantes : évolutions récentes, *Gérontol. soc.* 2019/2 vol. 41, n° 159, p. 21, spéc. 23.

²⁶⁹ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.* ; Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, *cit.*, n° 50.

²⁷⁰ Paul Véron, Géraldine Aidan, Michel Chauvière, Roxana Eleta de Filippis, L'autisme saisi par le droit, *art. cit.*, n° 3 et 14.

²⁷¹ Ces établissements sont dirigés, pour la plupart, par des organisations à but non lucratif, y compris des organisations de parents, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.* ; Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, *cit.*, n° 51.

²⁷² V. à ce sujet, Hugues Fulchiron, L'accompagnement des personnes âgées vulnérables, *art. cit.*

Les personnes qui intègrent l'un de ces établissements, quelle que soit leur pathologie, conservent le droit fondamental à la liberté d'aller et venir, formellement reconnu²⁷³. Toutefois cette liberté peut se trouver entravée d'abord par le règlement de fonctionnement de ce lieu collectif comportant un certain nombre d'obligations²⁷⁴. En outre, la personne perd une certaine liberté d'aller et venir au profit d'une hypothétique « protection » et prise en charge matérielle et médicale par le personnel, présent de façon continue sur les lieux²⁷⁵. Précisément, peut être ajoutée une annexe au contrat de séjour définissant un projet personnalisé « pour assurer l'intégrité physique et la sécurité de la personne et pour soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir »²⁷⁶. Ces mesures sont exclusivement prévues dans l'intérêt des personnes accueillies et doivent s'avérer strictement nécessaires et ne pas être disproportionnées par rapport aux risques encourus²⁷⁷. De fait, ces projets sont réalisés par les professionnels sans la participation du résident. Ils peuvent par conséquent s'avérer inadaptés et ne pas être réévalués en cas d'évolution de l'état de santé de ce dernier²⁷⁸.

Dans les EHPAD, précisément, la liberté d'aller et venir est limitée pour les résidents très dépendants ou dont le comportement est susceptible de créer un risque pour eux-mêmes ou pour autrui, notamment en cas de démence. Ainsi, peut se trouver instauré la combinaison efficace de barrières matérielles (telles que serrures, portes ou garde-corps) et d'un contrôle social par le biais de professionnels qui circulent²⁷⁹. Des interdictions peuvent également être posées, comme celles de se rendre dans la chambre d'un autre résident ou de sortir de l'enceinte de l'établissement, de façon limitée, en fonction des horaires, ou absolue²⁸⁰.

De fait, il existe une « ghettoïsation » des personnes vivant dans des établissements sociaux et médico-sociaux²⁸¹. En effet, les résidents sortent

²⁷³ CASF art. L.311-3 1° ; art. 311-4-1, I.

²⁷⁴ CASF art. L. 311-4-1-I. V. sur ce point, Danièle Tacnet Auzzino, La place du consentement de la personne âgée lors de l'entrée en EHPAD, *Gérontol. soc.* 2009/4 vol. 32, n° 131, p. 99, spéc. 103.

²⁷⁵ « En enfermant leur quotidien au rythme des institutions, les personnes ne peuvent que se plier au bon fonctionnement établi et ne rêver que des propositions qui leur sont offertes. Parler, alors, de prendre en main sa vie ne peut avoir de sens puisque les possibilités offertes aux personnes s'inscrivent dans un projet d'établissement centré sur lui-même » Sandrine Kloeditz, Un autre regard sur les personnes en situation de vulnérabilité, *La recherche de l'autonomie de la personne en situation de handicap, seul vecteur pour rendre la personne actrice de sa vie*, *Forum* 2021/1 n° 162, p. 70, spéc. 71.

²⁷⁶ V. en ce sens, CASF art. L. 311-4-1-I.

²⁷⁷ V. en ce sens, CASF art. L. 311-4-1-I.

²⁷⁸ Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, Rapport rendu public le 4 mai 2021, p. 12 et 23, <https://defenseurdesdroits.fr/fr/rapports>.

²⁷⁹ Mélina Eloi, Philippe Martin, La personne au centre de la prise en charge en EHPAD : entre règles, pratiques et représentations, *RFAS* 2017/1, p. 21, spéc. 34 à 36 ; Damien Vanneste, Cédric Routier, Agnès D'Arripe, *Vivre en ehpad : l'épreuve de la limite, entre transitions spatiales et singularités sous contrainte*, *RFAS* 2016/4, p. 249, spéc. p. 260 et 261.

²⁸⁰ Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport rendu public le 4 mai 2021, *cit.*, p. 23 ; V. également, sur la responsabilité du directeur d'établissement, Flore Capelier, *Le respect des droits des personnes vulnérables : une obligation de moyen ou de résultat ?* *RDSS* 2021 p.701.

²⁸¹ V. à ce sujet, pour les personnes âgées et la « dé-ghettoïsation » des EHPAD, *Enjeux éthiques du vieillissement*, CCNE, avis n° 128, 16 mai 2018, p. 29, www.ccne-ethique.fr

peu de l'établissement ou de façon ponctuelle et sous condition²⁸². Les établissements restreignent la liberté des personnes qui y vivent, les séparent et les isolent de la collectivité, leur ôtent le choix et le pouvoir de décision en matière de lieu de vie²⁸³. Cette « ghettoïsation » et les atteintes consécutives à la vie privée et la liberté d'aller et venir pourraient s'amplifier, à l'avenir, avec la généralisation des systèmes de géolocalisation par le biais d'objets connectés, des alertes par texto et autres applications sur Smartphone ou tablette²⁸⁴.

B- Le consentement à l'entrée dans un établissement et à l'entrave consécutive

La question se pose de savoir si le choix du lieu de vie relève de l'intéressé, qui doit donc émettre un consentement libre et éclairé, ou d'un tiers. Avant la loi du 5 mars 2007, désordre et incertitudes régnaient à ce propos car les dispositions légales étaient lacunaires.

Voir à ce sujet :

Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, p. 239 et suiv.

Désormais, il existe un principe à savoir le libre choix du lieu de vie (1°) et une exception, l'assistance ou la représentation en la matière (2°).

1°-Principe : le libre choix du lieu de vie

Tous les majeurs, quels que soient leur état mental et leur capacité juridique, choisissent librement leur lieu de vie et l'éventuelle intégration d'un établissement social ou médico-social. Il existe, à ce sujet, des dispositions générales (a) et des dispositions spécifiques relatives aux majeurs protégés (b).

a-Les dispositions générales

Pour éviter des situations d'emprise d'un tiers et permettre le libre choix du lieu de résidence par l'intéressé, quelle que soit sa capacité juridique, il existe des dispositions protectrices²⁸⁵. Ainsi, à propos de la prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux, le consentement éclairé de la personne, apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, doit être systématiquement recherché²⁸⁶. Précisément, celle-ci doit choisir librement entre les prestations offertes dans le cadre soit d'un service à son

²⁸² Damien Vanneste, Cédric Routier, Agnès D'Arripe, *Vivre en ehpad (...)*, *art. cit.*, p. 260.

²⁸³ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'Homme, Quarantième session 25 février-22 mars 2019, spéc. n° 51.

²⁸⁴ Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport du 4 mai 2021, *cit.*, p. 24 ; V. en ce sens, Aline Vignon-Barrault, *La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie*, RDSS 2021 p. 486.

²⁸⁵ Dispositions modifiées par l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020.

²⁸⁶ CASF art. L. 311-3, 3°.

domicile, soit d'un établissement spécialisé²⁸⁷. Si elle opte pour l'admission dans l'établissement, un contrat de séjour²⁸⁸ est conclu ou un document individuel de prise en charge est élaboré avec sa participation²⁸⁹, sans la présence d'une tierce personne. Il existe toutefois une exception lorsque l'individu accueilli dans l'établissement souhaite être accompagné par une personne de confiance²⁹⁰.

S'agissant, plus spécifiquement, de l'entrée des personnes âgées en EHPAD²⁹¹, la réalité s'avère toutefois plus contrastée. De façon générale, l'intéressé n'émet pas un véritable consentement « libre » mais un « non-choix »²⁹² en raison des contraintes matérielles, financières, environnementales, relationnelles liées à l'état de santé et à l'autonomie²⁹³ ou un consentement forcé, sous la pression de son entourage, ou obtenu dans l'urgence²⁹⁴. De fait, le consentement n'est pas formalisé et de nombreux contrats ne sont pas signés ou le sont par une personne autre que le résident ou son représentant légal²⁹⁵.

b-Les dispositions spécifiques relatives au majeur protégé

Le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet²⁹⁶. Ainsi, il choisit librement, quelle que soit la mesure de protection instaurée²⁹⁷, son lieu de résidence²⁹⁸. En ce sens, son

²⁸⁷ CASF art. L. 311-3, 2°. En ce sens, l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), destinée aux personnes se trouvant dans l'incapacité d'accomplir certains actes de la vie quotidienne, est attribuée aussi bien aux personnes vivant en établissement qu'à celle voulant demeurer à leur domicile. V. sur ce point, Antoine Gérard, La résidence services seniors, quel rôle dans la gestion du vieillissement ? *art. cit.*, p. 270.

²⁸⁸ V. à propos des établissements privés, l'absence de qualification de contrat de séjour, ni contrat *sui generis*, ni contrat de bail, Cass. 1ere civ. 3e, 3 déc. 2020, n° 20-10.122, RDSS 2021 p.355, note Mathilde Amiaud et Hervé Rihal.

²⁸⁹ CASF art. L. 311-4 al. 2. V. spécifiquement pour les dispositions relatives à l'hébergement des personnes âgées, CASF art. L. 342-1.

²⁹⁰ CASF art. L. 311-4 al. 3.

²⁹¹ A noter que peu d'études sont consacrées aux personnes jeunes déficientes intellectuelles.

²⁹² Sur un panel de résidents en EHPAD interrogés sur ce point, 60 % d'entre eux disent avoir été partie prenante à la décision d'entrer en établissement (seul ou avec quelqu'un d'autre) et 40 % n'avoir participé en aucune façon à cette décision prise par l'entourage ou par les services sociaux, Méлина Eloi, Philippe Martin, La personne au centre de la prise en charge en EHPAD (...), *art. cit.*, p. 25. Sur le « non choix » au sens de l'absence de choix, Danièle Tacnet Auzzino, La place du consentement de la personne âgée lors de l'entrée en EHPAD, *art. cit.*, p. 100.

²⁹³ Geneviève Laroque, Le libre choix du lieu de vie : une utopie nécessaire, *Gérontol. soc.* 2009/4 vol. 32 / n° 131, pages 45 à 51, spéc. 45.

²⁹⁴ V. à propos des personnes âgées, Comité National pour la Bienveillance et les Droits des personnes âgées et des personnes handicapées, rapport *cit.*, p. 61 ; V. également sur la résignation, Méлина Eloi, Philippe Martin, La personne au centre de la prise en charge en EHPAD (...), *art. cit.*, p. 24, 27 et 28.

²⁹⁵ Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport du 4 mai 2021, *cit.*, p. 9.

²⁹⁶ C. civ. art. 459 al. 1.

²⁹⁷ Sur les diverses protections, V. *supra*, p. 22.

²⁹⁸ C. civ. art. 459-2.

logement et les meubles dont il est garni sont conservés à sa disposition aussi longtemps que possible²⁹⁹ pour lui permettre de retourner à une vie normale. Dès lors que le majeur protégé « manifeste un choix réel et stable, en rapport avec ses revenus et son état de santé »³⁰⁰, il décide librement, et sans avoir à recueillir une quelconque autorisation préalable³⁰¹, de demeurer ou de revenir dans son logement ou bien de quitter, d'intégrer ou de demeurer dans l'établissement social ou médico-social³⁰².

Pour pouvoir prendre une décision éclairée quant à la signature du contrat de séjour, la personne protégée reçoit, de la part de son protecteur et selon les modalités adaptées à son état, « 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 »³⁰³. Cette obligation ne dispense par les tiers, et notamment l'établissement social ou médico-social de son obligation d'information à son égard³⁰⁴. En cas de difficulté relative à la fixation du lieu de la résidence de la personne protégée, sur le fondement de l'article 459-2 du Code civil, tout intéressé peut saisir le juge des contentieux de la protection³⁰⁵.

2°-Les atteintes au libre choix : l'assistance ou la représentation dans le choix du lieu de vie

Le choix du lieu de résidence ne fait pas partie des actes strictement personnels³⁰⁶. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la nécessaire intégration de l'intéressé dans un établissement incite souvent l'entourage à demander, préalablement, une protection pour ce dernier³⁰⁷.

La décision relative à la vie dans une structure du majeur protégé, en raison de la nature mixte de l'acte à la fois patrimoniale et personnelle³⁰⁸, nécessite

²⁹⁹ C. civ. art. 426.

³⁰⁰ CA Douai, 8 fév. 2013, AJ Fam 2013 p. 245, note Gilles Raoul-Cormeil ; Dr. Fam 2013, n° 4, comm. 60, obs. Ingrid Maria (en l'espèce, risque d'une rechute de consommation massive d'alcool n'est pas une difficulté réelle et sérieuse).

³⁰¹ V. pour un retour au domicile de l'intéressé sans avoir à recueillir une autorisation du juge qui s'avère contraire à la lettre et à l'esprit du texte, CA Douai, 8 fév. 2013, *cit.*

³⁰² V. à propos du souhait de l'intéressée de demeurer dans l'établissement d'accueil contre la volonté de sa fille qui voulait le retour de sa mère à son domicile. Il convient de faire prévaloir les souhaits de la personne vulnérable sur tout autre considération. Ce d'autant que l'état de santé de celle-ci nécessite une aide et une assistance permanente, CA Grenoble, 28 août 2012, n° 12/01855, JurisData n° 2012-019467, Dr Fam 2012, n° 11, comm. 177, Ingrid Maria.

³⁰³ C. civ. art. 457-1.

³⁰⁴ C. civ. art. 457-1.

³⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 17-18.437, P+B+I, JurisData n° 2017-025627 (affaire Vincent Lambert), Procéd 2018, n° 3, comm. 86, Mélina Douchy-Oudot ; Dr. Fam 2018, n° 2, comm. 46, Ingrid Maria ; D. 2018 p.333, note Nathalie Peterka.

³⁰⁶ V. *supra*, p. 23.

³⁰⁷ V. le rapport de l'ONU qui en conclut, de façon assez sévère, que loin d'être protégées, les personnes sous tutelle en France sont en réalité privées de leurs droits et exposées à la maltraitance et au risque d'être placées en institution, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, n° 60 et n° 62, p. 15.

³⁰⁸ La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, p. 239 et suiv. ; V. également en ce sens, Annick Batteur, Laurence Mauger-Vielpeau, Fanny Rogue, Gilles Raoul-Cormeil, Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! D. 2020 p.992

la compétence en matière personnelle de l'organe de la protection. Ce dernier assiste ou représente³⁰⁹ le majeur pour la conclusion du contrat d'hébergement et se trouve être destinataire des propositions de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées quant aux établissements ou service destinés à accueillir l'intéressé³¹⁰.

Il existe une gradation. Lorsque l'état de la personne ne lui permet pas de prendre une décision éclairée, le juge des contentieux de la protection ou le conseil de famille peut décider que son protecteur peut l'assister soit pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne, soit pour des actes qu'il énumère³¹¹. Si cette assistance ne suffit pas, précisément si la personne n'est pas apte à exprimer une volonté lucide ou se trouve dans le déni, le juge ou le conseil de famille, après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, peut autoriser la personne chargée de la protection à représenter l'intéressé³¹².

Dans le cadre du mandat de protection future, le mandataire ne peut imposer au mandant un accueil dans un établissement sans avoir au préalable saisi le juge afin qu'il statue sur son lieu de vie³¹³.

Pour apprécier si l'intéressé peut prendre une décision personnelle lucide et éclairée, la jurisprudence se réfère parfois à un faisceau d'indices. Il en est ainsi, dans le cadre d'un refus de retour au domicile, de la difficulté financière pour payer le loyer, du besoin quotidien d'être assisté en raison du handicap physique et du comportement irrespectueux envers les aidants entraînant le refus des prestataires de conclure un contrat d'aide à domicile³¹⁴.

Dans tous les cas, le consentement éclairé de la personne, apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, doit être systématiquement recherché³¹⁵. Il n'est toutefois pas obligatoire, selon les dispositions légales, que ce consentement soit obtenu ou émis, la recherche du consentement apparaissant plutôt comme une obligation de moyens que de résultat. Cette disposition peut sembler idéaliste voire irréaliste sachant que, précisément, la personne a été estimée inapte à exprimer sa volonté. Ainsi, en pratique, l'absence d'expression de son consentement ou même de son opposition n'est

³⁰⁹ C. civ. art. 459 al. 2.

³¹⁰ V. en ce sens, les dispositions du code de l'action sociale et des familles, relatives uniquement à la représentation, CASF art. L. 342-2 al. 5 ; art. L. 241-6, III ; art. L. 311-4-1, II.

³¹¹ C. civ. art. 459 al. 2. V. pour une illustration, le curateur est autorisé à effectuer les démarches nécessaires pour faire admettre la personne protégée au sein d'un EHPAD. En l'espèce, la personne avait besoin d'une assistance quotidienne en raison d'une hémiplegie et d'une paralysie mais se heurtait au refus des prestataires de prodiguer des soins à domicile en raison de son attitude irrespectueuse envers les aidants, CA Poitiers, 4e ch. civ., 13 sept. 2017, n° 16/03659, JurisData n° 2017-020241.

³¹² C. civ. art. 459 al. 2. V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 5 sept. 2018, n° 17-20.902, Rép. Def. 2019, n° 8, p. 29, obs. David Noguéro.

³¹³ CA Paris, pôle 3, ch. 7, 2 mars 2021, n° 19/18583, JurisData n° 2021-004220 ; AJ Fam 2021 p.239, note Nathalie Peterka ; Dr. Fam 2021, n° 5, comm. 77, Ingrid Maria (à propos de l'admission dans un EHPAD).

³¹⁴ CA Poitiers, 4e ch. civ., 13 sept. 2017, n° 16/03659, *cit.* V. également, une absence d'assistance dès lors que le choix de retour au domicile est réel et stable, en rapport avec ses revenus et son état de santé, CA Douai, 8 fév. 2013, *cit.*

³¹⁵ CASF art. L. 311-3, 3°.

pas pris en considération³¹⁶. Précisément, la question d'intégrer un établissement social ou médico-social, pour une personne atteinte de démence et notamment d'Alzheimer, fait appel aux capacités de conceptualisation, d'abstraction et de temporalité qui, justement, dysfonctionnent chez cette dernière. Dès lors la personne se trouve dans l'incapacité de verbaliser un refus ou un accord. Pourtant, elle peut communiquer non verbalement, notamment corporellement. Ainsi, cette recherche de consentement permet de la consulter et d'obtenir, dans certains cas, son sentiment. Il s'agit d'éviter de lui retirer toute possibilité d'influer sur le cours de sa vie³¹⁷.

§II-*Les entraves à la liberté d'aller et venir du majeur objet de soins psychiatriques « hors les murs »*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ?* art. cit.

La contrainte, hors de l'hôpital psychiatrique³¹⁸, se révèle diversifiée, individualisée et proportionnelle (A). En outre, cette extension nécessite une inévitable adaptation (B).

A-*Une contrainte diversifiée, individualisée et proportionnelle*

Les soins psychiatriques sans consentement peuvent s'effectuer sous une forme autre que l'hospitalisation complète³¹⁹. Cette modalité permet de ne pas priver totalement le malade de sa liberté d'aller et venir. Pratiquement, elle évite le maintien, pour une durée conséquente, du malade dans un lieu clos et une désadaptation sociale consécutive. Corrélativement, elle rend possible la réintégration du malade dans la communauté³²⁰. Toutefois l'hôpital conserve son caractère prépondérant puisque les soins se réalisent, préalablement et obligatoirement, en son sein. Ce n'est qu'à l'issue d'une période, d'au moins soixante-douze heures suivant l'admission, que les soins, sous une forme autre que l'hospitalisation complète, peuvent être préconisés

³¹⁶ Méлина Eloi, Philippe Martin, La personne au centre de la prise en charge en EHPAD (...), art. cit., p. 27 et 28.

³¹⁷ Delphine Thorez, Jean-Luc Noël, Ségolène de Montgolfier et Bruno Le Dastumer, Le libre choix du patient dément en institution, *Gérontologie et société* 2009/4 vol. 32 / n° 131, pages 131 à 146 spéc. 134, 135 et 142.

³¹⁸ En 2015, près de 37 000 personnes ont bénéficié de soins psychiatriques « hors des murs », soit 40 % du nombre total de personnes objets de soins sans consentement. Leur nombre a progressé moins fortement que celui des personnes hospitalisées sans consentement. Cette progression plus limitée s'explique, en partie, par les difficultés de mise en œuvre de cette modalité de soins psychiatriques, Magali Coldefy, Sarah Fernandes, avec la collaboration de David Lapalus, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, art. cit., p. 6.

³¹⁹ CSP art. L. 3211-2-1.

³²⁰ Curieusement, en dévoyant totalement ses idées (fondées notamment sur le libre consentement du malade aux soins) par l'insertion de la contrainte, la nouvelle loi sur l'idéologie ayant présidé à la naissance du secteur.

par un psychiatre de l'établissement d'accueil³²¹. La loi se réfère, de façon implicite, à deux principes : de proportionnalité et d'individualisation³²². La proportionnalité se manifeste par l'adoption d'un programme de soins, dès lors qu'un suivi, hors de l'univers clos de l'hôpital, devient possible. L'individualisation se traduit par la prise en considération à tout moment, par le psychiatre, de l'évolution de l'état de la personne attesté par un certificat médical circonstancié³²³.

Un programme de soins est établi, et éventuellement modifié, pour prendre en compte l'évolution de l'état de santé du patient, par un psychiatre qui participe à la prise en charge de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques³²⁴. Il peut également être préconisé, mais pas établi faute de connaissance médicale, par le juge des libertés et de la détention³²⁵. Ainsi, le juge peut opter pour le maintien des soins psychiatriques en privilégiant le programme de soins hors des murs, y compris contre l'avis des psychiatres. Cette solution permet la sortie du malade de l'hôpital lorsque la mainlevée pure et simple et l'abandon consécutif des soins contraints³²⁶ peut faire craindre une nouvelle dégradation de l'état mental à court terme³²⁷.

L'individualisation se manifeste également dans les détails du programme de soins hors de l'enceinte de l'hôpital psychiatrique. Les soins, dont les modalités sont diverses³²⁸, peuvent être combinés. Ils peuvent prendre la forme d'une hospitalisation à domicile, de séjours à temps partiel (dans un établissement d'hospitalisation de jour ou de nuit, un centre médico-psychologique ou un centre d'accueil thérapeutique) ou de séjours de courte durée à temps complet effectués dans un établissement de santé³²⁹. En pratique, les établissements appartenant au versant extrahospitalier, associé à la lutte contre les maladies mentales, du secteur psychiatrique et du territoire de santé sont principalement sollicités³³⁰.

³²¹ CSP art. L. 3211-2-2 al. 4 ; L. 3213-1, III.

³²² Comp. avec les mesures légales de protection des majeurs, C. civ. art. 425 et 440.

³²³ V. les modalités précises, en fonction du soin psychiatrique à l'initiative d'un tiers ou sur décision sur décision du représentant de l'Etat, CSP art. L. 3211-11, L. 3212-4 al. 2 et 4 et R. 3211-1.

³²⁴ CSP, art. L. 3211-2-1-II ; R. 3211-1, I, al. 1.

³²⁵ CSP art. L. 3211-12-1, III (saisine obligatoire) et art. L. 3211-12, III (saisine facultative).

³²⁶ CSP art. L. 3211-2-1, III.

³²⁷ V. en ce sens, avant l'adoption de la loi du 5 juillet 2011, les décisions de justice qui, malgré l'absence de tout aménagement en ce sens et de sanction en cas d'inobservation, ordonnaient déjà des sorties sous condition d'un suivi médical, CA Paris, 1^{ere} ch. B, 30 mai 1991, D. 1993, som, 19, obs. Jean Penneau ; CA Paris, 23 sept. 1987, D. 1987, IR, 225.

³²⁸ Les soins comprennent souvent des traitements médicamenteux, CSP art. L. 3211-2-1, I, al. 2, 2^o ; CSP art. R. 3211-1, II.

³²⁹ CSP art. L. 3211-2-1, I, al. 2, 2^o ; CSP art. R. 3211-1, II ; Magali Coldefy, Sarah Fernandes, avec la collaboration de David Lapalus, Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, *art. cit.*, p. 5.

³³⁰ V. à propos du détail des structures Valérie Doumeng, De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? p. 384 et 385 ; La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, p. 213 et suiv. V. sur le secteur psychiatrique et la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, Marc Dupont, Que reste-t-il de la sectorisation psychiatrique ? RDSS 2017 p.890 ; Daniel Bénamouzig et Valérie Ulrich, L'organisation des soins en psychiatrie, avant-propos, RFAS 2016/2, p. 7, spéc 7 et 8 ; Magali Coldefy, Les soins en psychiatrie : organisation et évolutions législatives récentes, RFAS 2016/2, p. 21.

Cette contrainte « allégée », par rapport à l'hospitalisation, et « sur mesure », car individualisée et proportionnelle, présente toutefois le risque conséquent de perdurer de très nombreuses années et de se révéler, finalement, beaucoup plus aliénante qu'une hospitalisation temporaire³³¹.

B-Une nécessaire adaptation de la notion de contrainte

Les soins psychiatriques « hors les murs » redonnent au patient sa place de sujet, et non d'objet, de droit. Un entretien a lieu entre le psychiatre de l'établissement d'accueil et le malade au cours duquel une information, notamment relative aux modalités de soins, est donnée à ce dernier. Le malade a alors la possibilité d'exprimer un avis et des observations, par tout moyen et de manière adaptée à son état³³², qui doivent être pris en considération dans toute la mesure du possible³³³.

Dans une procédure fondée sur la contrainte, ces dispositions peuvent paraître surprenantes, voire paradoxales. En fait l'observance et la réussite de programme de soins, sous une forme autre que l'hospitalisation complète, dépendent, en grande partie, de la responsabilisation du malade et de sa participation active. Précisément, ce n'est pas un véritable consentement aux soins qui est attendu³³⁴ mais une relative adhésion ou, plus précisément, une absence d'opposition aux modalités pratiques de réalisation des soins. Cet entretien peut également permettre au psychiatre, eu égard aux informations données par le malade, d'affiner le programme de soins. Il peut aussi prendre en compte des données non médicales, telles que les conditions de vie décente du malade dans son logement ou l'influence de son entourage familial plus ou moins pathogène³³⁵, pour opter pour des soins dispensés avec ou sans hébergement.

Une fois que le programme fonctionne, aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à l'égard du patient³³⁶. Cette affirmation nécessite toutefois d'être nuancée car la contrainte, bien que modifiée par rapport à son expression pendant l'hospitalisation, demeure. En effet, si la liberté d'aller et venir du malade n'est pas supprimée, elle est toutefois restreinte par l'obligation de se rendre, pour une consultation ou des soins ambulatoires, dans un établissement déterminé, et y demeurer, quelques heures par jour ou par semaine, ou encore d'attendre, à son domicile, le passage périodique d'une équipe de soins³³⁷.

De même, la liberté individuelle demeure entravée par l'obligation de se soigner. En effet, le programme de soins repose sur un suivi régulier et

³³¹ Valérie Doumeng, De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? *art. cit.*, p. 385.

³³² CSP art. L. 3211-3 al. 2.

³³³ CSP art. L. 3211-3 al. 4.

³³⁴ Dans le cas contraire, l'admission à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent n'aurait plus de raison d'être puisque l'impossibilité de consentir aux soins est une condition de la contrainte.

³³⁵ V. pour des exemples concrets, Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental..., *op. cit.* n° 480, 483.

³³⁶ CSP art. L. 3211-2-1, III.

³³⁷ CSP art. L. 3211-2-1, I al. 2, 2°. Ces modalités peuvent être combinées.

obligatoire du patient³³⁸. Précisément, il prévoit les types de soins à administrer aux malades, leurs fréquences et leurs durées³³⁹. La contrainte, indirecte et psychologique, réside dans la menace d'une modification du programme de soins par le psychiatre, en cas de dégradation de l'état de santé du malade³⁴⁰. Un retour à l'hospitalisation complète peut également être décidé. En effet, le programme de soins est une simple modalité de traitement sous contrainte³⁴¹.

Cette contrainte, même si elle est seulement morale, entre en conflit avec les valeurs de l'extrahospitalier conçu initialement comme une alternative fondée sur la libre acceptation des soins afin de ne pas entraver le processus thérapeutique³⁴².

Section II-Les entraves à la liberté d'aller et venir du mineur en cas de séparation parentale

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? *art. cit.*

-Démocratie et famille, *art. cit.*

L'autorité parentale engendre le devoir, pour les parents, d'éduquer et de protéger leur enfant mineur et donc de limiter sa liberté d'aller et venir. Plus spécifiquement, le lieu de vie du mineur est dépendant de la situation parentale, précisément de la séparation du couple parental (§I) ou encore du déplacement du parent dans l'espace, parfois en méconnaissance des droits de l'autre (§II)³⁴³.

³³⁸ V. sur ces points, Ana Marques, Sébastien Saetta et Tonya Tartour, Des murailles de papier. La contrainte aux soins en ambulatoire, RFAS 2016/2, p. 57, spéc. 59 et 69.

³³⁹ CSP art. L. 3211-2-1, II.

³⁴⁰ Le rapport de l'ONU dénonce les couvre-feux restreignant la liberté de mouvement des malades et la pratique consistant à brandir la menace d'une hospitalisation forcée, Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, n° 65, p. 16.

³⁴¹ CSP art. L. 3211-2-1, I et art. L. 3211-11 ; CSP art. R. 3211-1, III al. 1.

³⁴² Cécile Luong, Derek Humphreys, Soigner la psychose. Le cadre de soin extrahospitalier : un objet à utiliser, L'évol° psychia, vol. 75, issue 3, juill-sept 2010, p. 485 ; Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, n° 446, 476, 479, 484 et les références citées.

³⁴³ Le propos est centré sur le principe à savoir l'exercice commun de l'autorité parentale qui, en outre, présente une plus grande complexité, par rapport à l'exercice unilatéral.

§I-Lieu de vie du mineur et séparation parentale

Le mineur réside chez ses parents ou, en cas de séparation, en résidence alternée³⁴⁴ ou chez l'un d'eux³⁴⁵. Le lieu de résidence et d'hébergement, imposé au mineur (A), a une influence sur l'exercice de l'autorité parentale (B)

A-Détermination du lieu de résidence et d'hébergement du mineur en cas de séparation des parents

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *Démocratie et famille*, art. cit.

En cas de séparation, le lieu de vie de l'enfant peut être déterminé soit par les parents (1°), soit par le juge (2°)

1°-Détermination par les parents

Le droit de la famille, fondé sur des règles d'ordre public, a longtemps contraint les parties, dans le cadre de procédures contentieuses mais également gracieuses, à s'en remettre à un juge tout-puissant qui pouvait s'immiscer dans leurs affaires les plus intimes. Cette constante a évolué sous l'influence de la crise affectant l'autorité qui a modifié la perception de l'office du juge dès lors ressentie comme une intrusion illégitime et liberticide dans des affaires privées³⁴⁶. Cette défiance a détourné nombre de familles de l'institution judiciaire au profit de la rédaction de conventions privées, par hypothèse non homologuées, relatives notamment à la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale en commun par les parents séparés. Ainsi, le législateur a favorisé l'apparition de mécanismes, plus souples, reposant sur le consentement et l'adhésion des membres de la famille³⁴⁷.

Les justiciables ont désormais la liberté de conclure, éventuellement à l'aide d'une médiation, une convention aménageant ou mettant fin à une situation familiale conflictuelle. Ils peuvent ainsi s'affranchir du « diktat » judiciaire,

³⁴⁴ La part des enfants en résidence alternée ne cesse de croître (Insee Première, n° 1841, mars 2021). En 2020, près de 12 % des enfants dont les parents sont séparés vivaient en résidence alternée, Insee, n° 1841 du 3 mars 2021, www.insee.fr Sur la résidence alternée, Bruno Lehnisch, Caroline Siffrein-Blanc, Résidence alternée et intérêt de l'enfant : regards croisés des magistrats, AJ Fam 2021 p.403 ; Michel Grangeat, Résidence alternée : État des lieux des pratiques et des recherches, Dr. Fam 2019, n° 7-8, dossier 27 ; Guillaume Kessler, Les facteurs de développement de la résidence alternée en droit comparé, Dr. Fam 2019, n° 7-8, dossier 29. V. pour une illustration de la résidence alternée, CA Versailles, 2e ch., 1re sect., 16 mars 2017, n° 16/02336, JurisData n° 2017-009234, Dr. Fam 2017, n° 6, comm. 130, Hugues Fulchiron.

³⁴⁵ C. civ. art. 373-2-9.

³⁴⁶ V. en ce sens, Jacques Chevallier, Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative, RDSS, 2016, 487 ; Marie Cresp, Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? AJ Fam, 2014, p. 107.

³⁴⁷ Jacques Chevallier, Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative, art. cit. ; Mélina Douchy-Oudot, La loi nouvelle est arrivée ! De quelques aspects sur les liens de famille dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JCP G, 2016, n° 48, p. 1268.

précisément en matière de fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le rôle du juge est, en effet, réduit puisqu'il intervient seulement par la suite, soit pour examiner la convention en vue d'une homologation, soit à défaut d'accord. L'enfant peut parfois être victime de cette déjudiciarisation en cas d'entente entre ses parents s'avérant contraire à son intérêt. En outre, la liberté de se déterminer, conférée par la déjudiciarisation et la contractualisation, peut favoriser la perpétuation de modèles sociaux dominants vecteurs de valeurs non démocratiques et, précisément, inégalitaires. Relativement au choix de la résidence des enfants, il a ainsi pu être observé que les conventions, conclues librement par les parents, fixent majoritairement la résidence chez la mère. Ces conventions ont alors tendance à consacrer les stéréotypes relatifs aux rôles des pères et des mères³⁴⁸.

2°-*Détermination par le juge*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, ***L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ?*** art. cit.

Le juge aux affaires familiales, lorsque la résidence est fixée au domicile de l'un des parents, statue obligatoirement, y compris en l'absence de toute demande en ce sens, sur les modalités du droit de visite de l'autre³⁴⁹. Or, cette règle limite la liberté de fixation à l'amiable, par les parents exerçant en commun l'autorité parentale, de ses modalités d'exercice. Ainsi, la situation du parent non résident se rapproche de celle du parent n'exerçant pas l'autorité parentale³⁵⁰. Cette règle dérogatoire est pragmatique et se justifie par la nécessité de prévenir les conflits ultérieurs, entre les parents, relatifs au droit de visite et d'hébergement³⁵¹. Elle a également été analysée comme la « consécration du droit de l'enfant de parents séparés d'entretenir des liens avec chacun d'entre eux »³⁵². Ensuite, la jurisprudence, malgré l'absence de toute disposition légale en ce sens³⁵³, en ayant égard à l'intérêt supérieur de

³⁴⁸ Amélie Dionisi-Peyrusse, Marc Pichard, Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit, AJ Fam, 2014 p. 174.

³⁴⁹ C. civ. art. 373-2-9 al. 3. Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, n° 19-10.040, JurisData n° 2020-001944, Dr fam 2020, n° 5 comm. 83, note Vincent Egéa ; AJ Fam 2020 p.306, note Alexandra Sebag ; Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, n° 19-13.594, JurisData n° 2020-004366 ; Dr. Fam 2020 n° 9, comm. 119, note Aurélien Molière ; Cass. 1^{re} civ, 1, 28 mai 2015, n° 14-16.511, F-P+B, Dr. Fam. 2015, n° 9, comm. 165, note Claire Neirinck ; Cass. 1^{re} civ, 1, 23 nov. 2011, n° 10.23.391, AJ Fam. 2012. 46, obs. Caroline Siffrein-Blanc ; D. actua., 7 déc. 2011, obs. Nicolas Le Rudulier ; CA Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353, Dr. Fam. 2015, n° 1, comm. 7, note Claire Neirinck.

³⁵⁰ C. civ. art. 373-2-1.

³⁵¹ V. en ce sens, Frédérique Eudier, Exercice conjoint de l'autorité parentale, RJPF n° 1/2008, p. 25 ; Nicolas Le Rudulier, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 1, 23 nov. 2011, n° 10.23.391, cit.

³⁵² Frédérique Eudier, Exercice conjoint de l'autorité parentale, art. cit., p. 25.

³⁵³ Comp. avec l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, C. civ. art. 373-2-1 al. 2.

l'enfant³⁵⁴, dissocie³⁵⁵ ou, en cas de motifs graves, supprime³⁵⁶ ou suspend³⁵⁷ le droit de visite et d'hébergement du parent non résident. Spécifiquement, la loi prévoit, si l'intérêt de l'enfant le commande, que le droit de visite, dissocié du droit d'hébergement, peut être organisé dans un lieu neutre, à savoir dans un espace de rencontre³⁵⁸. Cette médiatisation, commandée soit par la protection de l'enfant, soit par le souci de restaurer ou de consolider le lien avec le parent³⁵⁹, semble pourtant peu compatible avec l'exercice de l'autorité parentale. Elle n'est toutefois conçue, sauf exception, que pour une durée limitée³⁶⁰ et le juge doit statuer sur la possibilité de rétablir, à terme, un droit de visite et d'hébergement classique.

De façon générale, pour renforcer la coparentalité et favoriser à la fois un rapprochement avec le couple uni et l'égalité entre les deux parents, plusieurs rapports ont préconisé des évolutions. Ainsi, sur le plan terminologique, la formule passablement inadéquate de « droit de visite et d'hébergement » pourrait être supprimée et remplacée par celle de « temps d'accueil » ou « temps de résidence » ou de « périodes de résidence »³⁶¹. En outre, une double domiciliation de l'enfant pourrait être instaurée, quel que soit le mode de résidence de celui-ci, pour éviter le « sentiment d'exclusion ou de relégation de l'un des parents, source de conflit »³⁶².

B-Le lien entre résidence et exercice de l'autorité parentale

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ?* art. cit.

³⁵⁴ V. sur la constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, D. 2019, n° 13, p.709, note Hugues Fulchiron.

³⁵⁵ V. pour l'octroi d'un simple droit de visite limité, sans hébergement, en raison d'une pathologie psychiatrique du père, CA Paris, Pôle 3, ch. 4, 26 nov. 2015, n° 14/18315, JurisData n° 2015-026679. V. également à propos de l'impossibilité pour un enfant d'être hébergé dans un lieu d'enfermement (père emprisonné), CA Riom, 2e ch., 6 mars 2018, n° 17/02050, JurisData n° 2018-004482, Dr. Fam. 2018, n° 6, comm. 151, Hugues Fulchiron.

³⁵⁶ V. pour le rappel de ce principe jurisprudentiel, Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-14.955, JurisData n° 2018-015185, Dr. Fam. 2018, n° 10, comm. 240, Aurore Camuzat ; Cass. 1^{re} civ, 28 mai 2015, n° 14-16.511, F-P+B, *cit.* ; Cass. 1^{re} civ., 1, 9 fév. 2011, n° 09-12.119, AJ Fam. 2011. 207, obs. Caroline Siffrein-Blanc.

³⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 février 2021, n° 19-21.902 (148 F-D), AJ Fam 2021 p.183, note Valérie Avena-Robardet ; Cass. 1^{re} civ., 17 avril 2019, n° 18-15.951, JurisData n° 2019-006183.

³⁵⁸ C. civ. art. 373-2-9, al. 3.

³⁵⁹ Marc Juston, Le juge aux affaires familiales et l'espace de rencontre, AJ Fam., 2015, p. 518. V. en ce sens, CA Metz ch. de la famille, 17 nov. 2015, n° 14/02952, JurisData n° 2015-026963.

³⁶⁰ CPC art. 1180-5 al. 1 ; Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2015, n° 13-27.983, F-P+B, Dr. Fam. 2015, n° 4, comm. 71, note Claire Neirinck.

³⁶¹ V. en ce sens, Médiation familiale et contrats de parentalité, Marc Juston (prés) et Stéphanie Gargoulaud (rapp.), Rapport 2014, p. 27, <https://www.vie-publique.fr/rapport> ; Les ruptures familiales. Etat des lieux et proposition, Haut conseil de la famille (HCF), Rapport du 10 avril 2014, p. 13, www.hcfea.fr.

³⁶² V. en ce sens, Médiation familiale et contrats de parentalité, rapport *cit.*, p. 18.

Le caractère juridiquement constant de l'exercice conjoint de l'autorité parentale devient en pratique, en cas de séparation des parents, essentiellement intermittent.

En principe, tous les actes relatifs à l'enfant nécessitent une décision commune des parents. Toutefois, pour éviter une gênante paralysie qui pourrait être fréquente, et notamment dans les couples séparés, il existe une présomption simple d'accord des parents, à l'égard des tiers de bonne foi, pour les actes usuels de l'autorité parentale³⁶³. Les actes usuels peuvent être définis comme les actes courants, actes de la vie quotidienne, sans gravité ou risque apparent pour l'enfant ou, s'ils revêtent un élément important, qui s'inscrivent dans une pratique antérieure³⁶⁴. Par conséquent, le partage de la vie quotidienne avec l'enfant permet au parent de prendre unilatéralement des décisions relatives aux actes usuels, qui sont les plus nombreux, grâce à la présomption d'accord. En cas de résidence alternée de l'enfant chez ses deux parents³⁶⁵, à savoir lorsque le temps passé avec l'un et l'autre est conséquent³⁶⁶, ceux-ci exercent de façon autonome, tour à tour, l'essentiel de l'autorité parentale. Ainsi, cette modalité, minoritaire bien qu'en constante augmentation³⁶⁷, apparaît la plus proche de la philosophie de l'exercice en commun de l'autorité parentale et pourrait, à l'avenir, être érigée en principe. En revanche, en cas de résidence chez l'un des parents avec un simple droit de visite et d'hébergement au profit de l'autre³⁶⁸, l'enfant est majoritairement soumis à l'exercice de l'autorité parentale du parent résident. Le « déséquilibre temporel » emporte déséquilibre dans l'exercice des prérogatives conférées par l'autorité parentale. Et, en pratique, le parent non résident peut avoir tendance à se considérer comme un parent « secondaire »³⁶⁹ et « à moins participer à la prise de décisions, par négligence, par méconnaissance de ses droits ou par crainte du conflit »³⁷⁰. *A fortiori*, l'exercice de l'autorité parentale, par le parent ne bénéficiant pas du droit de visite et d'hébergement ou l'exerçant dans un espace de rencontre, à savoir une bulle sans contact avec la réalité du quotidien, ne peut être que fictif. Dans tous les cas, cette situation peut être accrue par l'absence de respect, par le parent résident, du principe de codécision. Ce dernier peut ainsi écarter l'autre des décisions à prendre ou ne l'informer qu'*a posteriori*, le mettant alors devant le fait accompli³⁷¹. En pratique, il peut exister une similitude entre la situation du parent non

³⁶³ C. civ. art. 372-2.

³⁶⁴ V. en ce sens, Aix-en-Provence, 28 oct. 2011, n° 11/00127, D. 2012 p. 2267, obs. Adeline Gouttenoire.

³⁶⁵ C. civ. art. 373-2-9 al. 1.

³⁶⁶ La résidence alternée n'implique pas un partage égalitaire du temps passé auprès des parents, Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, Dr. Fam., comm. 143.

³⁶⁷ La résidence alternée est privilégiée dans 17% des décisions (chiffres de 2012), Infostat Justice, janv. 2015, *cit.*, p. 2.

³⁶⁸ C. civ. art. 373-2-9 al. 3 ; Dans 57 % des cas, le droit de visite et d'hébergement est de type classique, correspondant à un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires (chiffres de 2012), Infostat Justice, janv. 2015, *cit.*, p. 3.

³⁶⁹ V. en ce sens, Médiation familiale et contrats de parentalité, rapport *cit.*, p. 17.

³⁷⁰ Amélie Dionisi-Peyrusse, Marc Pichard, Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit, *art. cit.*

³⁷¹ Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés, Groupe de travail sur la coparentalité, Rapport janv. 2014, p. 8, www.justice.gouv.fr/publication/rap-coparentalite.

résident et celle du parent privé de l'exercice de l'autorité parentale, qui se trouve seulement informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant³⁷². Il importe enfin de préciser que la résidence de l'enfant étant fixée en grande majorité chez la mère³⁷³, sous le vernis de l'exercice « en commun » de l'autorité parentale des parents séparés, apparaît un matriarcat de fait³⁷⁴.

§II-L'éloignement géographique de l'enfant du lieu de vie de l'un de ses parents

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? art. cit.

-Notions cadre et conséquences du divorce, Basse-Terre, 2° ch., 26 mars 2012, Zoom, JCP G 2012, 651

L'un des parents séparés peut provoquer, unilatéralement, une rupture entre l'autre parent, dont il dénie alors la place, et l'enfant. Précisément, il peut méconnaître certains de ses droits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale ou les réduire à néant, en enlevant ou en éloignant géographiquement l'enfant. Le législateur, conscient des risques existant après une séparation, a posé le principe selon lequel chacun des parents doit « maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »³⁷⁵. L'un des parents de l'enfant peut ne pas se conformer à cette injonction légale en s'opposant directement à l'exercice des droits de l'autre. L'enfant peut également contribuer à rompre le lien avec l'un de ses parents. Dans les cas les plus extrêmes, l'enfant présente un syndrome d'aliénation parentale³⁷⁶. Précisément, l'enfant est « programmé par un parent, consciemment ou inconsciemment, dans une vision négative de l'autre... Il exprime un rejet massif de l'autre parent, qu'il dénigre en bloc, de façon injustifiée et inexplicable objectivement »³⁷⁷.

Quel que soit le cas de figure, en cas d'irrespect des droits de l'autre parent, le juge « peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents »³⁷⁸. Il tient également compte de « l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre », éventuellement eu égard à ses

³⁷² C. civ. art. 373-2-1 al. 5.

³⁷³ La résidence est fixée dans 73 % des cas chez la mère, dans 7% des cas chez le père (17% en résidence alternée et 3% autre), chiffres de 2012, Infostat Justice, janv. 2015, *cit.*, p. 2.

³⁷⁴ Matriarcat qui s'empire au fil du temps car la fréquence des rencontres entre le père et l'enfant diminue au fur et à mesure que l'enfant grandit, Les ruptures familiales, HCF, rapport *cit.*, p. 134 et 137.

³⁷⁵ C. civ. art. 373-2 al. 2 ; CIDE, art. 9§3.

³⁷⁶ Il faut noter que la notion de syndrome d'aliénation parentale (décrit pour la première fois en 1985 par Richard A. Gardner, pédopsychiatre américain) est une notion controversée. V. sur le syndrome d'aliénation parentale, Bénédicte Goudard, Le Syndrome d'aliénation parentale. Une forme moderne de l'inceste, Le Journal des psychologues 2012/1 (n° 294), p. 20.

³⁷⁷ Daniele Ganancia, Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles, AJ Fam. 2013 p. 264.

³⁷⁸ C. civ., art. 373-2-8 al. 2.

comportements antérieurs, dans sa décision relative à la résidence de l'enfant³⁷⁹. La résidence peut ainsi, notamment, être fixée ou transférée chez le parent le plus apte à préserver l'enfant du conflit délétère ou à sauvegarder la place et l'image de l'autre³⁸⁰. En outre, le non-respect des droits de l'autre parent est constitutif, dans certains cas, d'un délit de non-représentation du mineur qui consiste dans « le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer »³⁸¹.

De façon plus extrême, l'un des parents peut réduire à néant les droits de l'autre quant à l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. La mobilité, nationale et internationale, accroît en effet le risque que l'un des parents éloigne géographiquement l'enfant de l'autre³⁸². Des dispositions préventives existent, à ce sujet, pour éviter toute modification unilatérale du lieu de vie de l'enfant. Ainsi, le changement de résidence de l'un des parents, qui bouleverse les modalités d'exercice de l'autorité parentale, « doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile à l'autre parent »³⁸³. Ce texte, ambigu, vise seulement une information. Or, l'accord de l'autre parent semble être requis pour cet acte important. En pratique, en cas de désaccord, le parent le plus diligent, logiquement celui qui subit la décision d'éloignement géographique de l'autre, peut saisir le juge aux affaires familiales qui statue en fonction de l'intérêt de l'enfant³⁸⁴. Bien souvent, toutefois, la saisine intervient alors que le parent a déjà déménagé avec l'enfant³⁸⁵. Il n'existe pas, à ce sujet, de solution jurisprudentielle standardisée. Le juge doit mettre en balance, au cas par cas, la liberté individuelle du parent souhaitant modifier son lieu de vie, les droits de l'autre à un véritable exercice de l'autorité parentale³⁸⁶ et l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations régulières avec ce dernier³⁸⁷. Il peut ainsi refuser, purement et simplement, le déplacement de

³⁷⁹ C. civ. art. 373-2-11, 3°.

³⁸⁰ V. pour le transfert de résidence chez l'autre parent, CA Paris, pôle 3, 3e ch., 13 déc. 2012, n° 12/12926, *cit.* ; Cass. 1^{re} civ, 1, 18 déc. 2014, n° 14-10.041, AJ Fam. 2015 p. 100, obs. Sylvain Thouret ; CA Agen, ch. mat. 1, 3 juill. 2014, n° 12/01500, Dr. Fam. 2014, n° 12, comm. 183, obs. Claire Neirinck. V. en présence d'un syndrome d'aliénation parentale, Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, 12-14.392, Dr. Fam. 2013, n° 11, comm. 152, comm. Sophie Paricard.

³⁸¹ CP. art. 227-5 ; V. sur ce point, Laurie Schenique, La protection pénale de l'enfant victime du conflit familial, AJ Fam. 2013 p. 287.

³⁸² V. en cas de mobilité internationale, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et le règlement Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 définissant l'enlèvement international de l'enfant comme le déplacement de celui-ci à partir de sa résidence habituelle, au mépris du droit d'un parent gardien. V. à ce sujet, Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2021, n° 20-12.213 (202 F-D), AJ Fam 2021 p.243, note Cédric Latil ; Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 17-11.031, JurisData n° 2017-008254, Dr. Fam. 2017, n° 7-8, comm. 160, Hugues Fulchiron. A propos de la difficulté de déterminer la résidence habituelle de l'enfant, Cass. 1^{re} civ, 4 mars 2015, n° 14-19.015 et Cass. 1^{re} civ, 1, 25 mars 2015, n° 13-25.225, Dr. Fam. 2015, n° 5, comm. 95, note Claire Neirinck.

³⁸³ C. civ. art. 373-2 al. 3. V. pour une illustration, Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 2017, n° 17-24.015, JurisData n° 2017-024287, Dr. Fam 2018, n° 2, comm. 32, Hugues Fulchiron. V. également les sanctions pénales prévues en cas de défaut de notification de changement de domicile (C. pén. art. 227-6) et de soustraction de mineur (C. pén. art. 227-7).

³⁸⁴ C. civ. art. 373-2 al. 3.

³⁸⁵ Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés, Rapport *cit.*, p. 10.

³⁸⁶ V. Cass. 1^{re} civ, 4 juill. 2006, n° 05-17.883, FS-P+B, Dr. Fam. 2006, n° 10, comm. 188, note Pierre Murat. V. sur ce point, Les ruptures familiales, HCF, rapport *cit.*, p. 142.

³⁸⁷ V. Cass. 1^{re} civ, 4 juill. 2006, n° 05-17.883, FS-P+B, *cit.* ; Cass. 1^{re} civ, 1, 13 mars 2007, n° 06-17.869, JurisData n° 2007-037902.

l'enfant, le parent ayant alors le choix entre rester ou partir sans ce dernier, qui vivra alors avec l'autre. Et, s'il existe une menace que l'enfant soit amené à l'étranger, il peut limiter la catégorie des actes usuels de l'autorité parentale en ordonnant l'interdiction de sortie du mineur du territoire français sans l'autorisation des deux parents³⁸⁸.

Le juge peut également, au contraire, autoriser le déménagement de l'enfant. Il procède alors à des aménagements ou prend des mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec le parent vivant loin de lui³⁸⁹. Spécifiquement, il peut prévoir des contacts visuels directs, entre l'enfant et son parent éloigné, par le biais de réseaux électroniques³⁹⁰, ou la mise en place de solutions pour éviter toute rupture culturelle entre l'enfant et son parent non résident³⁹¹. Toutefois, si l'enfant vit dans un département éloigné du domicile de l'autre parent ou à l'étranger, le droit de visite et d'hébergement se trouve concentré sur quelques semaines par an³⁹². Et, de fait, l'exercice en commun de l'autorité parentale devient totalement artificiel pour le parent séparé, pendant de longues périodes, de son enfant.

³⁸⁸ C. civ. art. 373-2-6 al. 3 ; CPC art. 1180-3, 1180-4. V. pour une application, CA Paris, pôle 3, ch. 3, 13 fév. 2014, JurisData n° 2014-002444. V. également à ce sujet, Rép. min. n° 23686, JOAN 4 janv. 2022, AJ Famille 2022 p.5.

³⁸⁹ C. civ. art. 373-2-6, al. 2. A noter que la même solution prévaut dans tous les cas d'éloignement géographique de l'enfant, y compris avec l'accord de l'autre parent.

³⁹⁰ CA Toulouse, 11 mai 2015, n° 14/03146, Dr. Fam. 2015, n° 7-8, comm. 144, obs. Claire Neirinck ; CA Rouen, ch. fam., 22 oct. 2015, n° 14/04174, Dr. Fam. 2016, n° 2, comm. 24, note Anne Claire Réglér ; A comp. avec CA Riom, 2 mars 2015, n° 14/00329, Dr. Fam. 2015, n° 7-8, comm. 144, obs. Claire Neirinck (refus en raison de la relative proximité géographique entre les lieux de vie des parents).

³⁹¹ V. en ce sens, CA Toulouse, 11 mai 2015, n° 14/03146, *cit.* A comp. avec CA Riom, 2 mars 2015, n° 14/00329, *cit.*

³⁹² V. par exemple, CA Riom, 2 mars 2015, n° 14/00329, *cit.* et CA Toulouse, 11 mai 2015, n° 14/03146, *cit.*

Titre II-

Intégrité et intimité corporelles des personnes vulnérables : les actes médicaux et thérapeutiques

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-« **Ton corps nous appartient** » : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, *art. cit.*

-**Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte**, *art. cit.*

-**La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel**, *op. cit.*, p. 611 et suiv.

L'acte thérapeutique vise à la guérison de maladies ou d'infirmités. L'acte médical, qui intervient sans nécessité thérapeutique, résulte généralement de l'expression d'une liberté corporelle³⁹³. Il peut paradoxalement, dans certaines hypothèses, être pratiqué sans le consentement de la personne vulnérable.

S'agissant du mineur, la logique de la minorité et de l'exercice de l'autorité parentale explique le rôle décisionnaire des parents en matière médicale³⁹⁴. Toutefois l'autonomie du mineur s'est accrue, traduisant un recul de l'autorité parentale³⁹⁵. Le mineur reçoit une information sur sa santé et participe à la prise décision en fonction de son degré de maturité³⁹⁶. Plus encore, lorsque l'action de prévention, le dépistage, le diagnostic, le traitement ou l'intervention s'imposent pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, les soignants peuvent se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale. C'est le cas lorsque le mineur s'oppose expressément à leur consultation afin de garder le secret sur son état de

³⁹³ Sophie Paricard, Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques, *in* Consentement et santé éd., Dalloz, 2014, p. 104.

