

Revue juridique Personnes & famille

Les personnes trans incarcérées : l'ordre pénitentiaire troublé ?

Maïté SAULIER

Chronique trimestrielle de droit des personnes protégées
Gilles RAOUL-CORMEIL

L'incidence du consentement du débiteur dans la détermination
des modalités d'exécution de la prestation compensatoire
par le juge Fanny HARTMAN

La Cour de cassation donne son feu vert à l'exequatur
des jugements étrangers de filiation des enfants issus
d'une GPA... à certaines conditions

Marie-Christine LE BOURSICOT

Prescription de l'action en réduction dans les successions
ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : enfin une solution !
Claire-Marie PÉGLION-ZIKA



**OFFRE
-10%***
avec le code
PRINT10

DOMAIN DROIT CIVIL

Des ouvrages de référence en droit civil



Le Lamy droit du contrat

Maîtrisez chacune des étapes du cycle de vie de vos contrats et sécurisez vos relations **contractuelles** grâce à une analyse détaillée et pratique du droit des contrats.



Le Lamy droit de la responsabilité

Fondements et domaine de la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, droit commun et régimes spéciaux, responsabilité professionnelle... **retrouvez des analyses concrètes et pratiques du droit de la responsabilité civile et de son actualité.**



Le Lamy droit des sûretés

Sûretés personnelles, sûretés réelles, cautionnement réel, priviléges généraux : **retrouvez toute l'information sur le droit des garanties**



Le Lamy droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités

Droit des régimes matrimoniaux, droit des successions, droit des libéralités... **retrouvez toutes les règles fondamentales du droit patrimonial de la famille pour une gestion patrimoniale optimisée**



Le Lamy droit des personnes et de la famille

Lois bioéthiques, accès aux origines personnelles, divorce, état civil... **suivez toutes les évolutions juridiques sur le droit des personnes, des couples et de l'enfant.**



En ligne ou en version papier, au bureau, en déplacement ou chez vous, vos contenus juridiques s'adaptent à vos besoins !

| Venez découvrir nos offres sur boutique.lamy-liaisons.fr

* 10% de remise à valoir sur une sélection d'articles de la boutique Lamy Liaisons avec le code promo PRINT10

Lamy Liaisons - SAS au capital de 14 500 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS PARIS



ACTUALITÉS

- **RJPF 296-1** Changement de prénom : l'usage prolongé constitue un intérêt légitime
Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2024, n^o 22-14.773, B+L 4
- **RJPF 296-2** Un tiers de divorces en moins en 15 ans
Min. just., Info rapide n^o 19, Un tiers de divorces en moins en 15 ans, 28 nov. 2024 4
- **RJPF 296-3** La Cour des comptes propose de favoriser la garde parentale
C. comptes, 12 déc. 2024, La politique d'accueil du jeune enfant 4
- **RJPF 296-4** Revalorisation du montant des opérations financières autorisées sur le compte du défunt
A. 3 déc. 2024, NOR : ECOT2432278A, JO 5 déc. 5
- **RJPF 296-5** Le Belize adhère à la Convention Protection des enfants de 1996
HCCF, actu., 12 déc. 2024 6

ANALYSE

- **RJPF 296-6** Les personnes trans incarcérées : l'ordre pénitentiaire troublé ?
Par Maité Saulier 7

LES PERSONNES

SÉLECTION DU MOIS

- **RJPF 296-7** Chronique trimestrielle de droit des personnes protégées
Par Gilles Raoul-Cormeil 13

NATIONALITÉ ET CONDITION DES ÉTRANGERS

- **RJPF 296-8** De la délicate appréciation de la condition de résidence habituelle en France au sens de l'article 21-13-2 du Code civil
Cass. 1^{re} civ., avis, 27 nov. 2024, n^o 24-70.006, B 22

DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE

- **RJPF 296-11** Diffamation publique : nouvelle illustration de l'assouplissement de l'appréciation de la bonne foi
Cass. crim., 10 déc. 2024, n^o 23-84.716, D 25

LE COUPLE

SÉLECTION DU MOIS

- **RJPF 296-14** L'incidence du consentement du débiteur dans la détermination des modalités d'exécution de la prestation compensatoire par le juge
Par Fanny Hartman
Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2024, n^o 22-19.154, B 28

LA RÉDACTION VOUS PRÉSENTE TOUS SES MEILLEURS VŒUX POUR 2025 !

REVUE JURIDIQUE

Personnes & Famille

Éditeur : Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen • Représentant légal : Guillaume Deroubaix • Associé unique : Karnov HoldCo France • Directeur de la publication : Guillaume Deroubaix • Directrice des rédactions : Sylvie Duras • Rédactrice en chef : Marion Desolneux • Dépôt légal : à parution • Prix au numéro : 44,27 € TTC • N°ISSN (version en ligne) : 2257-3291 • N°ISSN (version imprimée) : 1292-8097 • Périodicité : mensuel • N°CPPAP : 1028 T 78693 • Crédit photos : Getty Images • Imprimeur : Dupliprint, 2 rue Descartes, 95330 Domont • Origine du papier : Portugal • Taux de fibres recyclées : 0% • Certification : imprimé sur papier FSC • Eutrophisation : Ptot 0,08 kg/tonne • Pour contacter le service client : **(R) N°Cristal 09 69 39 58 58**
Appel non surtaxé
Courriel : contact@lamyliaisons.fr • Internet : www.liaisons-sociales.fr - www.lamy-liaisons.fr - www.lamyline.fr

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.



L'ENFANT

SÉLECTION DU MOIS

- **RJPF 296-15** La Cour de cassation donne son feu vert à l'équateur des jugements étrangers de filiation des enfants issus d'une GPA... à certaines conditions
Par Marie-Christine Le Boursicot
Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n^o 22-20.883, B ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n^o 23-50.001, D ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n^o 23-50.002, B ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n^o 23-50.017, D ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n^o 23-50.020, D et Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2024, n^o 23-50.016, B 32

L'ENFANT

FILIACTION

- **RJPF 2025-16** L'assistance médicale à la procréation post mortem survit au test de cohérence de la législation française
CE, 1^{re} et 4^{me} ch. réunies, 28 nov. 2024, n^o 497323 et 498345 38

LE GROUPE FAMILIAL

SÉLECTION DU MOIS

- **RJPF 296-17** Agression sexuelle par surprise : l'état de sidération vaut absence de consentement
Par Anastasia Corroux
Cass. crim., 11 sept. 2024, n^o 23-86.657, B 43

SUCCESSIONS ET LIBÉRALITÉS

- **RJPF 296-18** Prescription de l'action en réduction dans les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : enfin une solution !
Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2024, n^o 22-19.365, B 46

PÉNAL

- **RJPF 296-19** La conformité à la Constitution des limitations à la qualité à agir devant le juge pénal des associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes
Cons. const., 22 nov. 2024, n^o 2024-1113 QPC 49

DROITS ÉTRANGERS

CAMEROUN

- **RJPF 296-21** Le législateur camerounais doit-il remettre son ouvrage sur le métier ? À propos de l'interdiction de la GPA par la loi du 14 juillet 2022 ?
Par Alain KENMOGNE SIMO 51

TABLEAUX DE BORD

- **296-22** Les principaux taux et indices relatifs aux familles 58

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Aline Cheynet de Beaupré : Professeur à l'