³⁹⁴ C. civ., art. 371-1, al. 2 ; CSP art. L. 1111-2, II. V. sur ce point, Patrick Mistretta, Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexions sur l'autonomie du mineur, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 105. En cas de décisions parentales contraires à l'intérêt de l'enfant, des mesures éducatives ou sanctionnatrices peuvent être décidées, V. à ce sujet, Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 7 à 9, p. 16, p. 20, p. 24, p. 29 à 32. A noter également que, pour la fin de vie du mineur, l'avis des parents, s'il doit être recueilli, peut parfois être méconnu par la décision médicale collégiale. V. à ce sujet, Xavier Bioy, Arrêt des traitements et fin de vie, Le Conseil d'Etat face aux ambiguïtés de la loi du 2 février 2016, AJDA 2018, n° 10, p. 578. V. pour la contestation des parents par le biais d'un référé, CE, ord. 5 janv. 2018, n° 416689, D. 2018 p.71, note François Vialla ; AJ Fam 2018 p.117, note Camille Kurek (confirmation de l'arrêt des soins relevant d'une obstination déraisonnable d'une patiente mineure) ; CEDH, 5e sect., 25 janv. 2018, n° 1828/18, D. 2018. 245, obs. François Vialla.

³⁹⁵ Nicolas Kermabon, L'encadrement juridique de l'interruption de grossesse depuis la nouvelle loi de bioéthique, Dr. Fam 2021, n° 10, dossier 26, spéc. 10.

³⁹⁶ CSP art. L. 1111-2, II et art. L. 1111-4 al. 7.

santé³⁹⁷ ou, plus précisément, sur son intimité, en matière de contraception ou d'interruption de grossesse. Seul le consentement du mineur se trouve alors requis pour ces actes³⁹⁸.

Les personnes présentant un trouble mental souffrent des symptômes liés à cette pathologie. Elles présentent, en outre, par rapport à la population générale, un risque accru d'hospitalisation pour des causes étrangères à leur état psychique³⁹⁹. Elles sont généralement traitées, s'agissant de leur pathologie somatique, dans des structures classiques de soins. Il existe toutefois des dispositifs de soins particuliers, les unités médico-psychiatriques, peu connues et développées, qui peuvent accueillir des patients en hospitalisation libre ou en soins psychiatriques⁴⁰⁰.

Quelle que soit la structure et la pathologie traitée, psychiatrique ou somatique, les patients se trouvent donc exposés, lors de la réalisation des actes médicaux ou thérapeutiques, à des atteintes à leur intégrité ou intimité corporelles⁴⁰¹.

Même si des problématiques relevant de la minorité sont abordées⁴⁰², ce titre se concentre, en grande partie, sur les atteintes au corps du majeur vulnérable et, corrélativement, sur les protections érigées contre celles-ci. Pour envisager ces points, il convient d'étudier les actes médicaux et thérapeutiques classiques, de droit commun (chapitre I). Une tout autre logique prévaut pour les actes spécifiques qui suivent une réglementation dérogatoire à savoir les actes médicaux et thérapeutiques consécutifs à une admission en soins psychiatriques et les atteintes non thérapeutiques (chapitre II).

³⁹⁷ CSP, art. L. 1111-5.

³⁹⁸ V. *infra*.

³⁹⁹ V. à ce sujet, Arnaud Anastasi, Psychiatrie et soins somatiques « c'est pas le tout d'y dire, faut aussi y faire », *L'inf. psychia* 2021/6 vol. 97, p. 465, spéc. 465 à 468.

⁴⁰⁰ Arnaud Anastasi, Psychiatrie et soins somatiques, *art. cit.*, p. 466 et 472.

⁴⁰¹ V. *supra* pour la définition de l'intégrité et de l'intimité, p. 27 et 28.

⁴⁰² Seront ainsi envisagées, les atteintes pratiquées sur le corps du mineur, fondées sur des pratiques religieuses ou rituelles, et le pouvoir des adolescents sur leur propre corps, grâce aux droits qui sont octroyés dans le cadre de la prémajorité.

Chapitre I-

Les actes médicaux et thérapeutiques de droit commun pratiqués sur le corps du majeur vulnérable

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-« Ton corps nous appartient » : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, art. cit.

-Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, art. cit.

Le corps d'une personne, déserté par la volonté, peut être l'objet d'atteintes décidées, conformément aux dispositions légales, par des tiers. Ce pouvoir, octroyé aux tiers, aboutit à une situation « contre-nature ». En effet, la situation qui consiste à prendre des décisions graves, intimes, voire irrémédiables, pour autrui et relativement à son corps, pouvant engendrer des effets sur son intégrité, sa personnalité, voire sur son maintien en vie est d'une violence inouïe.

L'emprise des tiers, sur le sujet majeur⁴⁰³, advient lorsque ce dernier est considéré, par les textes, inapte à exprimer une volonté⁴⁰⁴ ou encore, plus restrictivement, « hors d'état d'exprimer » une volonté⁴⁰⁵, non « à même de consentir »⁴⁰⁶ ou dans l'impossibilité d'émettre un consentement⁴⁰⁷. Cette inaptitude peut provenir d'une altération des facultés mentales mais également d'une altération des facultés corporelles, à savoir d'un état végétatif ou d'un coma, provoquant un état d'inconscience totale.

L'appréciation de cette inaptitude engendre des difficultés par rapport à un patient relativement conscient, avec lequel des modes de communication sont possibles, mais considéré comme insuffisamment lucide. La parole des personnes présentant un trouble mental ou une déficience intellectuelle peut ainsi être invalidée. De façon générale, des personnes juridiquement capables, à la suite d'une maladie, d'une infirmité ou d'un accident soudain, tout comme celles placées sous un régime de protection, peuvent être concernées par cette substitution de volonté, exceptionnellement autorisée par la loi.

Il s'agit de savoir si le pouvoir octroyé au tiers, se traduisant par une décision, judiciaire ou médicale, une autorisation ou un simple avis, est l'expression de la volonté du représenté (section I) ou si elle se fonde sur l'intérêt supérieur de ce dernier, objectivement déterminé (section II). A ce propos, les règles

⁴⁰³ Le propos est limité aux majeurs car ceux-ci ne sont soumis, en principe, à aucune autorité.

⁴⁰⁴ CSP art. L. 1111-4 al. 7 (majeur en tutelle).

⁴⁰⁵ CSP art. L. 1111-4 al. 5 ; L. 1111-6 al. 1 ; L. 1111-12.

⁴⁰⁶ C. civ., art. 16-3 al. 2.

⁴⁰⁷ CSP art. L. 3212-1, I (soins psychiatriques).

issues du code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles, plus spécifiques, prévalent sur celles du code civil⁴⁰⁸.

V. sur les incohérences existant auparavant :

Valérie Doumeng « **Ton corps nous appartient** » : *réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté*, art. cit.

Section I-**Expression d'une volonté personnelle ou représentée**

L'autonomie du malade est clairement affirmée dans les textes. « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne »⁴⁰⁹. Le malade prend les décisions concernant sa santé après avoir reçu une information loyale, claire et appropriée sur son état de santé, les investigations et les soins⁴¹⁰. Dans l'idéal, les tiers ne devraient pas décider librement mais être, au contraire, les vecteurs de la volonté profonde du malade. Autrement dit, leur décision devrait être guidée par la référence à ce que déciderait la personne inconsciente, si elle était en état de s'exprimer, et non par l'appréciation objective de la situation. Il s'agit de distinguer l'hypothèse générale (§I) du cas, plus spécifique, de la personne juridiquement protégée (§II).

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-« **Ton corps nous appartient** » : *réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté*, art. cit.

-**Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte**, art. cit.

-**L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours**, art. cit.

§I-**Le rôle des tiers en présence de l'expression préalable d'une volonté**

Toute personne, consciente et lucide, peut tenter de contrôler son futur, en prévision du temps où elle pourrait se trouver non à même de consentir, temporairement ou durablement, à un acte médical ou thérapeutique ou, lors de sa fin de vie, à une limitation, une suspension ou un arrêt du traitement. Elle peut le faire par le biais de directives anticipées (A) ou de consignes orales émises (B). Le rôle des tiers, soignants ou membres de l'entourage de l'intéressé, s'en trouve modifié.

⁴⁰⁸ C. civ. art. 459-1. V. sur ce point, la relative simplification et l'harmonisation, entre les divers codes, issue de l'ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020. V. pour une analyse, Annick Bateau, Laurence Mauger-Vielpeau, Fanny Rogue, Gilles Raoul-Cormeil, Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! art. cit. ; Gilles Raoul-Cormeil, Le régime des décisions médicales concernant les personnes majeures protégées, JCP G, 2020, 331 ; Laurence Mauger-Vielpeau, La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée, Dr. Fam 2020, n° 7-8, comm. 107 ; Jean-Jacques Lemouland, Droit des majeurs protégés, juin 2019 - mai 2020, D. 2020 p.1485 ; V. également, D. 2020 p.542.

⁴⁰⁹ CSP, art. L. 1111-4 al. 4.

⁴¹⁰ CSP, art. L. 1111-2, L 1111-4 et R. 4127-35.

A-Volonté personnelle exprimée par le biais de directives anticipées

Tout individu, indépendamment de sa capacité juridique, peut rédiger des directives anticipées à savoir exprimer sa volonté « relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux »⁴¹¹. Pour la personne faisant l'objet d'une mesure de représentation relative à la personne, une autorisation du juge ou du conseil de famille est indispensable⁴¹². Cette autorisation devrait être subordonnée à une lucidité suffisante. Une fois cette autorisation obtenue, la personne rédige librement ses directives, sans assistance ou représentation⁴¹³. Ainsi, logiquement cet acte est classé dans ceux qui sont strictement personnels⁴¹⁴.

Les directives anticipées « s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement »⁴¹⁵. En réalité, les choix ou souhaits manifestés dans les directives anticipées le sont « hors contexte »⁴¹⁶. Ce d'autant que ces directives ont pu être rédigées plusieurs années auparavant⁴¹⁷. Elles ne correspondent donc pas forcément à l'option que la personne prendrait, en toute conscience, une fois confrontée à la maladie, au handicap ou à la décision d'arrêt du traitement⁴¹⁸. En ce sens, la loi distingue, parmi les modèles de directives anticipées, suivant qu'elles sont écrites par une personne qui « se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige »⁴¹⁹. Ces directives ou consignes peuvent toutefois contribuer à réintroduire l'analyse subjective de l'intéressé⁴²⁰, précisément, à se rapprocher au maximum de ce qu'auraient pu être les options de ce dernier s'il avait lui-même participé au processus décisionnel⁴²¹. Ainsi, de façon

⁴¹¹ CSP art. L. 1111-11 al. 1. « A tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables » CSP art. L. 1111-11 al. 2.

⁴¹² CSP art. 1111-11 al. 7.

⁴¹³ CSP art. 1111-11 al. 7.

⁴¹⁴ A l'instar des droits mentionnés à l'article 358 alinéa 1 du Code civil.

⁴¹⁵ CSP art. L. 1111-11 al. 3 (ordonnance du 11 mars 2020) qui a renforcé la valeur des directives anticipées.

⁴¹⁶ « Ne pas me réanimer » ; « Refus de trachéotomie » ; « Je refuse toute amputation car je veux mourir entier » Gilles Raoul-Cormeil, Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée, Dr. Fam 2016, n° 10, dossier 35, spéc. n° 8. V. également, Aude Denizot, Le nouveau droit de la fin de vie, RTD Civ. 2016 p.460.

⁴¹⁷ Les directives, antérieurement périmées au bout de trois ans, sont à durée indéterminée depuis la loi du 2 février 2016.

⁴¹⁸ Rapport sur le débat public concernant la fin de vie, CCNE, 21 oct. 2014, p. 9, <https://www.ccne-ethique.fr/.../rapport> ; Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir, CCNE, avis n° 121, 1er juill. 2013, p. 31, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications>. Dans le même sens, Commission de réflexion sur la fin de vie en France, Penser solidairement la fin de vie, Rapport Didier Sicard, 18 déc. 2012, p. 47, <https://www.vie-publique.fr/rapport>. V. également, TA Châlons-en-Champagne, plén., 16 janv. 2014, n° 1400029, JurisData n° 2014-000119 ; D. 2014, p. 149, obs. François Violla ; Dr. Fam 2014, n° 3, comm. 32, note Jean-René Binet.

⁴¹⁹ CSP art. L. 1111-11, al. 2.

⁴²⁰ Il s'agit de « participer sans être présent », Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir, CCNE, avis *cit.*, p. 28.

⁴²¹ Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de

générale, si la prise en compte de la volonté antérieurement émise ne permet pas d'échapper à l'emprise sur la personne, elle en constitue une évidente atténuation en restituant sa dignité à cette dernière⁴²². Il convient toutefois de mentionner l'existence de deux exceptions importantes à la prise en compte de ces directives et qui seront développées ultérieurement : l'urgence vitale et le caractère inadapté des directives à la situation médicale⁴²³.

B-Volonté représentée exprimée par la personne de confiance, la famille et les proches

Au temps de sa lucidité et en prévision d'une éventuelle inaptitude future à consentir, la personne a la possibilité de désigner de façon formelle, dans un acte dédié ou dans un mandat de protection future⁴²⁴, une personne de confiance, qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant.

Ce droit de désigner une personne de confiance est reconnu au majeur faisant l'objet d'une mesure protection juridique avec représentation relative à la personne⁴²⁵ s'il obtient l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Par ailleurs, si la personne de confiance avait été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer cette désignation⁴²⁶.

L'intéressé, quelle que soit sa capacité juridique, peut donner à cette personne de confiance des consignes quant aux actes thérapeutiques auxquels, dans une situation donnée, il souhaiterait ou, au contraire, refuserait d'être soumis⁴²⁷. La personne de confiance accompagne le patient lorsqu'il n'est plus en mesure de s'exprimer et de témoigner de ses volontés médicales. Elle n'a pas accès au dossier médical mais, en cas de diagnostic ou pronostic grave, elle est informée afin de pouvoir apporter un soutien au malade, sauf opposition de sa part⁴²⁸. Elle est consultée avant toute intervention ou investigation pratiquée sur la personne hors d'état d'exprimer sa volonté⁴²⁹ et devient l'interlocuteur des médecins⁴³⁰. Précisément, la personne de confiance « rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout

fin de vie, Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, mai 2014, p. 15, <https://edoc.coe.int/fr/bioethique>.

⁴²² V. sur ces points, Valérie Doumeng, Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, *art. cit.*, p. 193.

⁴²³ CSP art. L. 1111-11 al. 3 (ordonnance du 11 mars 2020).

⁴²⁴ C. civ., art. 479 al. 2. Ce mandat ne peut pas être rédigé par une personne en tutelle C. civ. art. 477 al. 1 *a contrario*.

⁴²⁵ Avant la loi du 2 février 2016, la personne en tutelle n'en avait pas la possibilité, ce qui semblait en contradiction avec l'article 459 du Code civil (CSP art. L. 1111-6 al. 3 ancien).

⁴²⁶ CSP art. L. 1111-6 al. 5.

⁴²⁷ V. en ce sens, « les souhaits précédemment exprimés au sujet d'une intervention médicale par un patient qui, au moment de l'intervention, n'est pas en état d'exprimer sa volonté pris en compte » Convention d'Oviedo sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, art. 9, <https://rm.coe.int>. V. également, dans le même sens, Comité min. 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 déc. 2009, <https://rm.coe.int>.

⁴²⁸ CSP art. L. 1110-4.

⁴²⁹ CSP art. L. 1111-4 al. 5.

⁴³⁰ CSP art. L. 1111-6 al. 1 et 2.

autre témoignage »⁴³¹. Il en est de même lorsque la personne est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable⁴³².

De façon générale, la personne de confiance ou la famille⁴³³ ou, à défaut, les proches⁴³⁴ sont consultés à propos soit des actes thérapeutiques (intervention, investigation et traitement) à entreprendre sur la personne hors d'état d'exprimer sa volonté soit des décisions relatives à la fin de vie. Ils reçoivent, quel que soit le cas, l'information nécessaire⁴³⁵. Et ceci, y compris lorsque le patient a manifesté sa volonté de façon formelle, par le biais de directives anticipées⁴³⁶. Cette consultation peut s'expliquer par la présomption de connaissance, par les personnes en question, des souhaits exprimés de façon explicite ou implicite et, plus généralement, de la personnalité, des opinions et des valeurs qui étaient celles du patient actuellement inapte à manifester sa volonté⁴³⁷. Il serait alors possible d'en déduire le désir du législateur de privilégier l'expression d'une volonté représentée, la personne de confiance ou les membres de l'entourage, familial ou extra-familial, devant se référer à la position qu'aurait pu adopter l'intéressé. Et, en ce sens, au moment de la fin de vie, l'avis de la personne de confiance prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées, dans les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin⁴³⁸. Toutefois, cette consultation systématique de la famille ou, à défaut, des proches n'est pas subordonnée à une quelconque entente ou relation existant, avant la maladie ou le handicap, et aucune hiérarchie n'est effectuée au sein de cette catégorie. Il est donc possible que la personne hors d'état de manifester sa volonté soit « représentée » par des membres de sa famille ou de son entourage ne partageant pas ses valeurs morales ou ses croyances ou encore avec lesquels les liens étaient distendus en raison d'une mésentente

⁴³¹ CSP art. L. 1111-6 al. 1.

⁴³² CSP art. L. 1111-12.

⁴³³ CSP art. L. 1111-12. Le degré requis pour être obligatoirement consulté n'est pas précisé, probablement pour que le médecin puisse s'adapter à la configuration familiale de l'intéressé (comp. avec CSP art. L. 1231-1 al. 2 relatif au prélèvement d'organe sur une personne vivante). Dans l'affaire Vincent Lambert, l'épouse, les parents, les frères et sœurs du patient ont été consultés, TA Châlons-en-Champagne, ord. réf., 11 mai 2013, n° 1300740, JurisData n° 2013-009426, obs. François Vialla, JCP G 2013, n° 22, 614 ; TA Châlons-en-Champagne, plén., 16 janv. 2014, *cit.* ; CE, ass. cont., 14 févr. 2014, n° 375081, Mme Lambert et a., D. 2014, p. 488 ; Dr. Fam 2014, n° 3, comm. 32, Jean-René Binet ; CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081, pt 28, Dr. Fam 2014, n° 9, comm. 141, note Jean-René Binet ; D. 2014, 2856, note Daniel Vigneau.

⁴³⁴ CSP art. L. 1111-12- Aucune définition de la notion de « proche » n'est donnée. V. pour une définition : « toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur » CSP art. L. 1231-1 al. 2 (prélèvement d'organe sur une personne vivante).

⁴³⁵ CSP art. L. 1111-6 al. 1 (personne de confiance) ; CSP art. L. 1111-4 al. 4 (personnes de confiance et proches) ; CSP art. L. 1111-4 al. 6. Sur la fin de vie, Sara Brimo, Fin de vie libre et choisie et aide active à mourir : un prélude au changement ? D. 2021 p.896.

⁴³⁶ CSP art. L. 1111-4 al. 5.

⁴³⁷ V. en ce sens, l'épouse du patient, Vincent Lambert, défend l'opinion que celui-ci aurait exprimé, lors de conversations, à savoir de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans un état de grande dépendance, CE, ass., 24 juin 2014, point 30, *cit.* ; TA Châlons-en-Champagne, plén., 16 janv. 2014, *cit.*

⁴³⁸ CSP art. L. 1111-12.

ou d'un conflit⁴³⁹. Dans tous les cas, en l'absence de consigne formelle, la frontière qui sépare les deux fondements, expression de sa propre opinion ou d'une volonté représentée, s'avère assez poreuse. En effet, les témoignages, supposés rendre compte des souhaits de l'intéressé, peuvent comporter nombre d'inexactitudes, de projections ou de protections, souvent inconscientes.

Le silence du législateur, sur ces points fondamentaux, peut s'expliquer par la faible valeur attribuée à l'expression de la volonté des membres de la famille ou de l'entourage lors de cette consultation. Spécifiquement pour la fin de vie, la décision relève, *in fine*, du collège de médecins prise sur des critères médicaux à savoir le caractère inutile ou disproportionné ou le maintien artificiel de la vie⁴⁴⁰.

§II-La volonté du majeur protégé ou de son protecteur ?

En matière médicale et thérapeutique, la décision de la personne protégée est privilégiée et doit absolument être recherchée. Afin de pouvoir émettre un consentement éclairé, celle-ci reçoit des informations, de la part de personnes chargées de sa protection, sur son état de santé⁴⁴¹ et, précisément, « sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part »⁴⁴². Ces informations sont délivrées d'une manière adaptée à son état⁴⁴³ et à sa capacité de compréhension⁴⁴⁴. S'agissant de la prise de décision relative à un acte thérapeutique ou médical il s'agit de distinguer entre le majeur assisté en matière personnelle (A) et celui représenté (B).

A-Le majeur assisté en matière personnelle

Le patient bénéficiant d'une assistance en matière personnelle est autonome pour les actes médicaux ou thérapeutiques. Le protecteur ne dispose d'aucun pouvoir de décision⁴⁴⁵. Il ne bénéficie, en outre, sauf accord exprès du patient, d'aucune information sur l'état de santé de ce dernier⁴⁴⁶. Ainsi, si l'état du patient se dégrade jusqu'à une perte de conscience, faute d'accord préalable, le médecin ne devrait logiquement pas pouvoir délivrer d'information à son

⁴³⁹ V. à propos de la fin de vie, affaire Vincent Lambert, CE, ass., 24 juin 2014, point 30, *cit.* ; TA Châlons-en-Champagne, plén., 16 janv. 2014, *cit.* « Que la circonstance que le patient aurait entretenu des relations conflictuelles avec ses parents et ne partagerait pas leurs valeurs morales ou leurs engagements religieux, ce dont atteste la majorité des membres de sa fratrie, ne permet pas davantage de regarder M. Vincent Lambert comme ayant manifesté une volonté certaine de refuser tout traitement s'il devait subir une altération de ses fonctions motrices et cognitives telle que celle qu'il connaît aujourd'hui » TA Châlons-en-Champagne, plén., 16 janv. 2014, *cit.*

⁴⁴⁰ CSP art. L. 1110-5-1 al. 1.

⁴⁴¹ De façon générale, CSP art. L. 1111-2, I al. 1.

⁴⁴² C. civ. art. 457-1.

⁴⁴³ C. civ. art. 457-1.

⁴⁴⁴ CSP art. L. 1111-2, III al. 1.

⁴⁴⁵ CSP art. L. 1111-4, al. 8 *a contrario*.

⁴⁴⁶ CSP art. L. 1111-2, III al. 2 ; art. L. 1111-7, al. 2.

protecteur en raison du secret médical⁴⁴⁷. Ces dispositions ne sont pas en harmonie avec les dispositions générales du Code civil qui prévoient une assistance quand la personne bénéficiant d'une protection relative à la personne n'est pas en état de prendre seule une décision éclairée⁴⁴⁸.

B-Le majeur représenté en matière personnelle

Le protecteur du majeur, ayant une mission de représentation relative à la personne, se trouve, à l'instar du patient représenté, destinataire de l'information médicale⁴⁴⁹. Il peut exercer, en outre, deux missions, de représentation ou d'assistance, le critère étant celui de l'aptitude du patient protégé à exprimer son consentement. Ce critère est particulièrement délicat à apprécier. Il peut résulter de l'évaluation de la capacité à exprimer une volonté, un choix, un consentement, de façon consciente et éclairée, que ce soit de façon verbale ou non verbale. Mais se pose la question des outils destinés à cette appréciation, actuellement insuffisants, et de la personne chargée de l'évaluation. Ainsi, faut-il estimer qu'une personne protégée qui consentirait à tout, exprime un véritable consentement ? Un consentement ou un refus verbal peut-il être pris en considération indépendamment d'autres manifestations telles que l'expression corporelle, les symptômes cliniques ou des pleurs manifestant un malaise ?⁴⁵⁰ Dans tous les cas, les directives anticipées ou les consignes données à la personne de confiance devrait être respectées par les personnes décisionnaires.

Lorsque le patient est apte à consentir, son consentement doit être obtenu avant tout traitement⁴⁵¹. Toutefois, de façon surprenante et en opposition avec la règle du Code civil⁴⁵², le protecteur exerce une mission d'assistance. Précisément le consentement du majeur protégé doit être obtenu « au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection »⁴⁵³. Le législateur a certainement souhaité, en raison de l'altération des facultés mentales, ne pas laisser le patient protégé seul et démuné face au corps médical. Le protecteur peut, en effet, éclairer ou mettre en garde le patient par rapport aux propositions des médecins⁴⁵⁴.

Le patient est indiscutablement inapte ou hors d'état d'exprimer une volonté, faute de pouvoir communiquer, lorsqu'il se trouve dans un état comateux, végétatif –persistant ou permanent- ou de conscience minimale –pauci-relationnel-. L'inaptitude peut également viser le patient qui n'est pas à même

⁴⁴⁷ V. en ce sens, Annick 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 ; Gilles Raoul-Cormeil, Majeurs protégés. Le régime des décisions médicales concernant les personnes majeures protégées, *art. cit.*

⁴⁴⁸ C. civ. art. 459 al. 1.

⁴⁴⁹ CSP art. L. 1111-2, III al. 2.

⁴⁵⁰ V. à ce sujet, Comité National pour la Bienveillance et les Droits des personnes âgées et des personnes handicapées, rapport *cit.*, p. 20 et 21.

⁴⁵¹ CSP art. L. 1111-4, al. 8.

⁴⁵² C. civ. art. 459 al. 1.

⁴⁵³ CSP art. L. 1111-4, al. 8.

⁴⁵⁴ V. pour une critique de cette disposition, Annick Batteur, Laurence Mauger-Vielpeau, Fanny Rogue, Gilles Raoul-Cormeil, Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! *art. cit.*

de prendre une décision, libre et éclairée⁴⁵⁵ car son trouble mental ou sa déficience intellectuelle lui ôte tout discernement. Cette altération des facultés mentales peut ainsi éventuellement provoquer le déni de sa maladie ou de son trouble, physique ou mental. Dans ce cas, l'évaluation du degré d'aptitude du patient, déléguée par le législateur au médecin, peut être délicate et engendrer nombre d'abus. Elle peut l'être en fonction de divers paramètres fondés sur la capacité du patient à comprendre l'information médicale, apprécier sa situation, raisonner et argumenter ses choix⁴⁵⁶. De fait, dans l'immense majorité des hypothèses, la vérification de l'aptitude à consentir n'est pas théorisée mais repose sur l'appréciation du médecin fondée sur ses propres constatations ou sur les dires de l'entourage du patient. L'invalidation de la parole du malade peut parfois être une solution de facilité, en cas d'hésitation sur la lucidité de ce dernier, afin d'éviter d'éventuelles poursuites pour non-assistance à personne en péril⁴⁵⁷. En effet, la liberté fondamentale de refuser ou d'interrompre tout traitement, mettant sa vie en danger, est octroyée uniquement au patient ayant émis une volonté libre et éclairée⁴⁵⁸. Si l'inaptitude est avérée, une représentation est possible.

Les dispositions, relatives aux atteintes au corps d'une personne inapte à exprimer sa volonté, se révélaient antérieurement, pour la plupart, dispersées, fragmentées, voire incohérentes et lacunaires. Désormais, des dispositions plus précises existent mais la dichotomie entre le Code de la santé publique et le Code civil perdure et peut engendrer des incohérences.

Selon les dispositions du Code de la santé publique, en cas d'inaptitude du patient à consentir, le protecteur peut « autoriser » la décision médicale⁴⁵⁹. Afin de respecter les droits fondamentaux des personnes vulnérables⁴⁶⁰, il doit toutefois tenir compte de l'avis de la personne inapte à exprimer sa volonté⁴⁶¹. Il s'agirait donc de l'expression d'une volonté représentée. Le recueil de l'avis du patient inapte à consentir peut sembler paradoxal voire candide⁴⁶² ou hypocrite. Cette référence dissimulerait mal la réalité à savoir que la personne considérée inapte à exprimer sa volonté n'a plus aucun contrôle sur les atteintes pratiquées sur son corps. En réalité, toutefois, de nombreux patients, en dépit de leurs troubles cognitifs, sont capables de participer aux décisions les concernant. Ils peuvent projeter leur volonté au-delà de leurs capacités mnésiques. Par ce biais, ils peuvent demeurer acteurs de leur propre vie⁴⁶³. En ce sens, le Comité consultatif national d'éthique, dans un avis récent, précise que lorsque le consentement « n'est plus tout à fait possible, d'autres formes d'expression plus subtiles et moins formelles d'une certaine

⁴⁵⁵ CSP art. L. 1111-4 al. 3.

⁴⁵⁶ Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie, Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, *cit.* p. 16 et 17.

⁴⁵⁷ C. pén. art. 223-6 al. 2.

⁴⁵⁸ CSP art. L. 1111-4, al. 2 et 3.

⁴⁵⁹ CSP art. L. 1111-4, al. 8.

⁴⁶⁰ C. civ. art. 415, al. 2, à la lumière de la CIDPH, art. 12

⁴⁶¹ CSP art. L. 1111-4, al. 8.

⁴⁶² « Quelle candeur ! Bien qu'inapte à exprimer une volonté, une personne serait capable d'exprimer des souhaits et même de donner son avis ! » Annick Batteur, Laurence Mauger-Vielpeau, Fanny Rogue, Gilles Raoul-Cormeil, Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante ! *art. cit.*

⁴⁶³ Aline Vignon-Barrault, La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie, *art. cit.*, p.486.

volonté, peuvent demeurer ». Il s'agit alors de rechercher l'assentiment qui « relève davantage du sentir et du ressentir que du jugement intellectuel » et « remplit le vide entre le tout ou rien ». Il n'est pas nécessairement verbalisé et peut s'exprimer par des signes corporels⁴⁶⁴. En outre, le patient peut être conscient, faute d'être lucide. Son inaptitude à exprimer sa volonté engendre alors une dichotomie absurde en le dépossédant de toutes les décisions concernant son corps qui se trouve, effectivement, « géré » par des tiers. Les dispositions du Code civil complètent, sur le fondement des critères différents, voire contredisent les dispositions du Code de la santé publique. Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée et que l'assistance ne suffit pas, le juge ou le conseil de famille peut autoriser le protecteur à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle⁴⁶⁵. Aucune référence n'est faite, en l'espèce, à la volonté du majeur protégé. Il s'agirait donc d'une décision substituée. Toutefois, la volonté de l'intéressé réapparaît, dans les deux codes, dans une disposition remarquable⁴⁶⁶. En cas de désaccord entre le majeur et son protecteur à propos d'une décision concernant la santé du premier, sauf urgence, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision. L'intervention du juge est donc limitée aux cas de désaccords. En outre, et de façon paradoxale, le majeur doit être en état de manifester son désaccord malgré son inaptitude à exprimer sa volonté. Et enfin, le juge doit être informé de ce désaccord, ce dont il est possible de douter.

Section II- **Décision substituée sans référence à la volonté du représenté**

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng

-« **Ton corps nous appartient** » : *réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté*, art. cit.

-*Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte*, art. cit.

-*L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours*, art. cit.

-*La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, op. cit., p. 654 et suiv.

Relativement à certaines situations, la loi se réfère à l'intérêt objectif de l'intéressé. Elle permet donc, précisément, une substitution de volonté qui s'avère, en pratique, plus ou moins teintée d'empathie, en fonction notamment de la possibilité de s'identifier à ce dernier. Les dispositions légales visent soit tous les patients (§I), soit spécifiquement les majeurs protégés (§II).

⁴⁶⁴ L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin, CCNE, avis du 7 juillet 2021 (n° 136) https://www.ccne-ethique.fr/fr/type_publication/avis, p. 29.

⁴⁶⁵ C. civ. art. 459 al. 2.

⁴⁶⁶ CSP art. L. 1111-4, al. 8. V. également, dans le même sens, C. civ. art. 459 al. 2.

§I-Substitution de volonté indépendamment de la capacité juridique du patient

La décision des tiers peut être substituée et fondée sur l'intérêt objectivement déterminé de la personne inapte à s'exprimer, sans référence à la volonté de cette dernière. Cette appréciation objective semble présenter, *a priori*, les avantages de la simplicité en évitant les appréciations divinatoires de la volonté antérieure du patient. Elle intervient lorsqu'il n'est pas possible, matériellement ou juridiquement, de se référer à une éventuelle consigne mais résulte également des règles de fonctionnement des mesures de protection.

La volonté est obligatoirement substituée, en premier lieu, lorsque la personne désormais inapte à émettre un consentement n'a, par le passé, ni désigné une personne de confiance, ni rédigé de directives anticipées ou que celles-ci s'avèrent inapplicables⁴⁶⁷. L'entourage peut également être dans l'impossibilité de se référer à un quelconque souhait, manifesté de façon informelle, lorsque l'intéressé n'en a pas exprimé ou a tenu, à ce sujet, des propos divergents ou trop généraux. Il en est également ainsi si celui-ci a toujours souffert d'une absence de lucidité, notamment en raison d'une déficience intellectuelle ou de troubles mentaux, et n'a, par conséquent, pas été en mesure d'émettre un avis sur cette question.

La substitution pure et simple de volonté présente toutefois des dangers non négligeables. Elle est, en effet, susceptible de conduire à des dérives et, spécifiquement, lors de la fin de vie. En effet, à propos du geste légal, le risque existe « d'une décision fondée sur une approche trop subjective de la bienfaisance ou répondant à une motivation ambivalente »⁴⁶⁸. Ainsi, un tiers pourrait réclamer l'abrégement de la vie de l'intéressé pour des raisons qui lui sont personnelles, telles que ses propres souffrances ou les conséquences insupportables de l'accompagnement sur sa vie privée⁴⁶⁹.

En deuxième lieu, l'appréciation objective de l'intérêt du patient peut être un motif d'exclusion de sa volonté, antérieurement exprimée et figurant dans des directives formelles ou rapportée par la personne de confiance ou l'entourage, jugée non conforme. Précisément, les directives ne s'imposent pas « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation »⁴⁷⁰. Ainsi, si une abstention ou un refus risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du patient, le médecin délivre des soins indispensables, y compris en cas de refus du tuteur⁴⁷¹. L'urgence ou l'impossibilité dispense également le médecin de consulter, avant de pratiquer

⁴⁶⁷ Trop précises, les directives « ne laissent pas de place à l'interprétation médicale en vue de leur adaptation, trop générales, elles ne permettent pas de s'assurer que la volonté exprimée correspond à la situation » CCNE, Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir, avis *cit.*, p. 29.

⁴⁶⁸ Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir, CCNE, avis *cit.*, p. 41 ; Penser solidairement la fin de vie, Rapport Didier Sicard, *cit.*, p. 94 et 95 ; V. en ce sens, Rapport sur le débat public concernant la fin de vie, CCNE, *cit.*, p. 52.

⁴⁶⁹ V. en ce sens, le refus des autorités allemandes de fournir à une femme le médicament nécessaire pour un suicide assisté porte atteinte au droit au respect de la vie privée de son époux, CEDH, 19 juill. 2012, Koch c/ Allemagne, RTD civ. 2012, p. 700, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; RTD civ. 2013, p. 354, obs. Jean Hauser.

⁴⁷⁰ CSP art. L. 1111-11 al. 3.

⁴⁷¹ CSP art. L. 1111-4 al. 9.

une investigation ou une intervention, la personne de confiance, les membres de l'entourage de l'intéressé hors d'état d'exprimer sa volonté⁴⁷² ou encore l'organe de la protection⁴⁷³.

Un autre obstacle important, à la prise en considération de la volonté, survient dans le cas suivant. Si une personne a précisé par avance, formellement, vouloir refuser certains soins, sa volonté peut ne pas être prise en compte si elle n'est pas en mesure de réitérer, en connaissance de cause, ce refus dans un délai raisonnable⁴⁷⁴. Cette réitération, nécessitant un consentement libre et éclairé, s'avère par hypothèse impossible en cas d'incapacité.

De façon générale, en pratique, il apparaît que la famille et les soignants, pour des raisons de rapidité et de simplicité ou tout simplement par habitude, ne prennent pas la peine de consulter le malade. Dans ce cas, ce dernier se voit confisqué tout pouvoir de décision⁴⁷⁵.

Par ailleurs, les directives anticipées ne s'imposent pas lorsqu'elles apparaissent « manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »⁴⁷⁶. Cette disposition donne au médecin un pouvoir exorbitant, très largement utilisé. Plus spécifiquement, elle s'applique en matière de soins psychiatriques réalisés dans l'enceinte de l'hôpital, même s'il existe une volonté de faire prévaloir le droit commun⁴⁷⁷. La volonté du patient, antérieure ou actuelle, est effectivement incompatible à la fois avec son intérêt objectif supposé, consistant en la stabilisation voire en la guérison de son trouble mental, et avec celui de la société. En outre, par dérogation au droit commun et en raison de la nécessité de soigner et de neutraliser le patient, la consultation de la personne de confiance ou des protecteurs légaux ou naturels n'est pas prévue pour l'adoption, par les médecins de l'établissement psychiatrique, d'un protocole thérapeutique. En effet, les soins psychiatriques sont contraints et les tiers précités, pas plus que l'intéressé, ne semblent pouvoir s'y opposer. Il leur est seulement possible d'intenter une action pour contester leur nécessité⁴⁷⁸.

Enfin et surtout, les vœux émis, de façon formelle ou informelle, ou rapportés par la personne de confiance n'ont, de façon générale, aucune véritable valeur contraignante pour les médecins qui allèguent leur aptitude à apprécier la situation du patient, sur le plan médical, et leurs responsabilités professionnelles⁴⁷⁹. Ainsi, en fin de vie, si le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, une décision collégiale peut s'imposer, relativement à l'absence de mise en œuvre ou à l'arrêt des actes inutiles disproportionnés ou provoquant seulement le maintien artificiel de la vie⁴⁸⁰. Les médecins se fondent sur un

⁴⁷² CSP art. L. 1111-4 al. 5.

⁴⁷³ CSP art. L. 1111-4 al. 8.

⁴⁷⁴ CSP art. L. 1111-4 al. 3.

⁴⁷⁵ Aline Vignon-Barrault, La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie, *art. cit.*, p.486.

⁴⁷⁶ CSP art. L. 1111-11 al. 3.

⁴⁷⁷ V. en ce sens, Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport du 4 mai 2021 *cit.*, p. 130 à 132

⁴⁷⁸ CSP art. L. 3211-12.

⁴⁷⁹ Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir, CCNE, avis *cit.*, p. 31 ; Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie, Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, *cit.*, p. 23.

⁴⁸⁰ CSP art. L. 1110-5-1 al. 1.

ensemble d'éléments médicaux et non médicaux, dont le poids respectif dépend des circonstances particulières relatives à chaque patient⁴⁸¹.

§II-Régimes légaux de protection et substitution de volonté

La philosophie des régimes légaux de protection semble s'opposer à toute recherche d'une volonté émise, par le passé, par l'intéressé. En effet, dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut la révoquer⁴⁸². Il n'existe aucun critère légal en la matière. Les juges usent parfois d'une formule de style pour la révoquer, lors de l'ouverture de la mesure de protection⁴⁸³. Si le risque d'incompatibilité entre le rôle des organes légaux de protection et celui de la personne de confiance peut expliquer cette règle, ce non-respect de la volonté antérieure de la personne en tutelle est particulièrement regrettable⁴⁸⁴.

Une évolution positive a toutefois eu lieu. En effet, antérieurement, la représentation prévue, dans les régimes légaux de protection permettait une substitution, pure et simple, de la volonté des organes légaux de protection, fondée sur l'intérêt supposé de la personne protégée, notamment en matière de santé. Ceux-ci n'avaient aucune obligation légale de se référer à d'éventuels souhaits exprimés, par le passé, par la personne protégée. Il en était ainsi pour tout acte, médical ou thérapeutique, autorisé par le tuteur⁴⁸⁵ ou, dans l'hypothèse d'une atteinte grave à l'intégrité corporelle telle qu'une intervention chirurgicale ou une interruption de grossesse, par le juge des tutelles ou le conseil de famille⁴⁸⁶.

Désormais, les dispositions légales tentent de se référer à la volonté du patient⁴⁸⁷. Toutefois, pour le majeur protégé, il est précisé 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 »⁴⁸⁸. Le juge peut statuer à leur demande ou d'office⁴⁸⁹. Ceci signifie qu'il peut opter pour une décision contraire à celle exprimée par le patient.

⁴⁸¹ Un recours en référé liberté devant les juridictions administratives peut être formé par toute personne intéressée, CJA, art. L. 521-2 et art. L. 521-4. Le juge contrôle alors la régularité de la procédure, les conditions de fond de l'arrêt des traitements et notamment la notion d'obstination déraisonnable, CE, ord. réf., 6 août 2020, n° 442268 : JurisData n° 2020-011367, JCP G 2020, n° 38, 1020, note François Violla ; CE, ord., 24 avril 2019, n° 428117, RTD Civ. 2019 p.552, note Anne-Marie Leroyer ; AJ Fam. 2019. 233, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse. V. également, Cécile Castaing, Les cinq commandements dans la nouvelle affaire Vincent Lambert, D. 2019 p.1144.

⁴⁸² CSP art. L. 1111-6 al. 5.

⁴⁸³ Gilles Raoul-Cormeil, Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée, *art. cit.*, p. 11.

⁴⁸⁴ V. en ce sens, Fanny Vasseur-Lambry, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, Dr. Fam. 2011, n° 2, dossier 3.

⁴⁸⁵ C. civ., art. 459 al. 2 ancien ; CSP, art. L. 1111-4 al. 6 *a contrario* et L. 1111-2, anciens.

⁴⁸⁶ C. civ., art. 459 al. 3 ancien.

⁴⁸⁷ V. *supra*, p. 60 et suiv.

⁴⁸⁸ CSP art. 1111-4 al. 8 ; C. civ. art. 459 al. 2.

⁴⁸⁹ C. civ. art. 459 al. 2.

Chapitre II-

Les actes médicaux et thérapeutiques spécifiques pratiqués sur le corps de la personne vulnérable

Concernant les personnes vulnérables, deux sortes d'atteintes corporelles doivent être envisagées : les actes médicaux et thérapeutiques consécutifs à une admission en soins psychiatriques (section I) et les atteintes non thérapeutiques (section II).

Section I- Les actes médicaux et thérapeutiques consécutifs à une admission en soins psychiatriques

Le traitement, par le biais des actes médicaux ou thérapeutiques, constitue l'un des fondements de la limitation voire de l'annihilation de la liberté d'aller et venir, l'autre résidant dans l'aspect sécuritaire. Avant d'envisager ces actes, il convient, au préalable, d'évoquer les deux grandes théories, la psychanalytique et la neurobiologique⁴⁹⁰, qui rendent compte des troubles mentaux⁴⁹¹ et des processus de changement. Pour les théories cognito-comportementales, les manifestations de l'inconscient procèdent du contexte dans lequel évolue le sujet. Ainsi, l'éducation, l'apprentissage social et les expériences individuelles ont créé des habitudes comportementales et idéiques ainsi que des réactivités émotionnelles spécifiques. Il s'agit dès lors de procéder à un déconditionnement et à une reconstruction cognitive. La théorie neurobiologique, au contraire, repose sur l'origine organique du trouble mental. Dès lors, le soin réside dans l'administration de médicaments. Face à l'impossibilité de démontrer les mécanismes d'action des produits psychotropes, s'est développée la neuropsychologie cognitive qui permet de faire le lien entre les fonctionnalités du cerveau et les grandes fonctions psychologiques. Elle se fonde sur des techniques de remédiation cognitives à savoir un programme de rééducation⁴⁹².

Au cours des soins psychiatriques, le patient peut bénéficier d'actes thérapeutiques *stricto sensu* (§I) ou subir une contention et un isolement (§II).

⁴⁹⁰ Sur la conception sociologique du trouble mental, V. *supra*, p. 20.

⁴⁹¹ Ces précisions concernent uniquement la maladie mentale et non la déficience intellectuelle qui, si elle est susceptible d'amélioration, ne peut, par hypothèse, disparaître. Sur les déficiences intellectuelles, V. *supra*, p. 19 et 20.

⁴⁹² MC Hardy -Baylé et D. Leguay, *in* Manuel de psychiatrie, dir. Julien-Daniel Guelfi et Frédéric Rouillon, *op. cit.*, p. 15 à 19 et p. 23. A noter que ces techniques sont utilisées notamment par rapport aux troubles schizophréniques.

§I-*Les actes thérapeutiques psychiatriques stricto sensu*

Il s'agit d'abord de savoir si, dans le cadre des soins psychiatriques, les actes thérapeutiques, de façon générale, sont réalisés sous la contrainte (A). Ensuite, plus précisément, il convient de se concentrer sur la contention chimique (B).

A-Actes thérapeutiques et contrainte

V. à ce propos :

Valérie Doumeng :

-De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? *art. cit.*

-« Ton corps nous appartient » : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, *art. cit.*

-Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, *art. cit.*

La contrainte ne se traduit pas seulement par « l'arrachement au milieu d'origine, la soustraction au regard du monde »⁴⁹³, elle se poursuit au sein de l'hôpital psychiatrique. Pendant longtemps, l'hôpital a constitué une simple réponse sociale au désordre provoqué par certains malades ou déficients mentaux vivant au sein de la société. Les individus se trouvaient « hospitalisés » mais pas soignés en raison notamment de l'inexistence de traitements spécifiques, de structures adaptées et de médecins en nombre suffisant⁴⁹⁴. Désormais, les dispositions légales sous-entendent que le temps passé dans cette structure a pour but de soigner le patient ou d'améliorer son état afin que celui-ci puisse revenir sans danger, pour lui-même ou autrui, au sein de la société⁴⁹⁵.

L'atteinte au corps, quelle que soit la capacité juridique de l'intéressé, peut s'exercer par le biais de soins psychiatriques visant à la guérison ou, tout au moins, à la diminution et à la stabilisation des symptômes ou manifestations du trouble mental. Elle s'accompagne obligatoirement, dans un premier temps, d'une atteinte à la liberté par le biais d'une hospitalisation contrainte. Par la suite, la prise en charge peut s'effectuer sous une autre forme, notamment en ambulatoire, en milieu ouvert ou au cours de séjours au sein d'un établissement psychiatrique⁴⁹⁶.

Cette dissociation du principe des soins contraints de ses modalités ne s'avère pas neutre quant à l'aptitude du patient, généralement conscient et en mesure de s'exprimer, et au pouvoir consécutif des tiers sur son corps. Dès lors, la

⁴⁹³ Céline Rumen, Pedro Valente, La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ? JFP 2004/3, n° 23, p. 25.

⁴⁹⁴ V. à ce sujet, M. Bourgeois, J.P. Beaussier, H. Verdoux, R. Goumilloux, F. Peyre, Des P.O.-P.V (loi du 30 juin 1838) aux H.O.-H.D.T. (loi du 27 juin 1990). Bilan préliminaire de la pratique de la nouvelle loi sur l'hospitalisation sous contrainte (H.S.C), Ann. médico-psychol. 1991, n° 4, p. 357, spéc. 361.

⁴⁹⁵ V. pour les dispositions explicites, CSP art. L. 3211-3 al. 1 et L. 3211-4 (mise en œuvre du traitement) ; CSP art. L. 3211-11 al. 1 (guérison).

⁴⁹⁶ CSP art. L. 3211-2-1, I, 2°.

question des soins contraints, si elle n'est pas étrangère à l'extrahospitalier, se concentre sur le temps de l'hospitalisation.

Les critères, pour permettre la contrainte, varient suivant que les soins psychiatriques reposent sur une logique sécuritaire ou sanitaire. Les soins psychiatriques sécuritaires se fondent non pas sur une description du trouble, et sur l'incapacité consécutive à consentir aux soins, mais sur ses effets sur l'ordre public. Décidés par le représentant de l'Etat dans le département, ils nécessitent des « troubles mentaux » compromettant « la sécurité des personnes » ou portant « atteinte, de façon grave, à l'ordre public »⁴⁹⁷. Les soins psychiatriques à l'aspect sanitaire prépondérant, initiés par des personnes privées⁴⁹⁸, doivent rendre impossible le consentement et nécessiter une surveillance médicale régulière⁴⁹⁹.

Ces procédures, quelle que soit la modalité d'admission, permettent de livrer, en quelque sorte, la personne à l'institution psychiatrique, précisément aux médecins qui peuvent dès lors la traiter, dans un contexte de privation de liberté, sans son consentement voire même contre sa volonté⁵⁰⁰. Cette loi spéciale, si elle octroie des garanties⁵⁰¹, ne fait en effet pas référence, à l'instar du droit commun, à la vérification de l'incapacité du malade, pendant son hospitalisation, à consentir aux soins⁵⁰².

De façon générale, quelle que soit la modalité d'admission, et malgré les garanties octroyées⁵⁰³, le malade admis contre son gré, se trouve soigné contre sa volonté dès lors que son état mental l'exige⁵⁰⁴, ce qui se trouve présumé étant donné la gravité des troubles mentaux présidant à l'hospitalisation. Précisément, l'impossibilité de donner un consentement aux soins est l'une des conditions préalables à l'admission à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent⁵⁰⁵.

Ainsi, il existe des restrictions à l'exercice des libertés individuelles du patient même si elles sont « adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental

⁴⁹⁷ CSP art. L. 3213-1, I al. 1 et L. 3213-10. Ces soins psychiatriques peuvent être prononcés, de façon provisoire, en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, par les maires et les commissaires de police à Paris, CSP art. L. 3213-2 al. 1. V. également, CSP art. L. 3213-6.

⁴⁹⁸ Ces soins peuvent être initiés par le directeur de l'établissement, à la demande d'un tiers ou sans demande préalable, en cas de péril imminent pour la santé de la personne, CSP art. L. 3212-1 et suiv.

⁴⁹⁹ CSP art. L. 3212-1, I.

⁵⁰⁰ CSP art. L. 3211-3 al. 1

⁵⁰¹ En effet, le malade a droit à la délivrance de l'information médicale (CSP art. L. 3211-3 al. 3), à la consultation du médecin de son choix (CSP art. L. 3211-3 al. 5, 4°) et le protocole thérapeutique doit être mis en œuvre dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur (CSP art. L. 3211-4).

⁵⁰² C. civ. art. 16-3 al. 2 ; CSP art. L. 1111-4 al. 3 ; CE, 16 juill. 2012, n° 360793, CHS G. Régnier, AJDA 2012, p. 2035 ; C. Castaing, La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, quel droit pour quel juge ? AJDA 2013, 153. V. toutefois la volonté de faire prévaloir le droit commun, Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport du 4 mai 2021, *cit.*, p. 130 à 132.

⁵⁰³ V. à propos de la possibilité, pour le malade, de prendre conseil du médecin de son choix : CSP art. L. 3211-3 al. 5, 4°, et de la nécessité de mettre en œuvre un protocole thérapeutique dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur : CSP art. L. 3211-4.

⁵⁰⁴ CSP art. L. 3211-3 al. 1.

⁵⁰⁵ CSP art. L. 3212-1, I, 1°.

et à la mise en œuvre du traitement requis »⁵⁰⁶. Sur le fondement de cette disposition, les actes thérapeutiques à l'hôpital psychiatrique s'effectuent, dans l'immense majorité des hypothèses, sans le consentement du malade, l'avis de ce dernier étant souvent négligé et les explications évitées⁵⁰⁷. C'est précisément le cas pour l'administration forcée d'un traitement médicamenteux voire, de façon plus exceptionnelle, pour la sismothérapie ou électro convulsivothérapie. Cet état de fait s'expliquerait notamment par la nature des troubles traités qui rendrait délicate et parfois même nuisible l'information de l'intéressé et la recherche du consentement difficile voire impossible⁵⁰⁸.

Paradoxalement, le patient se trouve associé à la décision relative à une modification des modalités des soins psychiatriques contraints, précisément, lui permettant de les recevoir sans être hospitalisé de façon permanente⁵⁰⁹. Ainsi, s'agissant de l'établissement ou de la modification d'un programme de soins, il en est d'abord informé, dans la mesure où son état le permet. Il exprime ensuite, à ce propos, un avis ou des observations, par tout moyen et de façon adaptée à son état, qui sont pris en considération dans toute la mesure du possible⁵¹⁰. Par ailleurs, aucune mesure de contrainte ne peut être mise en œuvre à l'égard d'un patient bénéficiant d'une prise en charge extrahospitalière⁵¹¹. En réalité, les nécessités pratiques expliquent cette aporie juridique. En effet, l'observance et la réussite d'un programme de soins, sous une forme autre que l'hospitalisation complète, dépendent, en grande partie, de la responsabilisation du malade et de sa participation active⁵¹². Il s'avère par conséquent fondamental de recueillir un consentement « atténué »⁵¹³ ou, tout au moins, de constater une absence d'opposition, éventuellement motivée par la crainte d'une nouvelle privation de liberté⁵¹⁴.

B-Contention chimique : administration et contrôle

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng

-De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte, *art. cit.*

-Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, *art. cit.*

⁵⁰⁶ CSP art. L. 3211-3 al. 1.

⁵⁰⁷ En ce sens, Analyse des commentaires des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques, annexe à la note d'information DGS/ SP 3 n° 10 du 8 février 1995 relative à l'évaluation de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990, BOMAS, n° 95/12 du 3 mai 1995, p. 647, spéc. 651.

⁵⁰⁸ Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport du 4 mai 2021, *cit.*, p. 133 à 135.

⁵⁰⁹ CSP art. L. 3211-2-1, I, 2°.

⁵¹⁰ CSP art. L. 3211-3 al. 2 et 4 ; art. L. 3211-2-1, II

⁵¹¹ CSP art. L. 3211-2-1, III.

⁵¹² Mathias Couturier, La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ? RDSS, 2014 p. 120 ; Valérie Doumeng, De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? *art. cit.*, p. 385 et 386.

⁵¹³ « Atténué » c'est-à-dire ne répondant pas aux critères du consentement de « droit commun » CSP art. L. 1111-4.

⁵¹⁴ V. à propos de la réhospitalisation, CSP art. L. 3211-11.

En cas de troubles psychiatriques, divers traitements médicamenteux psychotropes sont administrés⁵¹⁵. Les cinq grands groupes sont les : anxiolytiques (tranquillisants), hypnotiques (somnifères), antidépresseurs, stabilisants de l'humeur (dits aussi régulateurs de l'humeur, thymorégulateurs, ou parfois normothymiques) et neuroleptiques (dits aussi antipsychotiques)⁵¹⁶.

La prescription médicamenteuse ou « contention chimique » consiste « en l'administration de médicaments sédatifs, souvent sous forme injectable, en situation de crise, afin de retreindre l'excitation psychique ou motrice »⁵¹⁷. Les « effets psychotropes conduisent à limiter, à perturber voire à annihiler la liberté des patients »⁵¹⁸. A ce propos, une sur-médication est constatée⁵¹⁹. En effet, la psychiatrie humaniste a progressivement disparu pour être remplacée par une psychiatrie, nourrie de neurosciences⁵²⁰, qui associe l'efficacité thérapeutique à l'effacement du caractère dérangentant du symptôme⁵²¹. Une autre approche se dessine toutefois, portée notamment par la doctrine du « mouvement du rétablissement personnel » forgée aux Etats-Unis et nommée aussi « empouvoirement/empowerment ». Elle s'écarte de la normalisation à outrance se traduisant par la volonté forcenée de faire disparaître les symptômes. Au contraire, cette théorie souhaite la prise en considération de la personne pour elle-même, avec ses spécificités⁵²². En France, cette doctrine a pour l'instant peu d'influence sur les pratiques.

La contention chimique ne fait l'objet d'aucune réglementation précise, à la différence de la contention physique⁵²³. De leur côté, les juridictions estiment que se prononcer sur le traitement prescrit par les médecins ne relève pas de leur attribution. Leur contrôle se limite à s'assurer du respect du consentement libre et éclairé du patient en soins libres ou à rechercher les

⁵¹⁵ Les médicaments psychotropes traitent les troubles psychiques. Ils agissent sur le système nerveux central en modifiant certains processus biochimiques et physiologiques du cerveau. V. santé mentale info, <https://www.psycom.org>. A noter que les troubles bipolaires sont guérissables à l'aide d'une médication adaptée. V. à ce sujet, Table ronde avec Jean-Luc Gallais, table ronde avec Thierry De Rochegonde, Olivier Tarragano, propos recueillis par Alice Béja et Marc-Olivier Padis, *Esprit* 2015/3, p. 61, spéc. p. 71.

⁵¹⁶ V. santé mentale info, <https://www.psycom.org>; Bruno Falissard, *Les médicaments de la folie*, *Esprit*, 2015/3, p. 72, spéc. 72 et 73.

⁵¹⁷ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, Rapport 2016, éd. Dalloz, 2016, p. 2.

⁵¹⁸ Éric Péchillon et Paul Véron, note sous Cons. Const., 19 juin 2020, n° 2020-844-QPC, *JCP G.* 2020, n° 28, 862.

⁵¹⁹ V. en ce sens, pour les enfants autistes, *Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017*, *cit.*, n° 59, p. 15.

⁵²⁰ « Une conception exclusivement neurobiologique des troubles mentaux, qui tend à assimiler les psychoses à des maladies somatiques, s'est imposée dans les programmes de recherche et les formations » Sophie Roche, *Splendeurs et misères de la psychiatrie*, *Esprit* 2015/3, p. 41, spéc. p. 46.

⁵²¹ Les contestations de la psychiatrie, Entretien avec Jacques Hochmann, propos recueillis par Olivier Mongin, Marc Olivier Padis et Joël Roman, *Esprit* 2015/3, p. 19, spéc. 19.

⁵²² Les contestations de la psychiatrie (...), *art. cit.*, p. 24 et 25 ; Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie, *art. cit.*, p. 239 ; Hubert Doucet, La contribution de l'approche par les capacités d'Amartya Sen à la pratique professionnelle en santé mentale : une analyse éthique, *Éthique et santé mentale*, vol. 3, n° 2, 2020, p.93, spéc. 94 et 95. V. pour un développement de cette théorie, *infra*, p. 142.

⁵²³ V. *infra*, p. 72 et 73.

effets dommageables d'un mauvais dosage ou d'un médicament inapproprié⁵²⁴.

Il peut s'avérer effectivement complexe de contrôler, en pratique, la contention chimique. Ce d'autant, qu'en la matière, l'administration de médicaments à la personne hospitalisée sous contrainte, contrairement à tout malade hospitalisé librement, peut avoir une fonction non pas thérapeutique mais « disciplinaire ». Autrement dit, le médecin peut prescrire une chimiothérapie, à dominante sédatrice et inhibitrice, à des doses supérieures à celles nécessitées par l'état de santé, à destination des malades étiquetés dangereux ou perturbateurs⁵²⁵. Cette pratique est justifiée par la volonté d'éviter tout désordre institutionnel et de garantir la sécurité du malade lui-même et d'autrui. Elle n'est toutefois pas assumée et, par conséquent, ne se trouve pas évoquée par les textes.

La contention chimique varie en fonction de l'état d'agitation et de la dangerosité du malade. Elle se trouve donc logiquement plus massivement utilisée dans les unités interrégionales pour malades difficiles (UMD), qui sont des unités de contrainte extrême⁵²⁶. En effet, pour y être hospitalisés ou transférés, sur demande du représentant de l'Etat, les malades doivent présenter un danger tel que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne peuvent être mises en œuvre que dans une unité spécifique. Ces conditions restrictives, alliées aux modalités entourant la prise en charge⁵²⁷, sont destinées à éviter toute admission et toute chronicisation médicalement injustifiée dans une telle unité. En pratique, le faible nombre de places de ces unités, par rapport à la demande croissante émanant des services d'hospitalisation sans consentement⁵²⁸, réduit de fait les risques précités⁵²⁹. La « contention chimique » est également particulièrement utilisée dans les unités de soins intensifs en psychiatrie (USIP). Ces unités d'hospitalisation à temps complet accueillent « pour des séjours limités, des patients agités et perturbateurs dont la prise en charge est provisoirement contre-indiquée dans les unités d'hospitalisation en secteurs, mais qui ne relèvent pas pour autant d'un service pour malades difficiles »⁵³⁰.

⁵²⁴ V. en ce sens, les décisions citées par Éric Péchillon et Paul Véron, note sous Cons. Const., 19 juin 2020, n° 2020-844-QPC, *cit.*.

⁵²⁵ Gaby Richon, *L'hôpital psychiatrique : un passé sans avenir*, *art. cit.*, p. 80.

⁵²⁶ CSP art. R. 3222-1 et suiv. Villejuif, Val-de-Marne (1910), Montfavet, Vaucluse (1947), Sarreguemines, Moselle (1957) ; Cadillac, Gironde (1963), Plouguernevel, Côtes d'Armor (2008), Monestier-Merlines, Corrèze (2011), Sotteville-lès-Rouen, Seine-Maritime (2011), Albi, Tarn (2011), Châlons-en-Champagne, Marne (2012), Bron, Rhône (2012).

⁵²⁷ CSP art. R. 3222-2 et suiv. et précisément le rôle attribué à la commission de suivi médical.

⁵²⁸ Les services de soins, du fait notamment de la féminisation du personnel qui a remplacé les « gardiens » et de la diminution des moyens de contention, sont mal adaptés à ce type de malades, ce qui rend les risques d'agressions difficilement évitables, *La psychiatrie ouverte. Une dynamique nouvelle en santé mentale*, Gérard Massé, Rapport au ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, éd. ENSP, 1993, p. 92, 12, 121 ; Christian Kottler, *L'expérience de l'UMD Henri Colin*, JFP, 2003/2, n° 19, p. 19, spéc. 20.

⁵²⁹ Pour pallier cette insuffisance, des structures intermédiaires ont été créées : les USIP. P. Le Bihan, D. Esfandi, C. Pagès, S. Thébaud, JB Naudet, *Les unités de soins psychiatriques (USIP) : expériences françaises et internationales*, Médecine et droit, sept-déc. 2009, p. 138, spéc. 139 et suiv.

⁵³⁰ Circ. n° 5780 du 21 décembre 1987 relative à la planification en santé mentale et à la préparation de la mise en place de la carte sanitaire en psychiatrie ; V. sur les USIP, 16 au

§II-La contention et l'isolement : mécanismes thérapeutiques ou sécuritaires ?

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? *art. cit.*

-La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, p. 305 et suiv.

La contrainte physique peut être diverse et variée. Ainsi, la méthode « packing », consistant à envelopper les enfants autistes et les adultes psychotiques dans des draps extrêmement froids et humides, pour leur permettre de prendre conscience de leurs limites corporelles, est encore répandue⁵³¹. Elle fait toutefois l'objet d'une réprobation dans le milieu médical et des dispositions spécifiques tentent de lutter contre cette pratique expérimentale⁵³².

Plus généralement, le patient en soins psychiatriques subit la contention mécanique et l'isolement. Ces mécanismes « renvoient à une image asilaire d'un autre âge »⁵³³. La contention, systématique et généralisée, et les traitements indignes ont progressivement disparu dans les années qui ont suivi le geste symbolique de Pinel, libérant, à la fin du XVIII^e siècle, les aliénés de leurs chaînes⁵³⁴. Pourtant, la coercition physique, considérablement réduite depuis l'apparition des neuroleptiques⁵³⁵, existe toujours et se manifeste désormais, ponctuellement, sous la forme d'un isolement ou d'une contention. Précisément, la contention mécanique, à distinguer de la contention chimique⁵³⁶, consiste à utiliser des dispositifs matériels, notamment liens, attaches, camisoles, pour empêcher ou limiter les mouvements⁵³⁷. Cette pratique expose le patient à des risques considérables,

total sur le territoire français, V. à ce sujet, Soins sans consentement et droits fondamentaux, CGLPL, rapport *cit.*, p. 62 à 64.

⁵³¹ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, spéc. n° 59, p. 15 et n° 65, p. 16.

⁵³² V. sur ces points, Paul Véron, Géraldine Aïdan, Michel Chauvière, Roxana Eleta de Filippis, L'autisme saisi par le droit, *art. cit.*, n° 10.

⁵³³ Anne Dumont, Jean-Louis Terra, La contrainte physique pour répondre à la crise : règles, usages et réflexions, *Prat. santé ment.* 2014/4, p. 11, spéc. 11.

⁵³⁴ Jean Etienne Esquirol, Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-social, *op. cit.*, T2, p. 532 et 534 ; Bernard de Fréminville, La raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous ? éd Seuil, 1977, p. 10, 35-45 ; Céline Rumen, Pedro Valente, La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ? *art. cit.*, p. 25.

⁵³⁵ L'hôpital psychiatrique s'est transformé après l'apparition des neuroleptiques (1953-1955). *A priori*, il s'agit d'un progrès conséquent. A l'examen, toutefois, les neuroleptiques peuvent présenter un péril bien plus grand que les méthodes traditionnelles de contention qui entraient le corps mais pas l'esprit. V. en ce sens, Michel Audisio, La psychiatrie de secteur, *op. cit.*, p. 21-22 ; Roger Gentis, Traité de psychiatrie provisoire, éd. F. Maspéro 1977, p. 74 ; Louis Le Guillant, Lucien Bonnafé, La condition du malade à l'hôpital psychiatrique, *Esprit* 1952, 2, p. 843, spéc. 865.

⁵³⁶ V. *supra*, p. 72 et 73. La contention chimique est incluse dans les soins même si elle peut posséder un aspect sécuritaire (voire disciplinaire).

⁵³⁷ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 2.

tels que des lésions physiques (traumatisme osseux, rhabdomyolyse, thrombose, asphyxie, voire décès), et a un impact émotionnel négatif⁵³⁸.

L'isolement correspond au placement du patient dans un espace fermé qui ne peut être ouvert de l'intérieur. Les conditions de l'isolement sont attentatoires à la dignité et à l'intimité de la personne. En effet, généralement, cet espace est peu aéré, non éclairé par une lumière naturelle et muni des caméras de surveillance⁵³⁹. En outre, la sécurité du patient n'y est pas toujours assurée⁵⁴⁰.

Pendant longtemps, un vide législatif a existé à propos de ces mesures de contention et d'isolement. Ainsi, la loi du 30 juin 1838 protégeait les personnes contre les internements abusifs. Elle ne se préoccupait pas, en revanche, des modalités du traitement ou des droits des patients internés⁵⁴¹. Plus curieusement, la loi du 27 juin 1990 et, à sa suite, celle du 5 juillet 2011 n'avaient pas prévu de dispositions spécifiques relatives à l'isolement et à la contention. Ces mesures étaient considérées conformes aux dispositions compréhensives de la loi visant la possibilité de restreindre la liberté individuelle en raison de nécessités dues à l'état mental et à la mise en œuvre du traitement. Pourtant, au-delà de la privation de la liberté d'aller et venir, ces mesures portent atteinte à la dignité de la personne, dont le respect est exigé en toutes circonstances⁵⁴².

Les mesures d'isolement et de contention, au cours des vingt ou trente dernières années, se sont généralisées et banalisées⁵⁴³. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène : l'absence d'encadrement spécifique des mesures, en premier lieu, mais également, la réduction des effectifs de soignants, la suppression de la spécialisation des infirmier(e)s psychiatriques, l'allègements des traitements thérapeutiques, la diminution, voire l'interdiction dans certains services de la psychanalyse et la thérapie institutionnelle (qui placent le soignant dans une relation d'accompagnement), le climat sécuritaire, la représentation du malade comme un personne dangereuse plutôt que comme une personne souffrante et la peur croissante des équipes⁵⁴⁴.

⁵³⁸ Anne Dumont, Jean-Louis Terra, La contrainte physique pour répondre à la crise (...), *art. cit.*, p. 11 ; Karine Sferlazzo-Boubli note sous Cons. Const., 19 juin 2020, D. 2020 p.1559.

⁵³⁹ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, Rapport *cit.*, p. 2, 18, 27, 36, 37, 38, 87, 91 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *L'inf. psychia* 2017/2 vol. 93, p. 89, spéc. 90.

⁵⁴⁰ Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 90.

⁵⁴¹ « Passée sa porte, les praticiens et soignants sont maîtres dans le « royaume » de l'asile psychiatrique » Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL rapport *cit.*, p. 59.

⁵⁴² CSP art. L. 3211-3 al. 1

⁵⁴³ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. VII et VIII, p. 84 et 85 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 89.

⁵⁴⁴ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 86 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 89 et 90 ; Michel David, Peur sur la psychiatrie : contention et contraintes collectives, *Prat. santé ment.* 2014/4, p. 31, spéc. p. 32.

Le rapport spécial sur le droit des personnes handicapées⁵⁴⁵, au niveau international, et celui du contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵⁴⁶, au niveau interne, ont fait état de traitements inhumains et dégradants envers les personnes soumises à ces mesures. Face à cette situation alarmante, des évolutions légales concrètes et positives concernant l'isolement et la contention physique, ont eu lieu⁵⁴⁷. Désormais, l'usage des mesures de contention et d'isolement est explicitement réservé aux patients en hospitalisation complète sans consentement⁵⁴⁸. Ces mesures, relevant de la décision d'un psychiatre, sont « des pratiques de dernier recours » mises en œuvre uniquement pour « prévenir un dommage immédiat ou imminent pour le patient ou autrui »⁵⁴⁹. Autrement dit, il est possible d'y recourir dans l'urgence et en l'absence de toute autre alternative⁵⁵⁰. C'est le cas, notamment, quand les approches relationnelles et médicamenteuses ne suffisent plus à contenir les états d'agitation ou confusionnels ou un risque de violence du patient envers lui-même (automutilation ou suicide) ou envers autrui (comportement perturbateur, voire dangereux)⁵⁵¹. Cette disposition consacre, en partie, la logique qui prévalait antérieurement. En effet, l'isolement et la contention se révèlent être des outils mixtes, à la fois mesures thérapeutiques et de coercition. Précisément, au sein des services, l'accent est mis sur la

⁵⁴⁵ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, n° 65, p. 16.

⁵⁴⁶ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, 2016.

⁵⁴⁷ V. en ce sens, Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé. Cette loi s'est toutefois avérée peu protectrice du patient faute d'un encadrement suffisant des mesures de contention et d'isolement et surtout d'un contrôle judiciaire (CSP art. L. 3222-5-1 issu de la loi de 2016). En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2019, n° 19-18.262, JurisData n° 2019-019581 ; Dr. Fam. 2020, n° 1, comm. 18, note Ingrid Maria ; D. 2020, p. 139 ; Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2019, n° 19-20.513, *cit.* Le conseil constitutionnel, saisi d'une QPC relative à la liberté individuelle (Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2020, n° 19-40.039, JurisData n° 2020-003283, Dr. Fam 2020, n° 5, comm. 85, note Laurence Mauger-Vielpeau) a estimé que cette « privation de liberté » méconnaissait les exigences de l'article 66 de la Constitution « faute de l'instauration d'un contrôle judiciaire obligatoire et *a posteriori* sur ces mesures, dans un court délai, Cons. Const., 19 juin 2020, §8, n° 2020-844-QPC, *cit.* La loi n° 2020-1576, 14 décembre 2020 a donc modifié, en partie, l'article L. 3222-5-1 du CSP.

⁵⁴⁸ CSP art. L3222-5-1, I. Ceci exclut ces techniques pour les personnes bénéficiant d'une hospitalisation libre ou prises en charge dans un établissement social ou médico-social, et notamment les EHPAD. V. à ce propos, Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 1 et 2 ; Laurence Mauger-Vielpeau, Soins psychiatriques sans consentement : une nouvelle loi déjà controversée sur la contention et l'isolement, Dr. Fam 2021, n° 3, comm. 45.

⁵⁴⁹ CSP art. L. 3222-5-1 I, al. 1.

⁵⁵⁰ Éric Péchillon et Paul Véron, note sous Cons. Const., 19 juin 2020, n° 2020-844-QPC, *cit.*

⁵⁵¹ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL rapport *cit.*, p. 1 et 2 ; Vincent Marciano, Anne-Sophie Kieffer, Carole Champsaur, Élisabeth Baldo, Contenance et contentions aux urgences : considérations pratiques et éthiques, Prat. santé ment. 2014/4, p. 25 à 30, spéc. p. 25 ; Anne Dumont, Jean-Louis Terra, La contrainte physique pour répondre à la crise (...), *art. cit.*, p. 11 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 91 ; Céline Rumen, Pedro Valente, La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ? *art. cit.*, p. 26 (isolement) ; Jean-Louis Senon, Carol Jonas, Protection de la personne. Droit des parents en psychiatrie, Méd et droit, 2005, issue 71, p. 33, spéc. 47, n° 3421 et 3422 (isolement et contention) ; Bernard de Fréminville, La raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous ? *op. cit.*, p. 170 et 171 (contention).

finalité thérapeutique de ces mesures permettant au patient de trouver ses limites, son calme et son auto-contrôle⁵⁵² en raison de la « restriction de l'environnement, la séparation physique d'avec les autres, la diminution des stimuli sensoriels ou encore la régression du patient provoquée par la relation maternante qu'il entretient avec les soignants durant le soin »⁵⁵³. Ainsi, certains patients, souvent des chroniques, peuvent demander à être entravés ou isolés⁵⁵⁴. Cette demande est tout à fait neutre, au niveau juridique, et ne rend pas la pratique licite⁵⁵⁵.

En revanche, eu égard aux nouvelles dispositions, deux types de pratiques devraient être abandonnées. La première concerne l'isolement « de protection » pour mettre des patients vulnérables, notamment des mineurs ou des personnes atteintes de handicap psychique, à l'abri des autres patients du service⁵⁵⁶. La seconde est relative à l'isolement utilisé à des fins disciplinaires, certains services ayant établi un barème en jours d'isolement en fonction de la transgression des règles⁵⁵⁷.

De nouvelles dispositions encadrent la décision d'isolement ou de contention. En effet, il ne peut y être procédé, après évaluation du patient par un psychiatre⁵⁵⁸, que de « manière adaptée, nécessaire et proportionnée au risque »⁵⁵⁹. La décision doit être formellement motivée⁵⁶⁰.

Par ailleurs, la mesure de contention n'est plus autonome mais prise dans le cadre d'une mesure d'isolement⁵⁶¹. Précisément, ce n'est que si l'isolement

⁵⁵² Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 89 et 90 ; Céline Rumen, Pedro Valente, La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ? *art. cit.*, p. 26 ; Jean-Louis Senon, Carol Jonas, Protection de la personne. Droit des parents en psychiatrie, *art. cit.*, n° 3421 et 3422 ; Bernard de Fréminville, La raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous ? *op. cit.*, p. 170 et 171 (port d'entraves).

⁵⁵³ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 6.

⁵⁵⁴ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 87.

⁵⁵⁵ V. en ce sens, Cons. Const., 19 juin 2020, §4, n° 2020-844-QPC, Cons. Const., 19 juin 2020, §8, n° 2020-844-QPC, D. 2020 p.1559 ; JCP G 2020, n° 28, 862, note Éric Péchillon et Paul Véron ; D. 2020 p.1559, note Karine Sferlazzo-Boubli ; Dr. Fam 2020, n° 10, comm. 139, note Laurence Mauger-Vielpeau ; D. 2020 p.1559 ; RTD Civ. 2020 p.853, obs. Anne-Marie Leroyer.

⁵⁵⁶ Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 17 et 46.

⁵⁵⁷ Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 90. V. sur les mesures punitives, la différence dans les pratiques entre les établissements, les services et les unités d'hospitalisation, Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL rapport *cit.*, p. 9 et 10.

⁵⁵⁸ Les initiatives des soignants (généralement un infirmier) dans le cadre de prescriptions « si besoin » avec validation rétroactive du psychiatre à très bref délai ne devraient pas pouvoir continuer à prospérer. V. sur cette pratique, Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 17 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 90.

⁵⁵⁹ CSP art. L3222-5-1, I al. 1.

⁵⁶⁰ CSP art. L3222-5-1, I al. 1. L'obligation de motivation formelle de décisions médicales s'explique par le caractère liberticide de la mesure. Ces décisions de nature médicale révèlent leur proximité avec les décisions administratives de soins non consentis, V. en ce sens, Karine Sferlazzo-Boubli, note sous Cons. const., 4 juin 2021, n° 2021-912/913/914-QPC, D. 2021 p.1324.

⁵⁶¹ CSP art. L3222-5-1, II al. 3.

s'avère insuffisant que la contention peut être mise en œuvre⁵⁶². Ces mesures font l'objet d'une surveillance stricte, à la fois somatique et psychiatrique⁵⁶³. Le législateur a également fixé la durée initiale de ces mesures, renouvelable si l'état de santé du patient le nécessite⁵⁶⁴.

Le médecin, à titre exceptionnel, peut étendre ces mesures au-delà des durées précitées. Cette information est délivrée au juge des libertés et de la détention par le directeur de l'établissement et à, au moins, un membre de la famille du patient ou une personne susceptible d'agir dans son intérêt, par le médecin⁵⁶⁵. En outre, « le directeur de l'établissement saisit le juge des libertés et de la détention avant l'expiration de la soixante-douzième heure d'isolement ou de la quarante-huitième heure de contention, si l'état de santé du patient rend nécessaire le renouvellement de la mesure au-delà de ces durées »⁵⁶⁶.

Le contrôle du juge des libertés et de la détention⁵⁶⁷ s'exerce *a posteriori*⁵⁶⁸. Le juge peut se saisir d'office pour mettre fin à la mesure⁵⁶⁹. Il peut également être saisi par le directeur de l'établissement, par le patient concerné ou par

⁵⁶² Laurence Mauger-Vielpeau, Soins psychiatriques sans consentement : une nouvelle loi déjà controversée sur la contention et l'isolement, *art. cit.*

⁵⁶³ La mesure, confiée par l'établissement à des professionnels de santé désignés à cette fin, est tracée dans le dossier médical (CSP art. L3222-5-1, I al. 1) et dans le registre des mesures d'isolement et de contention (CSP, art. L. 3222-5-1, III). Ce registre n'est pas un document médical, mais un document administratif au sens de l'art. L. 300-2 CRPA, Karine Sferlazzo-Boubli, note sous Cons. const., 4 juin 2021, n° 2021-912/913/914-QPC, *cit.*

⁵⁶⁴ Pour l'isolement, les périodes de 12 heures peuvent être renouvelées, dans la limite de 48 heures, CSP art. L. 3222-5-1, I al. 2. Pour la contention, les périodes sont de 6 heures et peuvent être renouvelées, dans la limite de 24 heures, CSP art. L. 3222-5-1, I al. 3. Chaque renouvellement doit être motivé. La durée totale concerne les mesures renouvelées de façon consécutive ou non consécutives dans la limite de quinze jours, CSP art. R. 3211-31, I, 3°. V. pour un commentaire, Laurence Mauger-Vielpeau, Soins psychiatriques sans consentement, contention et isolement : le décret d'application et la circulaire de présentation, Dr. Fam 2021, n° 7-8, comm. 115. Antérieurement, la contention mécanique était souvent courte car elle expose les malades à des risques somatiques réels, Karine Sferlazzo-Boubli note sous Cons. Const., 19 juin 2020, D. 2020 p.1559. En revanche, le placement à l'isolement pouvait fréquemment durer 20 heures par jour, et ce pendant des semaines, des mois, voire des années, Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, rapport *cit.*, p. 17 et 18 ; Adeline Hazan, Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France, *art. cit.*, p. 89

⁵⁶⁵ CSP art. L. 3222-5-1, II, al. 1.

⁵⁶⁶ CSP art. L. 3222-5-1, II, al. 2 (Loi du 24 janvier 2022). Antérieurement, le juge des libertés et de la détention était simplement informé du renouvellement (CSP art. L. 3222-5-1, II, al. 3 et 6, anciens, Loi du 14 déc. 2020). Ces dispositions ont été abrogées au 1er janvier 2022 par le Conseil constitutionnel en raison de l'absence de contrôle systématique du juge, au-delà d'une certaine durée, s'avérant contraire à l'article 66 de la Constitution, Cons. const., 4 juin 2021, n° 2021-912/913/914-QPC, point 19, D. 2021 p.1324, note Karine Sferlazzo-Boubli ; Dr. Fam. 2021, n° 10, comm. 149, note Laurence Mauger-Vielpeau ; Florence Ittah, Le renforcement du contrôle judiciaire des soins psychiatriques non consentis, RDSS 2021 p.877.

⁵⁶⁷ V. à propos de la procédure devant le juge, CSP art. R. 3211-31 à R. 3211-45 (décret n° 2022-419 du 23 mars 2022).

⁵⁶⁸ Cette disposition est conforme aux préconisations du Conseil constitutionnel. V. en ce sens, « si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté » Cons. Const., 19 juin 2020, §8, n° 2020-844-QPC, *cit.*

⁵⁶⁹ CSP art. L. 3222-5-1, II, al. 1.

toute autre personne⁵⁷⁰. Il statue dans le cadre d'une procédure écrite sans audience⁵⁷¹, le patient pouvant toutefois être auditionné⁵⁷².

Il est possible de craindre que l'étendue du contrôle exercé par le juge sur les décisions d'isolement et de contention soit limitée du fait de son caractère asynchrone et de la difficulté d'apprécier la justification médicale. Ainsi, le contrôle du juge, à l'instar de celui existant sur les décisions d'admission en soins psychiatriques risque d'être pour l'essentiel cantonné au respect des conditions formelles et procédurales⁵⁷³.

De façon générale, étant donnée la lourdeur de la procédure et des mesures mises en place, la contention physique et l'isolement devraient logiquement diminuer considérablement⁵⁷⁴. Toutefois, en contrepartie, la contention chimique risque de se substituer à la contention physique⁵⁷⁵. En effet, la contention chimique, qualifiée de traitement médical, ne fait pas l'objet d'un contrôle judiciaire, y compris lorsqu'elle se trouve utilisée à des fins sécuritaires⁵⁷⁶. Cette nouvelle orientation ne constituerait pas une amélioration du sort du patient eu égard aux effets très puissants, voire dévastateurs, des traitements médicamenteux qui conduisent à limiter, à perturber voire à annihiler la liberté des patients⁵⁷⁷.

Section II- Les atteintes non thérapeutiques au corps de la personne vulnérable

Les atteintes corporelles pratiquées sur la personne vulnérable peuvent être des actes médicaux, en lien avec la procréation (§I). Il peut s'agir également d'atteintes corporelles sur les mineurs réalisées pour satisfaire à un rite ou une religion (§II).

§I- Les actes médicaux en lien avec la procréation

Les actes médicaux, en liaison avec la procréation, sont l'interruption de grossesse, qui n'est pas toujours volontaire (A), et la stérilisation (B).

⁵⁷⁰ CSP art. R. 3211-33-1, R. 3211-34, R 311-35 (décret n° 2022-419 du 23 mars 2022).

⁵⁷¹ CSP art. R. 3211-39. V. à propos des délais (24 heures ou 7 jours selon l'hypothèse). La mesure est levée faute de respect des délais, CSP art. R. 3211-39 (décret n° 2022-419 du 23 mars 2022).

⁵⁷² CSP art. R. 3211-34, III, al. 3, 3° (décret n° 2022-419 du 23 mars 2022).

⁵⁷³ Éric Péchillon et Paul Véron, note sous Cons. Const., 19 juin 2020, §8, n° 2020-844-QPC, *cit.* Sur les décisions d'admission, V. *supra*, p.41 et 42.

⁵⁷⁴ V. en ce sens, le plan d'action pour la réduction du recours aux mesures d'isolement et de contention, Psychiatrie : vers la réduction des soins sans consentement, de l'isolement et de la contention, Comité national de pilotage de la psychiatrie, 6 juin 2018, *cit.* ; Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie du 28 juin 2018, *cit.*, p. 24.

⁵⁷⁵ V. pour une réflexion sur ces thèmes, Alain Monnier et Roselyne Touroude, Isolement et contention : des pratiques qui doivent être réinterrogées. Le point de vue de l'UNAFAM, *L'inf. psychia* 2017/7, vol. 93, p. 575, spéc. p. 576.

⁵⁷⁶ V. *supra*, p. 72 et 73.

⁵⁷⁷ Éric Péchillon et Paul Véron, note sous Cons. Const., 19 juin 2020, §8, n° 2020-844-QPC, *cit.*

A-L'interruption de grossesse des femmes vulnérables

V. à ce sujet,

Valérie Doumeng

-« **Ton corps nous appartient** » : *réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté*, *art. cit.*

-*La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, p. 490 et suiv.

Les dispositions générales relatives à l'interruption de la grossesse envisagent deux situations distinctes. D'abord, la femme peut décider librement d'interrompre sa grossesse dans un délai de quatorze semaines, maximum, à compter de la conception⁵⁷⁸.

Le médecin ou la sage-femme sollicité délivre une information sur les méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse, sur les risques et les effets secondaires potentiels⁵⁷⁹. En outre, une consultation, avant et après l'interruption volontaire de grossesse, est proposée à l'intéressée. Elle comporte un entretien particulier avec une personne qualifiée au cours duquel une assistance ou des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés⁵⁸⁰. Pour la femme mineure non émancipée, cette consultation est obligatoire⁵⁸¹. Evidemment, il ne saurait être question de contrôle ou de pressions quelconques. La prérogative d'interrompre librement sa grossesse résulte, en effet, du droit fondamental de la femme sur son propre corps. Elle relève du principe constitutionnel de « liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »⁵⁸². La femme doit confirmer par écrit, au médecin ou à la sage-femme, sa demande d'interruption de grossesse après l'expiration d'un délai de deux jours après cet entretien⁵⁸³.

La seconde situation correspond à l'interruption de grossesse pratiquée pour motif médical, sans limitation de durée. Elle est subordonnée à la constatation, par deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire, « soit que la poursuite de la grossesse 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 »⁵⁸⁴. Il n'existe pas de délai obligatoire de réflexion de la femme dans ce cas⁵⁸⁵.

Que l'interruption de grossesse soit médicale ou volontaire, le père biologique de l'enfant conçu n'a aucun droit. Il est toutefois prévu pour l'interruption volontaire de grossesse, par une disposition dépourvue de sanction, que «

⁵⁷⁸ CSP art. L. 2212-1 al. 1 (Loi n° 2022-595 du 2 mars 2022).

⁵⁷⁹ CSP art. L. 2212-3 al. 1.

⁵⁸⁰ CSP art. L. 2212-4 al. 1.

⁵⁸¹ CSP art. L. 2212-4 al. 2.

⁵⁸² Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions>.

⁵⁸³ CSP art. L. 2212-5.

⁵⁸⁴ CSP art. L. 2213-1 al. 1.

⁵⁸⁵ La loi 2 août 2021 a supprimé ce délai de réflexion d'une semaine (V. CSP art. L. 2213-1 al. 3 ancien). V. sur ce point, Nicolas Kermabon, L'encadrement juridique de l'interruption de grossesse depuis la nouvelle loi de bioéthique, *art. cit.*, n° 13 à 16.

chaque fois que cela est possible le couple participe à la consultation et à la décision à prendre »⁵⁸⁶.

Pour la femme mineure non émancipée, les dispositions relatives à l'interruption de grossesse volontaire et pour motif médical, quasiment identiques, sont guidées par l'idée d'autonomie. Le principe est le recueil de son consentement ainsi que celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal. Si toutefois la mineure désire garder le secret et ne veut pas effectuer cette démarche auprès de ses parents ou de son représentant légal ou si le consentement de ceux-ci n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse peut tout de même être pratiquée. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix⁵⁸⁷. Il s'agit d'une illustration de la prémajorité⁵⁸⁸.

Pour les femmes majeures souffrant d'un trouble mental, la difficulté est inversée par rapport à la situation classique⁵⁸⁹. Elle se concentre, en effet, non pas sur le droit de recourir à une interruption légale de grossesse mais, bien au contraire, sur le droit de ne pas la subir. En effet, de nombreuses femmes mentalement troublées, et précisément handicapées, ont un réel désir d'enfant. Mais, dans le même temps, ce désir, parfois confus et chaotique, est tenu en échec par des tiers. Le silence qui entourait cette question commence à se fissurer et les mentalités évoluent à ce sujet⁵⁹⁰.

La possibilité pour les tiers d'interdire tout accès à la parentalité, par le biais de la contraception ou de l'interruption de grossesse, à la femme inapte à exprimer sa volonté quelle que soit sa capacité juridique, ne fait pas l'objet de dispositions légales expresses. Ce silence législatif ne protège toutefois pas efficacement la femme qui peut, grâce à l'application par analogie de dispositions générales, se trouver soumise à ces atteintes corporelles. Ainsi, l'interruption de grossesse pour motif médical⁵⁹¹, comme toute intervention chirurgicale, nécessite un consentement préalable de l'intéressée. Cependant, le péril grave, que la poursuite de la grossesse fait courir à la santé d'une femme inapte à exprimer durablement un consentement, semble pouvoir justifier un avortement, alors assimilé à un acte thérapeutique indispensable⁵⁹². Un risque d'interprétation extensive, et éventuellement abusive, de cette disposition peut résulter de l'appréciation, par les médecins, de la notion de péril grave, le considérant notamment réalisé lorsque l'inaptitude de l'intéressée, à comprendre et à communiquer, est susceptible de compliquer la surveillance de la grossesse et l'accouchement. En revanche, les tiers ne sauraient prendre la décision, y compris en l'absence de conscience de la femme enceinte, ni d'une interruption volontaire de grossesse, liberté-

⁵⁸⁶ CSP art. L. 2212-4 al. 4.

⁵⁸⁷ CSP art. L. 2212-7 et art. L. 2213-2 (Loi du n° 2021-1017 du 2 août 2021). V. sur ce point, Nicolas Kermabon, L'encadrement juridique de l'interruption de grossesse depuis la nouvelle loi de bioéthique, *art. cit.*, n° 8 à 11.

⁵⁸⁸ V. *supra*, p. 18 et 19.

⁵⁸⁹ Diane Roman, Interruption volontaire de grossesse. L'avortement, un droit qui n'a toujours pas de nom, *Libres propos*, JCP G, 2021, n° 10, 245.

⁵⁹⁰ V. à ce sujet, Joëlle Vanel, La vie affective et sexuelle, et le désir de parentalité chez des personnes ayant un handicap psychique, *Champ social, Prat. santé ment.* 2017/4, p. 5 et suiv.

⁵⁹¹ CSP art. L. 2213-1.

⁵⁹² CSP art. L. 2213-1 al. 1 ; C. civ. art. 16-3 al. 2. V. *supra*, p. 63 et suiv.

autonomie sur son propre corps laissée à la discrétion de l'intéressée⁵⁹³, ni d'une interruption médicale en raison de la « forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic »⁵⁹⁴. A un degré moindre, il n'existe pas de disposition légale expresse prévoyant la possibilité de soumettre la femme à une contraception, par le biais de l'administration forcée de contraceptifs oraux ou de la pose d'un implant ou d'un stérilet⁵⁹⁵.

Spécifiquement, pour la personne placée sous un régime de protection, deux analyses peuvent prospérer. La décision d'interrompre une grossesse ou de se soumettre à une contraception, traduisant le refus d'être parent, semble relever « des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel » ne pouvant donner lieu à représentation⁵⁹⁶. Une autre analyse moins respectueuse de la personne, plus contestable mais plus pragmatique, qualifie ces actes de simplement personnels. Ainsi, lorsque l'état de l'intéressée ne lui permet pas de prendre seule des décisions⁵⁹⁷, il serait possible de soumettre cette dernière à une contraception, simple atteinte corporelle⁵⁹⁸, avec l'autorisation du tuteur⁵⁹⁹. En cas d'atteinte grave à l'intégrité, précisément pour l'interruption de grossesse, une autorisation du juge des contentieux de la protection ou du conseil de famille devrait être recueillie⁶⁰⁰.

B-Stérilisation à visée contraceptive des majeurs vulnérables

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng,

-« **Ton corps nous appartient** » : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, *art. cit.*

-**Discrimination et droit de la famille**, *art. cit.*

-**La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel**, *op. cit.*, n° 977 et suiv., p. 475 et suiv.

La stérilisation contraceptive se réalise par le biais d'une intervention chirurgicale consistant en une ligature des trompes, pour les femmes, et des canaux déférents, la vasectomie, pour les hommes⁶⁰¹.

⁵⁹³ CSP art. L. 2212-1 ; art. L. 2212-5.

⁵⁹⁴ CSP art. L. 2213-1 al. 1.

⁵⁹⁵ Les contraceptifs peuvent être assimilés à des médicaments, à savoir des produits administrés à la personne en vue de corriger ou modifier ses fonctions organiques (CSP art. L. 5111-1 al. 1). Ils ne sont pas toutefois pas curatifs et ne peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 16-3 alinéa 2 du Code civil. La pose d'un stérilet ou d'un implant, si elle n'est pas assimilable à une intervention chirurgicale, constitue une atteinte à l'intégrité de la personne.

⁵⁹⁶ C. civ., art. 458 dont l'énumération à l'alinéa 2 ne semble pas exhaustive.

⁵⁹⁷ C. civ., art. 459 al. 1.

⁵⁹⁸ V. 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, *art. cit.*, n° 25

⁵⁹⁹ L'article L. 1111-2 al. 5 CSP se référant aux actes thérapeutiques serait alors étendu aux actes médicaux.

⁶⁰⁰ C. civ., art. 459 al. 2. Sur ces points, voir *supra*, p. 63 et suiv.

⁶⁰¹ CSP art. L. 2123-1 et L. 2123-2, ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020

La stérilisation des mineurs est interdite, de façon absolue⁶⁰², bien que les textes, de façon incohérente et incompréhensible, précisent que les père et mère de ceux-ci peuvent la demander⁶⁰³.

Pour les personnes majeures, la stérilisation est possible si une volonté libre, motivée et délibérée, en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences, se trouve exprimée⁶⁰⁴.

La capacité de procréer peut toutefois être ôtée à une personne souffrant d'une altération des facultés mentales sans qu'un consentement libre et éclairé soit exprimé par l'intéressé⁶⁰⁵. Une évolution a eu lieu concernant le domaine d'application et les conditions de cette intervention chirurgicale. Avant l'ordonnance du 11 mars 2020, cette stérilisation concernait uniquement les majeurs en tutelle ou en curatelle présentant un handicap mental⁶⁰⁶. La notion de handicap mental est définie, de façon générale, comme une « altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions... mentales, cognitives ou psychiques »⁶⁰⁷. Cette notion, difficile à cerner n'est pas protectrice. En effet, elle peut s'avérer très compréhensive et englober non seulement la déficience intellectuelle mais également une pathologie mentale telle que l'autisme ou la schizophrénie⁶⁰⁸. Désormais, seule se trouve visée la personne majeure souffrant d'une altération des facultés mentales, sans référence à un éventuel handicap qui compliquait l'analyse sans pour autant restreindre le champ d'application de la stérilisation.

Par ailleurs, la stérilisation était antérieurement limitée aux personnes en tutelle ou en curatelle⁶⁰⁹. Dans un souci d'unification, le dispositif concerne désormais toute « personne majeure dont l'altération des facultés mentales a justifié l'instauration d'une mesure de protection juridique »⁶¹⁰. Sont ainsi inclus les majeurs soumis à une habilitation familiale, à un mandat de protection future et même à une sauvegarde de justice. Cette extension, assez considérable, est contrebalancée par des conditions restrictives de saisine du juge des contentieux de la protection. En effet, hormis l'intéressé, les personnes pouvant le saisir sont limitativement énumérées et de façon restrictive⁶¹¹.

Généralement, les personnes qui agissent ne le font pas pour faire prévaloir l'expression de la volonté représentée de l'intéressé mais, au contraire, leurs propres préoccupations, à savoir prévenir une grossesse⁶¹² et les conséquences qui en découleraient. En outre, les dispositions légales ne se réfèrent, à aucun moment, à une éventuelle volonté antérieure de l'intéressé. Toutefois, le refus de la personne protégée fait obstacle à la saisine du juge⁶¹³.

⁶⁰² CSP art. L. 2123-1 al. 1 et L. 2123-2 al. 1, actuels.

⁶⁰³ CSP art. 2123-2 al. 2 et al. 4, actuel.

⁶⁰⁴ CSP art. 2123-1 al. 1, actuel, inchangé.

⁶⁰⁵ CSP art. 2123-2 actuel.

⁶⁰⁶ CSP art. L. 2123-2 al. 1 ancien.

⁶⁰⁷ CASF art. L. 114.

⁶⁰⁸ V. sur ce point, Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, préf. Claire Neirinck, PUAM, 2002, n° 1000.

⁶⁰⁹ CSP art. L. 2123-2 al. 1 ancien.

⁶¹⁰ CSP art. 2123-2 al. 1, actuel.

⁶¹¹ CSP art. 2123-2 al. 2, actuel. A noter que la mention « juge des tutelles » n'a pas fait l'objet d'une correction dans le texte.

⁶¹² La contraception chez les personnes handicapées mentales, CCNE, Rapport *cit.*, p. 8.

⁶¹³ CSP art. 2123-2 al. 2, actuel.

A priori, faute de précision, tout refus devrait être pris en compte, y compris celui émanant d'une personne inapte à exprimer une volonté. Ainsi, l'intéressé devrait pouvoir, de cette façon, bloquer le mécanisme et échapper à la stérilisation.

La stérilisation repose sur un fondement contraceptif, et non pas eugénique⁶¹⁴. Et, en ce sens, le juge des contentieux de la protection doit relever une « contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement »⁶¹⁵. Il doit privilégier les solutions alternatives à la stérilisation. Si la personne est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui ait 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 consentement⁶¹⁶. *A contrario*, si la personne est estimée inapte à exprimer une volonté, cette stérilisation peut donc être pratiquée sans son consentement. Cette inaptitude s'avère particulièrement difficile à apprécier. Elle peut résulter notamment, du défaut de compréhension du lien entre l'acte sexuel et la procréation ou de l'absence de conscience des responsabilités générées par la conception d'un enfant⁶¹⁷. Curieusement, s'agissant de cerner l'inaptitude, la loi ne prévoit pas la réalisation obligatoire d'une expertise psychiatrique de l'intéressé ou, tout au moins, d'un examen médical⁶¹⁸. Pour être éclairé, le juge entend « 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 »⁶¹⁹. Il recueille également « l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique »⁶²⁰.

La stérilisation est envisagée, à l'égard de la personne handicapée, comme la suppression définitive des fonctions reproductrices même si, en pratique, elle n'est pas irréversible malgré le caractère aléatoire de la réimperméabilisation. La loi considère donc préférable de bloquer tout accès à la maternité ou à la paternité plutôt que d'exposer l'enfant de parents handicapés mentaux à un risque de carence éducative, affective et intellectuelle et à une rupture des relations, probable sinon certaine, avec ses parents, voire dans certains cas

⁶¹⁴ L'eugénisme négatif consiste à empêcher une personne ou un couple atteint de tares héréditaires de procréer afin de réduire la fréquence des gènes délétères et d'éviter leur transmission d'une génération à l'autre Josué Feingold, *La génétique médicale est-elle eugénique ? in Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux viraux du XXI^e siècle*, PUAM, 1996, p. 237, spéc. 238 et 239.

⁶¹⁵ CSP art. L. 2123-2 al. 1 (actuel, inchangé).

⁶¹⁶ CSP art. 2123-2 al. 3 (actuel, inchangé).

⁶¹⁷ V. en ce sens, *La contraception chez les personnes handicapées mentales*, CCNE, Rapport *cit.*, p. 16. Il ne semble pas exister, à ce propos, de décisions de justice publiées.

⁶¹⁸ Le comité d'experts, s'il procède à l'audition de l'intéressé, semble apprécier seulement la justification médicale et non l'inaptitude à consentir, CSP art. L. 2123-2 al. 5 et R. 2123-6 al. 2.

⁶¹⁹ CSP art. 2123-2 al. 4, actuel.

⁶²⁰ CSP art. 2123-2 al. 5, actuel et inchangé ; CSP art. R. 2123-1 et suiv.

aux aléas de l'adoption⁶²¹. Du côté du parent, est évoquée la souffrance consécutive à la séparation d'avec son enfant pouvant se révéler plus douloureuse que le non-exaucement du désir de procréer⁶²².

La stérilisation, pratique largement sous-évaluée, heurte des droits fondamentaux tels que les droits au respect de la vie privée⁶²³, de fonder une famille⁶²⁴ et à la fertilité⁶²⁵. Elle peut être assimilée à une forme de maltraitance⁶²⁶, voire même une forme de violence, de torture et de traitement cruel, inhumain ou dégradant⁶²⁷. Dans tous les cas, elle engendre une discrimination fondée sur le handicap⁶²⁸.

§II- **Les atteintes religieuses ou rituelles au corps du mineur**

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng,

-La liberté d'expression, de conscience et de religion, *art. cit.*

-Démocratie et famille, *art. cit.*

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? *art. cit.*

L'exercice de l'autorité parentale permet aux parents de dispenser une éducation conforme à leurs convictions religieuses, philosophiques et morales⁶²⁹. Ce droit ne les autorise toutefois pas à porter une atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant.

L'atteinte grave, en pratique, est réalisée par le biais d'une excision, à savoir l'ablation du clitoris. Cet acte concerne les jeunes filles originaires de certaines ethnies subsahariennes⁶³⁰. Il peut recevoir la qualification de délit de violences ayant entraîné une mutilation sexuelle ou une infirmité permanente⁶³¹. Il

⁶²¹ La contraception chez les personnes handicapées mentales, CCNE, Rapport, *in* Les cahiers du Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, n° 8, juillet 1996, p. 6, spéc. p. 6 à 12. V. à ce propos, Valérie Doumeng, Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, *art. cit.*

⁶²² La frustration d'une mère qui aura porté l'enfant, l'aura mis au monde et se sera attaché à lui pourrait lui coûter beaucoup plus cher que le non-exaucement de son désir de maternité, La contraception chez les personnes handicapées mentales, CCNE, Rapport *cit.*, p. 6, 8 et 9.

⁶²³ CEDH, 12 juin 2012, N. B. c/ Slovaquie, req. n° 29518/10, D. 2013, p. 663, obs. Jean-Christophe Galloux ; CEDH, 8 nov. 2011, n° 18968/07, V. C. c/ Slovaquie, JurisData n° 2011-032867 ; JCP G 2011, n° 49, zoom par Katarzyna Grabarczyk, 1363 ; Kiteri Garcia, La stérilisation forcée des femmes Roms à l'épreuve de la CEDH, Dr. Fam 2012, n° 2, étude 4.

⁶²⁴ CIDPH art. 23-1 ; PIDCP art. 23-2 ; CESDH, art. 12.

⁶²⁵ CIDPH art. 23-1.

⁶²⁶ Sur une rare jurisprudence, Paris, 11 mars 2011, n° 08/18958, D. 2012. 308, spéc. 316, obs. Jean-Christophe Galloux.

⁶²⁷ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, p. 14, n° 55. V. également, CEDH, 8 nov. 2011, n° 18968/07, V. C. c/ Slovaquie, *cit.*

⁶²⁸ Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France 2017, *cit.*, p. 14, n° 55. V. également, en ce sens, Conv. EDH 4 nov. 1950, art. 14 et 12. Contra, CE, 26 septembre 2005, n° 248357, Assoc. collectif contre l'handiphobie, D. 2005, p. 2550.

⁶²⁹ V. également les conventions internationales à ce sujet, CIDE art. 14-2 ; PIDCP art. 18-4 ; 1^{er} protocole additionnel à la CESDH (Paris, 20 mars 1952) art. 2.

⁶³⁰ Julien Couard, Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021, *art. cit.*, p. n° 14.

⁶³¹ C. pén. art. 222-9.

devient un crime si les violences commises entraînent la mort de la mineure, sans intention de la donner⁶³². Il est également qualifié de crime s'il est commis sur une mineure de quinze ans⁶³³. Des détections préventives des situations à risque et une information sur le non-consentement par les enseignants, au sein des établissements scolaires, tentent d'être mises en place⁶³⁴.

Demeure, toutefois, un aspect délaissé concernant le respect de l'enfant et, précisément, de son corps. Il est relatif à la possibilité, pour les parents, de décider d'une atteinte légère à l'intégrité corporelle de l'enfant. Ces atteintes s'illustrent, majoritairement, par la circoncision rituelle, à savoir l'ablation du prépuce en dehors de toute indication thérapeutique, pratiquée par des personnes de confession juive et musulmane⁶³⁵. Cette pratique vise à satisfaire à une coutume ou à une religion⁶³⁶. Elle entraîne des modifications corporelles permanentes et irréversibles et semble, tout au moins, relever de la qualification pénale de violences volontaires⁶³⁷. A ce propos, en Allemagne, la décision du tribunal de Cologne, le 7 mai 2012, avait eu un écho retentissant en qualifiant la circoncision de délit d'atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant⁶³⁸.

Sur le plan civil, en droit français, la circoncision s'avère contraire au respect de l'intégrité du corps humain, en l'absence d'indication médicale ou thérapeutique⁶³⁹ et pourrait exposer son auteur, y compris médecin, à l'engagement de sa responsabilité civile⁶⁴⁰. Il s'agit donc d'une coutume *contra legem*. Pourtant, de fait, ces atteintes ne se trouvent sanctionnées ni civilement ni pénalement⁶⁴¹. Elles sont considérées comme légères et donc licites⁶⁴². Cette situation peut être expliquée par l'absence de réprobation sociale⁶⁴³.

⁶³² C. pén. art. 222-7 ; V. pour une illustration, Cass. crim., 22 avril 1986, n° 84-95.759 : JurisData n° 1986-001105 ; Bull. crim. n° 136

⁶³³ C. pén. art. 222-10, al. 1, 1° et al. 2, a C. pén. V. Cass. crim. 9 mai 1990, RSC 1991. 565, obs. Georges Levasseur.

⁶³⁴ C. éduc., art. L. 121-1 et L. 312-16.

⁶³⁵ V. à ce sujet, Félix Rome, *Noli me tangere ? Jawohl !!!*, D. 2012. 1665 ; Cyril Duvert, *Autorité parentale et circoncision rituelle*, D. 2001. 1585, spéc. n° 1.

⁶³⁶ V. à ce propos, Valérie Doumeng, *La liberté d'expression, de conscience et de religion*, *art. cit.*, p. 137 et 138.

⁶³⁷ C. pén. art. 222-7 et suiv

⁶³⁸ V. sur ce point, Rémy Libchaber, *Circoncision, pluralisme et droits de l'homme*, D. 2012. 2044. V. également, Conseil de l'Europe, A.P, Résolution, 1er octobre 2013, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, hub.coe.int/fr

⁶³⁹ C. civ. art. 16-3.

⁶⁴⁰ C. civ. art. 1240.

⁶⁴¹ Carole Girault, *La protection de la personne en son corps en droit pénal*, Dr. Fam. 2018, n° 6, p. 13, spéc. n° 8.

⁶⁴² V. à ce sujet, Félix Rome, « *Noli me tangere ? Jawohl !!!* », D. 2012. 1665 ; Cyril Duvert, *Autorité parentale et circoncision rituelle*, *art. cit.*, n° 1. V., pour une comparaison, TGI Cologne, 7 mai 2012, qui qualifie la circoncision de délit d'atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant : modification corporelle permanente et irréversible, Rémy Libchaber *Circoncision, pluralisme et droits de l'homme*, D. 2012. 2044. V. également, Conseil de l'Europe, A.P, Résolution, 1^{er} octobre 2013, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, *cit.*

⁶⁴³ Carole Girault, *La protection de la personne en son corps en droit pénal*, *art. cit.*, n° 8.

L'opposition à cette pratique pourrait émaner de l'enfant mettant en avant sa liberté de pensée, de conscience et de religion, reconnue par la Convention internationale des droits de l'enfant⁶⁴⁴. Mais, en pratique, l'enfant est démuni face à ces atteintes et sans protection vis-à-vis de ses parents, ce d'autant que nombre de ces pratiques rituelles ont lieu précocement.

Dans certains cas, la protection du mineur résulte d'un conflit entre ses parents. En effet, les décisions relevant de l'intégrité corporelle de l'enfant nécessitent l'accord des deux parents exerçant l'autorité parentale. Dans ces cas, pour trancher ce conflit ou pour indiquer quelle aurait été l'attitude juste du parent décisionnaire, les juges se réfèrent assez fréquemment à la liberté de conscience et de religion de l'enfant capable de discernement, visant parfois explicitement l'article 14 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶⁴⁵. Ainsi, selon certaines décisions de justice, le consentement de ce dernier doit être recueilli pour sa circoncision⁶⁴⁶. En outre, l'enfant ne saurait subir des pressions morales et psychologiques exercées par ses parents pour l'amener à se conformer à une pratique religieuse⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ CIDE, art. 14-1. V. liberté de conscience et de religion du mineur, *infra*, p. 115 et suiv.

⁶⁴⁵ V. en ce sens, CA Aix-en-Provence 19 février. 2004, JurisData, n° 2004-237281.

⁶⁴⁶ La circoncision est « une décision grave qui ne peut être prise que d'un commun accord entre les parents et avec le consentement de l'enfant, dès lors qu'il est âgé de onze ans », CA Lyon, 2^e civ., 25 juill. 2007, RTD civ. 2008, 99, obs. Jean Hauser. V. également, mais de façon moins évidente, l'octroi de dommages et intérêts à l'enfant circoncis sans que l'on sache si le fondement pouvait être trouvé dans une violation de sa liberté religieuse ou dans une atteinte à son intégrité corporelle, CA Paris, 29 sept. 2000, Cyril Duvert, Autorité parentale et circoncision rituelle, *art. cit.* ; RTD civ. 2001, 126, obs. Jean Hauser ; RDSS 2001, 151, obs. Françoise Monéger.

⁶⁴⁷ V. en ce sens, les pressions contraires à « la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant » exercées par le père pour que ses filles se conforment aux prescriptions de la religion : porter le voile et ne pas se baigner dans des piscines municipales, Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, RDSS 2001, 151, obs. Françoise Monéger ; Jean Hauser, RTD civ. 2001, 126.

Deuxième partie-

Droit fondamental à la vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable

La vie privée, objet d'une protection nationale et internationale⁶⁴⁸, n'est pas juridiquement définie. Si tout individu sait intuitivement ce que signifie la vie privée, des difficultés surviennent et des divergences apparaissent, en revanche, dès qu'il s'agit de définir cette notion. La vie privée est souvent associée au secret. En effet, la vie privée peut se concevoir comme « l'intimité de l'âme et du corps »⁶⁴⁹ exigeant de tenir les tiers indésirables « en lisière d'un domaine réservé »⁶⁵⁰. La notion de liberté-autonomie est également au centre de certaines définitions de la vie privée. La vie privée est le droit pour une personne d'être « libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures »⁶⁵¹. En réalité, le secret et la liberté sont souvent les révélateurs de la vie privée mais n'en constituent pas les caractères indispensables.

La vie privée comporte plusieurs facettes mises en lumière par la jurisprudence et notamment la vie affective (amicale ou amoureuse) et familiale⁶⁵², les mœurs⁶⁵³, le mode d'établissement de la filiation⁶⁵⁴, le rapport au corps et à la santé, incluant les soins ou interventions thérapeutiques ou médicales⁶⁵⁵, et l'appartenance à une religion.

V. à propos d'une tentative de définition du concept de vie privée

Valérie Doumeng, ***La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel***, *op.*

⁶⁴⁸ De façon générale, C. civ. art. 9 et C. pén. art. 226-1 ; CESDH art. 8-1 ; DUDH art. 12 ; PIDCP art. 17 et spécifiquement pour les enfants CIDE art. 16 et les personnes handicapées CDPH art. 22.

⁶⁴⁹ Jean Pradel, Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, D. 1971, chr. 111, spéc. n° 11.

⁶⁵⁰ Gérard Cornu, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, éd. Montchrestien, 1991, n° 513, p. 182.

⁶⁵¹ CA Paris, 7^e ch., 15 mai 1970, D. 1970, 466, concl. Cabannes, obs. PA et HM.

⁶⁵² Révélation de la vie sentimentale Cass. 1^{re} civ., 1er mars 2017, n° 15-22.946, D. 2017, p. 508 ; RTD civ. 2017, p. 352, obs. Jean Hauser.

⁶⁵³ Révélation de l'orientation sexuelle d'un homme politique, Cass, 1^{re} civ., 9 avril 2015, D. 2015 p. 864 ; Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2018, n° 17-22.381, RTD Civ. 2018, p.864, note Anne-Marie Leroyer.

⁶⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2018, n° 17-21.095, P+B : JurisData n° 2018-020706, JCP G 2019, n° 3, 41, note Méлина Douchy-Oudot (établissement d'une filiation) ; Civ, 1, 18 octobre 2017, AJ Fam. 2017, p. 651 (révélation de l'adoption d'une personne).

⁶⁵⁵ Révélation de la santé Cass. 1^{re} civ, 16 mai 2006, D. 2006, pan., 2707, obs. Christophe Bigot.

cit., p. 29 à 49.

La « vie privée familiale », visée par l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, inclut la possibilité de fonder une famille par l'accès à une union juridiquement organisée et à la paternité ou à la maternité⁶⁵⁶. La vie privée familiale n'est pas une exception au caractère strictement individuel de la vie privée. Il s'agit de la vie privée que mène un individu au sein de sa famille⁶⁵⁷. A ce propos, si le couple marié constitue une famille, les concubins et les partenaires, unis par un pacte civil de solidarité, ne le deviennent que lors de la naissance d'enfants communs⁶⁵⁸.

De façon générale, la vie privée fait l'objet d'une protection contre les immixtions, les investigations et les éventuelles divulgations consécutives. Toutes les personnes vulnérables, mentalement troublées ou mineures, bénéficient d'un droit fondamental à une vie privée⁶⁵⁹. Toutefois, une diminution d'amplitude de la vie privée peut parfois être la conséquence de leur état de sujétion particulier et précisément de leur soumission à l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs ou aux règles découlant des mesures de protection pour les majeurs.

Au sein de la vie privée, particulièrement foisonnante, deux aspects méritent une attention particulière. Le premier concerne la vie sentimentale, précisément amoureuse, et familiale. Ainsi seront étudiées la constitution et la dissolution du couple résultant de changements intervenus dans la vie privée et opérant, pour le futur, des bouleversements dans celle-ci⁶⁶⁰ (titre I). Le second aspect a trait à la vie familiale et spécifiquement aux relations entre le parent et son enfant. De façon générale, la vulnérabilité, qui existe automatiquement du côté de l'enfant, peut également se retrouver du côté du parent mentalement troublé (titre II).

⁶⁵⁶ V. en ce sens, l'inclusion dans le domaine de vie privée du mode d'établissement de la filiation, Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2018, n° 17-21.095, P+B, *cit.* (établissement d'une filiation) ; Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2017, *cit.* (révélation de l'adoption d'une personne).

⁶⁵⁷ Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, n° 35 et 36, p. 38.

⁶⁵⁸ V. en ce sens, Hugues Fulchiron, Philippe Malaurie, Droit de la famille (Laurent Aynès, Philippe Malaurie), 7^e éd. LGDJ, 2020, spéc. n° 112, p. 84 et n° 331, p. 247 ; Charles Masson, L'ordre public familial en péril ? RTD Civ. 2018 p.809, spéc. n° 7.

⁶⁵⁹ De façon générale, C. civ. art. 9 ; C pén. art. 226-1, CESDH art. 8-1 ; DUDH art. 12 ; PIDCP art. 17 et spécifiquement pour les enfants CIDE art. 16 et les personnes handicapées CDPH art. 22

⁶⁶⁰ A noter toutefois que les mentions figurant sur les actes d'état civil et disponibles ne ressortissent pas de la sphère de la vie privée. En effet, ces informations sont assurément publiques. En outre, à la différence de la vie amoureuse, la révélation/divulgation d'un mariage ou d'un divorce ne nécessite pas le consentement de l'intéressé, CA Paris, pôle 2, ch. 7, 27 avril 2019, n° 18/07317 : JurisData n° 2019-004582 ; Dr. Fam 2019, n° 7-8, comm. 152, obs. Sophie Dumas.

Titre I-

Vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable : union et désunion

Les textes internationaux reconnaissent à toute personne, à partir de l'âge nubile, un droit de se marier et de fonder une famille⁶⁶¹. Il convient d'étudier les conditions d'accès de la personne vulnérable à l'union, en fonction de la forme du couple (chapitre I). De façon générale, cette union peut s'avérer fragile. En outre, sa dissolution obéit à des règles spécifiques pouvant échapper, dans certaines hypothèses, à la maîtrise du majeur protégé (chapitre II).

⁶⁶¹ V. en ce sens, CIDPH art. 23-1.a. ; V. également CESDH, art. 12.

Chapitre I-

Vie privée et union de la personne vulnérable

Les unions juridiquement organisées, à savoir le mariage et le pacte civil de solidarité, peuvent concerner deux personnes de sexe différent ou de même sexe. Le mariage peut se définir comme un contrat solennel par lequel deux personnes, d'un commun accord et selon les formes prévues par la loi, accèdent à une union organisée par la loi et dont la rupture ne peut être obtenue que dans des conditions déterminées⁶⁶². Le pacte civil de solidarité est un contrat spécifique, en raison de son objet mais également de l'existence de dispositions obligatoires, conclu par deux personnes pour organiser leur vie commune⁶⁶³. L'union peut également être juridiquement inorganisée, en pratique en cas du concubinage simple. Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple⁶⁶⁴. Cette union est un fait juridique qui ne nécessite aucun formalisme et dont l'existence peut être prouvée par tous moyens.

Le majeur mentalement troublé, éventuellement soumis à une mesure de protection, et le mineur peuvent-ils librement accéder à l'une des formes d'union à savoir le mariage ou le concubinage simple ou assorti d'un pacte civil de solidarité ? Pour répondre à cette interrogation, il faut distinguer les conditions préalables d'accès à l'union (section I) et le consentement exprimé au moment de cette union (section II).

Section I-*Les conditions préalables d'accès de la personne vulnérable à une union juridiquement organisée*

Les conditions préalables d'accès à une union juridiquement organisée, à savoir au pacte civil de solidarité ou au mariage, diffèrent selon la vulnérabilité de la personne. Il s'agit donc de distinguer les majeurs protégés (§I) et les mineurs (§II).

§I-*Les conditions d'accès du majeur protégé à une union juridiquement organisée*

V. sur ces points

Valérie Doumeng

-L'accès du majeur juridiquement protégé à la vie de couple, in Les états généraux du

⁶⁶² V. sur la diversité des définitions du mariage, Hugues Fulchiron, Philippe Malaurie, Droit de la famille, *op. cit.* p. 82 et suiv.

⁶⁶³ C. civ. art. 515-1.

⁶⁶⁴ C. civ. art. 515-8.

mariage : l'évolution de la conjugalité, dir. Claire Neirinck, PUAM, 2008, p. 59-84

-Discrimination et droit de la famille, art. cit.

-La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, op. cit., p. 534 et suiv.

Aucune condition préalable d'accès au concubinage, union de fait, n'est posée par la loi⁶⁶⁵. En revanche, relativement aux formalités préalables au pacte civil de solidarité et au mariage, une évolution remarquable a eu lieu (A) avant que le législateur ne procède à leur suppression (B).

A-La libéralisation progressive des conditions d'accès préalables du majeur protégé à une union juridiquement organisée

L'accès du majeur protégé aux unions juridiquement organisées, à savoir au mariage dans un premier temps puis au pacte civil de solidarité dans un second temps, a connu une évolution juridique remarquable qu'il est intéressant de retracer.

La loi du 3 janvier 1968 était centrée sur la protection du patrimoine. Elle avait toutefois aménagé une procédure précise d'autorisation préalable au mariage du majeur sous tutelle ou sous curatelle⁶⁶⁶. Il s'agissait de la seule référence à l'union du majeur protégé car le concubinage n'était pas visé par le Code civil et le pacte civil de solidarité n'avait pas encore été créé⁶⁶⁷. Par la suite, le pacte civil de solidarité a été mentionné mais seulement pour en interdire purement et simplement l'accès au majeur sous tutelle⁶⁶⁸. En effet, à la différence du mariage, comportant des effets à la fois personnels et pécuniaires et érigé en droit fondamental de la personnalité et en liberté publique, le pacte civil de solidarité avait été initialement conçu comme un contrat entraînant, essentiellement, des effets pécuniaires. Par conséquent, il ne semblait pas choquant d'en priver la personne sous tutelle qui pouvait, par ailleurs, vivre librement en concubinage, voire se marier. La situation du majeur sous curatelle n'était pas évoquée⁶⁶⁹.

Dans le cadre de la tutelle, un double mouvement a eu lieu : l'accès du majeur en tutelle au pacte civil de solidarité et la simplification des procédures préalables à l'autorisation donnée au mariage. La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a rapproché le pacte civil de solidarité du mariage dans sa dimension personnelle⁶⁷⁰, patrimoniale⁶⁷¹ et institutionnelle⁶⁷². Très logiquement, la loi du 5 mars 2007, portant réforme

⁶⁶⁵ V. toutefois à propos du consentement du majeur protégé à l'union, *infra*, p. 94 et suiv.

⁶⁶⁶ C. civ. art. 514 (pour la curatelle) et 506 (pour la tutelle).

⁶⁶⁷ La loi du 15 novembre 1999 a défini le concubinage et créé le pacte civil de solidarité.

⁶⁶⁸ C. civ. art. 506-1.

⁶⁶⁹ En l'absence de toute disposition textuelle, la question se posait de savoir si la personne sous curatelle pouvait le conclure seule ou avec l'assistance de son curateur eu égard à la gravité de l'acte.

⁶⁷⁰ Pour le pacte civil de solidarité, C. civ. art. 515-4 al. 1 et pour le mariage art. 215 al. 1.

⁶⁷¹ V. à ce sujet, Philippe Simler, Patrice Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, JCP G 2006, I, 161, spéc. n° 1 et 2 ; Judith Rochfeld, RTDCiv. 2006, p. 625.

⁶⁷² Tout comme pour le mariage, l'identité du partenaire est désormais indiquée en marge de l'acte de naissance, C. civ. art. 515-3-1. La qualité de partenaire devient donc un élément de l'état, Philippe Simler, Patrice Hilt, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, art. cit., n° 4 et 8 ; Judith Rochfeld, RTDCiv. 2006, p. 625. En outre, les personnes concluant un pacs en font la déclaration conjointe devant l'officier d'état civil ou le notaire (C. civ. art. 515-3).

de la protection juridique des majeurs, a permis la conclusion du pacte civil de solidarité au majeur en tutelle. Elle a modifié les dispositions relatives au mariage et élaboré, pour la première fois, des règles spécifiques pour le pacte civil de solidarité⁶⁷³. Elle traduisait une réelle évolution en élaborant, relativement à l'autorisation au mariage et au pacte civil de solidarité du majeur protégé, un socle commun, avec quelques spécificités. Cette autorisation différait selon que le majeur se trouvait placé sous un régime de tutelle ou de curatelle. Elle ne se substituait pas au consentement de l'intéressé.

La conclusion d'un pacte civil de solidarité ou d'un mariage, par une personne en tutelle, nécessitait l'autorisation du juge, pour les tutelles minorées, ou du conseil de famille, pour les tutelles complètes⁶⁷⁴. Cette autorisation était donnée après audition obligatoire des futurs partenaires ou époux⁶⁷⁵. L'avis des parents et de l'entourage était recueilli, le cas échéant⁶⁷⁶. S'agissant plus spécifiquement du mariage du majeur en tutelle, la loi de 2007 a supprimé à la fois la contestable autorisation parentale⁶⁷⁷, créant une ambiguïté avec la minorité, et l'avis du médecin traitant⁶⁷⁸, aux contours flous⁶⁷⁹ et pouvant s'avérer partial⁶⁸⁰.

Pour le majeur en curatelle, les règles relatives au pacte civil de solidarité et au mariage, différaient. La conclusion du pacte civil de solidarité ne nécessitait pas le recueil préalable d'une autorisation. La protection se manifestait dans un second temps puisque la signature du pacte avait lieu avec l'assistance du curateur⁶⁸¹. Le mariage d'une personne en curatelle n'était permis qu'avec

⁶⁷³ C. civ. art. 460 et suiv., loi du 5 mars 2007.

⁶⁷⁴ Pour le pacte civil de solidarité, C. civ. art. 462 ancien (loi du 5 mars 2007). Pour le mariage, C. civ. art. 460 al. 2 ancien (loi du 5 mars 2007).

⁶⁷⁵ Pour le pacte civil de solidarité, C. civ. art. 462 al. 1 ancien et pour le mariage, C. civ. art. 460 al. 2 ancien (loi du 5 mars 2007). Précisément, pour le mariage, cette audition était obligatoire dans tous les cas.

⁶⁷⁶ Loi du 5 mars 2007 : pour le mariage, C. civ. art. 460 al. 2 ancien et pour le pacte civil de solidarité, C. civ. art. 462 al. 1 ancien. V. à ce propos, Cass. 1^{ere} civ., 15 nov. 2017, 16-24.832, D. 2018 p.403, obs. Gilles Raoul-Cormeil.

⁶⁷⁷ C'était seulement lorsque le double accord parental ne pouvait pas être obtenu, quelle qu'en soit la raison, que le conseil de famille, spécialement convoqué, délibérait sur la question du mariage, C. civ. art. 506 al. 1 et 2, ancien (antérieur à la loi du 5 mars 2007).

⁶⁷⁸ C. civ. art. 506 al. 3 ancien (antérieur à la loi du 5 mars 2007).

⁶⁷⁹ La mission du médecin n'était pas précisée de sorte que l'avis médical pouvait être, logiquement, un avis de médecine libérale mais rien n'excluait un avis, contestable et choquant, de médecine sociale. L'avis de médecine libérale revient à indiquer notamment le niveau intellectuel, les troubles éventuels, les conditions sociales et les facteurs affectifs. Pour le mariage, le médecin pouvait spécifiquement apprécier, en outre, dans quelle mesure le consentement du sujet serait être valable. Il pouvait enfin donner un avis "prospectif" en émettant un pronostic sur l'avenir de l'affection mentale et ses éventuelles répercussions sur la vie du couple. Le point de vue de médecine sociale, ne distinguant pas la personne elle-même de celles présentant les mêmes caractéristiques, pouvait, par exemple, amener le médecin à déconseiller le mariage pour des raisons d'eugénisme, V. à ce sujet, Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, *op. cit.*, n° 1118, p. 541.

⁶⁸⁰ Le médecin traitant qui, par hypothèse, connaît bien la famille de l'intéressé pouvait, dans certains cas, ne pas être impartial V. à ce sujet, Thierry Fossier, La réforme de la protection des majeurs. Guide de la loi du 5 mars 2007, JCP G 2007, I, 118, spéc. 13. A noter, à ce propos, que la loi du 5 mars 2007 supprimait tout recours au médecin traitant.

⁶⁸¹ C. civ. art. 461 (ancien, loi du 5 mars 2007).

l'autorisation du curateur⁶⁸². Mais, comme dans la loi précédente, ce dernier n'avait pas à procéder à l'audition des futurs conjoints ou partenaires. En cas de refus du curateur, le curatelaire pouvait saisir le juge des tutelles pour obtenir une autorisation supplétive⁶⁸³.

Les autorisations à recueillir, pour le majeur en tutelle ou en curatelle, s'expliquaient par la volonté de privilégier la dimension sociale du mariage et du pacte civil de solidarité par rapport au caractère personnel de ces actes. Il s'agissait également de faire prévaloir une protection car, dans le mariage et le pacte civil de solidarité, l'aspect intime est inextricablement lié à l'aspect patrimonial.

L'organe décisionnaire devait d'abord vérifier l'existence de la volonté du majeur protégé de se marier⁶⁸⁴ ou de conclure un pacte civil de solidarité⁶⁸⁵ et la compréhension des conséquences de ces actes. Par ailleurs, de nombreuses questions se posaient. Fallait-il apprécier plus rigoureusement la lucidité de la volonté exprimée pour le mariage que pour le pacte sachant que le mariage engendre des droits et des devoirs plus conséquents et une dissolution plus complexe à obtenir ? Plus largement et en l'absence de précision, l'organe décisionnaire pouvait-il prendre en compte la durée de la relation, l'existence d'enfants communs ou encore l'état mental et la personnalité du futur conjoint ou partenaire du majeur protégé afin de déterminer la viabilité du couple ? De façon générale, le fondement de l'autorisation était éminemment subjectif. Ainsi, même s'il n'existait pas d'incapacité de jouissance générale de se marier ou de conclure un pacte civil de solidarité, certaines personnes, dont les facultés mentales étaient particulièrement altérées, ne pouvaient pas franchir le filtre de l'autorisation.

B-La suppression des conditions préalables d'accès du majeur protégé à l'union juridiquement organisée

Le législateur, après avoir libéralisé progressivement les conditions préalables d'accès aux unions juridiquement organisées, a supprimé purement et simplement, dans la loi du 23 mars 2019, pour les majeurs protégés, en tutelle ou en curatelle, l'obtention d'une autorisation de se marier et, pour le majeur

⁶⁸² C. civ. art. 460 al. 1, (ancien, loi du 5 mars 2007).

⁶⁸³ C. civ. art. 460 al. 1, (ancien, loi du 5 mars 2007).

⁶⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1998, D. 1999, 19, note Jean-Jacques Lemouland ; Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2019, n° 18-15.830, D. 2019. 1865, note Gilles Raoul-Cormeil ; AJ Fam. 2019. 598, obs. E. Pecqueur ; Dr. Fam. 2019, comm. 184, note Ingrid Maria.

⁶⁸⁵ Le juge des tutelles, saisi d'une demande d'autorisation d'un majeur protégé à conclure un Pacs, n'a pas à examiner le contenu de l'acte envisagé. Il doit simplement vérifier que le majeur concerné est en état d'exprimer clairement sa volonté, Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-10.340, JurisData n° 2017-003895 ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-18.685, JurisData n° 2017-004100, Dr. Fam 2017, n° 5, comm. 109, Ingrid Maria ; « (...) si l'état de santé de l'intéressé justifie le maintien de la mesure de protection, sa parole est claire quant à sa volonté de donner un statut à sa compagne, de sorte que la seule opposition des enfants du premier lit ne peut justifier le refus d'une mesure conforme à la volonté exprimée par le majeur protégé » Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 2017, n° 16-24.832, n° 16-24.832, P+B, JurisData n° 2017-022783 RTD Civ. 2018 p.78, Denis Mazeaud ; Procéd. 2018, n° 1, comm. 17, Méлина Douchy-Oudot ; Dr. Fam 2018, n° 1, comm. 18, par Ingrid Maria ; D. 2018 p.403, Gilles Raoul-Cormeil.

en tutelle, celle de conclure un pacte civil de solidarité⁶⁸⁶.

Cette évolution a eu lieu, notamment sous l'influence de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées. Cette convention, en effet, enjoint aux Etats parties de prendre des mesures pour éliminer les discriminations à l'égard des personnes handicapées relativement au mariage, à la famille et aux relations personnelles. Précisément, elle demande la reconnaissance pour toutes les personnes handicapées, à partir de l'âge nubile, du droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux⁶⁸⁷. Le législateur a donc privilégié l'autonomie du majeur protégé, tant dans le mariage, liberté reconnue par diverses conventions, que dans le pacte civil de solidarité présentant de nombreuses analogies avec le mariage.

Pour le mariage, toutefois, la suppression de l'autorisation s'est accompagnée de l'adoption de dispositions spécifiques. Désormais, la personne chargée de la mesure de protection, et précisément le tuteur ou le curateur, est préalablement informée du projet de mariage du majeur représenté ou assisté en matière personnelle⁶⁸⁸. En effet, sachant que cette disposition se trouve dans la sous-section concernant les effets relatifs à la protection de la personne, il semble que seuls les protecteurs investis de cette mission soient concernés. Par ailleurs, l'information de la personne ayant reçu une habilitation familiale n'est pas mentionnée⁶⁸⁹.

La forme de cette information préalable, et consécutivement de sa preuve, ne sont pas précisées. Le défaut de respect de cette disposition n'entraîne pas la nullité du mariage. Toutefois, en l'absence d'information, il ne peut y avoir publication des bans⁶⁹⁰ et l'officier d'état civil refusera de célébrer le mariage. En outre, un droit d'opposition renforcé est mis en place au profit du tuteur et du curateur. Ces organes peuvent former une opposition pour tout motif, sur une condition de fond ou de forme du mariage⁶⁹¹. La personne habilitée, en revanche, n'est pas visée. La procédure d'opposition vise à contrôler l'aptitude au mariage du majeur protégé. Elle risque ainsi d'être très souvent mise en œuvre. Elle peut tendre à remplacer, de façon plus indirecte et plus limitée, l'autorisation au mariage. L'abus du protecteur, auteur de l'opposition, est toutefois sanctionné par des dommages et intérêts⁶⁹².

L'existence d'une mesure de protection a, enfin, une influence en matière de régimes matrimoniaux. En effet, lors de la conclusion de la convention matrimoniale, le majeur en tutelle ou en curatelle doit être assisté par l'organe

⁶⁸⁶ V. à propos du commentaire de cette loi, Charlène Bois Farinaud, Les libertés familiales des majeurs protégés, Dr. Fam 2021, n° 9, dossier 20 ; Aude Denizot, Mariage des majeurs protégés : comment faire du vin nouveau avec de vieilles outres ? Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, RTD Civ. 2019 p.419 ; Gilles Raoul-Cormeil, Contrôle préventif du projet de mariage : de l'autorisation à l'opposition, D. 2019 p.1865.

⁶⁸⁷ CIDPH, art. 23-1.

⁶⁸⁸ C. civ., art. 460 et art. 63, al. 2, 1°.

⁶⁸⁹ L'article 460 du Code civil se trouve au sein d'une section consacrée à la tutelle et à la curatelle

⁶⁹⁰ C. civ. art. 63 al. 2.

⁶⁹¹ C. civ., art. 175.

⁶⁹² C. civ. art. 179.

de la protection⁶⁹³, sous peine de nullité⁶⁹⁴. En outre, le régime matrimonial, choisi par les futurs époux, peut ne pas préserver les intérêts patrimoniaux du majeur protégé. Le protecteur légal peut alors saisir le juge pour être autorisé à conclure seul une convention matrimoniale⁶⁹⁵. Ces dispositions semblent contraires à l'autonomie du majeur protégé. Elles s'expliquent toutefois par le caractère patrimonial marqué de l'adoption d'un régime matrimonial. Cette prérogative de l'organe de protection peut toutefois être neutralisée par le refus du futur conjoint, considérant l'intrusion injustifiée, de signer le contrat de mariage souhaité par le protecteur légal. Dans cette situation, le régime légal de communauté réduite aux acquêts s'appliquera.

§II-*Les conditions d'accès des mineurs au mariage*

V. sur ces points

Valérie Doumeng, *Discrimination et droit de la famille*, art. cit.

Le mineur ne peut logiquement pas accéder à une vie de couple matérialisée par le concubinage car, soumis à l'exercice de l'autorité parentale, il n'est pas autonome. Il ne peut pas non plus, même s'il bénéficie d'une émancipation, conclure de pacte civil de solidarité, réservé aux majeurs⁶⁹⁶. Ainsi, ce développement est consacré exclusivement au mariage.

Le mariage du mineur a subi une évolution remarquable. Précisément, la limitation de l'accès au mariage a coïncidé avec une volonté de respecter et de protéger davantage le mineur. Ainsi, l'âge minimum a augmenté au fil du temps. Il était fixé, dans le droit canonique, à douze ans pour les filles et à quatorze ans pour les garçons, dans droit révolutionnaire, à treize ans pour les filles et à quinze ans pour les garçons et, dans le Code civil de 1804, à quinze ans pour les filles et à dix-huit ans pour les garçons. Il existait donc une discrimination, fondée sur le degré supposé de maturité en fonction du sexe, *a priori* préjudiciable pour le garçon mineur qui n'accédait pas aux mêmes droits que la fille. En réalité, la discrimination visait davantage les filles mariées très jeunes et devant faire face, eu égard à une maturité supposée, à des responsabilités particulièrement lourdes. La loi du 4 avril 2006 a enfin abrogé cette disposition doublement discriminatoire et a fixé l'âge minimum du mariage, quel que soit le sexe, à dix-huit ans⁶⁹⁷.

Deux considérations expliquent l'exigence de la majorité pour se marier. D'abord, une considération psychologique à savoir la maturité et donc la réalité du consentement. Ensuite, une considération sociologique qui réside dans la crainte des mariages forcés. En effet, le mineur, soumis à l'autorité parentale, peut difficilement échapper aux pressions liberticides de ses parents. Cette protection est toutefois assez fragile sachant que certains mariages de mineurs ont lieu à l'étranger selon des règles coutumières. Le mariage civil est alors célébré, sur le territoire national, une fois l'âge de la

⁶⁹³ C. civ. art. 1399 al. 1.

⁶⁹⁴ C. civ. art. 1399 al. 2.

⁶⁹⁵ C. civ. art. 1399 al. 3.

⁶⁹⁶ Le pacte civil de solidarité est « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune » C. civ. art. 515-1.

⁶⁹⁷ C. civ. art. 144.

majorité atteint.

Le mariage du mineur, sous certaines conditions, demeure toutefois possible. Cette exception peut être considérée comme dangereuse, surannée et contraire à l'évolution des mœurs. Les mineurs, y compris ceux qui sont émancipés, doivent pour se marier être munis d'une autorisation et d'une dispense. L'autorisation que doit recueillir le mineur émane, sauf exception, des parents. En effet, le mineur est soumis à l'autorité parentale. Le consentement des deux parents est recueilli, si le mineur a un double lien de filiation. Mais le consentement d'un seul des parents suffit, « le dissentiment emporte le consentement »⁶⁹⁸. Si l'un des parents est décédé ou hors d'état de manifester sa volonté, le consentement de l'autre doit être recueilli⁶⁹⁹. Si les deux parents sont décédés ou hors d'état de manifester leur volonté, les ascendants du deuxième degré ou, à défaut, de degrés supérieurs doivent consentir. Le dissentiment vaut consentement⁷⁰⁰. En l'absence d'ascendants, ou si ceux-ci sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le conseil de famille donne l'autorisation au mineur, par hypothèse en tutelle⁷⁰¹.

L'autorisation a trois caractères. Elle est spéciale et doit donc préciser l'identité du conjoint que le mineur est autorisé à épouser. Elle est également révocable tant que le mariage n'est pas célébré. Enfin, le refus des ascendants est discrétionnaire. Il n'a pas à être motivé et il n'existe aucun recours contre cette décision. En revanche, la décision du conseil de famille doit être motivée et un recours peut être exercé.

Outre l'autorisation, une dispense doit être accordée pour « motifs graves » par le procureur de la République du lieu de célébration du mariage⁷⁰². Cette dispense est demandée et obtenue, dans la plupart des hypothèses, en raison de la grossesse de la femme.

En l'absence d'autorisation ou de dispense, une opposition peut être formée par le ministère public, par le mineur lui-même mais également par les personnes dont le consentement n'a pas été obtenu ou, à défaut, par certains membres de la famille⁷⁰³. En outre, le mariage contracté sans le respect des conditions d'autorisation peut faire l'objet d'une action en nullité relative exercée par les personnes dont le consentement était requis ou par l'époux qui avait besoin de ce consentement⁷⁰⁴. Une action en nullité absolue pour défaut d'âge légal⁷⁰⁵ peut également être intentée par le ministère public, par les époux ou par toute personne qui y a intérêt⁷⁰⁶.

De façon générale, l'autorisation au mariage des mineurs ne constitue pas un obstacle à une demande en nullité pour défaut de consentement de ces derniers. Elle n'a pas pour fonction de remplacer le consentement personnel de l'intéressé durant la cérémonie.

⁶⁹⁸ C. civ. art. 148.

⁶⁹⁹ C. civ. art. 149 al. 1.

⁷⁰⁰ C. civ. art. 150 al. 1.

⁷⁰¹ C. civ. art. 159.

⁷⁰² C. civ. art. 145.

⁷⁰³ C. civ. art. 172 et suiv.

⁷⁰⁴ C. civ. art. 182.

⁷⁰⁵ C. civ. art. 144.

⁷⁰⁶ C. civ. art. 184.

Section II-Le consentement du majeur vulnérable à l'union

Le majeur vulnérable, juridiquement protégé, doit émettre un consentement au concubinage, simple ou assorti d'un pacte civil de solidarité (§I), et au mariage (§II).

V. sur ce point :

Valérie Doumeng :

-L'accès du majeur juridiquement protégé à la vie de couple, in Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité, *art. cit.*

***La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel**, *op. cit.*, p. 547 et suiv.

§I-Le consentement au concubinage simple ou assorti d'un pacte civil de solidarité

Le consentement au concubinage simple (A) se distingue de celui assorti d'un pacte civil de solidarité (B).

A-Consentement et concubinage simple

La loi ne vise pas expressément le concubinage du majeur protégé. Toutefois, de façon générale, elle met l'accent sur l'autonomie⁷⁰⁷. Ainsi, la protection est limitée par le nécessaire respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux, de la dignité et de l'intérêt de la personne protégée⁷⁰⁸. Spécifiquement, celle-ci choisit le lieu de sa résidence et entretient librement des relations personnelles avec les tiers. Ce n'est qu'en cas de difficulté que le juge ou le conseil de famille, s'il a été constitué, statue⁷⁰⁹. La vie sentimentale du majeur protégé n'est donc pas, *a priori*, du ressort des protecteurs. Par conséquent, le concubinage simple, à la différence des deux formes de couple juridiquement organisées, concerne seulement les deux concubins et demeure une situation de fait, l'exercice d'une liberté. Quelles que soient les craintes, à propos d'un concubinage supposé préjudiciable au majeur protégé⁷¹⁰, reconnaître un pouvoir aux protecteurs dans ce domaine provoquerait inévitablement une intrusion directe dans la vie privée et pourrait donner lieu à nombre d'abus.

La loi affirme, par ailleurs, que la personne protégée, y compris en matière personnelle, « prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet »⁷¹¹. Dans le cas contraire, les décisions relevant de sa vie sentimentale, précisément l'installation en concubinage, font partie des actes simplement personnels, et non pas strictement personnels. Dès lors, le juge ou le conseil de famille peut prévoir une assistance ou, spécifiquement,

⁷⁰⁷ C. civ. art. 415 al. 3.

⁷⁰⁸ C. civ. art. 415 al. 2 et 3.

⁷⁰⁹ C. civ. art. 459-2.

⁷¹⁰ Les craintes exprimées peuvent l'être en vertu d'un éventuel intérêt de la personne protégée en raison, notamment, du choix estimé non judicieux du partenaire ou encore de la décision de quitter l'établissement social ou médico-social, source d'équilibre, pour s'installer de façon indépendante.

⁷¹¹ C. civ. art. 459 al. 1.

une représentation⁷¹². En outre, en cas de danger provoqué par le comportement de l'intéressé, le protecteur peut prendre des mesures pour y mettre fin lorsque la mesure ne porte pas gravement atteinte à l'intimité de la vie privée. Dans les autres cas, pour pouvoir agir, il doit soit invoquer l'urgence soit bénéficier d'une autorisation du juge des contentieux de la protection ou du conseil de famille⁷¹³. Ainsi, si l'installation en concubinage correspond à ces hypothèses, interprétées au sens strict sauf à renverser le principe de la liberté, la personne protégée peut subir l'immixtion de son protecteur.

Dans les autres cas, l'absence de pouvoir légal d'intervention du protecteur, et *a fortiori* des tiers, ne doit toutefois pas faire oublier les pratiques occultes en la matière. En effet, les prémices de la vie sentimentale peuvent être réduites à néant par des protecteurs, de droit ou de fait. Ainsi, un majeur protégé vivant avec ses parents peut se trouver traité comme un « mineur prolongé » et celui résidant en établissement social ou médico-social, peut être soumis à l'interdiction pure et simple de toute vie sexuelle⁷¹⁴.

Enfin, le protecteur peut s'opposer indirectement à la décision émanant du majeur protégé de s'installer en concubinage. Précisément, il peut prendre des décisions incompatibles avec la vie en couple du majeur protégé. C'est tout à fait possible dans le cadre de mesures mixtes à savoir relatives à la personne et aux biens. Il suffit, pour ce faire, de placer l'intéressé dans un établissement médico-social ou encore de refuser de conclure un contrat de bail indispensable à la vie en commun.

B-Consentement et pacte civil de solidarité

Le majeur protégé n'a pas à recueillir une quelconque autorisation pour conclure un pacte civil de solidarité⁷¹⁵. En revanche, si la protection de la personne a été prévue, il se trouve assisté, lors de la conclusion du pacte, par son tuteur ou curateur⁷¹⁶. L'exigence d'une mission de protection de la personne pour l'intervention des organes légaux de protection s'explique par la nature hybride du pacte civil de solidarité, à la fois personnelle et patrimoniale⁷¹⁷.

Le majeur doit manifester un véritable consentement, exempt de tout vice. A défaut, et conformément au droit des contrats, le pacte civil de solidarité pourrait faire l'objet d'une annulation sur le fondement de la nullité relative. Lors de la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil ou devant le notaire instrumentaire⁷¹⁸, en revanche, aucune assistance ou représentation n'est requise⁷¹⁹.

⁷¹² C. civ. art. 459 al. 2.

⁷¹³ C. civ. art. 459 al. 3 et 4.

⁷¹⁴ Cette interdiction génère d'importantes difficultés sachant que les résidents, durant toute leur vie d'adulte, soit transitent d'établissement en établissement, soit demeurent dans la même structure.

⁷¹⁵ V. *supra*, p. 92.

⁷¹⁶ C. civ. art. 461 et 462.

⁷¹⁷ Hugues Fulchiron, Philippe Malaurie, Droit de la famille, *op. cit.*, p. 246 et suiv.

⁷¹⁸ C. civ. art. 515-3 al. 1.

⁷¹⁹ C. civ. art. 462 al. 1.

§II-*Le consentement au mariage*

Ce développement n'aborde pas le cas du mineur. En effet, en amont, le mineur doit obtenir à la fois une autorisation et une dispense. Dès lors, indirectement, son aptitude à consentir est déjà contrôlée. En outre, les mariages des mineurs sont rarissimes et les cas d'annulation pour défaut de consentement, lors de la cérémonie, encore plus. De fait, les développements, en l'absence de difficulté particulière et de jurisprudence publiée à ce propos depuis plusieurs années, seraient largement théoriques.

En revanche, le consentement au mariage du majeur vulnérable, quelle que soit sa capacité juridique, relève d'un droit spécifique, légal et jurisprudentiel. L'absence ou le vice du consentement, en raison d'un trouble mental, peut être détecté, en amont du mariage, et provoquer une opposition empêchant alors l'union (A). Il peut également générer l'annulation du mariage célébré (B).

A-Absence ou vice du consentement et opposition

L'absence ou le vice du consentement peut être détecté en amont du mariage, lors de l'audition par l'officier d'état civil (1°) ou dans toute autre circonstance (2°) et engendrer une opposition

1°-Audition par l'officier d'état civil antérieure au mariage et opposition

L'officier d'état civil procède à l'audition commune des futurs époux. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre de ces derniers⁷²⁰. Cette audition individuelle se justifie par la nécessité de vérifier si le consentement existe et ne se trouve pas vicié⁷²¹. En cas d'impossibilité ou s'il n'y a aucun doute sur la validité du consentement des futurs époux, l'audition n'a pas à être réalisée⁷²². Cette disposition légale, conçue notamment pour prévenir les mariages forcés ou fictifs, peut s'avérer utile dans le cadre du mariage du majeur dont les facultés sont altérées, qu'il soit soumis ou pas à un régime de protection. Avec la disparition de l'autorisation au mariage pour les majeurs protégés⁷²³, un contrôle du consentement plus particulier doit certainement être mené en amont, par le biais de l'audition des époux. L'officier d'état civil peut détecter, pendant cette audition, des indices, obligatoirement subjectifs, tels que la vulnérabilité particulière ou la faiblesse mentale de l'un des futurs époux⁷²⁴ pouvant induire une absence ou un vice du consentement. Il peut alors saisir le procureur de la République. Ce dernier dispose alors d'un délai de quinze jours soit pour faire opposition au mariage, soit pour décider d'un sursis, d'un

⁷²⁰ C. civ. art. 63 al. 2.

⁷²¹ C. civ. art. 146 et 180.

⁷²² C. civ. art. 63 al. 2.

⁷²³ Loi 23 mars 2019, V. *supra*, p. 92.

⁷²⁴ V. en ce sens, Anne-Marie Leroyer, RTDCiv. 2006, p. 403.

mois maximum, à sa célébration dans l'attente des résultats d'une enquête qu'il fait réaliser⁷²⁵.

2°-Les oppositions au mariage émanant de l'entourage du majeur vulnérable et du ministère public

L'opposition, acte authentique dressé par un huissier, signifié aux deux futurs époux et à l'officier d'état civil, oblige ce dernier à surseoir au prononcé du mariage⁷²⁶

En cas d'altération des facultés personnelles du futur époux, les ascendants peuvent former une opposition ou, à défaut, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains. A l'exception des ascendants, l'opposant doit provoquer ou faire provoquer l'ouverture d'une mesure de protection juridique⁷²⁷. Le ministère public peut également former opposition pour tous motifs, plus précisément pour tous les cas où il pourrait demander la nullité et précisément pour absence ou vice du consentement⁷²⁸.

Les oppositions à mariage, mises à part celles initiées par le ministère public en prévention des mariages de complaisance, sont globalement tombées en désuétude. Toutefois, relativement aux majeurs protégés, l'abolition des autorisations à mariage pourrait augmenter les hypothèses de recours à ce mécanisme. Ainsi, l'organe chargé de la protection (tuteur ou curateur) peut désormais former opposition pour défaut de respect d'une condition, de fond ou de forme, au mariage de la personne qu'il représente ou assiste⁷²⁹. Précisément, en l'absence de famille, l'opposition du mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut être essentielle.

Les auteurs de l'opposition, à l'exclusion des ascendants et du ministère public qui possèdent un droit discrétionnaire, s'exposent à engager leur responsabilité civile en cas d'exercice abusif de ce droit. A l'inverse, l'absence d'opposition du protecteur pourrait être jugée fautive et entraîner sa responsabilité, notamment à l'égard des héritiers du majeur protégé.

B-Absence ou vice du consentement au moment du mariage et nullité

Si, au moment de la célébration, le consentement était soit non conscient (1°) soit vicié (2°), le mariage peut faire, *a posteriori*, l'objet d'une annulation.

⁷²⁵ C. civ. art. 175-2. A noter cependant une contradiction dans les textes : l'article 175-2 renvoie à l'article 180 sans distinction (défaut de liberté et erreur). Or, l'article 180 permet au ministère public d'agir en nullité uniquement pour défaut de liberté et non pas pour erreur. Sachant que le ministère public ne peut former opposition que s'il peut demander nullité (art. 175-1), il ne devrait pas pouvoir former opposition pour erreur.

⁷²⁶ C. civ. art. 68.

⁷²⁷ C. civ. art. 174. A noter que le degré de l'altération des facultés n'est pas précisé. Comparer avec l'ancien texte qui visait la « démence » terme obsolète mais qui signifiait une grave altération des facultés. Ce terme a été très tardivement supprimé par la loi du 23 mars 2019.

⁷²⁸ C. civ. art. 175-1 ; V. pour le défaut de consentement d'un homme (schizophrène) placé sous un régime de protection (curatelle), Cass. 1ere civ., 20 avril 2017, D. 2017, p. 1963. V. également, CA Rennes, 17 juin 2019, n° 18/05241, JurisData n° 2019-010390, Dr. Fam 2019, n° 9, comm. 162, Sophie Dumas-Lavenac.

⁷²⁹ C. civ., art. 175.

1°-Absence de consentement conscient

Le consentement conscient doit exister au moment de l'acquiescement au mariage⁷³⁰ et se trouve sanctionné, à défaut, par une nullité absolue⁷³¹. Le défaut de consentement⁷³², question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, peut résider dans l'incompréhension du sens et de la portée de l'acte ou du mot prononcé⁷³³ dû à la « perte catégorique de l'intelligence et du jugement »⁷³⁴. Mais encore faut-il déterminer le degré d'incompréhension propre à engendrer la nullité de l'union.

La théorie de l'intervalle lucide⁷³⁵ est privilégiée⁷³⁶. Toutefois, si elle se conçoit en matière d'actes juridiques classiques, son application au mariage se trouve critiquée. En effet, elle prend seulement en compte la conception formelle du mariage à savoir l'échange rapide des consentements devant l'officier de l'état civil⁷³⁷. Or, le consentement au mariage doit être l'expression d'une intention conjugale, l'aboutissement d'une maturation plus ou moins longue⁷³⁸. Il a ainsi été proposé, notamment, de se référer non plus à l'intervalle lucide mais à une « longue période de rémission »⁷³⁹.

Toutefois, l'abandon de la théorie de l'intervalle lucide aurait de graves répercussions sur la possibilité, pour les personnes souffrant d'une altération durable de leurs facultés mentales⁷⁴⁰, de se marier et passer « d'une appréciation de la validité du consentement à un système d'incapacité »⁷⁴¹. En

⁷³⁰ C. civ. art. 146.

⁷³¹ C. civ. art. 184 qui renvoie à l'art. 146

⁷³² Pour le mariage, C. civ. art. 146. Pour le pacte civil de solidarité, C. civ. art. 489 al. 1.

⁷³³ CA Aix-en-Provence, 1^o ch., 17 mars 1938, Gaz. Pal. 1938, I, 900 ; Bastia, 8 février 1888, D.P. 1888, II, 317.

⁷³⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1965, Bull. civ. I, n^o 665, p. 506.

⁷³⁵ En 1698, le chancelier d'Aguesseau l'avait définie non pas comme un « crépuscule qui joint le jour et la nuit, mais une lumière parfaite, un éclat vif et continu, un jour plein et entier qui sépare deux nuits », D'Aguesseau, cité par Henri Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, Paris, éd. Savy-Durand, 1864, p. 109. L'intervalle lucide a également été décrit comme « la suspension absolue, mais temporaire des manifestations et des caractères du délire », Henri Legrand du Saulle, *La folie devant les tribunaux*, *op. cit.*, p. 109 et 110. Enfin, plus prosaïquement, il a été défini comme la possibilité de « comprendre et... vouloir », CA Paris, 10 janv. 1969, D. 1969, 331.

⁷³⁶ Cette notion est souverainement déterminée par les juridictions du fond.

⁷³⁷ V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1992, D. 1993, 409, note François Boulanger ; Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1980, JCP 1981, II, 19552, obs. Guy Raymond ; Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1975, D. 1975, 668, note Jean Hauser ; Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 1965, *cit.* ; CA Aix-en-Provence, 1^o ch., 17 mars 1938, *cit.*

⁷³⁸ Guy Raymond, obs. sous Cass. civ., 1, 28 mai 1980, *cit.* En ce sens, François Boulanger, note sous Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1992, *cit.*, p. 411 ; François Boulanger, note sous Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1988, JCP G 1989, II, 21197.

⁷³⁹ Guy Raymond, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1980, *cit.* ; V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n^o 09-68.983, D. 2011, 1349, et 2387, note Gilles Raoul-Cormeil ; JurisData n^o 2011-007702, Dr. Fam 2011, n^o 10, comm. 145, Virginie Larribau-Terneyre

⁷⁴⁰ Cette théorie a surtout une importance pratique pour les malades mentaux. L'état d'un déficient intellectuel, en revanche, demeure toujours à peu près constant. Il faut toutefois réserver le cas où des pathologies psychiatriques se greffent sur des déficiences mentales.

⁷⁴¹ Jean-Jacques Lemouland, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse Droit, Bordeaux I, 1984, T.2, n^o 433, p. 360.

fait, la jurisprudence applique toujours⁷⁴², de façon générale, la théorie de l'intervalle lucide, même si, dans certaines décisions, elle prend en considération, pour se déterminer, les manifestations préalables de la volonté⁷⁴³.

2°- **Consentement vicié**

L'état mental peut également exposer le majeur protégé à un vice du consentement. Ainsi, une erreur, spontanée ou provoquée⁷⁴⁴, dans la personne ou sur les qualités essentielles de son conjoint peut aisément naître dans un esprit troublé. En outre, le majeur vulnérable peut parfois être influençable et manipulable et un mensonge ou une manœuvre a davantage de risque de provoquer une erreur⁷⁴⁵. Enfin, une violence insignifiante ou des menaces irrationnelles peuvent exercer une pression sur sa volonté⁷⁴⁶. Par conséquent, la faiblesse mentale de l'intéressé peut facilement provoquer une annulation du mariage. Les vices du consentement sont sanctionnés par une nullité relative, nullité de protection⁷⁴⁷.

Par ailleurs, la découverte de l'altération des facultés mentales⁷⁴⁸ ou de l'existence d'un régime de protection, en tant que révélateur d'un « état psychique altéré »⁷⁴⁹, est généralement considérée comme objectivement déterminante. Elle est donc susceptible de provoquer l'annulation du mariage sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles à la demande du conjoint de la personne mentalement troublée. Deux critères servent de fondement à l'erreur objective. La conception sociologique consiste à déterminer si la qualité en cause aurait été conçue comme un obstacle au mariage « de la part de toute personne placée dans les mêmes conditions »⁷⁵⁰. Pour les juridictions appliquant ce critère, une intégrité mentale suffisante constitue l'une des qualités essentielles qu'un futur époux est en droit d'attendre de l'autre⁷⁵¹. Le second critère, relatif à la conception légale,

⁷⁴² V. pour une application récente à propos de la démence sénile de l'époux, « aucune maladie, aucune infirmité ne peut à elle seule interdire à une personne de se marier, pourvu qu'elle n'empêche pas le consentement de s'exprimer », CA Angers, 21 oct. 2021, n° 19/01816, JurisData n° 2021-016664, Dr. fam. 2022, n° 1, comm. 7, Ingrid Maria.

⁷⁴³ Pour un mariage *in extemis*, Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2006, D. 2006, pan., p. 1416, obs. Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau. A noter que la Cour de cassation avait déjà admis que les juges du fond puissent se déterminer d'après de tels éléments, Cass. civ., 1, 28 mai 1980, *cit.*

⁷⁴⁴ Contrairement à la théorie générale des vices du consentement, le dol n'est pas pris en considération comme cause directe de nullité du mariage, C. civ. art. 180.

⁷⁴⁵ V. pour une décision récente, CA Montpellier, 11 janv. 2019, n° 18/00473, JurisData n° 2019-000791, Dr. Fam 2019, n° 4, comm. 74, Jean-René Binet.

⁷⁴⁶ C. civ. art. 180 al. 1 (défaut de consentement libre), C. civ. art. 180 al. 2 (erreur).

⁷⁴⁷ C. civ. art. 180.

⁷⁴⁸ CA Pau, 30 août 1990, cité par Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, Des nullités : cas et conséquences, RTDCiv. 1991, p. 708, n° 5 (schizophrénie) ; TGI de Vesoul, 28 nov. 1989, D. 1990, 590, note C. Philippe (majeur sous curatelle) ; TGI Tarascon, 8 juillet 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, som., 91 ; Rép. Def. 1982, 1, Art. 32930, p. 1240, obs. Jean Massip ; TGI de Rennes, 9 nov. 1976, D. 1977, 539, obs. Henri-Daniel Cosnard ; TGI du Mans, 18 mars 1965, D. 1967, 203, note Jean Pradel (trouble psychique grave).

⁷⁴⁹ TGI. de Vesoul, 28 nov. 1989, *cit.*

⁷⁵⁰ Gérard Cornu, Centenaire, D. 1959, chr. 215, spéc. 220.

⁷⁵¹ TGI. de Vesoul, 28 nov. 1989, *cit.* ; TGI. Tarascon, 8 juillet 1981, *cit.* ; TGI. de Rennes, 9

consiste à apprécier si le trouble mental peut être considéré comme un obstacle au déroulement normal d'une vie conjugale⁷⁵², voire comme rendant l'union conjugale impossible⁷⁵³, faute pour le conjoint d'être en mesure d'assumer ses devoirs conjugaux⁷⁵⁴. Il faut, en outre et quel que soit le critère objectif privilégié, que l'erreur soit subjectivement déterminante⁷⁵⁵.

Il est possible de faire un parallèle avec le pacte civil de solidarité. Dans ce cas également, la nullité pour erreur sur les qualités essentielles de la personne⁷⁵⁶, cause principale de la convention, peut être prononcée, conformément au droit commun des obligations conventionnelles, si cette erreur est déterminante⁷⁵⁷.

novembre 1976, *cit.*

⁷⁵² TGI. de Rennes, 9 nov. 1976, *cit.*

⁷⁵³ TGI. de Vesoul, 28 novembre 1989, *cit.*; TGI de Rennes, 9 nov. 1976, *cit.*

⁷⁵⁴ TGI. de Tarascon, 8 juillet 1981, *cit.*, précisément, en l'espèce, le devoir de cohabitation.

⁷⁵⁵ TGI. du Mans, 18 mars 1965, *cit.*; TGI de Rennes, 9 nov. 1976, *cit.*; TGI de Tarascon, 8 juillet 1981, *cit.*; TGI de Vesoul, 28 novembre 1989, *cit.*

⁷⁵⁶ C. civ. art. 1110 al. 2.

⁷⁵⁷ V. à propos de l'action en nullité d'un pacte civil de solidarité pour vice du consentement, CA Paris, 2^o ch.civ., sect.B, 9 nov. 2006, Juris-data, n^o 2006-314683.

Chapitre II-

Vie privée et dissolution de l'union du majeur protégé

Le mariage provoquant l'émancipation, le divorce peut, de façon rarissime, concerner un mineur émancipé. En revanche, le mineur ne peut être partie ni à la conclusion d'un pacte civil de solidarité, ni à sa rupture. Cette partie sera donc uniquement consacrée au majeur vulnérable, plus spécifiquement au majeur protégé. En effet, les règles dérogatoires et limitatives, en matière de rupture de l'union, concernent uniquement ce dernier et non pas, plus largement, le majeur mentalement troublé. Elles ont toutefois considérablement évolué vers une libéralisation.

Il convient donc d'aborder le rôle du protecteur dans les diverses ruptures d'unions (section I) puis les règles spécifiques pour le divorce (section II).

Section I-Le rôle du protecteur lors de la rupture de l'union

Il existe des zones floues relatives au rôle du protecteur dans la rupture de l'union. Dans certains cas, ce rôle est neutralisé, faute de fondement juridique à son intervention (§I). Dans d'autres, notamment en matière de contractualisation de la rupture, la réponse est plus complexe (§II).

§I-Neutralisation du rôle du protecteur lors de la rupture du concubinage et du pacte civil de solidarité

V. sur ce point

Valérie Doumeng

-Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, RRJ 2009-1. Dossier : La contractualisation de la rupture des couples en France et au Québec, p. 121-133

-Démocratie et famille, art. cit.

-L'accès du majeur juridiquement protégé à la vie de couple, art. cit.

Les majeurs juridiquement protégés peuvent rompre librement, unilatéralement ou d'un commun accord, un concubinage ou un pacte civil de solidarité. Cette autonomie s'explique par le fait que la rupture de ces unions relève de la vie privée, précisément de la vie sentimentale de l'intéressé. Et, en ce domaine, les organes légaux de protection n'ont aucune légitimité à intervenir⁷⁵⁸. *A fortiori*, aucune disposition n'est logiquement prévue pour la rupture du concubinage, fait juridique inorganisé par les textes. Il n'existe donc ni formalisme ni intervention des organes de la protection.

⁷⁵⁸ C. civ. art. 415 al. 2 et 3.

La rupture d'un pacte civil de solidarité advient, quelle que soit la mesure de protection, soit par déclaration unilatérale, à l'initiative de la personne protégée ou de son partenaire, soit par déclaration conjointe. Les organes légaux n'ont aucun rôle à jouer⁷⁵⁹. Ceci distingue fortement les règles régissant le pacte civil de solidarité de celles qui existent dans le domaine contractuel. En outre, le libre accès à une rupture conjointe du pacte civil de solidarité différencie ce dernier du divorce par consentement mutuel, fermé au majeur protégé⁷⁶⁰.

Une exception est toutefois prévue lorsque le majeur en tutelle n'est pas en mesure d'exprimer sa volonté. Dans ce cas, la rupture unilatérale peut intervenir à l'initiative du tuteur, après recueil, en fonction des modalités de la tutelle, d'une autorisation du juge ou du conseil de famille. L'audition du majeur protégé doit avoir lieu. Il est également possible, le cas échéant, de recueillir l'avis des parents et de l'entourage de ce dernier⁷⁶¹. Une incompatibilité entre les rôles et les fonctions peut se révéler, mettant en péril l'équilibre de la protection, si le protecteur légal de l'intéressé est également son partenaire ou son concubin. Dans ce cas, le subrogé tuteur, s'il a été désigné, représente la personne protégée dont les intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur⁷⁶². A défaut, le juge de la protection ou le conseil de famille peut nommer un tuteur *ad hoc*⁷⁶³.

Quelle que soit l'hypothèse, lorsque la rupture est effective, il faut procéder au remplacement définitif du curateur ou du tuteur⁷⁶⁴, mettre fin à l'habilitation familiale et se poser la question de la révocation du mandataire de protection future⁷⁶⁵.

§II-Rôle du protecteur dans la contractualisation de la rupture de l'union : le cas des modalités de l'exercice de l'autorité parentale

V. sur ce point :

Valérie Doumeng

-Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, art. cit.

-Démocratie et famille, art. cit.

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? art. cit.

Les aspects patrimoniaux⁷⁶⁶ ou extrapatrimoniaux de la rupture de l'union peuvent être réglés conventionnellement par les époux, partenaires ou

⁷⁵⁹ C. civ. art. 462 al. 3 (tutelle) ; 461 al. 3 (curatelle)

⁷⁶⁰ C. civ. art. 249-4.

⁷⁶¹ C. civ. art. 462 al. 4.

⁷⁶² C. civ. art. 454 al. 5.

⁷⁶³ C. civ. art. 455 al. 1.

⁷⁶⁴ C. civ. art. 445 al. 1 renvoyant à l'art. 396 (tutelle des mineurs).

⁷⁶⁵ A noter que le juge, qui est saisi d'une difficulté dans le fonctionnement de l'habilitation familiale, ne peut pas d'office prononcer une mesure légale (tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice) alors qu'il le peut à la suite d'un mandat de protection future (C. civ., art. 485).

⁷⁶⁶ V. à propos des mesures patrimoniales résultant de la dissolution du divorce, du pacs et du concubinage, Valérie Doumeng, Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, art. cit.

concubins. Seuls les aspects extrapatrimoniaux de ces conventions dans la rupture du concubinage (assorti ou pas d'un pacte civil de solidarité) ou dans le divorce présentent un lien avec le sujet. Plus spécifiquement, il s'agit de se concentrer sur la contractualisation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants communs. Dans le divorce, cette question est partie intégrante du règlement des conséquences. Les autres unions, à savoir le pacte civil de solidarité ou le concubinage, ne produisent, en revanche, aucune conséquence particulière à l'égard des enfants, conçus et nés hors mariage. Ainsi, les parents de l'enfant, après la rupture du pacte civil de solidarité ou du concubinage, doivent spécialement saisir le juge aux affaires familiales aux fins d'obtention d'une décision relative à l'autorité parentale ou à son exercice. Ils peuvent également solliciter l'homologation d'un accord concernant, dans ce cas, uniquement son exercice⁷⁶⁷. Il en est de même des époux séparés de fait. Quelle que soit l'hypothèse, l'homologation donne une force juridique obligatoire et exécutoire aux conventions privées relatives à une matière indisponible⁷⁶⁸.

Il s'agit d'envisager les spécificités pouvant exister dans le cas où l'un des parents serait juridiquement protégé. Cette protection s'avère neutre quant à l'exercice de l'autorité parentale. En effet, elle est assurée « dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »⁷⁶⁹. Il existe, en outre, un « domaine réservé » au majeur protégé concernant les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel qui comprend, précisément, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant⁷⁷⁰. Il serait, en effet, inconcevable, voire absurde, que le protecteur assiste ou représente le majeur protégé dans la négociation d'une convention relative à l'exercice de l'autorité parentale avec son ex-concubin, ex-partenaire ou son époux, en cas de séparation de fait ou de divorce. En effet, seuls les parents de l'enfant sont en mesure de maîtriser le processus de décision en raison des relations souvent complexes qu'ils entretiennent entre eux et des conséquences qui en résultent. Par conséquent, le parent juridiquement protégé intervient, sans assistance ou représentation, dans l'élaboration de la convention relative, en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, aux modalités de cet exercice et, en cas d'exercice unilatéral, au droit de visite et d'hébergement de l'enfant⁷⁷¹.

De façon générale, le juge aux affaires familiales, lors de l'homologation de la convention, contrôle si l'intérêt des enfants est suffisamment préservé et si le consentement des parents a été donné librement⁷⁷². En pratique, il considère souvent que les parents sont les meilleurs juges de l'intérêt de l'enfant. Précisément, les conventions soumises au juge, dans la cadre d'un divorce,

⁷⁶⁷ C. civ. art. 373-2-7 al. 1.

⁷⁶⁸ C. civ. art. 373-2-7 ; V. sur ce point, Emmanuelle Bonifay, L'amiable en droit procédural de la famille, Dr. Fam 2020, n° 1, étude 3, spéc. n° 12 ; Charles Masson, L'ordre public familial en péril ? *art. cit.*, spéc. n° 2 ; Anne 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, spéc. n° 1 et n° 2.

⁷⁶⁹ C. civ. art. 415 al. 2.

⁷⁷⁰ C. civ. art. 458.

⁷⁷¹ C. civ. art. 373-2-7 al. 1.

⁷⁷² C. civ. art. 373-2-7 al. 2.

sont homologuées dans 99 % des cas⁷⁷³. En revanche, il est évident que, dans l'hypothèse d'une convention conclue entre une personne mentalement troublée placée sous un régime de protection et l'autre parent de l'enfant, le juge devrait apprécier très sévèrement la lucidité du parent vulnérable et contrôler si l'intérêt de l'enfant est bien préservé. Il pourrait ainsi être amené à procéder à des investigations approfondies en ordonnant, éventuellement, une enquête sociale, une expertise médicale et une audition de l'enfant capable de discernement.

Dans certains cas, le majeur protégé peut, en raison de l'altération de ses facultés, s'avérer inapte à conclure une telle convention. C'est le cas, notamment, lorsque le majeur en tutelle n'a pas pris l'initiative de la demande en divorce ou de la résolution du pacte civil de solidarité⁷⁷⁴. En l'absence de pouvoir du protecteur dans un domaine strictement personnel, la décision incombe donc au juge aux affaires familiales. Ainsi, le juge peut décider, si l'intérêt de l'enfant le commande, de confier l'exercice de l'autorité parentale au parent sain d'esprit⁷⁷⁵. Il attribue alors au parent faisant l'objet d'une protection juridique un droit de visite et d'hébergement ou, éventuellement, un droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet⁷⁷⁶. Ce droit de visite peut être supprimé pour motifs graves⁷⁷⁷, notamment en raison de l'aggravation de l'altération des facultés personnelles du parent.

Section II-**Les règles spécifiques relatives au divorce du majeur protégé**

V. sur ce point :

Valérie Doumeng

-Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, *art. cit.*

-Démocratie et famille, *art. cit.*

Le juge peut soit individualiser la protection, en la cantonnant uniquement aux biens ou à la personne⁷⁷⁸, soit la moduler en énumérant les actes que le majeur peut faire seul ou avec l'assistance de son protecteur⁷⁷⁹. Cette individualisation ou modulation de la protection n'est, en revanche, pas possible pour le divorce, des règles identiques s'appliquant indistinctement à tous les majeurs protégés placés en tutelle ou en curatelle⁷⁸⁰. Il faut s'interroger sur la possibilité, pour ces derniers, d'opter pour le divorce de leur choix (§I) et sur leur autonomie lors de l'exercice de l'action en divorce (§II).

⁷⁷³ Anne Etienney-de Sainte Marie, Contrat et autorité parentale : l'alliance des contrares ? Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge, *art. cit.* n° 2.

⁷⁷⁴ V. *supra*, p. 101 et 102 pour la rupture du pacs et *infra*, p. 106 pour le divorce

⁷⁷⁵ V. C. civ. art. 373-2-1 al. 1.

⁷⁷⁶ C. civ. art. 373-2-1 al. 2 et 3.

⁷⁷⁷ C. civ. art. 373-2-1 al. 2.

⁷⁷⁸ C. civ. art. 425 al. 2.

⁷⁷⁹ C. civ. art. 473 al. 2 (tutelle) ; C. civ. art. 471 (curatelle).

⁷⁸⁰ C. civ. art. 249 et 249-1. Pour les majeurs sous habilitation familiale ou mandat de protection future, V. *infra*, p. 106.

§I-Majeur protégé et liberté du choix du divorce

La loi du 26 mai 2004, précédant la loi actuelle, était très restrictive quant au choix du divorce par le majeur protégé. Elle n'avait curieusement pas été réformée par la loi du 5 mars 2007, instituant pourtant un principe d'autonomie pour le majeur protégé, s'agissant des actes personnels.

Ainsi, sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, le majeur protégé, précisément en tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice, quel que soit son degré de lucidité, ne pouvait pas être partie à un divorce par consentement mutuel, divorce gracieux, ou à un divorce accepté, pour partie gracieux⁷⁸¹. Il était affirmé que l'altération de ses facultés mentales l'empêchait obligatoirement de donner un consentement totalement éclairé au divorce. En outre, il était supposé ne pas pouvoir résister aux pressions de son conjoint, l'incitant à divorcer, à opter pour l'un des deux divorces précités ou encore à accepter un règlement défavorable des conséquences du divorce. Les époux, si l'un d'eux se trouvait juridiquement protégé, en accord sur le principe du divorce voire sur ses conséquences, étaient donc contraints de recourir aux divorces contentieux à savoir au divorce pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal⁷⁸².

Pour justifier l'extension de l'incapacité d'accéder à un divorce par consentement mutuel ou sur demande acceptée à la sauvegarde de justice⁷⁸³, il était avancé que le placement sous ce régime concernait, dans tous les cas, une personne souffrant d'une altération des facultés mentales⁷⁸⁴. Cette interdiction était donc une protection. Elle était supposée, en outre, ne pas présenter de grave inconvénient car le placement sous sauvegarde est, par essence, provisoire et débouche soit sur une mesure d'incapacité telle que la tutelle ou la curatelle, soit sur le retour à une pleine capacité. Ces arguments étaient peu convaincants sachant que le majeur sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits⁷⁸⁵.

Précisément, lorsque la personne était placée sous sauvegarde de justice, en cas de demande en divorce, il fallait organiser une tutelle ou une curatelle⁷⁸⁶. L'individu atteint d'une altération mentale temporaire ou bénigne de ses facultés et qui conservait, de ce fait, une certaine lucidité acceptait souvent difficilement d'être placé en tutelle ou même seulement en curatelle. En outre, le placement sous un régime de protection, notamment lorsque les organes légaux appartenaient à la famille de l'intéressé, élargissait et avivait le différend entre les deux époux. Pour ces raisons, les médecins préféraient parfois faire une déclaration de mainlevée de sauvegarde de justice, même lorsque le patient avait besoin de protection, pour éviter la mise en œuvre d'une mesure d'incapacité⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ C. civ. art. 249-4, ancien.

⁷⁸² C. civ. art. 242 et suiv. (divorce pour faute) et art. 237 et suiv. (divorce pour altération définitive du lien conjugal). V. sur ce point, Valérie Doumeng, Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, *art. cit.*

⁷⁸³ C. civ. art. 249-3, ancien.

⁷⁸⁴ -C. civ. art. 433 al. 1.

⁷⁸⁵ C. civ. art. 435 al. 1.

⁷⁸⁶ C. civ. art. 249-3, ancien

⁷⁸⁷ G. Roche, De quelques difficultés soulevées par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 en ce qui concerne "les majeurs protégés", *Gaz. Pal.* 1979, 2, doct., 347, spéc. 347.

La loi du 23 mars 2019 a procédé à une libéralisation quant au choix du divorce par les majeurs protégés. Elle a d'abord tiré des conséquences de la capacité juridique du majeur sous sauvegarde en n'instituant aucune restriction dans son accès aux divorces. La limitation concerne seulement la personne pour laquelle une demande de protection est déposée ou en cours. Dans ce cas, il faut attendre le jugement se prononçant sur la demande⁷⁸⁸. Il s'agit d'éviter le cas complexe où une mesure de protection serait instaurée en pleine procédure de divorce.

Par ailleurs la loi, dans le but de conférer au majeur protégé en tutelle ou en curatelle une autonomie plus importante, permet désormais à ce dernier d'être partie à un divorce accepté. Durant l'instance, le majeur accepte seul le principe de la rupture⁷⁸⁹.

En revanche, le majeur protégé, en tutelle ou en curatelle, ne peut toujours pas être partie à un divorce par consentement mutuel⁷⁹⁰. Le juge de la protection n'a pas la possibilité d'y remédier grâce à une modulation du régime de protection dans le sens d'un accroissement des pouvoirs de l'intéressé, lors de l'ouverture du régime de protection ou dans un jugement postérieur. Les termes impératifs de l'article 249-4 du Code civil s'opposent à une telle possibilité. En effet, dans ce cas, le texte n'institue pas une assistance ou une représentation renforcée mais pose une interdiction pure et simple. Il s'agit d'une véritable incapacité de jouissance légale. Pour comprendre cette limitation, plusieurs explications peuvent être avancées. D'abord, le divorce par consentement mutuel nécessite un consentement particulièrement libre et éclairé car les époux doivent être à la fois d'accord sur la rupture du mariage et ses effets⁷⁹¹. Il s'avère donc particulièrement dangereux pour le majeur protégé pouvant tomber sous l'influence de son conjoint. En outre, le divorce par consentement mutuel, en l'absence d'enfant mineur souhaitant être auditionné, a totalement été déjudiciarisé⁷⁹². Le juge peut seulement être saisi *a posteriori*, en cas de conflit entre les personnes concernées⁷⁹³.

Pour autant, interdire au majeur protégé la voie du divorce par consentement mutuel peut paraître paradoxal sachant que la personne en tutelle ou en curatelle peut désormais se marier sans autorisation préalable⁷⁹⁴. Ce majeur est, en outre, jugé apte à émettre un consentement au divorce accepté et à la dissolution du pacte civil de solidarité⁷⁹⁵. La lucidité semble donc variable selon l'acte accompli.

⁷⁸⁸ C. civ. art. 249-3.

⁷⁸⁹ C. civ. art. 249 al. 2.

⁷⁹⁰ C. civ. art. 229-2, 2° et 249-4.

⁷⁹¹ C. civ. art. 230.

⁷⁹² Divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, C. civ. art. 229-1 et suiv. V. à propos des solutions pour étendre le divorce par consentement mutuel au majeur protégé, Valéry Montourcy, *Le regard de l'avocat*, AJ Fam 2020 p.508

⁷⁹³ Valérie Doumeng, *Démocratie et famille*, *art. cit.*, p. 160.

⁷⁹⁴ V. *supra*, p. 92 et 93.

⁷⁹⁵ V. *supra*, p. 105 (divorce accepté) et 101 et 102 (pacs).

§II- **Majeur protégé et libre exercice de l'action en divorce**

Il s'agit de distinguer l'action en divorce de la personne en tutelle ou en curatelle (A) et celle des autres majeurs protégés (B). Au préalable, il faut noter que si une demande de mesure de protection a été faite, il faut attendre le jugement⁷⁹⁶.

A-L'action en divorce de la personne en tutelle ou en curatelle

Le majeur protégé, en tutelle ou en curatelle, peut être partie à un divorce sur demande acceptée ou à un divorce contentieux.

Dans le divorce accepté, durant l'instance, il accepte seul le principe de la rupture⁷⁹⁷. Cette acceptation constitue un acte strictement personnel⁷⁹⁸. Lors de la procédure, le majeur bénéficie, en revanche, conformément aux règles relatives aux actions extrapatrimoniales, de l'assistance de son curateur ou de la représentation du tuteur⁷⁹⁹.

Dans les divorces contentieux, il peut être en position procédurale de défendeur. Dans ce cas, si le défendeur est en tutelle, l'action doit être exercée contre son tuteur. Le majeur en curatelle se défend lui-même, avec l'assistance du curateur⁸⁰⁰.

Il peut également être demandeur à un divorce contentieux. Placé en curatelle, il « exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur »⁸⁰¹. Il faut donc une initiative de la personne protégée. S'agissant de la personne en tutelle, dans la loi antérieure, son initiative n'était pas obligatoire : le tuteur pouvait valablement agir pour son compte, y compris si elle était totalement inapte à donner son avis. La loi du 23 mars 2019 précise seulement que la personne en tutelle est « représentée par son tuteur »⁸⁰². Face à cette disposition légale elliptique, il s'agit de savoir si la décision de divorcer relève obligatoirement d'une décision personnelle et donc d'une initiative du majeur en tutelle. En effet, le législateur distingue l'intention de divorcer et la procédure de divorce. Deux éléments peuvent laisser supposer que l'initiative doit désormais être laissée au majeur, quelle que soit la cause du divorce : l'autonomie du majeur, voulue par la réforme, et l'abrogation des dispositions préalables à la décision prise par le tuteur. En effet, l'autorisation était donnée au tuteur par le juge ou le conseil de famille. Elle devait être précédée d'un avis médical et, dans la mesure du possible, d'une audition⁸⁰³. Ces précautions visaient à prendre en compte l'état de santé ou la lucidité mais également la volonté et les sentiments de l'intéressé⁸⁰⁴.

⁷⁹⁶ C. civ. art. 249-3.

⁷⁹⁷ C. civ. art. 249 al. 2.

⁷⁹⁸ C. civ. art. 458, al. 2. V. à ce sujet, Valéry Montourcy, *Le regard de l'avocat*, *art. cit.*

⁷⁹⁹ Pour la curatelle, art. 468 al. 3 et pour la tutelle, 475 al. 1 et 475 al. 2.

⁸⁰⁰ *Ibid.*

⁸⁰¹ C. civ. art. 249 al. 1.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ C. civ. art. 249 ancien.

⁸⁰⁴ V. en ce sens, le refus d'autoriser le tuteur à engager l'action en divorce au nom d'une femme en tutelle, au motif que cette dernière n'avait pas manifesté, avant son placement sous

Mais cette option ne permet pas de résoudre toutes les hypothèses, notamment lorsque l'intéressé souffre d'une altération extrêmement grave de ses facultés mentales lui ôtant toute lucidité et non susceptible, dans l'avenir, de s'améliorer alors même que le maintien du mariage lui est préjudiciable. Le divorce mêle, de fait, des enjeux patrimoniaux à des considérations intimes. Dans ces cas extrêmes, l'initiative pourrait alors continuer à relever du tuteur. En effet, le divorce ne fait pas partie des éléments du domaine réservé.

Si la tutelle ou la curatelle est confiée au conjoint de la personne protégée, la demande ou la défense en divorce est exercée par un tuteur ou un curateur *ad hoc* nommé⁸⁰⁵, sans préjudice d'une action en remplacement de l'organe de protection.

Le législateur, en revanche, n'a pas envisagé le cas où le tuteur ou le curateur serait l'enfant de la personne protégée et de son conjoint. Pourtant, dans ce cas, la solution qui consiste à représenter ou assister l'un de ses parents contre l'autre, dans une procédure de divorce, est non seulement insolite mais immorale. Elle s'avère en outre contraire aux principes de cette procédure⁸⁰⁶.

B-L'action en divorce des autres majeurs protégés

La personne sous sauvegarde de justice conserve le droit d'accomplir tous les actes de la vie civile, sauf ceux confiés par le juge à un mandataire spécial. Elle décide en toute autonomie de divorcer. Elle peut donc initier une action en divorce dans le cadre d'un divorce contentieux ou participer à un divorce gracieux ou semi-gracieux. Elle est également en mesure d'exercer la défense lors d'un divorce contentieux. Toutefois, si la personne est temporairement placée sous une sauvegarde de justice judiciaire pendant la durée d'une instance relative à une demande de protection, le juge aux affaires familiales saisi d'une action en divorce doit sursoir à statuer dans l'attente de la décision du juge des contentieux de la protection⁸⁰⁷.

En revanche, aucun texte ne traite expressément du divorce de la personne soumise à une habilitation familiale ou à un mandat de protection future. En l'absence de toute précision, seul le majeur protégé peut prendre l'initiative du divorce, à l'exclusion de ses protecteurs.

S'agissant de l'action en divorce, la personne placée sous un régime d'habilitation conserve l'exercice de ses droits à l'exception de ceux qui ont été confiés à la personne habilitée⁸⁰⁸. Ainsi, la personne habilitée, ayant une mission générale de protection de la personne, devrait pouvoir assister ou représenter (suivant le contenu de sa mission) le majeur protégé dans le cadre de l'action en divorce. Dans les autres cas, ce dernier conserve sa pleine

protection judiciaire, sa volonté de divorcer et que « le maintien du lien conjugal préservait l'épouse d'une décompensation mélancolique dont les conséquences pourraient lui être hautement préjudiciables », CA Aix-en-Provence, 19 février 2015, n° 13/21340, AJ Fam. 2015. 412, obs. Nathalie Peterka

⁸⁰⁵ C. civ. art. 249-2.

⁸⁰⁶ CPC art. 205 al. 2.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 249-3.

⁸⁰⁸ V. *supra*, p. 24.

autonomie pour l'exercice de cette action⁸⁰⁹.

La personne soumise à un mandat de protection future, étendu ou pas à la personne, conserve sa capacité juridique. Elle peut donc exercer une action en divorce ou en assurer la défense, sans assistance ni représentation⁸¹⁰. Cette situation peut ne pas être satisfaisante si le majeur protégé n'a pas la lucidité nécessaire pour conduire une action en divorce. Dans ce cas, le juge des contentieux de la protection peut, s'il constate que la mise en œuvre du mandat ne permet pas, en raison de son champ d'application, de protéger suffisamment les intérêts personnels ou patrimoniaux du mandant, ouvrir une mesure de protection juridique complémentaire. Celle-ci sera confiée au mandataire de protection future, à un membre de la famille ou à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs⁸¹¹. Ce protecteur assure la représentation ou l'assistance du majeur protégé dans l'instance en divorce. Le mandataire de protection future et la personne désignée par le juge ne sont pas responsables l'un envers l'autre mais s'informent des décisions prises⁸¹².

⁸⁰⁹ V. sur ce point, Stéphane David, Le divorce du majeur protégé, AJ Fam. 2020 p.502. V. toutefois, Nathalie Peterka, Focus sur le divorce de la personne protégée et les non-dits de la loi, AJ Fam. 2020 p.509.

⁸¹⁰ V. sur ce point, Nathalie Peterka, Focus sur le divorce de la personne protégée et les non-dits de la loi, *art. cit.*, p.509.

⁸¹¹ C. civ. art. 485 al. 2.

⁸¹² C. civ. art. 485 al. 3.

Titre II-

Vie privée familiale de la personne vulnérable : les relations parent-enfant

La vie familiale de la personne vulnérable est, dans ce chapitre, limitée aux relations entre le parent et son enfant.

D'abord, ces relations sont envisagées sous l'angle du mineur qui subit une limitation de ses droits fondamentaux en raison de l'exercice de l'autorité parentale (chapitre I). Ensuite, elles peuvent être appréhendées sous le double prisme du majeur vulnérable et de son enfant. Le majeur mentalement vulnérable rencontre fréquemment des obstacles à l'exercice de ses droits vis-à-vis de son enfant. De son côté, l'enfant subit une atteinte à son droit d'être élevé par son parent (chapitre II).

Chapitre I-

Limitation des droits fondamentaux du mineur soumis à l'autorité parentale

Deux droits fondamentaux du mineur, limités par l'exercice de l'autorité parentale, méritent d'être abordés : les « libertés de l'esprit » face à l'autorité parentale (section I) et les violences éducatives ou « ordinaires » des parents (section II).

Section I- Les « libertés de l'esprit » de l'enfant face à l'autorité parentale

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng

-La liberté d'expression, de conscience et de religion, art. cit.

-Démocratie et famille, art. cit.

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? art. cit.

Les libertés de l'esprit recourent les libertés fondamentales d'expression et d'information⁸¹³ (§I), de pensée, de conscience et de religion⁸¹⁴, éventuelles émanations de la vie privée⁸¹⁵ (§II).

Les libertés d'expression et d'information sont souvent indissociables⁸¹⁶ et peuvent s'exercer par les mêmes moyens, notamment la communication électronique, téléphonique ou postale. En outre, l'information, éventuellement par le biais des médias⁸¹⁷, est indispensable à la formation d'une opinion personnelle permettant l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion⁸¹⁸.

§I-Liberté d'expression et d'information du mineur face à l'autorité parentale

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, **La liberté d'expression, de conscience et de religion**, art. cit.

Les parents peuvent limiter la liberté d'expression et d'information du mineur par le biais de l'autorité parentale (A). Dans certains cas, toutefois, des

⁸¹³ CIDE art. 13, 16, 17. À noter que l'« *infans* » est celui qui ne parle pas, qui n'a pas droit à la parole.

⁸¹⁴ CIDE art. 14.

⁸¹⁵ CIDE art. 16.

⁸¹⁶ CIDE art. 13.

⁸¹⁷ CIDE art. 17.

⁸¹⁸ CIDE art. 14.

dispositions légales viennent compléter ces droits issus de l'autorité parentale (B).

A-Limitation de la liberté d'expression et d'information du mineur par l'autorité parentale

Les libertés de l'esprit, et précisément d'expression et d'information, très étroitement liées, contribuent au développement individuel de l'enfant, à l'affirmation de sa personnalité et à son accès à l'autonomie. Elles sont consacrées à son profit dès son plus jeune âge, par la Convention internationale des droits de l'enfant⁸¹⁹.

En droit français, ces libertés peuvent être limitées par les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, dans son aspect éducatif, protecteur, voire coercitif, eu égard à la vulnérabilité supposée de l'enfant⁸²⁰. Les choix éducatifs sont laissés à la discrétion des parents sous réserve d'un danger encouru par ce dernier⁸²¹. Ces règles sont toutefois évolutives en fonction de l'âge de l'enfant et vont, théoriquement, en s'amenuisant pour être conçues de façon minimale à l'approche de la majorité. En ce sens, la loi prévoit que les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent en prenant en considération son âge et son degré de maturité⁸²².

Quel que soit l'âge de l'enfant, toutefois, les parents ont le devoir d'intervenir si l'exercice de la liberté d'expression et d'information génère pour celui-ci un danger quant à sa sécurité, sa santé et sa moralité⁸²³. Dans le même esprit mais de façon plus restrictive, la Convention internationale de droits de l'enfant prévoit que les parents, ayant la responsabilité commune d'élever l'enfant et d'assurer son développement, doivent le protéger notamment « contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être⁸²⁴ ».

De façon générale, les dangers, variables en fonction de l'âge de l'enfant, se concentrent principalement dans l'espace numérique. En effet, le mineur peut aisément accéder à des contenus inappropriés pour son âge tels que des images ou des propos violents ou hypersexualisés voire pornographiques influençant, de façon négative, son développement psychosocial⁸²⁵. En outre, l'utilisation des réseaux sociaux est susceptible de générer de la détresse psychologique et des comportements suicidaires au sein de la jeunesse⁸²⁶. Le

⁸¹⁹ V. dans le même sens, « Les enfants (...) peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ». Article 24.1, Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, Nice, 7 déc. 2000.

⁸²⁰ C. civ art. 371-1, al. 1 et 2.

⁸²¹ C. civ art. 375, al. 1.

⁸²² C. civ art. 371-1, al. 3.

⁸²³ C. civ art. 371-1, al. 2 et 375, al. 1.

⁸²⁴ CIDE art. 17 e renvoyant à l'article 18-1. V. également, CIDE art. 5.

⁸²⁵ V. à ce sujet, Hypersexualisation de l'espace public : comment protéger les enfants ? Perspectives internationales, Marie-Pierre Hamel et Marie-Cécile Naves, Centre d'analyse stratégique, note d'analyse, mars 2012, n° 267, p. 1 et 4, archives.strategie.gouv.fr ; Contre l'hypersexualisation, un nouveau combat pour l'égalité, Chantal Jouanno, Rapport parlementaire, 5 mars 2012, synthèse, <https://solidarites-sante.gouv.fr/.../rapport>

⁸²⁶ Julien Couard, Ouverture d'une enquête sur les conséquences d'Instagram sur les jeunes, Veille, Dr. fam. 2022, n° 2, alerte 23.

mineur peut également être amené à divulguer spontanément, sur des blogs ou réseaux sociaux, des photographies ou des vidéos de lui-même dans son quotidien ou dans sa vie intime⁸²⁷. Par la suite, il peut être confronté à l'exploitation de données privées, au cyberharcèlement, au chantage en ligne, voire au « pédopiégeage » et à l'exploitation sexuelle sur Internet⁸²⁸.

Les mineurs sont présents en ligne, massivement et précocement, de façon quotidienne⁸²⁹. Et les périodes de confinement ont accru, pour les enfants, le temps passé devant des écrans et sur les réseaux et, par conséquent, l'exposition à ces risques⁸³⁰. Les parents ont le devoir de protéger l'enfant, qui ne distingue pas toujours sa vie privée réelle et sa vie virtuelle, contre ses propres entraînements⁸³¹. En pratique, la protection de l'enfant peut s'exercer par le biais d'une guidance parentale, à savoir des explications et des échanges à propos de ces risques. Elle peut s'exprimer aussi dans les limites posées⁸³² telles qu'un contrôle parental assorti éventuellement d'une censure ou encore sous forme d'immixtions dans la vie privée ou la correspondance du mineur⁸³³. Ces immixtions parentales, précisément, ne sauraient être considérées comme contraires à la Convention qui protège seulement l'enfant contre celles qui seraient « arbitraires ou illégales »⁸³⁴.

De fait, en règle générale, il peut être constaté non pas une intervention à outrance des parents mais, au contraire, un défaut de vigilance de ces derniers, laissant l'enfant exposé, sans protection, aux divers écrans⁸³⁵. Pire encore, le péril vient parfois des parents eux-mêmes qui diffusent et partagent

⁸²⁷ V. à propos du mode relationnel très narcissique favorisé par les nouvelles technologies, Contre l'hypersexualisation, un nouveau combat pour l'égalité, rapport *cit.*, p. 66, 67 et 70. V. également, Enfants et écrans : grandir dans le monde numérique, Défenseur des droits, Rapport 2012, p. 84 et suiv. <https://www.defenseurdesdroits.fr>. Fadela Houari, Caroline Arene, Marine Sery, Christophe David, Mineurs, contrats et environnement numérique, Dr. Fam 2021, n° 11, étude 20 spéc. n° 1.

⁸²⁸ V. sur ces points, Avis sur la lutte contre la haine en ligne, Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), Avis A-2021-9, 8 juillet 2021, <https://www.cncdh.fr/.../avis>. V. également, Julien Couard, Cinq conseils pour protéger les enfants des risques en ligne, Unicef, communiqué, 17 avr. 2020, Veille, Dr. Fam 2020, n° 6, alerte 66.

⁸²⁹ Fadela Houari, Caroline Arene, Marine Sery, Christophe David, Mineurs, contrats et environnement numérique, *art. cit.* n° 1.

⁸³⁰ V. en ce sens, Julien Couard, Cinq conseils pour protéger les enfants des risques en ligne, *art. cit.*

⁸³¹ V. à propos du mode relationnel très narcissique favorisé par les nouvelles technologies, Contre l'hypersexualisation, un nouveau combat pour l'égalité, rapport *cit.*, p. 66, 67 et 70. V. également, Enfants et écrans (...), Défenseur des droits, rapport *cit.*, chap. 5, p. 84 et suiv.

⁸³² Julien Couard, Cinq conseils pour protéger les enfants des risques en ligne, *art. cit.*

⁸³³ V. les mesures de contrôle parental mises en place par les fabricants de smartphone, Julien Couard, Vers l'imposition de filtres anti-pornographiques sur les smartphones, Veille, Dr. Fam 2021, n° 5, alerte 48.

⁸³⁴ CIDE art. 16-1.

⁸³⁵ V. à ce sujet l'utilisation très limitée des logiciels de contrôle parental sur internet et sur le mobile de l'enfant, Contre l'hypersexualisation, un nouveau combat pour l'égalité, rapport *cit.*, p. 114 ; Enfants et écrans (...), Défenseur des droits, rapport *cit.*, chap. 1, p. 22. V. également, sur les campagnes européennes en vue de sensibiliser les parents à ces risques, Hypersexualisation de l'espace public (...), Centre d'analyse stratégique, note d'analyse *cit.*, p. 8. V., à propos de l'accès au numérique des enfants de moins de trois ans et des chaînes de télévisions dédiées aux bébés de six mois, Enfants et écrans (...), Défenseur des droits, rapport *cit.*, chap. 4, p. 70 et suiv.

sur les réseaux sociaux des contenus portant atteinte à la vie privée de leurs enfants mineurs, pratique désignée sous le nom de « sharenting »⁸³⁶. Des lois spécifiques, en complément de l'autorité parentale, ont donc été édictées pour protéger l'enfant contre ses parents ou contre l'inaction de ceux-ci.

B-Protection légale des enfants relative à la liberté d'expression et d'information en complément de l'autorité parentale

La Convention internationale des droits des enfants consacre une liberté d'expression et d'information, sans limite expresse, mais également l'accès effectif à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses⁸³⁷. Certains enfants n'en bénéficient pas, précisément ceux qui subissent un isolement idéologique, éventuellement associé à la répétition d'un discours unique et exclusif. En pratique, cette situation peut survenir, notamment, lorsque l'enfant est élevé dans un contexte d'emprise sectaire⁸³⁸. Elle peut également être la traduction d'un séparatisme, à savoir en matière éducative le « développement et la transmission d'une contre-culture sociale et républicaine »⁸³⁹.

Le droit discrétionnaire des parents relatif à l'éducation, en droit français, semble ainsi s'avérer contraire à la liberté d'expression et d'information prônée par la Convention. En réalité, la Convention vise seulement un résultat. Par conséquent, l'État doit alors prendre le relais des parents défaillants en la matière, quelle qu'en soit la cause, pour permettre à l'enfant l'accès effectif à ces informations et à ces matériels provenant de sources diverses⁸⁴⁰ mais également pour lui apporter des connaissances quant à ses dangers⁸⁴¹.

En ce sens, le principe de la scolarisation obligatoire des enfants de trois à seize ans a été adopté en droit interne. L'instruction à domicile, dérogatoire, aura un périmètre limité et se trouvera soumise à un régime d'autorisation et de contrôle⁸⁴². Précisément, il s'agit de vérifier la capacité d'instruire de la personne en charge de l'enfant qui doit permettre à ce dernier « d'acquérir le socle commun de connaissances, de compétences et de culture défini à l'article

⁸³⁶ V. à ce sujet, Guillaume Kessler, La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur les réseaux sociaux : quel encadrement pour la pratique du sharenting ? AJ Fam 2021 p.292 ; Fadela Houari, Caroline Arene, Marine Sery, Christophe David, Mineurs, contrats et environnement numérique, *art. cit.*, n° 1 et n° 6.

⁸³⁷ CIDE art. 13 et 17.

⁸³⁸ V. à ce sujet, Les mineurs et le risque sectaire, Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes), rapport 2009, p.115, spéc. 128 et 131, <https://www.derives-sectes.gouv.fr/.../rapport>.

⁸³⁹ Julien Couard, Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021, Dr. Fam 2021, n° 11, étude 19, spec. n° 16.

⁸⁴⁰ CIDE art. 17.

⁸⁴¹ V. en ce sens, à propos de l'éducation au numérique dans le cadre scolaire, Avis sur la lutte contre la haine en ligne, CNCDH, Avis *cit.*, n° 62 à 65.

⁸⁴² C. éduc. art. L. 131-1 al. 1, L. 131-2 al. 1, art. L. 131-5, loi du 24 août 2021 en vigueur le 1er septembre 2022. V. à ce sujet, Julien Couard, Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021, Dr fam 2021, n° 11, Etude 19, spéc. n° 17 ; Bernard Beignier, La réforme de l'instruction en famille par la loi du 24 août 2021, Dr. fam. 2022, n° 1, repère 1. V. pour une sanction de l'éducation scolaire obligatoire en Allemagne, approuvée par CEDH, 10 janv. 2019, n° 18925/15, Wunderlich c/ Allemagne, Dr. Fam. 2019, n° 3, comm. 49, obs. Hugues Fulchiron.

L. 122-1-1 du Code de l'éducation »⁸⁴³. En outre, et de façon générale, l'État doit mettre en place des activités, scolaires et extrascolaires, culturelles et artistiques⁸⁴⁴.

L'information de l'enfant, axée notamment sur son bien-être social ou sa santé physique et mentale⁸⁴⁵, peut également s'opérer grâce à des campagnes nationales d'information. Les parents ne sauraient valablement s'y opposer en invoquant le droit d'élever leur enfant conformément à leurs convictions⁸⁴⁶.

Par ailleurs, l'exercice de l'autorité parentale peut être insuffisante pour protéger l'enfant par rapport à son expression. Un encadrement s'avère indispensable pour les enfants du spectacle, de la publicité et du mannequinat. Pour l'enfant de moins seize ans, engagé ou produit, une autorisation administrative est obligatoire⁸⁴⁷. Si l'enregistrement a pour sujet principal le mineur de moins de seize ans⁸⁴⁸, cette autorisation est accompagnée, à destination des parents, d'une information relative à la protection des droits de l'enfant, précisément, aux conséquences sur la vie privée de ce dernier de la diffusion de son image sur le type de support visé⁸⁴⁹. Les parents ont également une obligation financière : placer une partie des revenus de leur enfant (le pécule) à la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à leur majorité ou leur émancipation, sous peine de sanctions⁸⁵⁰.

En dehors de toute relation de travail, la diffusion d'enregistrements sur des plateformes de partage de vidéos, au-delà de certains seuils tenant à la durée des enregistrements, au nombre des vidéos ou aux revenus qui en sont tirés, est subordonnée à une déclaration préalable, auprès de l'autorité compétente, effectuée par les parents⁸⁵¹. C'est notamment le cas désormais pour les enfants influenceurs⁸⁵² sur les plateformes de partage de vidéos en ligne comme YouTube, TikTok ou Instagram⁸⁵³. En outre, ces plateformes sont

⁸⁴³ Cons. const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, § 76, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁸⁴⁴ CIDE art. 28 et 31-2. Adeline Gouttenoire, Christophe Gris, Mickaël Martinez, Bertrand Maumont et Pierre Murat La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article, Article 31, dossier 43, Dr. Fam. 2009, n° 11.

⁸⁴⁵ CIDE art. 17. V. les critiques du Comité des droits de l'enfant, à l'égard de l'État français, à propos d'une information insuffisante des adolescents, notamment sur les substances toxiques ou sur la manière de vivre une préférence sexuelle, Adeline Gouttenoire, Christophe Gris, Mickaël Martinez, Bertrand Maumont et Pierre Murat, La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, *art. cit.*, Article 33, dossier 45 et Article 17, dossier 30.

⁸⁴⁶ V. à ce propos, une campagne nationale d'information sur la contraception à destination des collégiens et des lycéens ne s'avère pas contraire aux droits des parents (art. 5 CIDE), CE 6 oct. 2000, Assoc. Promouvoir, JurisData n° 2000-061327.

⁸⁴⁷ C. trav. art. L. 7124-1.

⁸⁴⁸ C. trav. art. L. 7124-1, 5°.

⁸⁴⁹ C. trav., art. L. 7124-1, dernier alinéa. V. sur ces points, Bernard Teysié, JCP G 2021, n° 30-34, doct. 854, spéc. n° 5.

⁸⁵⁰ C. trav., art. L. 7124-9.

⁸⁵¹ Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020, art. 3.

⁸⁵² L'influenceur, en raison de sa personnalité et de sa notoriété, incite son auditoire à la consommation d'un produit ou d'un service, Marion Rousseaux, Réflexions sur l'enfant influenceur à l'aune de la loi du 19 octobre 2020, AJ Fam 2020, p.583.

⁸⁵³ L. n° 2020-1266 du 19 oct. 2020, JO 20 oct. 2020, texte n° 1. V. sur cette loi, Marion Rousseaux, Réflexions sur l'enfant influenceur à l'aune de la loi du 19 octobre 2020, *art. cit.* ; Tristan Girard-Gaymard, Les influenceurs et le droit, D. 2020, 92 ; Tristan Girard-Gaymard, « Enfants youtubers » : évolution normative, D. 2020, p.2392 ; Julien Couard, Mineurs de 16

incitées, sous l'égide du Conseil supérieur de l'audiovisuel, à adopter des chartes destinées à favoriser l'information des mineurs sur les conséquences de la diffusion de leur image sur leur vie privée ainsi que sur les risques psychologiques et juridiques qui en découlent⁸⁵⁴. Enfin, elles doivent faciliter, pour les enfants, le droit légal à l'oubli numérique qu'ils peuvent exercer de façon autonome, sans avoir à recueillir le consentement de leurs parents⁸⁵⁵, ces derniers étant parfois à l'origine de la divulgation préjudiciable⁸⁵⁶.

§II-**Liberté de conscience et de religion du mineur face à l'autorité parentale**

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng

-La liberté d'expression, de conscience et de religion, art. cit.

-Démocratie et famille, art. cit.

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? art. cit.

La Convention internationale des droits de l'enfant affirme la liberté de pensée, de conscience et de religion⁸⁵⁷ de ce dernier. Toutefois, à l'instar de nombreuses autres conventions⁸⁵⁸, elle limite cette liberté en reconnaissant aux parents le droit de dispenser une éducation conforme à leurs convictions religieuses, philosophiques et morales. Précisément, selon la Convention, les parents ont le droit de guider l'enfant dans son exercice d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités⁸⁵⁹. S'il peut être guidé, l'enfant doté d'une maturité ou d'une faculté de discernement suffisante, ne saurait en revanche se voir imposer par ses parents une religion ou une pratique religieuse. Cette logique semble *a priori* s'accorder relativement bien avec le droit français qui prévoit que les parents « associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité⁸⁶⁰ ». En réalité, toutefois, le mineur peut rencontrer de nombreuses difficultés pour faire respecter sa liberté de pensée, de conscience et de religion par rapport au droit des parents d'assurer son éducation⁸⁶¹, voire de procéder à des atteintes corporelles dictées par la religion et considérées comme légères et

ans. Parution de la loi protégeant l'image des enfants « influenceurs », Veille, Dr Fam 2020, n° 12, alerte 119.

⁸⁵⁴ L. n° 2020-1266, art. 4 et 5.

⁸⁵⁵ L. n° 2020-1266, art. 6.

⁸⁵⁶ V. en ce sens, la pratique du partage parental, le « sharenting », *supra*, p. 113.

⁸⁵⁷ CIDE art. 14-1. À noter l'apparition, à la frontière de la religion, de la pensée et de la conscience, de nombreux mouvements, plus spirituels et philosophiques que religieux, qui se rattachent à diverses mouvances, « Nouvel Age », « apocalyptique » ou encore « sataniques ». V. sur ces mouvements, Annick Dorsner-Dolivet, Loi sur les sectes, D. 2002, 1086, n° 10. V. également, Les mineurs et le risque sectaire, Miviludes, rapport *cit.*, p. 115, spéc. 173, 95 et suiv. et 29 et suiv.

⁸⁵⁸ V. notamment, PIDCP art. 18-4 ; Premier protocole additionnel à la Conv. EDH, Paris, 20 mars 1952, art. 2.

⁸⁵⁹ CIDE art. 14-2.

⁸⁶⁰ C. civ art. 371-1, al. 3.

⁸⁶¹ C. civ art. 371-1, al. 2.

donc licites⁸⁶². En effet, la France, contrairement à de nombreux pays⁸⁶³, n'a pas instauré de prémajorité religieuse qui permettrait effectivement de faire prévaloir la libre détermination et l'autonomie du grand mineur en ce domaine. En outre, le mineur, ne disposant pas de la capacité d'ester en justice, ne semble pas pouvoir saisir le juge aux affaires familiales⁸⁶⁴ en cas de choix éducatifs parentaux s'opposant à sa liberté de religion. Cette règle déniait tout recours au mineur, en contradiction avec l'applicabilité directe de la convention, pourrait évoluer dans les années à venir.

Les juridictions françaises sont toutefois amenées à se prononcer sur cette liberté en cas de conflit parental relatif au choix de la religion de l'enfant, à sa participation aux rites et cérémonies qui ponctuent la vie religieuse, voire à une atteinte, estimée licite, à son intégrité corporelle⁸⁶⁵. Dans ces cas, pour trancher le conflit entre les parents ou pour indiquer quelle aurait été l'attitude juste du parent décisionnaire, les juges se réfèrent assez fréquemment à la liberté de conscience et de religion de l'enfant capable de discernement, visant parfois explicitement l'article 14 de la Convention précitée⁸⁶⁶. Ainsi, selon certaines décisions de justice, le consentement de l'enfant doit être recueilli pour sa circoncision⁸⁶⁷, son baptême⁸⁶⁸ ou encore pour sa participation au culte et aux rites d'une religion⁸⁶⁹. En outre, l'enfant ne saurait subir de pressions morales et psychologiques exercées par ses parents pour l'amener à se conformer à une pratique religieuse⁸⁷⁰.

Le choix positif d'une religion, par l'enfant, est plus délicat. Il semble nécessiter une maturité plus importante que pour le rejet pur et simple de la religion de ses parents⁸⁷¹. Par ailleurs, il peut exposer le mineur à un danger

⁸⁶² V. *supra*, p. 82 à 84.

⁸⁶³ L'Allemagne, le Royaume-Uni, la Suisse, la Roumanie, le Portugal et la Belgique, Adeline Gouttenoire, Christophe Gris, Mickaël Martinez, Bertrand Maumont et Pierre Murat, La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, *art. cit.*, Article 14, dossier 27. Certains de ces pays ont fixé la majorité religieuse à un âge déterminé, 16 ans (Suisse et Portugal) ou 14 ans (Allemagne). La jurisprudence belge accorde la majorité religieuse à l'enfant doué de discernement, généralement à 14 ans ou 16 ans, Nathalie Nefussy-Venta, Convictions religieuses et ruptures familiales, AJ Fam. 2011. 39, spéc. n° 9.

⁸⁶⁴ C. civ art. 373-2-8.

⁸⁶⁵ En effet, ces décisions nécessitent l'accord des deux parents exerçant l'autorité parentale.

⁸⁶⁶ V. en ce sens, CA Aix-en-Provence 19 février 2004, *cit.*

⁸⁶⁷ La circoncision est « une décision grave qui ne peut être prise que d'un commun accord entre les parents et avec le consentement de l'enfant, dès lors qu'il est âgé de onze ans », CA Lyon, 2^e civ., 25 juillet 2007, *cit.* V. également, mais de façon moins évidente, l'octroi de dommages et intérêts à l'enfant circoncis sans que l'on sache si le fondement pouvait être trouvé dans une violation de sa liberté religieuse ou dans une atteinte à son intégrité corporelle, CA Paris, 29 sept. 2000, Cyril Duvert, Autorité parentale et circoncision rituelle, *art. cit.* ; RTD civ. 2001, 126, obs. Jean Hauser ; RDSS 2001, 151, obs. Françoise Monéger.

⁸⁶⁸ Cass. 1^{re} civ, 23 sept. 2015, n° 14-23.724, AJ Fam 2015, p. 607, note Sylvain Thouret ; CA Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353, *cit.*

⁸⁶⁹ V. pour le refus de deux adolescents, de 13 et 16 ans, de continuer à participer au culte de leur père et de se voir imposer ses rites, CA Aix-en-Provence, 19 février 2004, *cit.*

⁸⁷⁰ V. en ce sens, les pressions contraires à « la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant » exercées par le père pour que ses filles se conforment aux prescriptions de la religion : porter le voile et ne pas se baigner dans des piscines municipales, Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, *cit.*

⁸⁷¹ Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire, Droit des mineurs, *op. cit.*, n° 779, p. 458 et 459. V. en ce sens, le refus, opposé à une adolescente, de recevoir le baptême conféré par les

relativement à sa santé, sa sécurité ou sa moralité⁸⁷². Ce danger peut provenir du rapprochement de l'enfant de mouvements sectaires⁸⁷³ ou radicaux au sein des religions traditionnelles. Les parents ont alors le devoir d'intervenir afin de protéger leur enfant.

Section II-**Les violences éducatives**

Les violences éducatives peuvent être directes, comme celles qualifiées d'ordinaires (§I). Elles peuvent aussi être plus indirectes et résulter d'un conflit parental en matière éducative ayant d'évidentes répercussions sur l'enfant (§II).

§I-*Les violences éducatives « ordinaires » des parents envers leurs enfants*

V. sur ce point :

Valérie Doumeng :

-*Démocratie et famille*, art. cit.

-*L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours*, art. cit.

L'autorité parentale est exercée dans le but de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation, et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »⁸⁷⁴. Malgré le respect dû à l'enfant résultant de la philosophie de l'exercice de l'autorité parentale⁸⁷⁵, une zone d'ombre a longtemps subsisté. En effet, un droit coutumier, *contra legem*, permettait aux parents de châtier corporellement leur enfant⁸⁷⁶ par le biais d'atteintes considérées comme légères. Il rendait ineffectives les dispositions pénales réprimant les violences légères⁸⁷⁷. Cette pratique éducative, largement répandue dans la société, était considérée comme éminemment efficace et respectable. En effet, 87 % des enfants subissaient, quotidiennement, des pratiques punitives et coercitives auxquelles les parents avaient recours « à titre éducatif »⁸⁷⁸. Or, ces méthodes éducatives traditionnelles violentes avaient une incidence négative sur la santé, le bien-être, le développement présent et à venir de l'enfant en étant source d'anxiété,

témoins de Jéhovah. Les juges n'évoquent pas la dangerosité, réelle ou supposée, de cette religion, Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, D. 1991. 521, note Philippe Malaurie.

⁸⁷² C. civ. art. 371-1 al. 2

⁸⁷³ À noter toutefois que, de façon générale, l'adolescent, lorsque ses parents n'y adhèrent pas, est « relativement préservé de l'entrisme sectaire, sauf en ce qui touche à des phénomènes de mode pouvant aller jusqu'à des pratiques extrêmes, comme dans les mouvances satanistes », Les mineurs et le risque sectaire, Miviludes, Rapport cit., p. 115, spéc. 117 et suiv.

⁸⁷⁴ C. civ. art. 371-1 al. 2.

⁸⁷⁵ V. en ce sens, *supra*, p. 17 et 18.

⁸⁷⁶ V. sur tous ces points, Marie Lamarche, L'éducation des enfants avec ou sans fessée ? Dr. Fam., 2015, n° 4, alerte 29 ; Haritini Matsopoulou, L'interdiction des châtiments corporels envers les enfants, JCP G, 2015, n° 12, 338.

⁸⁷⁷ C. pén. art. R. 624-1 al. 1 (contravention) ; C. pén. art. 222-13, art. 222-14, 4° (délits) ; art. 222-14-3.

⁸⁷⁸ Exposé des motifs de la proposition de loi

de déprime, de perte de l'estime de soi, de psycho-traumatisme, d'agressivité et de comportements asociaux. Elle pouvait en outre favoriser le développement de certaines maladies⁸⁷⁹.

Les injonctions multiples et répétées d'instances internationales, relatives à l'interdiction expresse de ces pratiques⁸⁸⁰, ont longtemps été méconnues par le législateur français. En 2017, une loi avait été adoptée⁸⁸¹ puis censurée par le Conseil constitutionnel pour des raisons de procédure législative⁸⁸². Il a fallu attendre la loi du 10 juillet 2019 pour que les violences éducatives ordinaires soient enfin interdites⁸⁸³. Ces violences peuvent être autant d'ordre physique (fessées, gifles, claques, châtiments corporels...) que psychologique (cris, menaces, humiliations, moqueries, brimades, manipulations...)⁸⁸⁴.

Cette disposition⁸⁸⁵ a pour objectif de faire évoluer les méthodes éducatives violentes fondées sur la toute-puissance du parent face à l'enfant soumis et démuni vers une éducation bienveillante, respectueuse de la personne de l'enfant et de sa dignité. Elle a une visée préventive et pédagogique. Ainsi, elle est lue lors de la célébration du mariage⁸⁸⁶. Elle est également portée à la connaissance des parents lors de l'établissement d'un acte de reconnaissance⁸⁸⁷. En outre, les assistants maternels doivent suivre une initiation à la prévention des violences éducatives ordinaires⁸⁸⁸.

L'absence de sanction civile de ces violences ordinaires s'explique par la volonté du législateur de privilégier l'aspect pédagogique. Ces violences peuvent toutefois entraîner des sanctions pénales⁸⁸⁹.

Cette protection de l'enfant contre les violences, directes, indirectes, visibles et invisibles, devrait être étendue dans les institutions publiques, précisément dans le système éducatif, judiciaire, social, médical, médico-social organisant l'accueil, l'accompagnement et les prises en charge des mineurs, selon les

⁸⁷⁹ V. sur ces points, Jean-Pierre Thielland, Violence éducative : quelles conséquences sur le développement psychologique des enfants ? *Le Journal des psychologues* 2018/1 n° 353, p. 73 ; Isabelle Corpart, Fin des violences éducatives ordinaires et émergence du droit de l'enfant à une éducation sans violence, *Dr. Fam* 2019, étude 13, spéc. n° 10.

⁸⁸⁰ En ce sens, le Comité sur les droits de l'enfant des Nations Unies et le Conseil de l'Europe (Maryline Bruggeman, Rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : bilan en demi-teinte des avancées du droit français, *Dr. Fam.*, 2009, n° 3, alerte 27) et le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (CEDS, 4 mars 2015, n° 92/2013, Assoc. pour la protection des enfants c/ France, V. Marie Lamarche, L'éducation des enfants avec ou sans fessée ? *art. cit.* ; Valérie Avena-Robardet, « Pas de fessée éducative », *AJ Fam.*, 2015, p. 119).

⁸⁸¹ L'article 371-1 al. 2 du Code civil, définissant l'autorité parentale, était complété par les mots : « et à l'exclusion de tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles », art. 222 du projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté.

⁸⁸² La censure se fondait sur l'absence de rapport de la disposition en question avec l'objet principal de la loi (« cavalier » législatif). V. Cons. Const., n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté.

⁸⁸³ C. civ. art. 371-1.

⁸⁸⁴ Isabelle Corpart, Fin des violences éducatives ordinaires et émergence du droit de l'enfant à une éducation sans violence, *art. cit.* n° 8.

⁸⁸⁵ C. civ. art. 371-1.

⁸⁸⁶ C. civ. art. 75.

⁸⁸⁷ C. civ. art. 62.

⁸⁸⁸ CASF. art. L. 421-14 al. 2.

⁸⁸⁹ V. en ce sens, ces comportements, commis sur le mineur de quinze ans, sont classés dans les délits, C. pén. art. 222-14, 4° ; art. 222-13, 1°.

préconisations du défenseur des droits dans son rapport de 2019⁸⁹⁰.

§II-*Les violences morales dérivant d'un contentieux parental en matière éducative*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, ***L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ?*** *art. cit.*

Les violences morales, par rapport à l'enfant, peuvent dériver d'un contentieux entre parents exerçant l'autorité parentale en commun⁸⁹¹. Précisément, l'absence de vie commune des parents peut créer des écarts conséquents dans l'éducation de l'enfant ou le projet éducatif envisagé pour ce dernier. Cet antagonisme engendre parfois de véritables pertes de repères pour l'enfant et le plonge dans le désarroi⁸⁹².

La tentation peut être grande, pour l'un des parents, souvent le parent résident, de prendre un ascendant sur l'éducation de l'enfant et d'opérer, consciemment ou inconsciemment, une rupture culturelle avec le monde de l'autre. Cette attitude se conjugue très souvent avec l'irrespect des règles de répartition des pouvoirs⁸⁹³. Et l'existence d'un parent social peut exacerber cette situation.

Ainsi, face à un désaccord ou à un conflit parental à propos de l'éducation de l'enfant, la présomption simple d'accord relative aux actes usuels tombe⁸⁹⁴. Toutes les décisions doivent alors être bicéphales à savoir être prises en commun sauf celles, visées par loi, ne nécessitant que le consentement de l'un des parents⁸⁹⁵. Toutefois, la souffrance de la séparation, la rancune, la colère, la haine, le manque de confiance en l'autre, permettent difficilement de prendre des décisions communes dans la sérénité et de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur le conflit⁸⁹⁶. Mais cette difficulté de communication se retrouve également entre parents biologiques qui se sont rencontrés et rapprochés en vue de la conception de l'enfant et, par conséquent, se connaissent superficiellement⁸⁹⁷.

Les divers conflits se cristallisant généralement, en pratique, autour d'actes non usuels relatifs à l'éducation de l'enfant et concernant précisément la transmission de valeurs, de principes philosophiques, d'une langue, de

⁸⁹⁰ Enfance et violence : la part des institutions publiques, Défenseur des droits, Jacques Toubon, Défenseure des enfants, Geneviève Avenard, Rapport 18 nov. 2019, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports>.

⁸⁹¹ V. à propos de la titularité, Ingrid Maria, *Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale*, *art. cit.*, p. 735.

⁸⁹² V. en ce sens, Metz « Paroles de magistrats », Questionnaires « JAF » AJ Fam. 2021, p. 422, spéc. n° 12.

⁸⁹³ V. pour élargir le propos, Julie Pierrot-Blondeau, *Conflit parental : de la nécessaire intervention du juge des enfants*, AJ Fam 2020 p.462.

⁸⁹⁴ V. *supra*, p. 53 et 54.

⁸⁹⁵ Mariage du mineur (C. civ. art. 148), IVG (CSP art. L. 2212-7 al. 1), tatouage ou perçage corporel (CSP art. R.1311-11).

⁸⁹⁶ V. à ce sujet, Véronique Chauveau, *Le plan parental. Un outil de coparentalité*, AJ Fam. 2013 p. 269.

⁸⁹⁷ V. pour une illustration, CA Paris, pôle 3, ch. 3, 18 juin 2015, n° 15/00864, JurisData n° 2015-015144.

traditions culturelles et de croyances religieuses. Dans ces hypothèses, le juge aux affaires familiales peut être saisi par l'un voire par les deux parents mais pas par l'enfant, objet du conflit, ne disposant pas de la capacité d'ester en justice⁸⁹⁸.

Pour trancher les conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, le juge se réfère à plusieurs critères, parfois cumulativement. Il veille « spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs »⁸⁹⁹. L'intérêt de l'enfant, considération primordiale⁹⁰⁰ mais notion protéiforme et insaisissable, prévaut sur celui de ses parents⁹⁰¹, notamment à propos du droit de l'enfant à l'éducation⁹⁰² dans un établissement adapté éventuellement à son handicap⁹⁰³ ou à sa précocité⁹⁰⁴. Il peut également résider dans la nécessité d'entretenir des relations avec sa culture d'origine, qui est celle de son parent non résident⁹⁰⁵.

Le juge veille également à ne pas faire primer les choix éducatifs de l'un des parents sur ceux de l'autre. En ce sens, il peut avoir égard à la pratique précédemment suivie par les parents ou aux accords antérieurement conclus par ces derniers⁹⁰⁶ dans divers domaines tels qu'en matière d'éducation religieuse⁹⁰⁷ ou de choix d'un établissement scolaire confessionnel⁹⁰⁸.

Enfin, la décision du juge peut être dictée par la protection de l'enfant. En effet, les père et mère, titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, sont tenus de protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité »⁹⁰⁹. Ainsi, le juge a pu accueillir la demande d'un parent visant à la suppression d'un compte Facebook ouvert par l'autre au nom du mineur de sept ans⁹¹⁰ et celle s'opposant à la déscolarisation de l'enfant sans raison objective⁹¹¹. Il a également fait prévaloir l'opposition de l'un des parents à ce que l'enfant soit éduqué dans la religion de l'autre, considérée comme nuisible pour l'enfant et

⁸⁹⁸ Un rapport préconise qu'en cas de conflit familial sur une question le concernant, l'enfant doté de discernement (présomption irréfragable dès 13 ans) pourrait opérer une telle saisine, De nouveaux droits pour les enfants ? rapport *cit.*, p. 124.

⁸⁹⁹ C. civ. 373-2-6 al. 1. A noter qu'il existait auparavant une disposition spécifique permettant au juge de trancher directement ce différend, C. civ. art. 372-1-1 issu de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 et abrogé par la loi no 2002-305 du 4 mars 2002.

⁹⁰⁰ Conformément à l'article 371-1 du Code civil et à l'article 3§1 de la CIDE. V. sur la constitutionnalisation de l'intérêt de l'enfant, *supra*, p. 18.

⁹⁰¹ V. à ce sujet, Cass. 1ere civ, 8 nov. 2005, JurisData n° 2005-030708 ; CA Paris, pôle 3, ch. 3, 18 juin 2015, n° 15/00864, *cit.*

⁹⁰² V. pour le retrait de l'école par la mère, sans raison estimée objective au profit d'un enseignement à distance, CA Paris, pôle 3, 3e ch., 13 déc. 2012, n° 12/12926, JurisData n° 2012-029608, Dr. Fam. 2013, n° 3, comm. 41, note Claire Neirinck.

⁹⁰³ CA Versailles, 2e ch., sect. 1, 29 janv. 2015, n° 14/07170, JurisData n° 2015-001346.

⁹⁰⁴ CA Lyon, ch. civ. 3, 26 oct. 2009, n° 09/02408, JurisData n° 2009-017915.

⁹⁰⁵ Fréquentation, par l'enfant, d'une association franco-japonaise, CA Toulouse, 11 mai 2015, n° 14/03146, Dr. Fam. 2015, *cit.*

⁹⁰⁶ C. civ. art. 373-2-11, 1°. V. également C. civ. art. 376-1.

⁹⁰⁷ CA Agen, 17 sept. 2015, n° 14/00713, JurisData n° 2015-023052 ; CA Paris, pôle 3, ch. 3, 26 sept. 2013, n° 12/19176, JurisData n° 2013-020973 ; CA Pau, ch. 2, sect 2, 22 mai 2007, n° 06/03027, JurisData n° 2007-345532.

⁹⁰⁸ Cass. 1ere civ, 23 sept. 2015, n° 14-23.724, *cit.* ; CA Douai, 28 août 2014, ch. 7, sect. 2, AJ Fam. 2014, 556, obs. Eric Bazin.

⁹⁰⁹ C. civ. art. 371-1 al. 2.

⁹¹⁰ CA Aix-en-Provence, 6e ch. C, 2 sept. 2014, n° 13/19371, JurisData n° 2014-019786 (fondement implicite).

⁹¹¹ CA Paris, pôle 3, 3e ch., 13 déc. 2012, n° 12/12926, *cit.*

par celui-ci⁹¹². Les juridictions peuvent ordonner l'application de la décision faisant droit aux demandes de l'un des parents ou la cessation du non-respect de la codécision, au besoin sous astreinte, s'agissant d'un acte précis⁹¹³. En revanche, l'effacement ou la réparation des actes faits antérieurement n'est pas toujours possible⁹¹⁴.

De façon plus originale, le juge aux affaires familiales, en cas de relations particulièrement conflictuelles et d'obstruction systématique de l'un des parents, peut également autoriser l'autre à prendre certains types de décisions de façon unilatérale⁹¹⁵.

L'enfant, objet du conflit parental, peut avoir un rôle, non négligeable et qui tend à s'amplifier, dans sa résolution. Hors contentieux, ce conflit peut parfois être apaisé, voire réglé, grâce à l'association de l'enfant à la décision le concernant, selon son âge et son degré de maturité⁹¹⁶. En cas de contentieux, l'enfant doué de discernement⁹¹⁷ peut exprimer son avis et ses sentiments, par le biais d'une audition, devant le juge ou un tiers délégué⁹¹⁸. Et l'audition, sollicitée par ce mineur, est de droit⁹¹⁹. Les sentiments de l'enfant peuvent également être recueillis lors d'une enquête sociale⁹²⁰ ou de toute autre mesure d'investigation. Le juge, s'il conserve sa liberté d'appréciation, peut ainsi éventuellement départager les parents en prenant en compte les sentiments exprimés par l'enfant concerné⁹²¹. En outre, conférant une véritable autonomie au mineur, une jurisprudence estime que le consentement de celui-ci doit être recueilli dans des sphères spécifiques, en lien avec les croyances, notamment pour sa circoncision rituelle⁹²², son baptême⁹²³ ou encore sa participation au culte et aux rites d'une religion⁹²⁴. De façon encore plus évidente, il existe de nombreux îlots légaux de

⁹¹² CA Paris, pôle 3, ch. 3, 26 sept. 2013, n° 12/19176, *cit.* ; *Contra*, CA Versailles, 19 nov. 2015, n° 14/03881, JurisData n° 2015-026381 (absence d'incidence néfaste pour l'enfant d'une pratique religieuse).

⁹¹³ CA Aix-en-Provence, 6e ch. C, 2 sept. 2014, n° 13/19371, *cit.* ; CA Versailles, ch. 2 sect. 1, 1^{er} juill. 2010, n° 07/02610, Juris-Data n° 2010-017476.

⁹¹⁴ V. en ce sens, la « débaptisation » et le retrait du nom de l'enfant des registres mormons de baptême, demandés par le père, ne relèvent pas de la compétence du juge civil, CA Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353, *cit.*

⁹¹⁵ Cass. 1^{re} civ, 14 avril 2021, n° 18-26.707, *cit.*

⁹¹⁶ C. civ. art. 371-1 al. 3 ; CIDE art. 12.

⁹¹⁷ Par discernement, il faut entendre non seulement la maturité intellectuelle mais également la capacité de résistance aux pressions de son entourage. V. à ce propos, Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, n° 10-16.367, F-D, JurisData n° 2011-030679, Dr. Fam. 2012, n° 2, comm. 30, Claire Neirinck. V. pour l'absence de correspondance automatique entre l'âge et le discernement, Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, AJ Fam. 2015, 282, obs. Sylvain Thouret. V. enfin sur les propositions de la défenseure des droits d'instaurer une présomption de discernement pour l'enfant de plus de dix ans, Valérie Avena-Robardet, Parole de l'enfant : vers la fin du discernement ? *art. cit.*

⁹¹⁸ C. civ. art. 388-1 al. 1.

⁹¹⁹ C. civ. art. 388-1 al. 2 ; CPC art. 338-4. V. pour une application, Cass. 1^{re} civ, 14 avril 2021, n° 18-26.707, *cit.*

⁹²⁰ C. civ. art. 373-2-12.

⁹²¹ C. civ., art. 373-2-11, 2°. V. en ce sens, CA Paris, pôle 3, ch. 3, 26 sept. 2013, n° 12/19176, *cit.*

⁹²² CA Lyon, 2^e civ., 25 juill. 2007, *cit.*

⁹²³ Cass. 1^{re} civ, 23 sept. 2015, n° 14-23.724, *cit.* ; CA Lyon, 14 oct. 2014, n° 13/04353, *cit.*

⁹²⁴ CA Aix-en-Provence, 19 février 2004, *cit.* ; V. sur ces points, Valérie Doumeng, La liberté d'expression, de conscience et de religion, *art. cit.*, p. 136.

prémajorité à savoir une autonomie du mineur dans certains domaines, concernant essentiellement sa vie privée et son corps⁹²⁵, le dispensant d'avoir à recueillir un quelconque accord parental.

Dans le futur, l'adoption du principe de prémajorité, de façon plus globale, pourrait permettre d'octroyer de nouveaux droits au mineur. En ce sens, un rapport, déjà ancien, avait préconisé que l'enfant, à treize ans, pourrait acquérir une présomption de discernement et les droits-liberté en lien avec son développement, notamment le libre choix de sa religion et le pouvoir de consentir à son orientation scolaire. A seize ans, une présomption de compétence permettrait au mineur d'exercer seul l'essentiel de ses droits sauf opposition parentale⁹²⁶.

La sphère relevant actuellement du pouvoir de décision autonome du mineur, et qui pourrait à l'avenir être considérablement étendue, se trouve soustraite au rôle éducatif des parents et, par conséquent, aux éventuels conflits entre ces derniers. Il faut toutefois veiller à ce que ces droits capacitaires ne permettent pas, à un parent influent ou endoctrinant, de dicter ses choix au mineur. Dans cette hypothèse extrême, en effet, un double contrôle parental peut s'avérer davantage protecteur du mineur qu'une autonomie de façade.

⁹²⁵ V. en ce sens, IVG (CSP art. L. 2212-7 al. 3), contraception (CSP art. L. 5134-1-I) et action de prévention, d'un dépistage, d'un diagnostic ou d'une intervention s'imposant pour sauvegarder la santé du mineur (CSP art. L. 1111-5 al. 1).

⁹²⁶ Jean-Pierre Rosenczweig, De nouveaux droits pour les enfants ? rapport *cit.*, p. 99, 102, 152, 153, 154.

Chapitre II-

Relations entre le parent mentalement troublé et son enfant

V. sur ce point :

Valérie Doumeng :

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, art. cit.

-La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale, JDJ, décembre 2017, p. 37-45

-Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-Unis in « Parents de sang, parents adoptifs », dir. Agnès Fines et Claire Neirinck, LDJ, Droit et société, n° 29, 2000, pp. 147-167

-Démocratie et famille, art. cit., p. 160 à 162.

-Délégation de l'autorité parentale : nécessités pratiques et approximations juridiques, CA de Basse-Terre, 2^o ch, 22 juillet 2014, Zoom, JCP G 2014, 2033

-La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, op. cit., p. 470 et suiv.

Un mineur peut parfaitement être le parent d'un enfant et exercer l'autorité parentale. Ni l'établissement d'un lien de filiation ni l'exercice de l'autorité parentale ne sont soumis à un âge minimum⁹²⁷. Ainsi, il n'existe pas, en l'espèce, de difficultés particulières. Dès lors, ce chapitre se concentre sur le droit du parent mentalement troublé à des relations avec son enfant, et réciproquement. Il s'agit d'étudier ce droit sous le prisme de ces deux personnes vulnérables. Bien entendu, les obstacles, factuels et juridiques, à ces relations ainsi que le fondement de ces droits sont distincts selon que l'on se place du côté du parent ou de l'enfant.

Au préalable, il faut préciser que les personnes, et spécialement les femmes souffrant d'une déficience intellectuelle, accèdent difficilement à la condition de parent. Elles se trouvent, fréquemment et autoritairement, soumises à une contraception, voire à une stérilisation⁹²⁸, incitées à interrompre une grossesse ou à accoucher sous X⁹²⁹. Et ceci en méconnaissance de la Convention internationale du droit des personnes handicapées qui vise l'élimination des discriminations à l'égard des personnes handicapées pour tout ce qui a trait à la famille et à la fonction parentale⁹³⁰.

Le lien de filiation s'établit classiquement entre le parent vulnérable et son enfant, par l'effet de la loi, de la volonté de son auteur ou de la possession d'état⁹³¹. Spécifiquement, l'absence de lucidité de son auteur constitue un

⁹²⁷ V. en ce sens, C. civ. art. 371-1.

⁹²⁸ V. sur la stérilisation du majeur protégé, *supra*, p. 80 à 82.

⁹²⁹ V. à ce propos, Valérie Doumeng, Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, art. cit., p. 55 et 56.

⁹³⁰ La Convention garantit aux personnes handicapées le droit de « fonder une famille », « de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances » et à la conservation de leur fertilité, sur la base de l'égalité avec les autres, CIDPH, art. 23-1.

⁹³¹ Présomption de paternité (C. civ. art. 312) et de maternité (C. civ. art. 311-25), reconnaissance (C. civ. art. 316), constatation de la possession d'état (C. civ. art. 317).

obstacle à la reconnaissance⁹³². Dans ce cas, et si le parent est juridiquement protégé, son protecteur ne peut l'assister ou le représenter car la reconnaissance fait partie des actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel »⁹³³.

Une fois le lien de filiation établi entre le parent mentalement troublé et son enfant, il n'existe, en théorie, aucune particularité due au trouble mental ou à la protection⁹³⁴. Il s'agit toutefois de savoir si être l'enfant d'un parent souffrant d'une vulnérabilité mentale ne génère pas des droits minorés. Autrement dit, les diverses dispositions relatives à la protection de l'enfant et la référence à son éventuel intérêt ne rendent-elles pas illusoire le droit pour l'enfant d'être élevé par son parent mentalement vulnérable et d'entretenir des relations avec ce dernier ? Le même type de questionnement existe du côté du parent vulnérable quant à son droit d'exercer l'autorité parentale.

La vulnérabilité mentale peut ainsi provoquer une atteinte, nécessaire ou inévitable, au droit de l'enfant d'être élevé par son parent et au droit du parent d'élever son enfant (section I). Par ailleurs, cette vulnérabilité ou ses conséquences constituent parfois un obstacle au maintien de relations personnelles et de contacts directs de l'enfant avec son parent (section II).

Section I- Vulnérabilité et atteintes au droit d'élever son enfant et d'être élevé par son parent

Le droit français prévoit que l'autorité parentale appartient aux père et mère de l'enfant⁹³⁵. En réalité, la vulnérabilité mentale entraîne de nombreuses atteintes temporaires (§I) ou définitives, par le biais de l'adoption, à l'exercice des droits parentaux (§II).

§I- Les atteintes temporaires

La famille, selon la Convention internationale des droits de l'enfant, est le « milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants »⁹³⁶. Cette convention reconnaît ainsi à l'enfant le droit d'être élevé par ses parents⁹³⁷, à la non-séparation d'avec ces derniers contre leur gré⁹³⁸ et à la préservation de ses relations familiales⁹³⁹. En outre, l'enfant ne peut faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa famille⁹⁴⁰. La Convention relative aux droits des personnes handicapées⁹⁴¹, de son côté,

⁹³² C. civ. art. 316.

⁹³³ C. civ. art. 458.

⁹³⁴ V. *infra*.

⁹³⁵ C. civ art. 371-1 al. 2.

⁹³⁶ Préambule CIDE.

⁹³⁷ CIDE art. 7-1.

⁹³⁸ CIDE art. 9-1.

⁹³⁹ CIDE art. 8-1, 9-3 et 9-4.

⁹⁴⁰ CIDE art. 16-1.

⁹⁴¹ CDPH art. 23-4.

affirme qu'en « aucun cas un enfant ne doit être séparé de ses parents en raison (...) du handicap de l'un ou des deux parents »⁹⁴².

Selon le droit français, et conformément aux dispositions de ces conventions, la vulnérabilité mentale, pas plus que la mise en œuvre d'une protection des majeurs, n'entraîne, de façon automatique, la séparation de l'enfant et de son parent, la suppression de l'autorité parentale ou de son exercice ou encore la rupture des liens⁹⁴³. Précisément, pour le parent bénéficiant d'une protection juridique, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant font partie de ceux dont la nature implique un consentement strictement personnel ne pouvant jamais donner lieu à assistance ou à représentation⁹⁴⁴. En effet, une représentation ou même une assistance semble inconcevable pour l'exercice des droits parentaux. Par ailleurs, le droit procédural, à savoir l'action en justice ou l'exercice de voies de recours en lien avec ce droit substantiel, constitue, selon la jurisprudence, « un acte strictement personnel » que le majeur protégé « peut accomplir sans assistance ni représentation »⁹⁴⁵. En effet, ne pas accorder les droits procéduraux afférents à la restriction de l'exercice de l'autorité parentale aboutirait à vider ce droit substantiel. C'est ce qui a été décidé à propos de l'exercice d'une voie de recours par la mère en tutelle contre la décision d'un juge relative à une mesure d'assistance éducative restreignant l'exercice de l'autorité parentale⁹⁴⁶.

Il existe toutefois des limites au droit d'élever son enfant ou d'être élevé par son parent. Ainsi, selon la Convention internationale des droits de l'enfant et la Convention relative aux droits des personnes handicapées, une décision judiciaire ordonnant une séparation révisable peut être adoptée si « cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant »⁹⁴⁷. Précisément, pour la Convention internationale des droits de l'enfant, l'enfant doit être protégé contre ses parents, notamment maltraitants ou négligents⁹⁴⁸. La Convention relative aux droits des personnes handicapées, en revanche, précise : « en aucun cas un enfant ne doit être séparé de ses parents en raison (...) du handicap de l'un ou des deux parents »⁹⁴⁹. Cette disposition est plus ambigüe car ce sont souvent les conséquences du handicap mental qui provoquent la nécessité d'une séparation, dans l'intérêt de l'enfant.

Dans le même esprit, le droit français permet aux juridictions de prononcer certaines mesures engendrant une atteinte temporaire au droit de l'enfant d'être élevé, au quotidien, par son parent. Il s'agit de distinguer les atteintes temporaires prononcées indépendamment de l'état mental du parent (A) de celles exigeant volonté et lucidité de ce dernier (B)

⁹⁴² CIDE art. 9-1.

⁹⁴³ V. en ce sens, CA Douai, 17 déc. 2009, AJ Fam. 2011, 583, obs. Thierry Verheyde ; TGI Créteil, ord. JLD, 6 janvier 2005, JurisData n° 2005-269406.

⁹⁴⁴ C. civ art. 458.

⁹⁴⁵ Cass. 1re civ., 6 nov. 2013, n° 12-23.766, FS P+B, *cit.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ CIDE art. 3-1, 9-1, 9-3, 19-1, 20 et 21 ; CIDPH art. 23-4.

⁹⁴⁸ CIDE art. 9-1. V. également, CIDE art. 20-1 et 19-1.

⁹⁴⁹ CIDPH art. 23-4.

A-Les atteintes temporaires prononcées indépendamment de l'état mental du parent

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, art. cit.

-La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale, art. cit.

L'atteinte temporaire au droit d'être élevé par son parent et d'élever son enfant peut découler de la suppression de l'autorité parentale ou de son exercice ou, de façon plus limitée, du choix d'un lieu de vie particulier pour l'enfant. Ces mesures, révisables en fonction des circonstances, prennent en considération l'intérêt de l'enfant eu égard à l'incapacité des parents à l'élever voire à la dangerosité objective de la situation. Si les conséquences du trouble mental peuvent conditionner la mesure, la lucidité des parents n'est, en revanche, pas indispensable⁹⁵⁰. Ainsi, à l'occasion d'une séparation ou d'un divorce des parents ou postérieurement⁹⁵¹, il est possible de fixer la résidence principale de l'enfant chez le parent ne présentant pas une vulnérabilité mentale⁹⁵² ou de lui attribuer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale⁹⁵³, ou encore, à titre exceptionnel, de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans la parenté⁹⁵⁴. De même, en cas d'impossibilité, résultant d'un obstacle de fait ou de droit, d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, une demande de délégation forcée, totale ou partielle, peut être formée⁹⁵⁵. Enfin, en cas de danger relatif à la sécurité, à la santé physique ou psychique, à la moralité⁹⁵⁶ ou encore au développement physique, affectif, intellectuel et social⁹⁵⁷ de l'enfant, peut être prononcé une assistance éducative avec placement ou un retrait de l'autorité parentale⁹⁵⁸.

⁹⁵⁰ V. *infra*, les mesures qui visent à sanctionner l'attitude fautive, donc lucide, des parents par le biais du retrait de l'autorité parentale.

⁹⁵¹ Il s'agit d'exceptions au principe posé dans l'art. 373-2 al. 1 C. civ. V. également CIDE art. 9-1.

⁹⁵² C. civ. art. 373-2-9 al. 3 V., à propos de la fixation de la résidence chez un parent en raison des troubles psychiatriques de l'autre, CA Paris, 24^e ch., 1^{er} oct. 2008, JurisData n° 2008-002272 ; CA Grenoble, ch. urgences, 17 juin 2008, JurisData n° 2008-004352 ; Dr. Fam. 2010, n° 1, comm. 8, Ingrid Maria. V. toutefois, pour une résidence alternée alors que la mère se trouve en curatelle renforcée, CA Douai, 17 déc. 2009, *cit.*

⁹⁵³ C. civ. art. 373-2-1 al. 1 V. en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, Dr. Fam. 2009, n° 12, comm. 167, Laurent Abadie ; Cass. 2^e civ., 18 juin 1997, Bull. civ. II, n° 190, p. 112 ; Cass. 2^e civ., 27 juin 2000, JCP G 2000, IV, 1454, p. 495.

⁹⁵⁴ C. civ. art. 373-3 al. 2 et 373-4 al. 1.

⁹⁵⁵ C. civ. art. 377 al. 2. V. en ce sens, à propos de la délégation en raison de difficultés psychologiques et matérielles de la mère, CA Basse-Terre, 2^e ch., 12 février 2007, JurisData n° 2007-334664. V. également le cas d'une mère, en tutelle en raison de troubles psychiatriques, dans l'incapacité d'élever son enfant, CA Nîmes, 15 mars 2006, 2^e ch. civ., JurisData n° 2006-309677 ; CA Basse-Terre, 2^e ch. civ., 22 juill. 2014, Juris-Data n° 2014-019268 ; Zoom Valérie Doumeng, JCP G 2014, 2033.

⁹⁵⁶ C. civ. art. 375 al. 1 (assistance éducative) et art. 378-1 al. 1 (retrait de l'autorité parentale).

⁹⁵⁷ C. civ. art. 375 al. 1.

⁹⁵⁸ V. pour le refus de prononcer un retrait de l'autorité parentale à l'égard de la mère d'un enfant placé en famille d'accueil. La mère souffrait « pathologie psychotique chronique se manifestant notamment par une désorganisation psychique à l'origine de la désorganisation

Par ailleurs, se trouve automatiquement⁹⁵⁹ privé de l'exercice de l'autorité parentale, le parent hors d'état de manifester sa volonté en raison d'une « incapacité, de son absence ou de toute autre cause »⁹⁶⁰. Cette mesure prend fin, automatiquement, lorsque le parent peut, à nouveau, manifester sa volonté. Ce texte est relativement peu mis en œuvre par les juridictions, notamment en raison de son automaticité mais aussi de l'obsolescence du terme « incapacité »⁹⁶¹. Il a pu être appliqué à un père, placé en curatelle renforcée, qui souffrait d'une altération des facultés mentales en raison de séquelles résultant de deux tentatives de suicide⁹⁶².

Ces mesures, exceptés le retrait total de l'autorité parentale⁹⁶³ et, dans certaines hypothèses, l'impossibilité pour les parents de manifester leur volonté⁹⁶⁴, ne peuvent évoluer en principe, sans le consentement du parent, vers une atteinte définitive au droit d'élever son enfant, en pratique par le prononcé d'une adoption⁹⁶⁵. Il n'existe pas d'exception pour le majeur placé sous un régime de protection. Précisément, l'adoption de son enfant fait partie des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel⁹⁶⁶, toute assistance ou représentation étant impossible.

Ces mesures sont donc conçues dans l'objectif de répondre à une difficulté, ponctuelle ou passagère, empêchant le parent d'élever son enfant. Logiquement, elles doivent être prononcées en vue de la sauvegarde d'un lien dans l'attente d'une amélioration de l'état mental du parent permettant la reprise des relations ou même de la vie en commun⁹⁶⁷. Cet espoir d'amélioration semble réservé au parent souffrant d'un trouble mental

existentielle et de l'altération massive et chronique des capacités parentales ». Toutefois, les visites médiatisées ne faisaient courir aucun danger à l'enfant. Dès lors, le comportement de la mère était insuffisant en l'état à justifier la demande de retrait, Cass. 1re civ., 1er juin 2017, n° 15-29.272, JurisData n° 2017-016887, Dr. Fam. 2017, n° 9, comm. 181, Hugues Fulchiron.

⁹⁵⁹ Si cette mesure automatique provoque la séparation entre l'enfant et le parent, elle s'avère contraire à la Convention qui exige, dans ce cas, l'intervention d'une autorité compétente (CIDE art. 9-1).

⁹⁶⁰ C. civ. art. 373.

⁹⁶¹ Le terme « incapacité » obsolète et regrettable, figurant à l'article 373 du Code civil, peut générer une confusion avec les régimes de protection même si l'incapacité n'est qu'une cause éventuelle. V. sur l'absence de correspondance entre incapacité et placement sous un régime de protection, sous l'empire de la loi de 1968 (mais solution inchangée), TI Saint-Omer, 3 mai 1989, JCP N 1990, II, 89, note Thierry Fossier ; CA Caen, 2 février. 2006, D. 2006. 2016, note Gilles Raoul-Cormeil.

⁹⁶² CA Bordeaux, 30 mai 2017, comm. Guillaume Millerioux, Dr. Fam 2017, n° 9, comm. 182

⁹⁶³ C. civ. art. 379. A distinguer du retrait partiel qui ne rend pas l'enfant adoptable (C. civ. art. 379-1). A la suite du retrait total, l'enfant, confié à l'aide sociale à l'enfance (C. civ. art. 380 al. 1) et admis en qualité pupille de l'Etat, peut faire l'objet d'une adoption (CASF art. L. 224-4, 5° et C. civ. art. 347).

⁹⁶⁴ Le conseil de famille de l'enfant peut, dans ce cas, consentir à l'adoption, C. civ. art. 348-2 al. 1.

⁹⁶⁵ C. civ art. 348, 361 et 377-3.

⁹⁶⁶ C. civ art. 458 al. 2.

⁹⁶⁷ V. pour le refus de prononcer un retrait de l'autorité parentale à l'égard de la mère (souffrant d'une pathologie psychiatrique) d'un enfant placé en famille d'accueil. « (...) la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée quant à l'avenir de l'enfant dans une nouvelle famille, a légalement justifié sa décision au regard de l'article 3, § 1 de la Convention de New-York (...) » Cass. 1re civ., 1er juin 2017, n° 15-29.272, *cit.*

susceptible, éventuellement grâce à une médication, de disparaître ou de devenir inapparent, et non à celui atteint d'une déficience intellectuelle, par hypothèse irrémédiable. Dès lors, d'aucuns ont pu estimer que cette disposition fait prévaloir l'intérêt du majeur protégé sur celui de l'enfant⁹⁶⁸ et proposé de l'abroger, tout au moins à l'égard du majeur en tutelle « gravement atteint dans sa personnalité⁹⁶⁹ ».

B-Les atteintes temporaires exigeant volonté et lucidité du parent

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng :

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, *art. cit.*

-La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale, *art. cit.*

-Délégation de l'autorité parentale : nécessités pratiques et approximations juridiques, CA de Basse-Terre, Zoom, *cit.*

Certaines mesures visent à sanctionner des défaillances parentales volontaires et conscientes à savoir la délégation forcée en cas de désintérêt manifeste, le retrait fondé sur la passivité des parents ou à la suite d'une condamnation pénale et le délaissement parental. Théoriquement, elles ne devraient pas concerner le parent mentalement vulnérable. En réalité, toutefois, elles peuvent être prononcées à son encontre si sa lucidité est estimée suffisante. Il s'agit donc d'étudier ces mesures qui, à l'exception de la délégation forcée, sont susceptibles d'évoluer vers une adoption.

La délégation forcée, prononcée par le juge aux affaires familiales⁹⁷⁰, nécessite un désintérêt parental « manifeste »⁹⁷¹ à savoir indéniable qui se traduit par des relations inexistantes ou rarissimes entre le parent et l'enfant⁹⁷². La jurisprudence, dans le silence de la loi, exige que ce désintérêt soit volontaire⁹⁷³. La délégation forcée intervient également dans un cas très spécifique lorsqu'un parent est « poursuivi ou condamné pour un crime commis sur la personne de l'autre parent ayant entraîné la mort de celui-ci »⁹⁷⁴. Elle n'a jamais pour conséquence l'adoption, les parents pouvant obtenir la restitution de leur autorité parentale en cas de circonstances nouvelles, notamment s'ils se sont amendés⁹⁷⁵. Elle est généralement privilégiée s'il n'existe aucun projet d'adoption pour l'enfant, en raison de ses caractéristiques, comprenant notamment l'âge, la santé et le handicap⁹⁷⁶, ou

⁹⁶⁸ C. civ art. 415 al. 3 (intérêt de la personne protégée) et art. 371-1 al. 1 (intérêt de l'enfant).

⁹⁶⁹ Pascale Salvage-Gerest, Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence, *Dr. Fam.* 2009, n° 3, étude 17, spéc. n° 18.

⁹⁷⁰ C. civ. art. 377-1 al. 1 ; CPC art. 1202 al. 2 et 1203.

⁹⁷¹ C. civ. art. 377 al. 2 ; V. sur la difficulté de constater un « désintérêt manifeste » pour la délégation, CA de Basse-Terre, 2° ch, 22 juillet 2014, *cit.*

⁹⁷² CA Versailles, 24 oct. 2013, *Juris-Data* n° 2013-023917 ; CA Rennes, 6° ch., 3 nov. 1997, *Juris-Data* n° 1997-048995.

⁹⁷³ V. en ce sens, CA Basse-Terre, 2° ch. civ., 22 juill. 2014, *cit.*

⁹⁷⁴ C. civ. art. 377 al. 2.

⁹⁷⁵ V. en ce sens, C. civ. art. 377-2 al. 1.

⁹⁷⁶ Il existe 70 000 enfants handicapés sur 300 000 pris en charge dans le cadre de la protection de l'enfance, Rencontre avec Geneviève Avenard, défenseure des enfants, JDJ 2016/3, n° 353, p. 10. « Près de la moitié des pupilles de l'Etat ne sont pas adoptés en raison

de sa situation familiale, à savoir enfant issu d'une fratrie ou ayant encore des liens avec sa famille⁹⁷⁷.

Par ailleurs, la volonté et la lucidité du parent sont *a fortiori* exigées lorsque les atteintes temporaires sont susceptibles de se transformer en atteinte définitive, par le biais d'une adoption. C'est le cas du retrait total de l'autorité parentale et du délaissement

Le retrait total ou partiel de l'autorité parentale⁹⁷⁸ peut être prononcé par une décision expresse du jugement pénal en cas de crime ou délit commis « soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit sur la personne de l'autre parent »⁹⁷⁹. En dehors de toute condamnation pénale, le retrait peut être prononcé contre les père et mère qui, « 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 (...) 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 »⁹⁸⁰. Le retrait peut également être prononcé, par le tribunal judiciaire, lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative et que ses parents « 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 »⁹⁸¹. Il s'agit de sanctionner les parents qui, volontairement, ne coopèrent pas à la mesure d'assistance éducative visant pourtant à leur apporter une aide. En cas de retrait total de l'autorité parentale⁹⁸², l'enfant confié à l'aide sociale à l'enfance⁹⁸³, admis en qualité pupille de l'Etat, peut faire l'objet d'une adoption⁹⁸⁴. Il est possible toutefois, en cas de circonstances nouvelles, de restituer aux parents l'autorité parentale⁹⁸⁵.

Le délaissement parental peut être prononcé si les parents n'ont pas entretenu avec l'enfant, pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, « les relations nécessaires à son éducation ou à son développement »⁹⁸⁶. Cette formulation s'inscrit dans une perspective d'objectivation du délaissement⁹⁸⁷

de leur âge, de leur handicap ou de leur refus de l'être » Christophe Daadouch et Pierre Verdier, La loi du 14 mars 2016 : des avancées en demi-teinte pour le dispositif de protection de l'enfance, JDJ 2016/3, p. 37, spéc. 47.

⁹⁷⁷ Laurent Gebler, Délaissement, désintérêt, abandon : tempête dans un verre d'eau (art. 40), AJ Fam. 2016, p.199, spéc. n° 2. V. précisément, à propos de l'unité de la fratrie, Flore Capelier, La loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants, commentée article par article, AJ Famille 2022 p.139.

⁹⁷⁸ V. précisément sur les conséquences du retrait total (C. civ art. 379) ou partiel (C. civ art. 379-1) de l'autorité parentale.

⁹⁷⁹ C. civ art. 378 al. 1.

⁹⁸⁰ C. civ art. 378-1 al. 1.

⁹⁸¹ C. civ. art. 378-1 al. 2.

⁹⁸² C. civ. art. 379. A distinguer du retrait partiel (enfant non adoptable), C. civ. art. 379-1.

⁹⁸³ C. civ. art. 380 al. 1.

⁹⁸⁴ CASF art. L. 224-4, 5° et C. civ. art. 347.

⁹⁸⁵ C. civ. art. 381 ; CPC art. 1210.

⁹⁸⁶ C. civ. art. 881-1. V. également, C. civ. art. 381-2 al. 2.

⁹⁸⁷ Frédérique Eudier, Adeline Gouttenoire, La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme « impressionniste » JCP G 2016, n° 16, doct. 479, spéc. n° 32.

se traduisant par une plus grande exigence vis-à-vis des parents. Précisément, ces relations ne doivent pas seulement permettre le maintien du lien affectif, comme dans la loi antérieure⁹⁸⁸, mais traduire un réel exercice de l'autorité parentale⁹⁸⁹ à savoir présenter concrètement un contenu pour l'enfant⁹⁹⁰. Le but de cette sévérité accrue est de faciliter l'adoption. En outre, le délaissement peut être unilatéral à savoir mis en œuvre à l'égard d'un seul parent⁹⁹¹. Le fait que l'autre parent soit toujours titulaire de l'autorité parentale ou n'ait pas remis l'enfant à l'aide sociale à l'enfance ne constitue pas un obstacle au prononcé du délaissement. Dans ce cas, toutefois, l'enfant n'est ni admis en qualité de pupille de l'État ni adoptable, sauf contentement du parent titulaire de l'autorité parentale. En outre, l'autorité parentale déléguée est celle du parent délaissant et, par conséquent, les droits de l'autre parent subsistent⁹⁹². Enfin, le juge, disposant d'une faculté d'appréciation eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant pourtant non mentionné dans le texte, mais norme supra-légale et d'applicabilité directe, peut refuser de prononcer le délaissement judiciaire, même si les conditions légales sont réunies⁹⁹³. Il s'agit d'une consécration de la jurisprudence antérieure relative à la déclaration d'abandon⁹⁹⁴. Cette appréciation judiciaire devrait toutefois être exceptionnelle car, lorsque les conditions légales sont réunies, il est généralement de l'intérêt de l'enfant de voir prononcé le délaissement parental⁹⁹⁵.

Quelle que soit l'hypothèse, les parents ne doivent pas avoir été empêchés d'entretenir les relations avec leur enfant « par quelque cause que ce soit »⁹⁹⁶. Cette précision induit un comportement volontaire et conscient des parents, traduisant une conception subjective, à savoir un « délaissement sanction ». Ainsi, le délaissement ne saurait être prononcé si le comportement parental résulte, notamment, d'un trouble mental, d'une grande vulnérabilité psychologique, d'une addiction ou d'un parcours marginal ponctué d'errances et d'incarcérations⁹⁹⁷. Paradoxalement, les situations les plus insolubles, et

⁹⁸⁸ V. les conditions relatives à la déclaration judiciaire d'abandon, C. civ. art. 350 (ancien).

⁹⁸⁹ Comp. avec les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, C. civ. art. 371-1 al. 2. Ainsi, le fait de se borner à prendre des nouvelles de l'enfant par téléphone et d'être présent lors des audiences ne devrait désormais pas être un obstacle au prononcé du délaissement, CA Montpellier, 14 mai 2013, n° 13-07204 Dr. Fam 2014, n° 11, comm 158, Claire Neirinck. V. en ce sens, C. civ. art. 381-2 al. 2.

⁹⁹⁰ Flore Capelier, La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète, RDSS 2016 p. 540.

⁹⁹¹ C. civ., art. 381-2 al. 4. Cass. 1re civ., avis, 19 juin 2019, n° 19-70.008 et n° 19-70.007 (n° 15007 P+B+R+I), RTD civ. 2019 p.568, Anne-Marie Leroyer ; AJ Fam 2019 p.462, Jérémy Houssier ; D. 2019, p.1876. A comp. avec l'abandon qui devait être prononcée à l'égard des deux parents (C. civ., art. 350 ancien).

⁹⁹² Cass. 1re civ., avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007 et n° 19-70.008, *cit.* ; Fanny Rogue, Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale, D. 2019, p.1876.

⁹⁹³ Cass. 1re civ., avis, 19 juin 2019, n° 19-70.007 et n° 19-70.008, *cit.*

⁹⁹⁴ Cass 1re civ., 3 déc. 2014, n° 13-24.268, Dr. Fam. 2015, n° 2, comm. 32, Claire Neirinck.

⁹⁹⁵ Anne-Marie Leroyer, RTD Civ. 2019 p.568.

⁹⁹⁶ C. civ. art. 381-1.

⁹⁹⁷ V. en ce sens, la jurisprudence sur le « désintérêt manifeste » pour prononcer l'abandon (C. civ. 350 ancien) se perpétue. V. à ce propos, une mère présentant des anomalies mentales atteignant les sphères intellectuelles, affectives et de la volonté et hospitalisée à de nombreuses reprises Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, *cit.* ; une mère sans domicile fixe puis

les moins susceptibles d'évoluer positivement, ne peuvent donner lieu à délaissement.

Le retrait de l'autorité parentale ou le délaissement peuvent aboutir à une adoption étant donné que celle-ci ne nécessite pas l'obtention d'un consentement parental. Pourtant cette adoption n'est pas une conséquence automatique de ces mesures. En effet, elle n'est pas mentionnée expressément, cette précision figurant dans d'autres articles⁹⁹⁸. Spécifiquement pour le délaissement, la répercussion directe et automatique de cette mesure est la délégation forcée de l'autorité parentale⁹⁹⁹. En effet, le projet « de vie » pour l'enfant devenu pupille de l'Etat, élaboré par le tuteur avec l'accord du conseil de famille, peut être une adoption mais uniquement « si tel est l'intérêt de l'enfant »¹⁰⁰⁰. En outre, le délaissement prononcé à l'encontre d'un seul parent¹⁰⁰¹, ayant pour vocation à en augmenter le nombre¹⁰⁰², ne peut évoluer vers un projet d'adoption. En pratique, les décisions qui prononcent un délaissement parental sont rares et celles qui optent pour un délaissement unilatéral, encore plus¹⁰⁰³.

§II-*L'atteinte définitive : l'adoption*

V. à ce sujet :

Valérie Doumeng, *Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent*, art. cit.

Selon la Convention internationale des droits de l'enfant, un mineur, privé de son milieu familial ou qui ne peut être laissé dans ce milieu¹⁰⁰⁴, a droit à une protection de remplacement de l'État pouvant prendre la forme notamment de l'adoption¹⁰⁰⁵. Précisément, l'adoption d'un enfant sans recueil du consentement de ses parents est possible. Il suffit que la situation de l'enfant, par rapport à ses parents, et son intérêt supérieur, considération primordiale en la matière, le justifient¹⁰⁰⁶. Divers textes, en droit français, visent

incarcérée (avant d'être déclarée pénalement irresponsable) et enfin hospitalisée sous contrainte, CA Versailles, 1^o ch.1^o sect, 17 nov. 2016, Juris-Data 2016-024532, JCP G 2017, n^o 3, p. 63, obs. Guillaume Kessler ; un père, incarcéré à plusieurs reprises, ne sachant pas correctement écrire et ayant d'importantes difficultés d'élaboration, Cass. 1^{ere} civ., 16 mars 2016, n^o 15-10.780, JurisData n^o 2016-004818. V. pour une addiction aux stupéfiants (la mère) et des incarcérations (le père), CA Montpellier, 14 mai 2013, n^o 13-07204 cit. En revanche, le mode de vie, résidant dans le fait d'être sans domicile fixe, ne doit pas être le fruit d'un libre choix, CA Agen, 13 oct. 2004, Dr. Fam. 2005, n^o 2, comm. 29, Pierre Murat. V. toutefois pour le prononcé d'un abandon alors que la mère souffrait de problèmes psychologiques et avait été placée sous curatelle renforcée, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2017, n^o 16-11.450, JurisData n^o 2017-007517, Dr. Fam. 2017, n^o 5, comm. 100, Hugues Fulchiron.

⁹⁹⁸ C. civ. art. 347, 3^o et CASF art. L. 224-4, 6^o.

⁹⁹⁹ C. civ. art. 381-2 al. 5.

¹⁰⁰⁰ CASF art. L. 225-1 al. 1.

¹⁰⁰¹ C. civ. art. 381-2 al. 4.

¹⁰⁰² Protection de l'enfance et adoption : 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, Groupe de travail février 2014, présidente : Adeline Gouttenoire (prés.), Isabelle Corpart (rapp.), p. 68, www.ladocumentationfrancaise.fr

¹⁰⁰³ Patrice Hilt, Droit de la filiation, D. 2020, p.677.

¹⁰⁰⁴ CIDE art. 20-1 et 9-1.

¹⁰⁰⁵ CIDE art. 20.

¹⁰⁰⁶ CIDE art. 21 et 3.

explicitement l'intérêt de l'enfant parmi les conditions pour prononcer ou ajourner l'adoption ou encore annuler l'arrêté de placement comme pupille de l'État¹⁰⁰⁷. Cette référence semble donc conforme aux dispositions de la convention précitée¹⁰⁰⁸. En réalité, l'intérêt « supérieur » de l'enfant est difficile à appréhender face aux dispositions légales, en droit français, qui visent généralement l'« intérêt de l'enfant ».

La Cour de cassation a posé le principe selon lequel « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »¹⁰⁰⁹. Depuis, elle opère un contrôle sur son application par les juridictions du fond¹⁰¹⁰. Ainsi, en cas de conflit entre l'intérêt de l'enfant et d'autres intérêts, le premier doit l'emporter nécessairement¹⁰¹¹. Toutefois, la détermination concrète de l'intérêt « supérieur » de l'enfant se heurte de nombreuses difficultés et incertitudes¹⁰¹².

Il est, en outre, difficile de faire de l'intérêt de l'enfant un critère suffisant pour protéger ce dernier et sauvegarder ses droits. L'intérêt de l'enfant, en effet, se révèle être une notion marquée par une double subjectivité : « subjectivité individuelle », des parents de l'enfant et du juge, et « subjectivité collective, celle d'une société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même »¹⁰¹³. Enfin, sous couvert d'intérêt de l'enfant, peuvent se profiler de nombreuses considérations tout à fait étrangères à l'enfant.

Deux interprétations de la notion d'intérêt de l'enfant peuvent être avancées. La rupture des liens de l'enfant avec ses parents vulnérables, par le biais d'une adoption plénière, peut être interprétée comme satisfaisant l'intérêt de l'enfant. En ce sens, le retrait total de l'autorité parentale peut être prononcé à l'égard des parents mentalement vulnérables¹⁰¹⁴. Ce retrait peut permettre à l'enfant d'être adopté¹⁰¹⁵ sans que le consentement parental à l'adoption soit

¹⁰⁰⁷ V. *infra*.

¹⁰⁰⁸ CIDE art. 3-1 et 9-1.

¹⁰⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ, 1, 18 mai 2005, n° 02.20.613, *legifrance.gouv*. V. également, à propos de la constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, *supra*, p. 18.

¹⁰¹⁰ V. à ce sujet, Philippe Bonfils, Adeline Gouttenoire, *Droits des mineurs*, *op. cit.*, n° 176, p. 111 et suiv.

¹⁰¹¹ Hugues Fulchiron, *Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant*, *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15 ; Claire Neirinck, *A propos de l'intérêt de l'enfant*, *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman éd. Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2014, p. 25 et suiv. ; Claire Neirinck, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, Delmas, 1994, n° 21, p. 17.

¹⁰¹² V. à ce sujet, Philippe Bonfils, Adeline Gouttenoire, *Droits des mineurs*, *op. cit.*, p. 89 et suiv et p. 124 et suiv.

¹⁰¹³ Hugues Fulchiron, *Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant*, *art. cit.* V. également, Jean Carbonnier note sous Paris, 10 avr. 1959, D. 1960, 673 ; Jacqueline Rubellin-Devichi, *Droits de la mère et droits de l'enfant (...)*, *art. cit.*, p. 701.

¹⁰¹⁴ V. *supra*, p. 127 et 128.

¹⁰¹⁵ L'enfant confié au service départemental d'aide sociale à l'enfance devient alors pupille de l'État et donc adoptable (C. civ. art. 380 et CASF art. L. 224-4, 5°). Il peut également être provisoirement confié à un tiers à charge pour lui de requérir l'ouverture d'une tutelle de droit commun (C. civ. art. 380 al. 1). Le conseil de famille peut, par la suite, consentir à l'adoption lorsque les parents sont tous deux dans l'impossibilité de manifester leur volonté (C. civ. art. 348-2 al. 1).

nécessaire¹⁰¹⁶. Le choix effectué par le juge en faveur du retrait de l'autorité parentale, de préférence aux mesures provoquant une atteinte obligatoirement temporaire, peut se fonder sur la considération de l'avenir de l'enfant de parents mentalement vulnérables. Si la restauration de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas envisageable, en raison d'un trouble mental grave et persistant, le souci de l'adoption future de l'enfant peut l'emporter. Cette option peut être confortée par le jeune âge de ce dernier. Dans le même esprit, en cas de séparation durable de l'enfant et de ses parents, la Convention internationale des droits de l'enfant classe hiérarchiquement l'adoption avant le placement de l'enfant dans un établissement, qui ne doit intervenir qu'en cas de nécessité¹⁰¹⁷. Ainsi, décider du maintien d'un lien sans substance, par le biais d'une atteinte temporaire, laissant l'enfant placé dans un établissement dans l'attente illusoire de la reprise d'une vie familiale¹⁰¹⁸, semble contraire aux dispositions de la Convention. En ce sens, lorsque l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État¹⁰¹⁹, le droit français prévoit, conformément à la Convention, qu'il doit faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais¹⁰²⁰.

Il peut être soutenu, au contraire, que l'intérêt de l'enfant se confond avec son droit d'être élevé par ses parents ou, tout au moins, avec la sauvegarde de cette possibilité, pour l'avenir. La Convention internationale des droits de l'enfant cite, en premier lieu, en cas de séparation entre l'enfant et ses parents, le placement de l'enfant dans une famille de substitution¹⁰²¹. Ceci pourrait être interprété comme établissant, dans les protections de remplacement, la subsidiarité des filiations électives¹⁰²². En droit français, en faveur du maintien du lien avec la famille biologique, une disposition permet à une personne de l'entourage de l'enfant, qui souhaite en assumer la charge, de contester l'arrêté ayant admis l'enfant comme pupille de l'État¹⁰²³. L'annulation de l'arrêté est prononcée si le juge l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁰²⁴. Elle exclut toute possibilité d'adoption tout en permettant à l'enfant de connaître une stabilité matérielle et affective¹⁰²⁵. En outre, l'intérêt de l'enfant de ne pas être irrémédiablement séparé de ses parents peut bloquer le processus de l'adoption. Ainsi, le tuteur de l'enfant, admis en qualité de pupille de l'État, peut décider que l'adoption n'est pas adaptée eu égard à l'intérêt de ce dernier et, précisément, à sa situation¹⁰²⁶. Une possible

¹⁰¹⁶ Spécifiquement, le consentement du majeur protégé n'est requis que « sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi » C. civ. art. 458 al. 1.

¹⁰¹⁷ CIDE art. 20-3.

¹⁰¹⁸ V. à ce sujet, Claire Neirinck, L'enfant, être vulnérable, RDSS 2007, 5.

¹⁰¹⁹ CASF art. L. 224-4.

¹⁰²⁰ CASF art. L. 225-1 al. 1.

¹⁰²¹ CIDE art. 20-3.

¹⁰²² Il est également possible d'estimer que le placement dans une famille et l'adoption sont des mesures de valeurs similaires, la hiérarchie étant établie seulement avec le placement dans un établissement.

¹⁰²³ CASF art. L. 224-8, II.

¹⁰²⁴ CASF art. L. 224-8, V.

¹⁰²⁵ V. pour une application, l'annulation a été suivie de la délégation de l'autorité parentale à la grand-mère de l'enfant, ce qui permettra à ce dernier de rejoindre progressivement sa famille biologique, TGI Paris, 5 nov. 1996, JurisData n° 1996-048830.

¹⁰²⁶ Le conseil de famille, sur le rapport du service de l'aide sociale à l'enfance, s'assure de la validité de ces motifs, CASF art. L. 225-1 al. 1.

amélioration de l'état mental du parent semble être un motif valable. Cette opposition à l'adoption doit être confirmée à l'occasion de chaque examen annuel de la situation du pupille¹⁰²⁷. En dehors de ces hypothèses et face à l'appréciation objective de son intérêt, le mineur de plus de treize ans, qui doit consentir personnellement à son adoption plénière ou simple¹⁰²⁸, peut opposer son refus. Une exception est prévue lorsque le mineur de treize ans se trouve hors d'état de consentir personnellement. Dans ce cas, se trouve recueilli l'avis d'un administrateur ad hoc¹⁰²⁹.

L'enfant de moins de treize ans, capable de discernement, est auditionné, conformément à la Convention internationale des droits de l'enfant. La juridiction est alors tenue de préciser si ses sentiments ont été pris en compte¹⁰³⁰. Dans tous les cas, le tribunal judiciaire peut parfaitement refuser de prononcer une adoption, même si les conditions sont réunies, lorsque l'intérêt moral de l'enfant¹⁰³¹ réside dans le maintien des liens avec ses parents biologiques.

Section II-Les obstacles au maintien des relations de l'enfant avec son parent mentalement vulnérable

Existe-t-il un droit de l'enfant, séparé au quotidien de son parent mentalement vulnérable, « d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs » avec ce dernier, comme l'exige la Convention internationale des droits de l'enfant ? La seule exception, prévue à ce droit par la Convention, est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰³². L'analyse du droit français, plus complexe, nécessite de distinguer les obstacles fondés sur la vulnérabilité mentale du parent (§I) et ceux reposant sur le prononcé de l'adoption (§II).

§I-Les obstacles fondés sur la vulnérabilité mentale du parent

V. à ce sujet

Valérie Doumeng, ***Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent***, *art. cit.*

Le droit au maintien des relations¹⁰³³ est fondamental sachant que l'enfant est rarement élevé par son parent mentalement vulnérable. Les dispositions

¹⁰²⁷ CASF art. L. 225-1, al. 1.

¹⁰²⁸ C. civ. art. 345 al. 3 et art. 360 al. 4 (inchangés, Loi n°2022-219 du 21 février 2022).

¹⁰²⁹ C. civ. art. 348-7 (Loi n°2022-219). Cette disposition prévoyant l'exception au recueil du consentement du mineur consacre la jurisprudence antérieure, V. à ce sujet, Pascale Salvage-Gerest, Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie, *art. cit.*

¹⁰³⁰ C. civ. art. 388-1 et CIDE art. 12.

¹⁰³¹ C. civ. art. 353 al. 1.

¹⁰³² CIDE art. 9-3.

¹⁰³³ En droit français, ces droits, de façon générale, sont envisagés du côté du parent et non de l'enfant.

légales et la jurisprudence françaises prévoient, très largement et indépendamment de l'exercice de l'autorité parentale, un droit de visite et d'hébergement du parent vulnérable séparé de son enfant¹⁰³⁴. Dans certains cas spécifiques, toutefois, la vulnérabilité mentale peut être prise en compte pour refuser l'exercice de ce droit. Ainsi, en cas de séparation des parents, pour supprimer ou refuser d'accorder le droit au maintien des relations, le juge doit relever l'existence de « motifs graves »¹⁰³⁵, ce qui peut être le cas lorsque le parent souffre d'une pathologie psychiatrique non stabilisée¹⁰³⁶. Dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, la suspension provisoire de l'exercice du droit au maintien des relations est subordonnée à la constatation que l'intérêt de l'enfant l'exige¹⁰³⁷. Il en est ainsi, notamment, lorsque le parent, en raison du trouble mental, expose l'enfant à un nouveau danger ou à des risques de perturbations majeures¹⁰³⁸. À propos de l'enfant, objet d'une mesure de délégation de l'exercice de l'autorité parentale, les juridictions peuvent, dans le silence des textes, ne pas octroyer ce droit en cas de motif grave¹⁰³⁹. Dans tous ces cas, la vulnérabilité mentale parentale se trouve prise en compte uniquement si ses conséquences peuvent, pendant la période de visite ou d'hébergement, être préjudiciables à l'enfant. En cas d'amélioration de l'état mental du parent, le rétablissement des droits susvisés peut être ordonné par le juge.

Par ailleurs, lorsque les relations entre l'enfant et le parent peuvent être maintenues ou rétablies, la vulnérabilité mentale est susceptible d'avoir des incidences notables sur les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement fixées par les juridictions. Pour préserver le contact et les liens affectifs du parent vulnérable, exerçant ou pas l'autorité parentale, avec son enfant qu'il s'agit de ne pas exposer à un risque psychologique ou physique, les juges, plutôt que de supprimer purement et simplement le droit de visite et d'hébergement, préfèrent le dissocier. Le droit d'hébergement n'est, en effet,

¹⁰³⁴ C. civ. art. 373-2-1, al. 2 et art. 373-2-9 al. 3 (séparation des parents) et C. civ. art. 375-7 al. 1 et 4 (assistance éducative). En cas de délégation totale de l'exercice de l'autorité parentale, un droit de visite et d'hébergement est fréquemment reconnu par les juridictions. V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 14 février 1989, JurisData n° 1989-703223 ; CA Bourges, 1^{re} ch., 19 oct. 1993, JurisData n° 1993-046499 ; CA Rennes, 6^e ch., 16 déc. 1996, JurisData n° 1996-049896.

¹⁰³⁵ C. civ. art. 373-2-1 al. 2 relatif à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. V. également, en cas d'exercice conjoint de cette autorité, dans le silence de l'art. 373-2-9 C. civ., l'extension jurisprudentielle de la notion de « motif grave », V. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 9 février 2011, AJ Fam. 2011, 207, obs. Caroline Siffrein-Blanc. V. pour une illustration récente des motifs graves, Cass. 1^{re} civ., 10 février 2021, n° 19-21.902 (148 F-D), AJ Fam 2021 p.183, note Valérie Avena-Robardet ; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-14.955 : JurisData n° 2018-015185, Dr. Fam 2018, n° 10, comm. 240, Aurore Camuzat.

¹⁰³⁶ CA Limoges, 1^{re} ch., 14 mai 1992, JurisData n° 1992-043864 ; CA Poitiers, 4^e ch. civ, 7 oct. 2009, JurisData n° 2009-011734 ; JCP G 2010, n° 143, obs. Jean-Claude Hallouin (absence de motif grave en cas de pathologie psychiatrique stabilisée).

¹⁰³⁷ C. civ. art. 375-7 al. 4.

¹⁰³⁸ CA Riom, ch. des mineurs, 10 déc. 2002, JurisData n° 2002-219080 ; Cass. 1^{re} civ. 10 juill. 1996, JurisData n° 1996-003066.

¹⁰³⁹ V. pour l'hypothèse inverse, refus d'un droit de visite opposé au père alcoolique d'un enfant déficient intellectuel en raison du péril pour l'équilibre mental incertain de ce dernier, CA Bordeaux, 6^e ch., 26 juin 2007, JurisData n° 2007-341329.

qu'une des modalités du droit de visite¹⁰⁴⁰. Très fréquemment également, les juges aménagent le droit de visite voire le droit d'hébergement par le biais d'une médiatisation si l'intérêt de l'enfant l'exige ou le commande. Cette médiatisation se présente comme la rencontre du parent mentalement vulnérable et de l'enfant dans un espace neutre ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée¹⁰⁴¹. Du fait de la médiatisation, toutefois, les relations exemptes d'intimités, réduites dans le temps et dans leur contenu, se révèlent obligatoirement superficielles, voire artificielles¹⁰⁴².

De façon spécifique, les soins psychiatriques sans consentement, sous la forme d'une hospitalisation complète, dont le parent de l'enfant fait l'objet, obstacles évidents au droit d'hébergement, peuvent également influencer sur le droit de visite et *a fortiori* d'hébergement¹⁰⁴³. En effet, l'enfant peut demeurer dans l'ignorance de cette hospitalisation ou se heurter à l'impossibilité de rendre visite à son parent en raison du règlement de fonctionnement de l'établissement d'accueil. Selon la Convention internationale des droits de l'enfant, « lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie : détention (...) des deux parents ou de l'un d'eux, l'État partie donne sur demande (...) à l'enfant (...) les renseignements essentiels sur le lieu où se trouve le membre (...) de la famille »¹⁰⁴⁴. Ce texte, qui ne la vise pas expressément, pourrait toutefois parfaitement être appliqué, en raison de la contrainte exercée, à l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État dans le département ou du préfet de police à Paris¹⁰⁴⁵. Il ne correspond pas, en revanche, à l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent qui intervient à l'initiative d'une personne privée¹⁰⁴⁶. Cette distinction incohérente, par rapport aux droits de l'enfant, se révèle toutefois inévitable en raison de la double initiative, en droit français, en matière d'hospitalisation contrainte¹⁰⁴⁷. La Convention instaure un droit limité qui se résume en une simple information de l'enfant

¹⁰⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, D. 1986, 496, obs. Jacques Massip. V. pour l'octroi à un parent, souffrant d'une pathologie psychiatrique, d'un simple droit de visite, CA Grenoble, ch. urgences, 17 juin 2008, *cit.* ; CA Paris, 24^e ch., 1^{er} oct. 2008, *cit.*

¹⁰⁴¹ C. civ. art. 373-2-1 al. 3 et 373-2-9 al. 3 et 4 (séparation des parents) et CPC art. 1180-5. Pour l'assistance éducative, seule la présence d'un tiers est évoquée, C. civ. art. 375-7 al. 4. V. pour la rencontre dans un lieu neutre, CA Riom, ch. des mineurs, 13 août 2002, JurisData n° 2002-195778 ; CA Amiens, 28 février 2008, JurisData, n° 2008-358660.

¹⁰⁴² V. à ce sujet, Anne Kimmel-Alcover, Assistance éducative, mineur placé et droit de visite médiatisé : les paramètres redoutés d'une vie familiale dénaturée, RDSS 2020 p.1165 ; Claire Neirinck, L'ambiguïté des visites médiatisées, Dr. Fam. 2012, n° 11, étude 18, spéc. n° 19 et 20 ; Claire Neirinck, Les services sociaux face à la médiatisation du droit de visite, RDSS 2009, 941, spéc. 945.

¹⁰⁴³ V. également à propos de l'impossibilité pour un enfant d'être hébergé dans un lieu d'enfermement (père emprisonné), CA Riom, 2^e ch., 6 mars 2018, n° 17/02050, JurisData n° 2018-004482, Dr. Fam. 2018, n° 6, comm. 151, Hugues Fulchiron.

¹⁰⁴⁴ CIDE art. 9-4.

¹⁰⁴⁵ CSP art. L. 3213-1 al. 1 et L. 3213-10. A noter que sont également compétents, en cas de danger imminent, les maires ou, à Paris, les commissaires de police, CSP art. L. 3213-2 al. 1.

¹⁰⁴⁶ CSP art. L. 3212-1 et suiv.

¹⁰⁴⁷ V. à ce sujet, Valérie Doumeng, « De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? » *art. cit.*, p. 387.

sur le lieu où se trouve son parent¹⁰⁴⁸ emportant, inévitablement, celle de la nature de la mesure prise par l'État. Les visites peuvent toutefois, dans certains cas, être une suite logique de cette information. La Convention prévoit une exception à ce droit lorsque la divulgation de ce renseignement peut s'avérer « préjudiciable au bien-être de l'enfant »¹⁰⁴⁹, pouvant largement recevoir application en cas d'hospitalisation contrainte du parent, en fonction de l'âge ou de la fragilité psychologique de l'enfant. Ce droit à l'information, aussi limité soit-il, n'existe pas dans le droit français.

§II-*Les obstacles en cas d'adoption*

V. à ce sujet

Valérie Doumeng :

-Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-Unis in Parents de sang, parents adoptifs, dir. Agnès Fines et Claire Neirinck, LGDJ, Droit et société, n° 29, 2000, p. 147-167

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, art. cit.

-Démocratie et famille, art. cit.

L'adoption plénière confère à l'enfant une filiation élective qui se substitue à sa filiation d'origine¹⁰⁵⁰. Par conséquent, aucune relation, entre l'enfant et ses parents biologiques, n'est maintenue après cette adoption. Peu importe que l'adoption ait été imposée aux parents mentalement vulnérables, précisément en raison de leur trouble.

Pour sortir du dilemme stérile entre l'intangibilité du lien de filiation naturaliste et la rupture de ce lien, privilégier l'adoption simple a depuis longtemps été préconisé¹⁰⁵¹. Or, cette adoption se révélait, sur certains points, obsolète, inadaptée et assez incohérente¹⁰⁵². Malgré ces inconvénients, elle semblait connaître, depuis quelques années, un regain d'intérêt de la part des juridictions en raison de l'absence de rupture des liens entre l'enfant et ses parents biologiques. Mais elle demeurerait globalement très rarement prononcée¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁸ L'absence d'instauration d'un droit de visite, par la Convention, peut s'expliquer par l'impossibilité matérielle de le réaliser dans les hypothèses visées (exil, expulsion ou mort) ou car l'exercice de ce droit n'apparaît pas conforme à l'intérêt de l'enfant (détention, emprisonnement).

¹⁰⁴⁹ CIDE art. 9-4.

¹⁰⁵⁰ C. civ. art. 356 al. 1.

¹⁰⁵¹ V. en ce sens, Adeline Gouttenoire, Favoriser l'adoption simple de certains enfants placés, in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 513 et suiv. ; Protection de l'enfance et adoption : 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, rapport cit., p. 82 et suiv.

¹⁰⁵² V. à ce sujet, Jean Hauser, Que faire de l'adoption simple ? in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 523. V. à propos du détournement de l'adoption simple, CA Montpellier, 3e ch. , sect.B, 2 mai 2018, n° 16/07205 : JurisData n° 2018-007302, Dr. Fam. 2018, n° 9, comm. 212, Hugues Fulchiron. V. à propos de la tri-parenté, Patrice Hilt, Et le père ? D. 2020, p.2463, spéc. n° 20.

¹⁰⁵³ En 2017, au profit des pupilles de l'Etat, 7 adoptions simples, contre 768 adoptions plénières ont été prononcées, Pascale Salvage-Gerest, Le rapport Limon-Imbert sur l'adoption : un coup d'épée dans l'eau ? AJ Fam 2020, p.350.

La récente loi du 21 février 2022¹⁰⁵⁴ a pour ambition de valoriser l'adoption simple. En effet, l'adoption simple permet de concilier deux impératifs. D'abord, elle « ne coupe pas l'adopté de ses racines familiales »¹⁰⁵⁵. Précisément, elle maintient le lien de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques¹⁰⁵⁶, notamment mentalement troublés. En outre, elle offre à l'enfant la possibilité de connaître une stabilité matérielle et affective auprès de ses parents adoptifs grâce à l'exercice, par ces derniers, des droits d'autorité parentale¹⁰⁵⁷.

Ainsi, si l'intérêt de l'enfant, qui ne peut pas de façon définitive être élevé par son parent mentalement vulnérable, réside dans le maintien d'un lien avec ce dernier, une adoption simple devrait être privilégiée. En ce sens, une disposition légale prévoit que le tuteur, avec l'accord du conseil de famille, définit le projet d'adoption, à savoir le choix entre l'adoption simple ou plénière suivant les circonstances particulières à la situation de l'enfant¹⁰⁵⁸. Cette disposition est toutefois imprécise et, par conséquent, peu contraignante. En pratique, le recours à ce type d'adoption s'explique souvent par l'impossibilité de procéder à une adoption plénière et concerne quasi-exclusivement les adoptions intrafamiliales et les majeurs¹⁰⁵⁹.

Lorsque l'adoption simple est toutefois prononcée, l'enfant a droit, conformément à la logique de cette adoption et aux dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'entretenir des relations personnelles et d'avoir des contacts directs avec ses parents biologiques¹⁰⁶⁰. Or, en droit français, faute d'apparaître fondamental, le maintien des liens affectifs par l'octroi d'un droit de visite ou d'hébergement, au profit des parents d'origine, ne se trouvait pas visé ou organisé par les dispositions légales¹⁰⁶¹. Le rapport, préalable à la loi sur l'adoption, préconisait de s'appuyer sur les

¹⁰⁵⁴ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption. V. pour un commentaire, Pascale Salvage-Gerest, Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie, *art. cit.* V. le rapport qui a inspiré cette loi. Vers une éthique de l'adoption. Donner une famille à un enfant, Rapport Monique Limon, Corinne Imbert, oct. 2019, www.adoptionefa.org/.../rapport_limon_imbert_2019.pdf ; Pascale Salvage-Gerest, Le rapport Limon-Imbert sur l'adoption : un coup d'épée dans l'eau ? *art. cit.* V. enfin, La Stratégie nationale de prévention et de protection de l'enfance 2020-2022 : Garantir à chaque enfant les mêmes chances et les mêmes droits, publiée le 14 octobre 2019/ [https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/dossier, spéc. p. 29](https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/dossier_spec_p.29) ; Flore Capelier, Une nouvelle stratégie nationale de protection de l'enfance : entre continuité et rupture, RDSS 2020 p.157.

¹⁰⁵⁵ Pascale Salvage-Gerest, Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie, *art. cit.*

¹⁰⁵⁶ V. en ce sens, « L'adoption simple confère à l'adopté une filiation qui s'ajoute à sa filiation d'origine. L'adopté conserve ses droits dans sa famille d'origine » C. civ. art. 364 al. 1 (Loi n°2022-219). Comp. avec l'adoption plénière qui confère à l'enfant une filiation se substituant à sa filiation d'origine, C. civ. art. 356 al. 1 (Loi n°2022-219).

¹⁰⁵⁷ C. civ art. 365 (Loi n°2022-219). V. également, C. civ. art. 6-2.

¹⁰⁵⁸ CASF art. 225-1 al. 3, Loi n°2022-219 (inchangé par rapport à l'ancien art. 225-1 al. 2).

¹⁰⁵⁹ Protection de l'enfance et adoption : 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, rapport *cit.*, p. 82. V. la limitation de l'adoption intrafamiliale, C. civ. art. 343-3 1 (Loi n°2022-219).

¹⁰⁶⁰ CIDE art. 9-3.

¹⁰⁶¹ Protection de l'enfance et adoption : 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, rapport *cit.*, p. 85. A comp. avec l'open adoption, Guillaume Kessler, Les mérites de l'open adoption, Dr. Fam 2019, n° 3, étude 4, spéc. n° 11 et suiv. ; Valérie Doumeng, Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-Unis, *art. cit.*

besoins de l'enfant plutôt que sur une logique de maintien des liens familiaux¹⁰⁶². La loi du 21 février 2022, dont l'un des objectifs déclaré est de valoriser l'adoption simple, précise, de façon très générale, que « l'adopté conserve ses droits dans la famille d'origine »¹⁰⁶³. Dès lors, cette disposition générale ne comble pas véritablement cette lacune. Par conséquent, les droits de l'enfant adopté et de ses parents d'origine demeurent incertains. En effet, l'adoptant étant investi de tous les droits d'autorité parentale¹⁰⁶⁴ semble *a priori* pouvoir s'opposer aux relations personnelles entre l'enfant adopté et son parent biologique. Il peut notamment redouter que ces relations l'empêchent d'acquiescer sa place de parent auprès de l'enfant¹⁰⁶⁵.

Le juge aux affaires familiales, en cas de saisine, peut prendre en considération la qualité d'ascendants et reconnaître aux parents biologiques, sous réserve de l'intérêt contraire de l'enfant, le droit d'entretenir de telles relations¹⁰⁶⁶. Cette disposition, visant les ascendants, semble toutefois inadaptée à la fois par rapport à la qualité particulière des parents, ascendants au premier degré, mais également à l'adoption simple¹⁰⁶⁷. Il semble plus cohérent, pour trancher les litiges, de se référer au maintien du lien de filiation originel¹⁰⁶⁸. Les relations, entre l'enfant et ses parents par le sang, peuvent ainsi être considérées comme un effet de l'adoption simple¹⁰⁶⁹. Autrement dit, les parents d'origine peuvent revendiquer des droits indépendants de l'exercice de l'autorité parentale, en particulier un droit de visite et d'hébergement¹⁰⁷⁰. Il s'agit alors de préserver l'équilibre de l'enfant entre l'acquis de sa situation actuelle dans sa famille adoptive et le maintien de la « fonction symbolique et de la position réelle » du parent biologique¹⁰⁷¹. En outre, seuls des motifs graves, et non le simple intérêt de l'enfant, devraient pouvoir faire obstacle à ces relations¹⁰⁷². Ainsi, la vulnérabilité mentale, pas plus qu'elle n'est un obstacle au maintien du droit de visite et d'hébergement hors adoption¹⁰⁷³, ne saurait constituer un motif pour rompre les liens entre l'enfant adopté et ses parents d'origine. Ce d'autant que, par hypothèse, ceux-ci se sont vu imposer cette décision, en l'absence de toute faute.

¹⁰⁶² Vers une éthique de l'adoption. Donner une famille à un enfant, rapport *cit.*, p. 33.

¹⁰⁶³ C. civ art. 364 al. 1.

¹⁰⁶⁴ C. civ. art. 365 al. 1 et 2 (Loi n°2022-219).

¹⁰⁶⁵ V. sur ce point, Françoise Dekeuwer-Défossez, Les chemins de l'adoptabilité, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 483, spéc. 488.

¹⁰⁶⁶ C. civ. art. 371-4 al. 1 ; V. en ce sens, CA Bordeaux, 14 février 2012, JurisData n° 2012-002940, Dr. Fam. 2012, n° 7, comm. 121, note Claire Neirinck.

¹⁰⁶⁷ V. en ce sens, Claire Neirinck, note sous CA Bordeaux, 14 février 2012, *cit.*

¹⁰⁶⁸ C. civ art. 364 al. 1 (Loi n°2022-219).

¹⁰⁶⁹ CA Paris, 1^{re} ch., 13 juillet 1990, JurisData n° 1990-024070 ; CA Paris, 1^{re} ch., 27 avril 1982, JurisData n° 1982-025455.

¹⁰⁷⁰ V. en ce sens, Claire Neirinck, note sous CA Bordeaux, 14 févr. 2012, *cit.*

¹⁰⁷¹ CA Paris, 1^{re} ch., 13 juill. 1990, *cit.* ; CA Paris, 1^{re} ch., 27 avril 1982, *cit.*

¹⁰⁷² Motifs graves, par analogie avec l'article 373-2-1 alinéa 2 du Code civil. V. en ce sens, Claire Neirinck, note sous CA Bordeaux, 14 février 2012, *cit.* Ainsi, l'intérêt de l'enfant, « fragile sur les plans psychologiques et physiques » (CA Bordeaux, 14 février 2012, *cit.*), ne pourrait être considéré comme un motif grave.

¹⁰⁷³ V. *supra*, p. 103, 132 et 133.

CONCLUSION

Cette étude, en retraçant les évolutions relatives à l'accès aux droits fondamentaux des personnes vulnérables, permet de relever trois principes directeurs correspondant à trois époques différentes : la protection, l'autonomie et l'inclusion. Pour autant, l'émergence successive de principes nouveaux n'a pas eu comme conséquence le remplacement des soubassements anciens. Au contraire, il est possible de constater une sorte de sédimentation. Autrement dit, les divers principes coexistent, les plus anciens venant nourrir le droit positif.

Dans cette conclusion, il s'agit d'examiner précisément ces trois principes, tout en faisant apparaître leurs limites, afin de faire émerger un nouveau paradigme.

Le premier principe correspond à la protection de la personne vulnérable.

« *Si le droit n'est pas l'armurier des innocents, à quoi sert-il ?* »¹⁰⁷⁴

La loi du 3 janvier 1968, portant réforme du droit des incapables majeurs, pas plus que les lois précédentes, ne distinguait véritablement la protection de la personne et de celle de ses biens. Plus précisément, elle ne s'intéressait pas particulièrement, sauf dans des domaines bien limités¹⁰⁷⁵, à la protection de la personne. Le législateur répugnait à mettre en œuvre un régime législatif d'ensemble¹⁰⁷⁶. La jurisprudence avait ainsi été contrainte de s'attribuer, comme mission salvatrice, la protection de la personne des « incapables » majeurs. En effet, dans les nombreuses zones de non droit, s'appliquait le principe posé par la Cour de cassation à savoir que « les régimes civils d'incapacité (...) ont pour objet, de façon générale, de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable »¹⁰⁷⁷. De façon générale, le droit s'avérait morcelé, incohérent et lacunaire¹⁰⁷⁸. La loi du 5 mars 2007 met en avant, comme l'indique son titre, « la protection des majeurs ». Inspirée par la jurisprudence précédente, elle a posé de véritables règles de protection en matière personnelle.

De même, dans le domaine de la santé, la protection de la personne est, depuis la loi du 30 juin 1938, le fondement des placements, hospitalisations et soins psychiatriques, à l'initiative des personnes privées¹⁰⁷⁹. En outre, la loi du 5

¹⁰⁷⁴ Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, scène V, Théâtre complet, Bibliothèque de la pléiade, éd. Galimard, 1982, p. 523.

¹⁰⁷⁵ V. en ce sens, *supra*, pour le mariage, p. 89 et suiv. et le divorce, p. 104 et suiv.

¹⁰⁷⁶ Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, n° 1534 et 1535, p. 719.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ, 18 avril 1989, JCP N 1989, II, 313, obs. Thierry Fossier ; D. 1989, 493, note Jacques Massip. V. sur ce point, Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, p. 97 à 100.

¹⁰⁷⁸ V. à ce sujet, Valérie Doumeng, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, *op. cit.*, n° 1542, p. 722.

¹⁰⁷⁹ V. *supra*, p. 32 : les placements « volontaires » de la loi du 30 juin 1838, les hospitalisations sur demande d'un tiers de la loi du 27 juin 1990 et enfin les actuels soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou pour péril imminent de la loi du 5 juillet 2011. La demande du représentant de l'Etat, en revanche, répond en premier lieu à la protection de la société. V. la

juillet 2011, instaurant un contrôle *a posteriori* obligatoire et systématique des soins psychiatriques, veille effectivement à protéger le patient contre toute hospitalisation arbitraire et abusive.

Pour les mineurs, depuis la loi du 4 juin 1970 rompant avec la puissance paternelle, la logique de protection, qui sert de fondement à l'autorité parentale, prévaut. En effet, les parents ont pour rôle de « protéger » le mineur « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité »¹⁰⁸⁰.

De façon générale, la protection, des majeurs mentalement troublés et des mineurs, joue un rôle éminemment positif. Elle génère toutefois, par hypothèse, des relations fortement asymétriques¹⁰⁸¹ entre le protecteur et le protégé, voire un « schéma de surplomb »¹⁰⁸². Le protecteur peut même croire que la relation de domination est nécessaire au bien-être, voire au maintien en vie, du dominé¹⁰⁸³. Peuvent alors se développer des formes de domination morale ou de paternalisme¹⁰⁸⁴. Il est possible d'évoquer l'abus de pouvoir lorsque les protecteurs s'arrogent le droit de définir les besoins des protégés¹⁰⁸⁵.

L'exigence d'autonomie, capacité à « se gouverner par ses propres lois », à « se déterminer librement »¹⁰⁸⁶, se dessine à partir des années 2000 sous l'influence grandissante des conventions internationales¹⁰⁸⁷. Cette tendance est beaucoup plus subtile que la volonté de « protection » et plus complexe à mettre en œuvre.

L'autonomie apparaît, de façon évidente, dans de nombreuses dispositions légales relatives aux personnes vulnérables. Ainsi, le mineur est associé « aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »¹⁰⁸⁸. En outre, ont progressivement été instaurés des îlots de prémajorité, notamment par rapport au corps de l'enfant et à son intimité.

L'autonomie est également au centre des soins psychiatriques « hors des murs » avec une responsabilisation accrue de la personne qui en est l'objet¹⁰⁸⁹. Pour la personne du majeur protégé, il est affirmé que la protection « favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci »¹⁰⁹⁰. En outre, elle dispose d'un domaine réservé où les décisions sont prises dans une totale

législation antérieure à la loi du 30 juin 1938 qui n'était pas axée sur la protection, *supra*, p. 31 et 32.

¹⁰⁸⁰ C. civ art. 371-1 al. 2 actuel.

¹⁰⁸¹ Fabienne Brugère, L'éthique du « care » *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸² Sandrine Kloeditz, Un autre regard sur les personnes en situation de vulnérabilité. La recherche de l'autonomie de la personne en situation de handicap, seul vecteur pour rendre la personne actrice de sa vie, *Forum* 2021/1 n° 162, p. 70, spéc. 71.

¹⁰⁸³ Eva Feder Kittay, Love's Labor cité par Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁸⁴ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸⁵ V. à ce sujet, Fabienne Brugère, L'éthique du « care » *op. cit.*, p. 52 ; Agata Zielinski, L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin, *Études* 2010/12 Tome 413, p. 631, spéc. 639 ; Thomas Jung, Entre don et care. La problématique des relations d'accompagnement, *Sociographe* 2021/5 N° 76, p. Ia à IXa, spéc. Ic. V. *supra*, p. 24.

¹⁰⁸⁶ Dictionnaire Larousse

¹⁰⁸⁷ CIDE, CIDPH et CESDH.

¹⁰⁸⁸ C. civ. art. 371-1 al. 1 actuel, issu de la loi du 5 mars 2002.

¹⁰⁸⁹ Soins psychiatriques dans la cité, issu de la loi du 5 juillet 2011.

¹⁰⁹⁰ C. civ. art. 415 actuel, issu de la loi du 5 mars 2007.

autonomie¹⁰⁹¹. Enfin cette autonomie, de façon spécifique, lui permet un libre accès aux unions juridiquement organisées¹⁰⁹² et à tous les divorces, mis à part le divorce par consentement mutuel¹⁰⁹³.

La logique de l'autonomie, extrêmement bénéfique, a toutefois des limites. En effet, le droit se trouve, en la matière, confronté à certaines réalités entravant l'accès à l'autonomie. Précisément, certains mineurs, notamment les plus jeunes, ne disposent pas d'une véritable maturité et certains majeurs mentalement troublés ne bénéficient pas de lucidité et de discernement suffisants. La tentation peut dès lors exister, de façon générale, de nier la réalité pour faire prévaloir une idéologie emportant fiction d'autonomie. Particulièrement pour les majeurs, le souhait d'éradiquer les décisions substitutives¹⁰⁹⁴, effectivement choquantes et dérangeantes, pourrait aboutir malheureusement à une marginalisation, une désinsertion de la personne, à sa mise en danger voire à son décès¹⁰⁹⁵.

Par ailleurs, la valorisation à outrance de l'autonomie, illusion portée par une construction sociale individualiste, est de nature à générer de la déconsidération ou même de l'exclusion à l'égard des personnes aux prises avec des situations de vulnérabilité¹⁰⁹⁶. De façon extrême, la dépendance pourrait alors être traitée comme une insigne faiblesse et les personnes dénuées d'autonomie réduites à un statut d'objet¹⁰⁹⁷. Il s'agit de se prémunir des conceptions « fictives ou héroïques de l'indépendance » ou de l'autonomie¹⁰⁹⁸.

Face aux limites indéniables des principes de protection et d'autonomie, le changement radical de paradigme, avec la **théorie relationniste de l'inclusion** apparue depuis quelques années, a permis de renouveler totalement le débat.

Valérie Doumeng, *Les théories de l'inclusion et les droits fondamentaux des personnes vulnérables (majeurs mentalement troublés et mineurs). Un nouvel horizon ?* En cours de rédaction

L'inclusion s'oppose à l'intégration ou à l'insertion qui était la logique dominant les relations humaines¹⁰⁹⁹. En effet, l'intégration revient à entrer

¹⁰⁹¹ Ne peuvent donner lieu à aucune substitution ou représentation les actes « dont la nature implique un consentement strictement personnel » (C. civ. art. 458 actuel, loi du 5 mars 2007).

¹⁰⁹² V. la suppression des autorisations préalables pour le pacte civil de solidarité et le mariage, *supra*, p. 92 et suiv.

¹⁰⁹³ V. la récente possibilité pour le majeur en tutelle ou en curatelle d'être partie au divorce accepté, *supra*, p. 105.

¹⁰⁹⁴ La décision substitutive consiste en l'appréciation, par un tiers, de l'intérêt objectif du majeur protégé, *supra*, p. 24.

¹⁰⁹⁵ V. à ce propos, les exemples donnés par Émilie Pecqueur, Anne Caron-Dégliose, Thierry Verheyde, Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? D. 2016 p.958.

¹⁰⁹⁶ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁹⁷ Joan C. Tronto, Du care, Revue du MAUSS 2008/2 n° 32, p. 243, spéc. 261.

¹⁰⁹⁸ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁹⁹ « Les termes intégration et d'insertion sont devenus paria » Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? Les cahiers de la LCD 2019/3 N° 11, p. 11 spéc. 11. V. également, Robert Lafore, Pour une approche généalogique de l'« insertion », de l'« inclusion » et de la « société inclusive » RDSS 2021 p.902.

dans un ensemble, à s'incorporer. Elle suppose l'assimilation, la transformation, la normalisation, l'adaptation ou la réadaptation¹¹⁰⁰. Elle nie donc la différence, sous couvert d'égalité et de non-discrimination. En outre, elle nécessite, de la part de la personne vulnérable, une démarche unilatérale d'adaptation¹¹⁰¹. Enfin, les dispositions juridiques, fondées sur le modèle social dominant, peuvent se révéler inappropriées pour les personnes vulnérables, précisément mentalement troublées et mineures¹¹⁰².

Au contraire, schématiquement, l'inclusion vise à développer une modulation et une flexibilité¹¹⁰³ et à respecter les spécificités en privilégiant une démarche réciproque¹¹⁰⁴. Il s'agit de permettre à chacun de se construire dans sa singularité en valorisant son identité¹¹⁰⁵. Dès lors, il ne peut plus y avoir de privilèges, d'exclusivités, d'exclusion ou de hiérarchisation¹¹⁰⁶. Une société inclusive « ferait en sorte que jamais aucun obstacle ne se dresse devant un individu présentant une spécificité intellectuelle, physique, sensorielle, psychique ou autre »¹¹⁰⁷. Il s'agit d'inclure les exclus pour éviter une société « en morceaux »¹¹⁰⁸.

La notion d'inclusion est très présente dans les lois actuelles. On peut citer notamment, par rapport à l'objet de cette étude, les méthodes éducatives dans

¹¹⁰⁰ Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 12.

¹¹⁰¹ Maxime Vanderstraeten, Définir, c'est exclure : le cas du handicap, RIEJ 2015/1 vol. 74, p. 91, spéc. 103 et 104 ; Guillaume de Stexhe, Mathias el Berhoumi, Isabelle Hachez, Nicolas Marquis, Maxime Vanderstraeten, Conclusions générales, RIEJ 2015/1 vol. 74, p. 173, spéc. 173 et 176 ; Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 12.

¹¹⁰² Maxime Vanderstraeten, Définir, c'est exclure : le cas du handicap, *art. cit.*, p. 103 et 104 ; Guillaume de Stexhe, Mathias el Berhoumi, Isabelle Hachez, Nicolas Marquis, Maxime Vanderstraeten, Conclusions générales, *art. cit.*, p. 173 et 176 ; Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 12.

¹¹⁰³ Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 12.

¹¹⁰⁴ Maxime Vanderstraeten, Définir, c'est exclure : le cas du handicap, *art. cit.*, p. 103 et 104 ; Guillaume de Stexhe, Mathias el Berhoumi, Isabelle Hachez, Nicolas Marquis, Maxime Vanderstraeten, Conclusions générales, *art. cit.*, p. 173 et 176. V. également, « Inclure » les personnes signifie « les ramener au droit commun en tous domaines, cela au prix d'une conversion de la société qui doit se montrer « accessible » à toutes les différences, c'est-à-dire « inclusive » » Robert Lafore, Pour une approche généalogique de l'« insertion », de l'« inclusion » et de la « société inclusive » *art. cit.*

¹¹⁰⁵ Robert Lafore, Pour une approche généalogique de l'« insertion », de l'« inclusion » et de la « société inclusive » *art. cit.*

¹¹⁰⁶ Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 13.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁰⁸ Jean-Marie Firdion Exclusion-inclusion : la société en morceaux, VST 2012/1 n° 113, p. 90, spéc. 94.

le cadre d'une école inclusive¹¹⁰⁹ ou encore le logement inclusif des personnes mentalement troublées¹¹¹⁰ et le travail social visant à l'inclusion sociale¹¹¹¹. L'inclusion se décline en de multiples théories qui permettent d'en saisir toutes les facettes. Précisément, l'inclusion de la personne vulnérable peut être illustrée par trois théories : le « care », la « capacité » et le « rétablissement ». Ces théories ont véritablement influencé les dispositions légales prévoyant l'accès aux droits fondamentaux des personnes vulnérables. Elles peuvent encore permettre des évolutions en la matière, qui seront évoquées.

L'éthique du « care » puise son origine dans la psychologie sociale¹¹¹². Elle permet de rompre avec une logique ancienne fondée sur la rationalité et renouvelle l'anthropologie morale et l'éthique contemporaines¹¹¹³. Elle peut se définir comme la « capacité à prendre soin d'autrui », le « souci prioritaire des rapports avec autrui »¹¹¹⁴. Plus précisément, elle concerne diverses formes d'attention aux autres, notamment aux personnes identifiées par un besoin ou une grande vulnérabilité, traduisibles par les concepts de sollicitude et de soin¹¹¹⁵. Le « care », en tant que processus (actif) comporte quatre phases (analytiquement distinctes mais intimement liées) : se soucier de, se charger de, accorder des soins et recevoir des soins¹¹¹⁶. Il ne doit pas être associé au « maternage » ou au « paternalisme » impliquant un sujet actif et un sujet passif¹¹¹⁷. Au contraire, il s'agit d'une relation fondée sur l'interdépendance,

¹¹⁰⁹ V. à ce propos, loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance, [legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr). V. également, « Ensemble pour une école inclusive » <https://www.education.gouv.fr/ensemble-pour-l-ecole-inclusive> ; Dossier spécial : École inclusive et innovation ordinaire. Quel autrement capable de l'école ? La nouvelle revue - Éducation et société inclusives 2021/6 (N° 92).

¹¹¹⁰ V. les dispositions légales relatives à un habitat inclusif pour lutter contre la « ghettoïsation » des personnes vivant dans des établissements sociaux et médico-sociaux, *supra*, p. 43 et 44.

¹¹¹¹ « Le travail social vise à permettre l'accès des personnes à l'ensemble des droits fondamentaux, à faciliter leur inclusion sociale et à exercer une pleine citoyenneté » CASF art. D. 142-1-1 al. 1.

¹¹¹² Le care a été mis en évidence, à travers une enquête de psychologie morale. Il en est résulté que les hommes privilégient une logique de calcul et la référence aux droits. De leur côté, les femmes préfèrent la valeur de la relation et développent des interactions sociales, Agata Zielinski, L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin, *art. cit.*, p. 632 ; Alain Depaulis, Le care au risque de l'économie libérale, *Empan* 2021/4 n° 124, p. 14, spéc. 16.

¹¹¹³ Agata Zielinski, L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin, *art. cit.*, p. 632 ; Alain Depaulis, Le care au risque de l'économie libérale, *art. cit.*, p. 16.

¹¹¹⁴ Carol Gilligan (In a Different Voice) à l'origine de la philosophie ou théorie du « care » citée Agata Zielinski, L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin, *art. cit.*, p. 632. V. sur les origines de la théorie, Alain Depaulis, Le care au risque de l'économie libérale, *art. cit.*, p. 15.

¹¹¹⁵ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 25 et 26. V. également sur le care, Emmanuel Jeuland, La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection, *RTD Civ.* 2018 p.271.

¹¹¹⁶ Joan C. Tronto, Du care, *art. cit.*, p. 248.

¹¹¹⁷ Agata Zielinski, L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin, *art. cit.*, p. 640.

aucun humain ne pouvant se suffire à lui-même, et la réciprocité¹¹¹⁸ sous forme d'estime mutuelle¹¹¹⁹.

De façon plus générale et en quittant le champ des interactions entre humains, le « care » peut être considéré comme une activité générique qui comprend tout ce qu'il est possible de faire pour « maintenir, perpétuer et réparer notre "monde", en sorte que nous puissions y vivre aussi bien que possible. Ce monde comprend nos corps, nous-mêmes et notre environnement, tous éléments que nous cherchons à relier en un réseau complexe, en soutien à la vie »¹¹²⁰.

Il est possible de rattacher à l'éthique du care certaines évolutions légales. Tout d'abord, le « care » a contribué à l'évolution de l'autorité parentale. En effet, la famille est une microstructure sociale de base¹¹²¹, une « forme de société sous tension à l'intérieur d'un espace spécifique »¹¹²². En son sein, les parents ont des devoirs vis-à-vis de leurs enfants et devraient, idéalement, aimer ces derniers et les emmener vers une réalisation d'eux-mêmes¹¹²³. Ainsi, le « care » a certainement influencé la remise en cause de la toute-puissance du parent face à un enfant soumis et démuné. Précisément, il peut expliquer la volonté du législateur d'instaurer une éducation bienveillante et l'interdiction consécutive des violences parentales ordinaires¹¹²⁴.

Le « care » a aussi une influence concernant le traitement des patients faisant l'objet de soins psychiatriques au sein d'un établissement hospitalier. La bienveillance (défendue par le « care ») a permis, bien avant l'existence de cette théorie, la naissance de la psychiatrie française et une évolution vers l'humanisation des lieux d'internement¹¹²⁵. Plus récemment, les lois instaurant une limitation et un encadrement de l'isolement et de la contention¹¹²⁶ peuvent évidemment être rattachées à l'éthique du care¹¹²⁷.

La « capacité » complète parfaitement la théorie du « care ». Le terme « capability » signifie « capacité », « aptitude », « possibilité ». Selon la théorie forgée par Amartya Sen¹¹²⁸, il signifie « les différentes combinaisons de choses qu'une personne est capable de faire ou d'être - les différents modes de fonctionnement qu'elle peut mettre en œuvre »¹¹²⁹. Il s'agit de rechercher des

¹¹¹⁸ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 7 ; Joan C. Tronto, Du care, *art.cit.*, spéc. 244.

¹¹¹⁹ Thomas Jung, Entre don et care. La problématique des relations d'accompagnement, *art. cit.*, p. Ic.

¹¹²⁰ Joan C. Tronto, Du care, *art. cit.*, p. 243, spéc. 244.

¹¹²¹ Valérie Doumeng, Démocratie et famille, *art. cit.*, p. 153.

¹¹²² Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 92.

¹¹²³ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 92.

¹¹²⁴ V. *supra*, p. 117 et suiv.

¹¹²⁵ Jean-Manuel Morvillers, Le care, le caring, le cure et le soignant Recherche en soins infirmiers 2015/3 N° 122, p. 77, spéc. 79 et 80.

¹¹²⁶ V. *supra*, p. 73 et suiv.

¹¹²⁷ V. à ce propos, comment « rester soignants avec un patient agité et qu'il faut « contenir », comment répondre, sans agressivité, à un patient insultant ou lui-même agressif. En d'autres termes, il s'agit d'acquiescer et de montrer du care « professionnel », du caring » Jean-Manuel Morvillers, Le care, le caring, le cure et le soignant, *art. cit.*, p. 79 et 80.

¹¹²⁸ Amartya Sen, économiste du développement et philosophe indien, prix Nobel de sciences économiques en 1998.

¹¹²⁹ Hubert Doucet, La contribution de l'approche par les capacités d'Amartya Sen à la pratique professionnelle en santé mentale : une analyse éthique, *art. cit.*, p. 96 ; Paul Morin, De quelques théories et pratiques en santé mentale communautaire. Les psychoses

critères objectifs du bien-être¹¹³⁰. La théorie de la capacité a vocation, par l'analyse des inégalités, à permettre à des acteurs autrefois dominés de s'affirmer dans diverses sphères d'activités¹¹³¹.

Sur le fondement des capacités, Martha Nussbaum a orienté plus particulièrement sa réflexion vers les personnes vulnérables. De façon concrète, elle établit une liste de dix capacités, présentées comme des droits fondamentaux, qui détaille les « actions possibles, dont la réalisation est condition du bien-être et de la dignité de chaque personne »¹¹³². Il s'agit, en substance, des droits à une vie digne et dans la société, à la santé et à l'intégrité physique, aux relations avec autrui, aux loisirs et à la liberté de conscience et de religion. Trois principes directeurs fondent cette liste : égalité de traitement de chaque personne, possibilité de choisir entre diverses orientations de vie et droit individuel à une vie digne. A l'exception du patient se trouvant dans un état végétatif, ces capacités sont accessibles, à des degrés divers, à la personne vulnérable. Même si cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer un choix clair et argumenté, il semble possible de la faire participer, en fonction de ses capacités, aux décisions qui la concernent. Les protecteurs devraient alors savoir reconnaître les désirs et les besoins de l'intéressé¹¹³³.

L'actuelle recherche d'un consentement, y compris non lucide, afin de permettre à l'intéressé de participer, en fonction de ses capacités, à une décision le concernant, peut se rattacher à la théorie de la capacité. Cette phase d'évolution est en cours. Il est toutefois possible d'en percevoir les prémices dans les dispositions du code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles. En effet, le consentement de l'intéressé à un acte thérapeutique est recherché y compris lorsque ce dernier n'a pas de discernement¹¹³⁴. De même, préalablement à la décision optant pour les soins psychiatriques « hors des murs », une « adhésion » et non un consentement est demandé au patient hospitalisé¹¹³⁵. Enfin, relativement à la stérilisation, l'intéressé, y compris non lucide, peut s'opposer à la saisine du juge et bloquer ainsi toute la procédure précédant l'autorisation¹¹³⁶.

Dans le code civil, cette évolution n'est pas aussi nette. Il est toutefois possible d'évoquer l'absence de vérification préalable du discernement du majeur protégé pour lui permettre d'accéder à une union ou pour impulser une rupture de pacte civil de solidarité ou un divorce. Pour autant, et précisément en matière de mariage, le discernement demeure central et est de nature à provoquer son annulation¹¹³⁷. De façon beaucoup plus évidente, il est

réfractaires : modèles de traitement québécois et canadiens, *Revue santé mentale au Québec*, vol. 30, 2005, n° 1, p. 115 spéc. p.119.

¹¹³⁰ Philippe Sanchez, *Handicap et capacités*, Lecture de *Frontiers of Justice* de Martha Nussbaum, *Revue d'éthique et de théologie morale*, Hors-série 2009, n° 256, p. 29 spéc. 37.

¹¹³¹ Paul Morin, *De quelques théories et pratiques en santé mentale communautaire*. Les psychoses réfractaires : modèles de traitement québécois et canadiens, *art. cit.*, p.119 ; Éric Monnet, *La théorie des « capacités » d'Amartya Sen face au problème du relativisme*, *Tracés*, revue de sciences humaines, 12/2007, p. 103, spéc. n° 1.

¹¹³² Philippe Sanchez, *Handicap et capacités (...)*, *art. cit.*, p. 37 et 39.

¹¹³³ *Ibid.*, p. 37 à 47.

¹¹³⁴ *V. supra*, p. 63 et suiv.

¹¹³⁵ *V. supra*, p. 71.

¹¹³⁶ *V. supra*, p. 81.

¹¹³⁷ *V. sur tous ces points, supra*, p. 97 et 98.

envisagé, à propos de l'audition de l'enfant, de supprimer le critère du discernement afin de rendre le droit français totalement conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant¹¹³⁸.

L'association de la théorie de la « capacité » à celle du « care » pourrait permettre de résoudre une difficulté concernant la coexistence des diverses mesures de protection des majeurs et leur caractère morcelé. Ces mesures octroient aux protecteurs des missions ou pouvoirs à géométrie variable qui rejaillissent, corrélativement, sur l'étendue des droits fondamentaux du majeur protégé. Or, ces différences reposent sur des critères divers tels que sa volonté antérieure (mandat de protection future), l'existence d'un entourage (habilitation familiale) ou encore des conditions légales assez confuses (tutelle avec ou sans conseil de famille). Une cohérence pourrait être trouvée en repensant la protection sous l'angle du « care » à savoir des besoins de la personne vulnérable protégée. Cette évolution pourrait se nourrir, également, de la notion de « capacité ». Il s'agirait alors de renouveler les critères du choix de la protection en déterminant, très précisément, les aptitudes de la personne et sa capacité à consentir.

Le mouvement du rétablissement personnel¹¹³⁹ (nommé également empouvoirement / empowerment) a pour origine un mouvement des usagers des services psychiatriques né aux Etats-Unis aux alentours des années 1950-1970 qui a connu un véritable essor dans les années 1990-2000¹¹⁴⁰. Cette doctrine insiste sur le caractère positif du symptôme. De façon synthétique, il s'agit moins de faire disparaître les symptômes que de comprendre comment le malade fait face à ses difficultés et construit de nouvelles perspectives de vie, à sa manière (en se dégageant de son identité d'usager de la psychiatrie)¹¹⁴¹. Plus précisément, le « rétablissement » peut être défini comme une « démarche personnelle et unique » de la personne mentalement troublée « visant à changer son attitude, ses sentiments, ses perceptions, ses valeurs, ses rôles et objectifs »¹¹⁴². Il exprime la réussite de la personne à mener une vie responsable, satisfaisante et épanouie, malgré la limite qu'impose le handicap et la maladie (ou ses symptômes résiduels)¹¹⁴³.

¹¹³⁸ V. pour une synthèse, Valérie Avena-Robardet, Parole de l'enfant : vers la fin du discernement ? *art. cit.* ; Flore Capelier, Actualité en droit de la protection de l'enfance, *art. cit.*

¹¹³⁹ A noter que le concept de rétablissement est emprunté au champ de la maladie chronique Hubert Doucet, La contribution de l'approche par les capacités d'Amartya Sen à la pratique professionnelle en santé mentale : une analyse éthique, *art. cit.*, p. 94.

¹¹⁴⁰ Marianne Farkas, L'émergence du rétablissement aux États-Unis : du combat avec la maladie au « bien vivre » *Vie sociale* 2018/3-4 (n° 23-24), p. 53, spéc. n° 26 et suiv. ; François Wyngaerden, Muriel Allart, Le rétablissement, nouveau paradigme ? *La Revue Nouvelle* 2021/6 (N° 6), p. 44, spéc. n° 1 et suiv.

¹¹⁴¹ Les contestations de la psychiatrie, Entretien avec Jacques Hochmann, propos recueillis par Olivier Mongin, Marc Olivier Padis et Joël Roman, *art. cit.*, p. 24 et 25 ; François Wyngaerden, Muriel Allart, Le rétablissement, nouveau paradigme ? *art. cit.*, n° 4 ; Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie, *art. cit.*, p. 239

¹¹⁴² Marianne Farkas, L'émergence du rétablissement aux États-Unis : du combat avec la maladie au « bien vivre » *art. cit.*, n° 5.

¹¹⁴³ Hubert Doucet, La contribution de l'approche par les capacités d'Amartya Sen à la pratique professionnelle en santé mentale : une analyse éthique, *art. cit.*, p. 94 ; » François Wyngaerden, Muriel Allart, Le rétablissement, nouveau paradigme ? *art. cit.*, n° 3.

La doctrine du rétablissement entre en conflit avec la survie de l'hôpital psychiatrique et, plus spécifiquement, avec les soins psychiatriques « dans les murs ». En effet, dès l'origine, les groupes d'ex-patients se sont positionnés contre les « méthodes inhumaines de contrôle » à savoir les soins sans consentement pouvant se traduire par un traitement médicamenteux ou encore des interventions chirurgicales telles que la lobotomie¹¹⁴⁴. Ainsi, la doctrine du rétablissement rejoint précisément les nombreux courants doctrinaux qui ont prôné la fin de l'hôpital psychiatrique, spécifiquement l'antipsychiatrie¹¹⁴⁵. Jusqu'à présent, la « désinstitutionnalisation », à savoir la suppression pure et simple de l'hôpital psychiatrique, n'a jamais été privilégiée par les lois françaises¹¹⁴⁶. Désormais, et notamment sous l'influence de la théorie du rétablissement, il pourrait être question de reconsidérer cette organisation en santé mentale. En ce sens, depuis les années 2000, les organisations internationales ont pris parti pour la désinstitutionnalisation, critiquant le principe même de la survie des soins psychiatriques sans consentement¹¹⁴⁷.

Par ailleurs, l'existence des soins psychiatriques « dans les murs » ainsi que le traitement des pathologies dépendent de la conception du trouble mental. Précisément, la conception dimensionnelle du trouble mental est de nature à favoriser la doctrine du rétablissement. En effet, selon cette conception, il existe un continuum entre le normal et les différentes expressions du pathologique. Dès lors, les personnes ne présentant pas de trouble mental peuvent plus facilement s'identifier à celles qui en souffrent. « La folie n'est pas en marge de l'humain mais au centre même de chaque être humain en tant qu'instabilité constitutive »¹¹⁴⁸. A l'opposé, la conception catégorielle, essentialiste ou naturaliste fondée sur les maladies constituant des entités objectives, est de nature à opérer une séparation d'avec les personnes mentalement troublées¹¹⁴⁹.

L'adoption de l'une ou de l'autre des conceptions, dimensionnelle ou catégorielle, influe également sur les traitements réservés aux patients. Ainsi, le traitement moral (ancêtre des psychothérapies) repose sur une vision dimensionnelle des pathologies. En revanche, à partir de l'adoption des classifications catégorielles et naturalistes, les traitements corporels vont réapparaître et l'asile va s'apparenter à un endroit carcéral. Enfin, la conception dimensionnelle du trouble permet d'envisager un retour à la normale et donc une « sortie du diagnostic » psychiatrique. En revanche la conception catégorielle engendre soutien, accompagnement et psychoéducation¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁴ Marianne Farkas, L'émergence du rétablissement aux États-Unis : du combat avec la maladie au « bien vivre » *art. cit.*, n° 27.

¹¹⁴⁵ V. *supra*, p. 143.

¹¹⁴⁶ V. *supra*, p. 33 et 34.

¹¹⁴⁷ ONU, OMS, BM, OCDE, V. *supra*, p. 34 et 35.

¹¹⁴⁸ Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie, *art. cit.*, p. 239.

¹¹⁴⁹ V. à ce propos, *ibid.*, p. 232 à 234.

¹¹⁵⁰ La psychoéducation est la compétence acquise par le patient pour gérer « la maladie » dont il souffre, Jean-Louis Feys, Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie. *art. cit.*, p. 239.

La synthèse et l'adaptation des diverses théories de l'inclusion pourraient permettre de ne plus envisager le monde et les humains sous le prisme d'une pseudo-normalité, excluant les majeurs souffrant d'un trouble mental, ou d'une pseudo maturité, excluant les mineurs. Ainsi, le mouvement unilatéral de la personne « hors norme » vers le normé/le normal serait remplacé par un double mouvement de rapprochement mutuel, de (re)connaissance mutuelle. Le bilan des expériences d'inclusion est évidemment largement positif. Il demeure toutefois des freins, des blocages à une totale inclusion, telle que prônée par les diverses théories. En effet, il peut être observé que les personnes vulnérables continuent à être traitées différemment¹¹⁵¹.

L'un des obstacles à la mise en œuvre pratique des théories de l'inclusion est certainement la complexité d'appréhension de ce courant de pensée aux multiples aspects. Précisément, ces théories très consensuelles recèlent nombre d'incertitudes, d'ambiguïtés, voire de contradictions¹¹⁵². En outre, elles sont limitées par l'organisation et à la structure de la société actuelle. Enfin, l'aboutissement des théories relationnelles de l'inclusion se heurtent au droit français fondé sur le droit subjectif, droit égocentrique, qui prévoit ou admet une emprise à l'égard d'autrui, et légitimement inégalitaire¹¹⁵³. Précisément, le droit subjectif sépare, juxtapose des prérogatives individuelles plutôt que de rechercher des rapports justes entre les humains¹¹⁵⁴. Dans l'idéal, il faudrait donc repenser le droit, et précisément le droit subjectif, et en amont tous les raisonnements fondés sur l'ego. « *C'est faux, de dire je pense. On devrait dire ON me pense. Pardon du jeu de mot : « je est un autre »* »¹¹⁵⁵.

V. à ce propos

Valérie Doumeng, ***Suis-je mon propre maître à penser ? Déconstruction de l'ego et métamorphose du droit*** in « Les maîtres à penser » dir. Franck Laffaille, Bulletin annuel de Villetaneuse éd. Mare et Martin, à paraître, 2022

Cette évolution semble, pour l'instant, particulièrement prématurée et hors d'atteinte. Ainsi les tenants du « care » critiquent l'individualisme contemporain se refermant sur la « prescription d'un moi indépendant pour fonder le lien social »¹¹⁵⁶. Toutefois, ils ne prônent pas un oubli de soi. Ils insistent simplement sur la nécessité de prendre soin de l'autre autant que de soi¹¹⁵⁷.

¹¹⁵¹ V. en ce sens, à propos du handicap physique, Hugo Dupont, L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ? *art. cit.*, p. 16.

¹¹⁵² V. en ce sens, Robert Lafore, Pour une approche généalogique de l'« insertion », de l'« inclusion » et de la « société inclusive » *art. cit.*

¹¹⁵³ Jacques Ghestin, Hugo Barbier, Traité de droit civil, *op. cit.*, n° 284, 285, 287.

¹¹⁵⁴ V. à ce sujet, la pensée de Villey (La notion de droit subjectif) rapportée in Jacques Ghestin, Hugo Barbier, Traité de droit civil, *op. cit.*, n° 262, p. 201.

¹¹⁵⁵ Arthur Rimbaud, « je est un autre » in missive envoyée de Charleville à son professeur Georges Izambard, 13 mai 1871. Lettre reproduite in psychanalyse-paris.com ; A écouter, « Un été avec Rimbaud » de Sylvain Tesson (France inter podcast 10 et 11 août 2020). V. pour une analyse de « je est un autre », Lin Grimaud, Handicap : l'inclusion comme performance, *Empan*, 2012/3 n° 87, p. 55 à 62, spéc. 59. V. également pour une réflexion sur l'ego, Catherine Malabou, Au voleur ! Anarchisme et philosophie, PUF 2022, p. 124 à 127, 130 à 133, 176 et 177.

¹¹⁵⁶ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁵⁷ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 36.

Pour sortir de cette impasse, l'une des solutions pourrait être de repenser les rapports sociaux et les normes. « *En supprimant la norme, vous abolirez les différences* »¹¹⁵⁸. La théorie l'**horizontalité des relations humaines**, héritage de la théorie politique anarchiste, permet de concevoir les rapports humains en dehors de tout axe vertical et donc de toute hiérarchie et de rétablir l'égalité¹¹⁵⁹. L'égalité, dont il est question, est une égalité réelle et concrète. Il faut veiller à la distinguer de l'égalité civile, abstraite, qui n'oblige pas à attribuer les mêmes droits à tous les citoyens. Les droits peuvent être différents en fonction des rôles et des situations.

La théorie de l'horizontalité, plus radicale que celle de l'inclusion, possède toutefois l'avantage d'un plus grande simplicité et donc d'une compréhension plus aisée par les divers acteurs. Il existe dans la société, d'ores et déjà, quelques prémices d'une telle évolution¹¹⁶⁰. S'agissant spécifiquement de l'accès aux droits fondamentaux, l'horizontalité permettrait de faire évoluer, voire de métamorphoser, les rapports existant entre les personnes en position de pouvoir et celles en situation de vulnérabilité. Ainsi pourraient notamment être repensées les relations médecin-patient, parent-enfant et protecteur-protégé¹¹⁶¹.

La relation médecin-patient a beaucoup évolué mais se trouve encore empreinte, dans certaines hypothèses, de domination, précisément de l'expression du pouvoir sans partage du « sachant ». Il en est ainsi relativement aux décisions médicales sans véritable prise en considération de la personne du patient et de son individualité¹¹⁶². C'est également le cas pour les relations au sein de l'hôpital psychiatrique avec, en point d'orgue, le recours aux mesures d'isolement et de contention, désormais encadrées mais non interdites ainsi qu'à la contention chimique (camisole chimique)¹¹⁶³.

Par ailleurs, l'adoption d'une vision horizontale des relations humaines rendrait évidemment inconcevable la stérilisation sans le consentement de l'intéressé, pratiquée par le médecin sur autorisation judiciaire¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁸ Johann Dizant, Recueil de citations www.johann-dizant.com ; <https://www.dicocitations.com>

¹¹⁵⁹ Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 70. V. à propos du mouvement pointilliste en peinture. Pour les peintres Georges Seurat, Paul Signac, Félix Fénéon, « le véritable « sujet » de la peinture n'est précisément pas son « sujet », mais bien son motif politique : l'égalité radicale entre les hommes, laquelle demeure selon eux « irréprésentable » (...) la technique picturale (...) doit soutenir, par la distribution des points, la redistribution sociale. Tous les points du tableau sont en effet de même taille, de même importance vibratoire, de même franchise chromatique, suggérant, par leur juxtaposition, un monde où tous les êtres, comme dans une infinie mosaïque, seraient dans le même à plat et le même relief, la même géographie, qualitativement et quantitativement égaux » Catherine Malabou, *Au voleur ! Anarchisme et philosophie*, *op. cit.*, p. 377 et 378.

¹¹⁶⁰ V. à ce propos, Catherine Malabou, *Au voleur ! Anarchisme et philosophie*, *op. cit.*, p. 14 à 21 (horizontalité d'abandon, chute factuelle du sens social de la verticalité et essor de l'initiative collective et de l'expérimentation de cohérences politiques alternatives). V. également, p. 13, 42, 43, 48 et 49 (à propos de « l'ordre » et non pas du chaos anarchiste).

¹¹⁶¹ V. en ce sens, à propos des dispensateurs de soin dans le traitement de la grande dépendance, Fabienne Brugère, L'éthique du « care », *op. cit.*, p. 109 et 110.

¹¹⁶² V. en ce sens la fin de vie, *supra*, p. 63.

¹¹⁶³ V. en ce sens *supra*, p.73 et suiv. (isolement et contention) et p. 72 et 73 (camisole chimique).

¹¹⁶⁴ V. en ce sens *supra*, p. 80 et suiv.

La protection des majeurs pourrait également être repensée en accord avec la vision adoptée par la Convention relative aux droits des personnes handicapées qui, en visant l'égalité concrète, se rattache à la théorie de l'horizontalité¹¹⁶⁵. En ce sens, une généralisation de l'assistance et de l'accompagnement et un recours limité à toute représentation/substitution, semble effectivement être la voie vers laquelle se dirige le droit interne, sous l'impact de la Convention précitée¹¹⁶⁶. Dans cette perspective, plusieurs idées pourraient être adoptées par des dispositions légales et notamment un système d'accompagnement fondé sur la vulnérabilité qui ne serait pas incapacitant, la généralisation du choix de l'accompagnant par la personne vulnérable et l'instauration d'une mission de conseil de l'accompagnateur ayant pour finalité d'éclairer la personne vulnérable et de l'aider dans ses choix¹¹⁶⁷.

S'agissant des mineurs, une réflexion sur l'autorité parentale, sous l'axe de l'horizontalité, semble particulièrement pertinente. Il semble y avoir un déphasage de plus en plus marqué entre la réalité de l'éducation, l'évolution de la société et des jeunes générations et les préconisations du code civil. Ainsi, la disposition selon laquelle « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »¹¹⁶⁸, pourrait être réécrite et bilatéralisée. Précisément, le terme d'autorité paraît totalement obsolète face à l'enfant d'aujourd'hui, ce « nouvel humain »¹¹⁶⁹. Une conception éducative renouvelée, inspirée du célèbre poème de Khalil Gibran « *Vos enfant ne sont pas vos enfants...* »¹¹⁷⁰, évoquant l'horizontalité, pourrait être adoptée.

Quel que soit le chemin emprunté, une réflexion, féconde et créative, relative aux droits fondamentaux des personnes vulnérables est en cours afin de trouver un juste équilibre entre un idéalisme, débridé et illusoire, et un réalisme desséché, déprimant et suranné. La réflexion sur l'humain est sans fin...

¹¹⁶⁵ CIDPH art. 12.

¹¹⁶⁶ V. *supra*, p. 24.

¹¹⁶⁷ V. sur ces points, Hugues Fulchiron, *L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique*, *art. cit.* ; Hugues Fulchiron, *L'accompagnement des personnes âgées vulnérables*, *art. cit.*, n° 11 à 13 et n° 20.

¹¹⁶⁸ C. civ. art. 371.

¹¹⁶⁹ Michel Serres, *Petite poucette, Le Pommier*, coll. Manifestes, 2012, p. 13 et 14.

¹¹⁷⁰ « Vos enfants ne sont pas vos enfants. Ils sont les fils et les filles de l'appel de la Vie à elle-même, ils viennent à travers vous mais non de vous. Et bien qu'ils soient avec vous, ils ne vous appartiennent pas. Vous pouvez leur donner votre amour mais non point vos pensées, car ils ont leurs propres pensées (...) » Khalil Gibran, *Le Prophète*, extrait du recueil, <https://www.poesie.net/gibran>

BIBLIOGRAPHIE

I- Monographies, ouvrages spéciaux, manuels

A

- Artaud Antonin**, *Œuvres complètes*, éd. Gallimard, 1956, T1
- Audisio Michel**, *La psychiatrie de secteur. Une psychiatrie militante pour la santé mentale*, éd. Privat, 1980

B

- Bonfils Philippe, Gouttenoire Adeline**, *Droits des mineurs*, éd. Dalloz 2021
- Braflan-Trobo Patricia**, *Couleur de peau et stigmates et stéréotypes. La légende des crabes à l'épreuve du management*, éd. Nestor 2010
- Brugère Fabienne**, *L'éthique du « care »* 4° éd. PUF Que sais-je ? 2021
- Buffelan-Lanore Yvaine, Larribeau-Terneyre Virginie**, *Droit civil, Introduction, biens, personnes, famille*, 21° éd. Sirey, 2020

C

- Cabrillac Rémy**, *Introduction générale au droit*, 14° éd. Dalloz, 2021
- Cabrillac Rémy** (dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, éd. Dalloz 2021
- Castaldo André**, *A propos du code noir (1685)*, *Cahiers Aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français*, PUAM, 2002, p. 19, spéc. 28
- Castaldo André et Taubira Christiane**, *Codes Noirs. De l'esclavage aux abolitions*, éd. Dalloz, 2006

D

- Demolombe Charles**, *Cours de code Napoléon, TVIII, Traité de la minorité de la tutelle et de l'émancipation*, T.2, 2° éd. Durand-Hchette 1861
- Doumeng Valérie**, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, prix « Araxie Torossian » de l'Académie des Sciences morales et politiques, préface de Claire Neirinck, PUAM, 2002
- Douraki Thomais**, *La convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, LGDJ, 1986

E

- Esquirol Jean-Etienne**, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-social*, T.2, éd. B. Bailliere, 1838

F

- Favoreu Louis, Duffy-Meunier Aurélie, Fassassi Idris, Gaïa Patrick, Le Bot Olivier, Pech Laurent, Pena Annabelle, Roux André, Scoffoni Guy**, *Droit des libertés fondamentales*, 8° éd. Dalloz, 2021
- Foucault Michel**, *Histoire de la folie à l'âge classique*, éd. Galimard 1972
- de Fréminville Bernard**, *La raison du plus fort. Traiter ou maltraiter les fous* ? éd Seuil, 1977
- Fulchiron Hugues, Malaurie Philippe**, *Droit de la famille (Laurent Aynès, Philippe Malaurie)*, 7° éd. LGDJ, 2020

G

- Gentis Roger**

**Traité de psychiatrie provisoire*, éd. F. Maspéro, 1977

**Les murs de l'asile*, éd. F. Maspéro, 1970, p. 6

-**Ghestin Jacques, Barbier Hugo**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Tome 1, LGDJ 2018

J

-**Julien-Daniel Guelfi, Frédéric Rouillon** (dir.) *Manuel de psychiatrie*, éd. Elsevier Masson, 2018

L

-**Lalande André**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, avant-propos de René Poirier, éd. PUF, 1985

-**Legrand du Saulle Henri**, *La folie devant les tribunaux*, Paris, éd. Savy-Durand, 1864

-**Lemouland Jean-Jacques**, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse Droit, Bordeaux I, 1984

M

-**Malabou Catherine**, *Au voleur ! Anarchisme et philosophie*, PUF 2022

-**Malinvaud Philippe**, *Introduction à l'étude du droit*, 19^e éd., LexisNexis, 2019

-**Marzano Michela**, *La philosophie du corps*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 3

P

-**Pennac Daniel**, *Journal d'un corps*, éd. Gallimard, 2012

-**Pichot Pierre**, *Un siècle de psychiatrie*, *Un siècle de psychiatrie*, éd. Dacosta, 1983, p. 12

R

-**Reverzy Jean-François**, *La folie dans la rue. Les urgences en psychiatrie et l'internement*, éd. Privat 1978

S

-**Serres Michel**, *Petite poucette*, Le Pommier, coll. Manifestes, 2012

-**S. Szasz Thomas**, *Idéologie et folie. Essai sur la négation des valeurs humanistes dans la psychiatrie d'aujourd'hui*, PUF, p. 141 et 171

II- Articles, chroniques, études

A

-**Anastasi Arnaud**, *Psychiatrie et soins somatiques « c'est pas le tout d'y dire, faut aussi y faire »*, *L'inf. psychia* 2021/6 vol. 97, p. 465

-**Andréoli A.**, *Un regard européen sur la désinstitutionnalisation américaine*, *L'inf. psychia.* 1988, n° 10, p.1259

-**Avena-Robardet Valérie**, *Parole de l'enfant : vers la fin du discernement ?* *AJ Fam* 2020 p. 613

B

-**Batteur Annick**, *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

-**Batteur Annick, Mauger-Vielpeau Laurence, Rogue Fanny, Raoul-**

Corneil Gilles, *Régime des décisions médico-sociales relatives aux personnes protégées : une ordonnance affligeante !* D. 2020 p.992

-**Beignier Bernard**, *La réforme de l'instruction en famille par la loi du 24 août 2021*, Dr. fam. 2022, n° 1, repère 1

-**Bénomouzig Daniel, Ulrich Valérie**, *L'organisation des soins en psychiatrie*, avant-propos, RFAS 2016/2, p. 7

-**Bois Farinaud Charlène**, *Les libertés familiales des majeurs protégés*, Dr. Fam 2021, n° 9, dossier 20

-**Bonifay Emmanuelle**, *L'amiable en droit procédural de la famille*, Dr. Fam 2020, n° 1, étude 3

-**Bourgeois M., Beaussier J.P., Verdoux H., Goumilloux R., Peyre F.**, *Des P.O-P.V (loi du 30 juin 1838) aux H.O-H.D.T. (loi du 27 juin 1990). Bilan préliminaire de la pratique de la nouvelle loi sur l'hospitalisation sous contrainte (H.S.C)*, Ann. médico-psychol. 1991, n° 4, p. 357

-**Brimo Sara**, *Fin de vie libre et choisie et aide active à mourir : un prélude au changement ?* D. 2021 p.896

-**Bruguère Jean-Michel**, *Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais...*, D. 2011, n° 1, 28.

C

-**Cabrillac Rémy**, *Le corps humain*, in Libertés et droits fondamentaux, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 193

-**Capelier Flore**

**La loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants, commentée article par article*, AJ Fam. 2022 p.139

**Le respect des droits des personnes vulnérables : une obligation de moyen ou de résultat ?* RDSS 2021 p.701

**Une nouvelle stratégie nationale de protection de l'enfance : entre continuité et rupture*, RDSS 2020 p.157

**La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète*, RDSS 2016 p. 540

-**Castello Michel**, *Le « défi » italien*, Psy. Fr., mars 1997, n° 1/97, p. 104 ;

-**Chapireau François**, *la désinstitutionnalisation psychiatrique : définitions, usages de la notion, et questions de méthode*, L'inf. psychia. 2021/1 Vol. 97, p. 39

-**Chauveau Véronique**, *Le plan parental. Un outil de coparentalité*, AJ Fam. 2013 p. 269

-**Chevallier Jacques**, *Démocratie sanitaire et citoyenneté administrative*, RDSS, 2016, 487

-**Cresp Marie**, *Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ?* AJ Fam, 2014, p. 107

-**Coldefy Magali**, *Les soins en psychiatrie : organisation et évolutions législatives récentes*, RFAS 2016/2, p.21.

-**Cooper David**, *L'anti-psychiatrie démythologisée*, Revue change, oct. 1977, n° 32-33, p. 37

-**Cornu Gérard**, *Centenaire*, D. 1959, chr. 215

-**Corpart Isabelle**, *Fin des violences éducatives ordinaires et émergence du droit de l'enfant à une éducation sans violence*, Dr. Fam 2019, étude 13

-**Couard Julien**

**Ouverture d'une enquête sur les conséquences d'Instagram sur les jeunes*,

Veille, Dr. fam. 2022, n° 2, alerte 23

**Les valeurs familiales de la République à l'aune de la loi du 24 août 2021*, Dr. fam 2021, n° 11, Etude 19

**Vers l'imposition de filtres anti-pornographiques sur les smartphones*, Veille, Dr. Fam 2021, n° 5, alerte 48

**Cinq conseils pour protéger les enfants des risques en ligne*, Unicef, communiqué, 17 avr. 2020, Veille, Dr. Fam 2020, n° 6, alerte 66

**Mineurs de 16 ans - Parution de la loi protégeant l'image des enfants « influenceurs »*, Veille, Dr Fam 2020, n° 12, alerte 119.

-Couturier Mathias

**La contrainte et le consentement dans les soins ordonnés par l'autorité publique : vers une aporie juridique ?* RDSS, 2014 p. 120

**L'évolution du rôle des proches dans les soins psychiatriques sans consentement*, Dr. Fam 2019, n° 2, étude 2

-Couturier Mathias, Péchillon Eric, *Vulnérabilité et contentieux des soins psychiatriques sans consentement*, Dr. Fam 2020, n° 5, dossier 16

D

-Daadouch Christophe, Verdier Pierre, *La loi du 14 mars 2016 : des avancées en demi-teinte pour le dispositif de protection de l'enfance*, JDJ 2016/3, p. 37

-David Michel, *Peur sur la psychiatrie : contention et contraintes collectives*, Prat. santé ment. 2014/4, p. 31

-David Stéphane, *Le divorce du majeur protégé*, AJ Fam. 2020 p.502.

-de Stexhe Guillaume, el Berhoumi Mathias, Hachez Isabelle, Marquis Nicolas, Vanderstraeten Maxime, *Conclusions générales*, RIEJ 2015/1 vol. 74, p. 173

-Debène Marc, *La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés*, AJDA 1990, doct. 871,

-Dekeuwer-Défossez Françoise, *Les chemins de l'adoptabilité*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 483

-Denizot Aude

**Mariage des majeurs protégés : comment faire du vin nouveau avec de vieilles outres ? Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, RTD Civ. 2019 p.419 ;

**Le nouveau droit de la fin de vie*, RTD Civ. 2016 p.460

-Depaulis Alain, *Le care au risque de l'économie libérale*, Empan 2021/4 n° 124, p. 14

-Dethoor Anaïs, Hainselin Mathieu, Duclos Harmony, *Vers une approche multidimensionnelle de l'autonomie*, Revue de neuropsychologie 2021/1 vol. 13, p. 29

-Dionisi-Peyrusse Amélie, Pichard Marc, *Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit*, AJ Fam, 2014 p. 174

-Dissez Nicolas, *Qu'est-ce que la santé mentale ?* JFP 2006/4, n° 27, p. 19

-Dorsner-Dolivet Annick, *Loi sur les sectes*, D. 2002. 1086.

-Doucet Hubert, *La contribution de l'approche par les capacités d'Amartya Sen à la pratique professionnelle en santé mentale : une analyse éthique*, Éthique et santé mentale, vol. 3, n° 2, 2020, p.93,

-Douchy-Oudot Mélina, *La loi nouvelle est arrivée ! De quelques aspects sur les liens de famille dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de*

modernisation de la justice du XXI^e siècle, JCP G, 2016, n° 48, p.1268

-Doumeng Valérie

**Argent et couple marié : droit et littérature romanesque*, in *L'argent* dir. Franck Laffaille, Bulletin annuel de Villetaneuse (BAV) n° 3, éd. Mare et Martin, 2020, p. 89

**Discrimination et littérature romanesque des Antilles françaises*, in *Littérature(s) et discrimination(s)* dir. Franck Laffaille, BAV n° 3, éd. Mare et Martin, 2019, p. 63

**Démocratie et famille*, in *Démocratie, un principe entre exigence et faux-semblants. Contribution à une réflexion permanente*, dir. Olivier Pluen et Valérie Doumeng, éd. Institut de Varenne, coll. Colloques et essais, 2018, p. 153

**L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours*, in *Esclavage et servitudes aux Antilles. L'héritage antique et médiéval (XVII^e-XX^e siècle)*, dir. Jean-Gabriel Montauban et Dominique A. Mignot, éd. L'Harmattan, 2015, p. 341

*« *Ton corps nous appartient* » : *réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 61

**La liberté d'expression, de conscience et de religion*, in *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 133

**Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent*, in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière* dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman éd. Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2014, p. 55

**De l'hospitalisation sans consentement à l'admission en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? (loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011)* RGDM, n° 43, juin 2012, p. 375

**Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé*, RRJ 2009-1. Dossier : La contractualisation de la rupture des couples en France et au Québec, p. 121-133

**L'accès du majeur juridiquement protégé à la vie de couple*, in *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, dir. Claire Neirinck, PUAM, 2008, p. 59

**L'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française*, in *L'état civil dans tous ses états*, dir. Claire Neirinck, LGDJ coll. Droit et société, n° 47, 2008, p. 133

**L'état civil des populations marginales de la Guyane française*, in *Du code noir au code civil. Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe. Perspectives comparées avec la Martinique, la Guyane et la République d'Haïti*, ouvr. Dir. Jean-François Niort, préface de Henri Bangou, éd. L'Harmattan, 2007, p. 281 et au Bulletin de la société d'histoire de la Guadeloupe, Deux cents ans d'application du Code civil à la Guadeloupe (1905-2005), n° 146-147, janvier-août 2007, p. 149

**Discrimination et droit de la famille*, in *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, dir. Marie Mercat-Bruns, préface de Antoine Lyon-Caen, éd. Dalloz, 2006, collection Thèmes et commentaires, p. 203

**Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-*

Unis in Parents de sang, parents adoptifs, dir. Agnès Fines et Claire Neirinck, LGDJ, Droit et société, n° 29, 2000, p. 147

-**Dumont Anne, Terra Jean-Louis**, *La contrainte physique pour répondre à la crise : règles, usages et réflexions*, Prat. santé ment. 2014/4, p. 11

-**Dupont Hugo**, *L'inclusion ou la fin de la discrimination pour les personnes handicapées : chimère ou réalité ?* Les cahiers de la LCD 2019/3 N° 11, p. 11

-**Dupont Marc**, *Que reste-t-il de la sectorisation psychiatrique ?* RDSS 2017 p.890

-**Duvert Cyril**, *Autorité parentale et circoncision rituelle*, D. 2001. 1585

E

-**Eloi Mélina, Martin Philippe**, *La personne au centre de la prise en charge en EHPAD : entre règles, pratiques et représentations*, RFAS 2017/1, p. 21

-**Etiennay 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,

-**Eudier Frédérique**, *Exercice conjoint de l'autorité parentale*, RJPF n° 1/2008, p. 25

-**Eudier Frédérique, Gouttenoire Adeline**, *La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme « impressionniste »* JCP G 2016, n° 16, doctr. 479,

-**Ey Henri**, *Anthropologie du « malade mental »*, Esprit, 1952, 2, Misère de la psychiatrie, p. 891

F

-**Falissard Bruno**, *Les médicaments de la folie*, Esprit, 2015/3, p. 72

-**Farkas Marianne**, *L'émergence du rétablissement aux États-Unis : du combat avec la maladie au « bien vivre »* Vie sociale 2018/3-4 (n° 23-24), p. 53

-**Feingold Josué**, *La génétique médicale est-elle eugénique ?* in *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, PUAM, 1996, p. 237

-**Feys Jean-Louis**, *Le retour de l'approche dimensionnelle des classifications en psychiatrie. Rappels historiques et problématiques contemporaines*, L'inf. psychia. 2021/3 Vol. 97, p. 231

-**Finzen Asmus**, *L'euthanasie à l'hôpital de Wunstorf. Documents sur l'assassinat des malades mentaux durant les années 1940-1941 à l'époque du 3^e Reich*, L'inf. psychia, janvier 1982, n° 1, p. 73

-**Firdion Jean-Marie**, *Exclusion-inclusion : la société en morceaux*, VST 2012/1 n° 113, p. 90

-**Fulchiron Hugues**

**L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection*, Dr. Fam 2017 n° 3, dossier 19

**L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique*, Dr. Fam 2017, n° 3, dossier 17.

**Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant*, Gaz. Pal. 2009, n° 342, p. 15

**Vers un droit vraiment « européen » de la famille ? A propos de la construction d'un jus commune familiaris dans le cadre de l'union européenne*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 245

G

- Ganancia Daniele**, *Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles*, AJ Fam. 2013 p. 264
- Gebler Laurent**, *Délaissement, désintérêt, abandon : tempête dans un verre d'eau (art. 40)*, AJ Fam. 2016, p.199
- Gérard Antoine**, *La résidence services seniors, quel rôle dans la gestion du vieillissement ?* RFAS 2016/4, p. 267
- Girard-Gaymard Tristan**
 - *« Enfants youtubers » : évolution normative, D. 2020 p.2392
 - *Les influenceurs et le droit, D. 2020. 92
- Girault Carole**, *Bioéthique, La protection de la personne en son corps en droit pénal*, Dr. Fam. 2018, n° 6, p. 13
- Goudard Bénédicte**, *Le Syndrome d'aliénation parentale. Une forme moderne de l'inceste*, Le Journal des psychologues 2012/1 (n° 294), p. 20
- Gouttenoire Adeline**, *Favoriser l'adoption simple de certains enfants placés*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 513
- Gouttenoire Adeline, Gris Christophe, Martinez Mickaël, Maumont Bertrand et Murat Pierre**, *La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article*, Dr. Fam. 2009, no 11
- Grangeat Michel**, *Résidence alternée : État des lieux des pratiques et des recherches*, Dr Fam 2019, n° 7-8, dossier 27 ;
- Grimaud Lin**, *Handicap : l'inclusion comme performance*, Empan, 2012/3 n° 87, p. 55 à 62

H

- Hamou Sarajoan**, *La Convention internationale des droits de l'enfant : bilan au terme de trente ans d'existence*, Dr. Fam 2019, n° 11, Etude 12
- Hauser Jean**, *Que faire de l'adoption simple ?* in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 523
- Hazan Adeline**, *Rôle du contrôleur général des lieux de privation de liberté en France*, L'inf. psychia 2017/2 vol. 93, p. 89
- Hilt Patrice**,
 - *Droit de la filiation, D. 2020 p.677
 - *Et le père ? D. 2020 p.2463
 - *Les enfants artistes de moins de seize ans : un emploi sous haute surveillance, AJ Fam., 2006, p. 136
- Houari Fadela, Arene Caroline, Sery Marine, David Christophe**, *Mineurs, contrats et environnement numérique*, Dr. Fam. 2021, n° 11, étude 20

I

- Ittah Florence**, *Le renforcement du contrôle judiciaire des soins psychiatriques non consentis*, RDSS 2021 p.877

J

- Jean Thierry**, *La folie est-elle une question idéologique ?* JFP 2003/2, n° 19, p. 4
- Jeuland Emmanuel**, *La nature juridique de la procédure des tutelles : pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection*, RTD Civ. 2018 p.271
- Jung Thomas**, *Entre don et care. La problématique des relations d'accompagnement*, Sociographe 2021/5 N° 76, p. Ia, spéc. Ic.
- Juston Marc**, *Le juge aux affaires familiales et l'espace de rencontre*, AJ Fam.,

2015, p. 518

K

-**Kermabon Nicolas**, *L'encadrement juridique de l'interruption de grossesse depuis la nouvelle loi de bioéthique*, Dr. Fam 2021, n° 10, dossier 26

-**Kessler Guillaume**

**La divulgation par les parents de la vie privée de leurs enfants sur les réseaux sociaux : quel encadrement pour la pratique du sharenting ?* AJ Fam 2021

**Les facteurs de développement de la résidence alternée en droit comparé*, Dr. Fam 2019, n° 7-8, dossier 29

**Les mérites de l'open adoption*, Dr. Fam 2019, n° 3, étude 4

-**Kimmel-Alcover Anne**, *Assistance éducative, mineur placé et droit de visite médiatisé : les paramètres redoutés d'une vie familiale dénaturée*, RDSS 2020 p.1165

-**Kloeditz Sandrine**

**Un autre regard sur les personnes en situation de vulnérabilité, La recherche de l'autonomie de la personne en situation de handicap, seul vecteur pour rendre la personne actrice de sa vie*, Forum 2021/1 n° 162, p. 70

**Un autre regard sur les personnes en situation de vulnérabilité, La recherche de l'autonomie de la personne en situation de handicap, seul vecteur pour rendre la personne actrice de sa vie*, Forum 2021/1 n° 162, p. 70

-**Kottler Christian**, *L'expérience de l'UMD Henri Colin*, JFP 2003/2, n° 19, p. 19, spéc. 20.

L

-**Lafore Robert**, *Pour une approche généalogique de l'« insertion », de l'« inclusion » et de la « société inclusive »* RDSS 2021 p.902

-**Lamarche Marie**, *L'éducation des enfants avec ou sans fessée ?* Dr. Fam., 2015, n° 4, alerte 29

-**Laroque Geneviève**, *Le libre choix du lieu de vie : une utopie nécessaire*, Gérontol. soc. 2009/4 vol. 32, n° 131, p. 45

-**Le Bihan P., Esfandi D., Pagès C., Thébault S., Naudet J.B.**, *Les unités de soins psychiatriques (USIP) : expériences françaises et internationales*, Médecine et droit, sept-déc. 2009, p. 138

-**Le Guillant Louis, Bonnafé Lucien**, *La condition du malade à l'hôpital psychiatrique*, Esprit 1952, 2, p. 843

-**Lehnisch Bruno, Siffrein-Blanc Caroline**, *Résidence alternée et intérêt de l'enfant : regards croisés des magistrats*, AJ Fam 2021 p.403

-**Libchaber Rémy**, *Circoncision, pluralisme et droits de l'homme*, D. 2012. 2044

-**Losson Jean-Pierre, Parrate Jean**, *La désinstitutionnalisation au Québec*, L'inf. psychia. 1988, n° 10, p. 1289

-**Lucas Katia**, *L'initiative de l'hospitalisation d'office : un pouvoir partagé au service d'un contrôle sanitaire et social renforcé*, RDSS 2010, p. 1077, spéc. 1078

-**Luong Cécile, Humphreys Derek**, *Soigner la psychose. Le cadre de soin extrahospitalier : un objet à utiliser*, L'évol° psychia, vol. 75, issue 3, juill-sept 2010, p. 485

M

-**Mallevaey Blandine**, *Regards sur 30 ans d'application de l'article 12 de la Convention de New York sur la participation de l'enfant*, RTD Civ. 2020, p. 291

- Marchadier Fabien, Marguénaud Jean-Pierre**, *La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 40
- Marchais Pierre**, *Des interrelations socio-psychiatriques*, *Ann. médico-psychol.*, déc. 1996, n° 10, p. 627
- Marciano Vincent, Kieffer Anne-Sophie, Champsaur Carole, Baldo Élisabeth**, *Contenance et contentions aux urgences : considérations pratiques et éthiques*, *Prat. santé ment.* 2014/4, p. 25
- Maria Ingrid**
 **Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feue l'incapacité juridique ?* *Dr. Fam* 2018, n° 11, comm. 266
 **L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique*, *Dr. Fam* 2016, n° 11, comm. 238
 **Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 735
- Marques Ana, Saetta Sébastien et Tartour Tonya**, *Des murailles de papier. La contrainte aux soins en ambulatoire*, *RFAS* 2016/2, p. 57
- Masson Charles**, *L'ordre public familial en péril ?* *RTD Civ.* 2018 p.809
- Matsopoulou Haritini**, *L'interdiction des châtiments corporels envers les enfants*, *JCP G*, 2015, n° 12, 338
- Mauger-Vielpeau Laurence**
 **Soins psychiatriques sans consentement, contention et isolement : le décret d'application et la circulaire de présentation*, *Dr. Fam* 2021, n° 7-8, comm. 115
 **Soins psychiatriques sans consentement : une nouvelle loi déjà controversée sur la contention et l'isolement*, *Dr. Fam* 2021, n° 3, comm. 45.
 **La protection de la personne du majeur protégé mal ordonnée*, *Dr. Fam* 2020, n° 7-8, comm. 107
- Mistretta Patrick**, *Actes médicaux et droits de l'enfant : réflexions sur l'autonomie du mineur*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 105
- Monéger Françoise**, *Brèves remarques sur la portée de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées*, *RDSS* 2020 p.73
- Monnier Alain et Touroude Roselyne**, *Isolement et contention : des pratiques qui doivent être réinterrogées. Le point de vue de l'UNAFAM*, *L'inf. psychia* 2017/7, vol. 93, p. 575
- Montourcy Valéry**, *Le regard de l'avocat*, *AJ Fam* 2020 p.508
- Morin Paul**, *De quelques théories et pratiques en santé mentale communautaire. Les psychoses réfractaires : modèles de traitement québécois et canadiens*, *Revue santé mentale au Québec*, vol. 30, 2005, n° 1, p. 115
- Morvillers Jean-Manuel**, *Le care, le caring, le cure et le soignant* *Recherche en soins infirmiers* 2015/3 N° 122, p. 77
- N**
- Nefussy-Venta Nathalie**, « *Convictions religieuses et ruptures familiales* », *AJ Fam.* 2011. 39
- Neirinck Claire**
 **L'ambiguïté des visites médiatisées*, *Dr. Fam.* 2012, n° 11, étude 18
 **Les services sociaux face à la médiatisation du droit de visite*, *RDSS* 2009. 941
 **L'enfant, être vulnérable*, *RDSS* 2007, 5

*A propos de l'intérêt de l'enfant, in La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière, dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman éd. Dalloz, coll. thèmes et commentaires, 2014, p. 25 et suiv.

*Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, Delmas, 1994, n° 21, p. 17

-Niort Jean-François

*Le Code civil ou la réaction à l'œuvre en métropole et aux colonies, in Du Code noir au code civil, éd. L'Harmattan, 2007, p. 59

*Personne et discrimination, approche historique et théorique, in Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées, dir. Marie Mercat-Bruns, éd. Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 15

P

-Padis Marc-Olivier, Derrière la folie, les malaises ordinaires, Esprit 2015/3 Mars-avril, p. 14

-Paricard Sophie, Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques, in Consentement et santé éd., Dalloz, 2014, p. 104

-Pecqueur Émilie, Caron-Déglise Anne, Verheyde Thierry, Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ? D. 2016 p.958

-Pena Anabella, Internement psychiatrique et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2005, n° 11, p. 951

-Perron Roger, Attitudes et idées face aux déficiences mentales, in Les déficiences mentales, dir. René Zazzo, Librairie A. Colin, 1969, p. 41

-Peterka Nathalie, Focus sur le divorce de la personne protégée et les non-dits de la loi, AJ Fam. 2020 p.509

-Pewzner-Apeloig Evelyne, Droits de l'homme et naissance de la psychiatrie. Du droit naturel au traitement de l'insensé, Ann. médico. psychol, nov. 1994, n° 9, p. 610

-Piégay-Gros Nathalie, Une histoire racontée par un idiot. Idiotie et folie dans la littérature contemporaine, Esprit 2015/3 Mars-avril, p. 127

-Pierrot-Blondeau Julie, Conflit parental : de la nécessaire intervention du juge des enfants, AJ Fam 2020 p.462

-Potel Baranes Catherine, Intimité du corps. Espace intime. Secret de soi, Enfances & Psy 2008/2 (n° 39), p. 106 à 118

-Poumarède Jacques, De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution, Les Petites affiches, 9 mars 2012, n° 50, p. 13

-Pradel Jean, Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, D. 1971, chr. 111

Q

-Quintin Anne, Le logement et l'autonomie, Prat. santé ment. 2016/3 62e année, pages 41

R

-Raoul-Cormeil Gilles

*Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs, Dr. Fam 2021, n° 9, dossier 17

*Le régime des décisions médicales concernant les personnes majeures protégées, JCP G, 2020, 331

**Contrôle préventif du projet de mariage : de l'autorisation à l'opposition*, D. 2019 p.1865

**Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée*, Dr. Fam 2016, n° 10, dossier 35

-**Reverzy Jean-François**, *Plaidoyer pour une vieille révolution*, L'inf. psychia., 1979, n° 8, p. 865

-**Revêt Thierry**, *Le corps humain est-il une chose appropriée ?* RTD Civ. 2017, p.587

-**Reynaud François**, *Les personnes handicapées vieillissantes : évolutions récentes*, Gérontol. soc. 2019/2 vol. 41, n° 159, p. 21

-**Rihal Hervé**, *La notion d'établissement et de service social et médico-social, vingt ans après*, RDSS 2022 p.22

-**Richon Gaby**, *L'hôpital psychiatrique : un passé sans avenir*, Sociologie santé, juin 1994, n° 10, p. 73

-**Roche G.**, *De quelques difficultés soulevées par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 en ce qui concerne "les majeurs protégés"*, Gaz. Pal. 1979, 2, doct., 347

-**Roche Sophie**, *Splendeurs et misères de la psychiatrie*, Esprit 2015/3, p. 41,

-**Rogue Fanny**, *Les perspectives de la déclaration judiciaire de délaissement parental unilatérale*, D. 2019 p.1876

-**Roman Diane**, *Interruption volontaire de grossesse. L'avortement, un droit qui n'a toujours pas de nom*, Libres propos, JCP G, 2021, n° 10, 245

-**Rome Félix**, *Noli me tangere ? Jawohl !!!* D. 2012. 1665

-**Roque Julien**, « *La prémajorité* », Dr Fam 2009, Étude 20

-**Rousseaux Marion**, *Réflexions sur l'enfant influenceur à l'aune de la loi du 19 octobre 2020*, AJ Fam 2020 p.583.

-**Rubellin-Devichi Jacqueline**, *Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon*, RTD civ. 1991, 695

-**Rubellin-Devichi Jacqueline et Carbonnier Jean**, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP G 1994, I. 3739

-**Rumen Céline, Valente Pedro**, *La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ?* Journal français de psychiatrie, 2004/3, n° 23, p. 25

S

-**Salvage-Gerest Pascale**

* *Adoption : d'une proposition de loi mal préparée à une loi mal finie*, (loi n° 2022-219 du 21 février 2022), AJ Fam 2022 p.136

* *Le rapport Limon-Imbert sur l'adoption : un coup d'épée dans l'eau ?* AJ Fam 2020 p.350

* *Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence*, Dr. Fam. 2009, n° 3, étude 17

-**Sanchez Philippe**, *Handicap et capacités, Lecture de Frontiers of Justice de Martha Nussbaum*, Revue d'éthique et de théologie morale, Hors-série 2009, n° 256, p. 29

-**Schenique Laurie**, *La protection pénale de l'enfant victime du conflit familial*, AJ Fam. 2013 p. 287

-**Séguir Philippe**, *La dimension historique des droits et libertés fondamentaux*, in Libertés et droits fondamentaux, dir. Remy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 6

-**Simler Philippe, Hilt Patrice**, *Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage*, JCP G 2006, I, 161

T

- Tacnet Auzzino Danièle**, *La place du consentement de la personne âgée lors de l'entrée en EHPAD*, *Gérontol. soc.* 2009/4 vol. 32, n° 131, p. 99
- Terré François**, *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. Rémy Cabrillac, éd. Dalloz 2021, p. 2, spéc. n° 18, p. 5
- Théron Sophie**, *La prise en charge des patients en psychiatrie à l'épreuve de la crise de la Covid-19*, *RDSS* 2020 p.1155
- Thielland Jean-Pierre**, *Violence éducative : quelles conséquences sur le développement psychologique des enfants ?* *Le Journal des psychologues* 2018/1 n° 353, p. 73
- Thorez Delphine, Noël Jean-Luc, de Montgolfier Ségolène et Le Dastumer Bruno**, *Le libre choix du patient dément en institution*, *Gérontol. soc.* 2009/4 vol. 32 / n° 131, pages 131
- Tronto Joan C.**, *Du care*, *Revue du MAUSS* 2008/2 n° 32, p. 243

U

- Umberto Goût Édouard**, *Sommes-nous propriétaires de notre corps ?* *RTD Civ.* 2020 p.315

V

- Vanderstraeten Maxime**, *Définir, c'est exclure : le cas du handicap*, *RIEJ*, 2015/1 vol. 74, p. 91
- Vanel Joëlle**, *La vie affective et sexuelle, et le désir de parentalité chez des personnes ayant un handicap psychique*, *Champ social, Prat. santé ment.* 2017/4, p. 5
- Vanneste Damien, Routier Cédric, d'Arripe Agnès**, *Vivre en ehpad : l'épreuve de la limite, entre transitions spatiales et singularités sous contrainte*, *RFAS* 2016/4, p. 249
- 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
- Véron Paul**, *Les limites du contrôle du juge des libertés et de la détention sur les décisions d'admission en soins psychiatriques sans consentement*, *RDSS* 2018 p.125
- Véron Paul, Aïdan Géraldine, Chauvière Michel, Eleta de Filippis Roxana**, *L'autisme saisi par le droit*, *JCP G* 2021, n° 25, doct. 695
- Vialla François**, *Le droit au respect de la vie privée à l'épreuve de la relation de soin*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, éd. Lexis-nexis 2015, p. 133
- Vignon-Barrault Aline**, *La prise en charge des malades Alzheimer : entre protection et autonomie*, *RDSS* 2021 p. 486
- Von Cranach Hans**, *Euthanasie des malades mentaux pendant la seconde guerre mondiale en Allemagne*, *Ann. médico-psychol.*, 1985, n° 4, p. 352

W

- Wroblewski Jerzy**, *Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit. Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4, p. 848 spéc. 860 et 861
- Wyngaerden François, Allart Muriel**, *Le rétablissement, nouveau paradigme ?* *La Revue Nouvelle* 2021/6 (N° 6), p. 44

Z

-**Zielinski Agata**, *L'éthique du care. Une nouvelle façon de prendre soin*, Études 2010/12 Tome 413, p. 631

-**Zysman Hugues**, *Destruction de la psychiatrie, disparition du citoyen ?* JFP 2003/2, n° 19, p. 24

IV- Rapports, avis et dossiers d'information

A

Académie nationale de médecine

Faciliter l'adoption nationale, Académie nationale de médecine, Rapport 22 février 2011, <https://www.academie-medecine.fr>

Agence Nationale d'Appui à la Performance des établissements de santé et médico-sociaux (ANAP)

Rapport d'analyse des retours d'expériences de la crise Covid-19 dans le secteur de la santé mentale et la psychiatrie, Ministère des Solidarités et de la Santé, ANAP, 9 oct. 2020 <https://solidarites-sante.gouv.fr>

C

Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE)

-*L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, CCNE, Avis du 7 juillet 2021 (n° 136) https://www.ccne-ethique.fr/fr/type_publication/avis, p. 29.

-*Enjeux éthiques du vieillissement*, CCNE, avis n° 128, 16 mai 2018, www.ccne-ethique.fr

-*Rapport sur le débat public concernant la fin de vie*, 21 oct. 2014, CCNE, <https://www.ccne-ethique.fr/.../rapport>

-*Fin de vie, autonomie des personnes, volonté de mourir*, CCNE avis n° 121, 1er juill. 2013, p. 31, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications>

-*La contraception chez les personnes handicapées mentales*, rapport, Conseil Consultatif National d'Éthique (CCNE), in *Les cahiers du Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, n° 8, juillet 1996

Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe

Guide sur le processus décisionnel relatif aux traitements médicaux dans les situations de fin de vie, mai 2014, Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe, <https://edoc.coe.int/fr/bioethique>

Comité national de pilotage de la psychiatrie

Psychiatrie : vers la réduction des soins sans consentement, de l'isolement et de la contention, Comité national de pilotage de la psychiatrie, publié le 6 juin 2018, <https://solidarites-sante.gouv.fr>

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)

Avis sur la lutte contre la haine en ligne, CNCDH, Avis A-2021-9, 8 juillet 2021, <https://www.cncdh.fr/.../avis>

Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL)

-*Soins sans consentement et droits fondamentaux*, CGLPL, Rapport du 17 juin 2020, éd. Dalloz 2020

-*Les droits fondamentaux des mineurs en établissement de santé mentale*,

CGLPL, 2017, Rapport 2017, éd. Dalloz, 2017

-Isolement et contention dans les établissements de santé mentale, CGLPL, Rapport 2016, éd. Dalloz, 2016

D

Défenseur des droits

-Droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD, Défenseur des droits, rapport rendu public le 4 mai 2021, <https://defenseurdesdroits.fr/fr/rapports>

-Enfance et violence : la part des institutions publiques, Jacques Toubon (Défenseur des droits), Geneviève Avenard (Défenseure des enfants), Rapport 18 nov. 2019, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports>

-Protection juridique des majeurs vulnérables, Défenseur des droits, Rapport sept. 2016, p. 6, <https://www.defenseurdesdroits.fr>

-Enfants et écrans : grandir dans le monde numérique, Défenseur des droits Rapport 2012 <https://www.defenseurdesdroits.fr>

F

Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie

Feuille de route de la santé mentale et de la psychiatrie, publiée le 28 juin 2018, <https://solidarites-sante.gouv.fr>

G

Groupes de travail

-Concertation grand âge et autonomie, rapport Libault Dominique remis le 28 mars 2019, <https://solidarites-sante.gouv.fr>

-La Stratégie nationale de prévention et de protection de l'enfance 2020-2022 : Garantir à chaque enfant les mêmes chances et les mêmes droits, publiée le 14 octobre 2019/ <https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/>

-Les droits fondamentaux des majeurs protégés, Rapport d'information par la Commission des lois présenté par Caroline Abadie et Aurélien Pradié du 26 juin 2019, <https://www.vie-publique.fr/rapport>

-Vers une éthique de l'adoption. Donner une famille à un enfant, Rapport Monique Limon, Corinne Imbert, oct. 2019, www.adoptionefa.org/.../rapport_limon_imbert_2019.pdf

-L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables, Anne Caron Déglise, rapport de mission interministérielle remis le 21 sept. 2018, spéc. p. 43 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_pjm_dacs_rapp.pdf

-Comité National pour la Bienveillance et les Droits des personnes âgées et des personnes handicapées, Anne Caron-Déglise, Karine Lefeuvre, Julien Kounowski et Benoît Eyraud, Rapport des travaux de la sous-commission « Droit et éthique de la protection des personnes » remis le 4 mars 2015, p. 36, <https://www.ehesp.fr>

-Protection de l'enfance et adoption : 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui, Groupe de travail février 2014, Adeline Gouttenoire (prés.), Isabelle Corpart (rapp.), p. 68, www.ladocumentationfrancaise.fr

-Comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés, Groupe de travail sur la coparentalité, Rapport janvier 2014, www.justice.gouv.fr/publication/rap-coparentalite

- De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Jean-Pierre Rosenczveig (pdt), Rapport remis le 29 janv. 2014, Ministère de la Famille, 2014, <https://www.vie-publique.fr/rapport>
- Médiation familiale et contrats de parentalité*, Marc Juston (prés) et Stéphanie Gargoullaud (rapp.), Rapport 2014, <https://www.vie-publique.fr/rapport>
- Commission de réflexion sur la fin de vie en France, Penser solidairement la fin de vie*, Rapport Didier Sicard, 18 déc. 2012, p. 47, <https://www.vie-publique.fr/rapport>
- La psychiatrie ouverte. Une dynamique nouvelle en santé mentale*, Gérard Massé, Rapport au ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, éd. ENSP, 1993
- Contre l'hypersexualisation, un nouveau combat pour l'égalité*, Chantal Jouanno rapport parlementaire, 5 mars 2012, synthèse, <https://solidarites-sante.gouv.fr/.../rapport>
- Hypersexualisation de l'espace public : comment protéger les enfants ? Perspectives internationales*, Marie-Pierre Hamel et Marie-Cécile Naves Centre d'analyse stratégique, note d'analyse, mars 2012, no 267, p. 1 et 4, archives.strategie.gouv.fr

H

Haute Autorité de Santé (HAS)

Dangerosité psychiatrique : étude et évaluation des facteurs de risque de violence hétéro-agressive chez les personnes ayant des troubles schizophréniques ou des troubles de l'humeur, HAS, Recommandation de la commission d'audition, mars 2011, <https://www.has-sante.fr>

Haut conseil de la famille (HCF)

Les ruptures familiales. Etat des lieux et proposition, HCF, Rapport du 10 avr. 2014, www.hcfea.fr

I

Institut National de la santé et de la recherche médicale (INSERM) et Centre d'épidémiologie sur les causes médicales de décès (CépiDc)

-*Déficiences intellectuelles, expertise collective, synthèse et recommandations*, INSERM, éd. Inserm, 2016, p. 18, <https://www.inserm.fr>

-*Autisme, dossiers information*, INSERM, <https://www.inserm.fr>

-*Troubles névrotiques, de la personnalité et autres non psychotiques (300-316)*, INSERM CépiDc <https://cepidec.inserm.fr>

-*Etats psychotiques organiques (290-294)* INSERM CépiDc, <https://cepidec.inserm.fr>

Institut de recherche et documentation en économie de la santé (IRDES)

Les soins sans consentement en psychiatrie : bilan après quatre années de mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2011, par Coldefy Magali, Fernandes Sarah, avec la collaboration de Lapalus David, Questions d'économie de la santé, n° 222 - février 2017, IRDES, <https://www.irdes.fr>

M

Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes)

Les mineurs et le risque sectaire, Mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes), rapport 2009, <https://www.derives-sectes.gouv.fr/.../rapport>

O

Organisation des nations unies (ONU)

Les droits des personnes handicapées. Rapport de l'ONU. Visite en France du 3 au 13 octobre 2017, Catalina Devandas-Aguilar, Rapporteuse spéciale, <https://organisation.nexem.fr> ; <https://www.ohchr.org/FR>

Publications-Valérie DOUMENG

-Les théories de l'inclusion et les droits fondamentaux des personnes vulnérables (majeurs mentalement troublés et mineurs). Un nouvel horizon ? En cours de rédaction

-Suis-je mon propre maître à penser ? Déconstruction de l'ego et métamorphose du droit, in « Les maîtres à penser » dir. Franck Laffaille, Bulletin annuel de Villeteuse (BAV), éd. Mare et Martin, à paraître, 2022

-Argent et couple marié : droit et littérature romanesque in « L'argent » dir. Franck Laffaille, BAV, n° 3, éd. Mare et Martin, 2020, p. 89 à 119

-Discrimination et littérature romanesque des Antilles françaises, in « Littérature(s) et discrimination(s) » dir. Franck Laffaille, BAV, n° 2, éd. Mare et Martin, 2019, p. 63 à 86

-« En région », zooms des arrêts de la Cour d'appel de Basse-Terre, JCP G.

*Solidarité familiale : proche aidant et enrichissement injustifié, *CA de Basse-Terre, 1^{er} ch., 6 mai 2019, JCP G 2019, n° 46, 2033*

*Délégation de l'autorité parentale : nécessités pratiques et approximations juridiques, *CA de Basse-Terre, 2^e ch., 22 juillet 2014, JCP G 2014, 2033*

*Antennes relais, cyclones, séismes et vue panoramique, *CA de Basse-Terre, 1^{er} ch., 21 mai 2013, JCP G 2013, 2083*

*Notions cadre et conséquences du divorce, *CA de Basse-Terre, 2^e ch., 26 mars 2012, JCP G 2012, 651*

*La perte de chance de l'emprunteur, *CA de Basse-Terre, 1^{er} ch., 1^{er} février 2010, JCP G 2010, 1020*

-Démocratie et famille, in « Démocratie, un principe entre exigence et faux-semblants. Contribution à une réflexion permanente » dir. Olivier Pluen et Valérie Doumeng, éd. Institut de Varenne, 2018, p. 153-165

-La notion de délaissement et l'incidence de la loi du 14 mars 2016 sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale, *Journal du Droit des Jeunes. La revue de l'action juridique et sociale, n° 368, 369 et 370, nov.-déc. 2017, p. 37-45*

-L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés : quelles spécificités ? *Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif, 2016-2 (déc. 2016), p. 707-723*

-« Ton corps nous appartient » : réflexion sur les atteintes légales au corps de la personne inapte à exprimer sa volonté, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck, éd. Lexis-nexis 2015, p. 61-78*

-L'emprise sur autrui de 1804 à nos jours, in « Esclavage et servitudes aux Antilles. L'héritage antique et médiéval (XVII^e-XX^e siècle) » dir. Jean-Gabriel Montauban et Dominique A. Mignot, éd. L'Harmattan, 2015, p. 341-355

-Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la vulnérabilité mentale du parent, in « La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière », dir. Claire Neirinck et Maryline Bruggeman éd. Dalloz, *Thèmes et commentaires, 2014, p. 55-67*

-La liberté d'expression, de pensée, de conscience et de religion, in « La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière » *op. cit.*, p. 133-144-**De l'hospitalisation sans consentement à l'admission**

en soins psychiatriques... La fin de la contrainte ? Revue Générale de Droit Médical, n° 43, juin 2012, p. 375-396

-Contractualisation de la rupture de l'union du majeur protégé, Revue de Recherche Juridique, Droit prospectif, 2009-1. Dossier : La contractualisation de la rupture des couples en France et au Québec, p. 121-133

-L'accès du majeur juridiquement protégé à la vie de couple, in « Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité », dir. Claire Neirinck, PUAM, 2008, p. 59-84

-L'acte de naissance des populations marginales de la Guyane française, in « L'état civil dans tous ses états », dir. Claire Neirinck, LGDJ, Droit et société, n° 47, 2008, p. 133-147

-L'état civil des populations marginales de la Guyane française, in « Du code noir au code civil. Jalons pour l'histoire du Droit en Guadeloupe. Perspectives comparées avec la Martinique, la Guyane et la République d'Haïti », dir. Jean-François Niort, préface de Henri Bangou, éd. L'Harmattan, 2007, p. 281-298 et au Bulletin de la société d'histoire de la Guadeloupe, « Deux cents ans d'application du Code civil à la Guadeloupe (1905-2005) », n° 146-147, janvier-août 2007, p. 149-165

-Discrimination et actes thérapeutiques sans le consentement du patient adulte, in « Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées », dir. Marie Mercat-Bruno, préface de Antoine Lyon-Caen, éd. Dalloz, 2006, Thèmes et commentaires, p. 173-199

-Discrimination et droit de la famille, in « Personne et discrimination », *op. cit.*, p. 203-223

-Détermination de l'incapacité et discrimination : un regard comparé, article en collaboration avec Marie Mercat-Bruno, in « Personne et discrimination », *op. cit.*, p. 89-136

-Etude comparative de l'adoption française et de l'adoption ouverte aux Etats-Unis in « Parents de sang, parents adoptifs », dir. Agnès Fines et Claire Neirinck, LGDJ, Droit et société, n° 29, 2000, p. 147-167

-La responsabilité du banquier à l'égard du crédit, note sous *Cour de cassation, chambre commerciale, 24 mars 1998, Banque du bâtiment et des travaux publics c/ Société Corse de plomberie*, Petites affiches, 26 avril 1999, p. 13

-Procédure de divorce : approche sexuée des divorçants, article collectif, in « A chacun sa famille : approche pluridisciplinaire », Tome 2, dir. Agnès Fine, Colette Laterasse, Yves Prêteur, Ed° Universitaires du Sud, 1998, p. 77

-Les pourparlers, article en collaboration avec Sophie Coq, Gazette des Tribunaux du Midi, journal d'informations juridiques, 4 juillet 1992, p. 1

-La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, prix « Araxie Torossian » de l'Académie des Sciences morales et politiques, préface de Claire Neirinck, PUAM, 2002

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABREVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
Première partie- <i>Droits fondamentaux relatifs à la liberté, à l'intégrité et à l'intimité corporelles de la personne vulnérable</i>	31
Titre I- Le libre mouvement du corps dans l'espace : la liberté d'aller et venir de la personne vulnérable	33
Chapitre I- Annihilation de la liberté d'aller et venir : les soins psychiatriques « dans les murs »	35
Section I- Le lent reflux des soins contraints « dans les murs »	35
§I- <i>De l'enfermement dans les cachots aux soins psychiatriques</i>	35
§II- <i>Sous les soins psychiatriques... la contrainte</i>	37
A- La survie de l'hospitalisation contrainte	37
B- Les perspectives d'évolution	39
Section II- Les « garde-fous » des soins psychiatriques	41
§I- Les « garde-fous » de l'admission en soins psychiatriques	41
A- Les « garde-fous » dans les mécanismes de contrainte	41
B- La justification de la contrainte : le trouble mental	43
§II- Les « garde-fous » de la prolongation des soins psychiatriques .	44
A- L'expertise périodique de l'état mental	45
B- Les contrôles judiciaires a posteriori	45
Chapitre II- Les entraves à la liberté d'aller et venir	51
Section I- Les entraves à la liberté d'aller et venir du majeur vulnérable	51
§I- Les entraves à la liberté d'aller et venir dans un établissement social ou médico-social	51
A- Lieu de vie ghettoisée et entrave à la liberté d'aller et venir	51
B- Le consentement à l'entrée dans un établissement et à l'entrave consécutive	54
1°- Principe : le libre choix du lieu de vie	54
a- Les dispositions générales	54
b- Les dispositions spécifiques relatives au majeur protégé	55

2°- <i>Les atteintes au libre choix : l'assistance ou la représentation dans le choix du lieu de vie</i>	56
§II- <i>Les entraves à la liberté d'aller et venir du majeur objet de soins psychiatriques « hors les murs »</i>	58
A- <i>Une contrainte diversifiée, individualisée et proportionnelle</i>	58
B- <i>Une nécessaire adaptation de la notion de contrainte</i>	60
Section II- <i>Les entraves à la liberté d'aller et venir du mineur en cas de séparation parentale</i>	61
§I- <i>Lieu de vie du mineur et séparation parentale</i>	62
A- <i>Détermination du lieu de résidence et d'hébergement du mineur en cas de séparation des parents</i>	62
1°- <i>Détermination par les parents</i>	62
2°- <i>Détermination par le juge</i>	63
B- <i>Le lien entre résidence et exercice de l'autorité parentale</i>	64
§II- <i>L'éloignement géographique de l'enfant du lieu de vie de l'un de ses parents</i>	66
Titre II- <i>Intégrité et intimité corporelles des personnes vulnérables : les actes médicaux et thérapeutiques</i>	69
Chapitre I- <i>Les actes médicaux et thérapeutiques de droit commun pratiqués sur le corps du majeur vulnérable</i>	71
Section I- <i>Expression d'une volonté personnelle ou représentée</i>	72
§I- <i>Le rôle des tiers en présence de l'expression préalable d'une volonté</i>	72
A- <i>Volonté personnelle exprimée par le biais de directives anticipées</i>	73
B- <i>Volonté représentée exprimée par la personne de confiance, la famille et les proches</i>	74
§II- <i>La volonté du majeur protégé ou de son protecteur ?</i>	76
A- <i>Le majeur assisté en matière personnelle</i>	76
B- <i>Le majeur représenté en matière personnelle</i>	77
Section II- <i>Décision substituée sans référence à la volonté du représenté</i>	79
§I- <i>Substitution de volonté indépendamment de la capacité juridique du patient</i>	80
§II- <i>Régimes légaux de protection et substitution de volonté</i>	82
Chapitre II- <i>Les actes médicaux et thérapeutiques spécifiques pratiqués sur le corps de la personne vulnérable</i>	83
Section I- <i>Les actes médicaux et thérapeutiques consécutifs à une admission en soins psychiatriques</i>	83
§I- <i>Les actes thérapeutiques psychiatriques stricto sensu</i>	84

A-Actes thérapeutiques et contrainte	84
B-Contention chimique : administration et contrôle.....	86
§II- <i>La contention et l'isolement : mécanismes thérapeutiques ou sécuritaires ?</i>	89
Section II- Les atteintes non thérapeutiques au corps de la personne vulnérable	94
§I- <i>Les actes médicaux en lien avec la procréation</i>	94
A-L'interruption de grossesse des femmes vulnérables.....	95
B-Stérilisation à visée contraceptive des majeurs vulnérables.....	97
§II- <i>Les atteintes religieuses ou rituelles au corps du mineur</i>	100
Deuxième partie- Droit fondamental à la vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable	103
Titre I- Vie privée sentimentale et familiale de la personne vulnérable : union et désunion	105
Chapitre I- Vie privée et union de la personne vulnérable	107
Section I- Les conditions préalables d'accès de la personne vulnérable à une union juridiquement organisée	107
§I- <i>Les conditions d'accès du majeur protégé à une union juridiquement organisée</i>	107
A- La libéralisation progressive des conditions d'accès préalables du majeur protégé à une union juridiquement organisée	108
B- La suppression des conditions préalables d'accès du majeur protégé à l'union juridiquement organisée	110
§II- <i>Les conditions d'accès des mineurs au mariage</i>	112
Section II- Le consentement du majeur vulnérable à l'union	114
§I- <i>Le consentement au concubinage simple ou assorti d'un pacte civil de solidarité</i>	114
A- Consentement et concubinage simple	114
B- Consentement et pacte civil de solidarité	115
§II- <i>Le consentement au mariage</i>	116
A- Absence ou vice du consentement et opposition	116
1°- <i>Audition par l'officier d'état civil antérieure au mariage et opposition</i>	116
2°- <i>Les oppositions au mariage émanant de l'entourage du majeur vulnérable et du ministère public</i>	117
B- Absence ou vice du consentement au moment du mariage et nullité	117
1°- <i>Absence de consentement conscient</i>	118
2°- <i>Consentement vicié</i>	119
Chapitre II- Vie privée et dissolution de l'union du majeur protégé	121

Section I- Le rôle du protecteur lors de la rupture de l'union	121
§I- Neutralisation du rôle du protecteur lors de la rupture du concubinage et du pacte civil de solidarité	121
§II- Rôle du protecteur dans la contractualisation de la rupture de l'union : le cas des modalités de l'exercice de l'autorité parentale	122
Section II- Les règles spécifiques relatives au divorce du majeur protégé	124
§I- Majeur protégé et liberté du choix du divorce	125
§II- Majeur protégé et libre exercice de l'action en divorce	127
A- L'action en divorce de la personne en tutelle ou en curatelle .	127
B- L'action en divorce des autres majeurs protégés	128
Titre II- Vie privée familiale de la personne vulnérable : les relations parent-enfant	131
Chapitre I- Limitation des droits fondamentaux du mineur soumis à l'autorité parentale	133
Section I- Les « libertés de l'esprit » de l'enfant face à l'autorité parentale	133
§I- Liberté d'expression et d'information du mineur face à l'autorité parentale	133
A- Limitation de la liberté d'expression et d'information du mineur par l'autorité parentale	134
B- Protection légale des enfants relative à la liberté d'expression et d'information en complément de l'autorité parentale	136
§II- Liberté de conscience et de religion du mineur face à l'autorité parentale	138
Section II- Les violences éducatives	140
§I- Les violences éducatives « ordinaires » des parents envers leurs enfants	140
§II- Les violences morales dérivant d'un contentieux parental en matière éducative	142
Chapitre II- Relations entre le parent mentalement troublé et son enfant	147
Section I- Vulnérabilité et atteintes au droit d'élever son enfant et d'être élevé par son parent	148
§I- Les atteintes temporaires	148
A- Les atteintes temporaires prononcées indépendamment de l'état mental du parent	150
B- Les atteintes temporaires exigeant volonté et lucidité du parent	152
§II- L'atteinte définitive : l'adoption	155

Section II- Les obstacles au maintien des relations de l'enfant avec son parent mentalement vulnérable	158
§I- <i>Les obstacles fondés sur la vulnérabilité mentale du parent</i>	158
§II- <i>Les obstacles en cas d'adoption</i>	161
CONCLUSION	165
BIBLIOGRAPHIE	177

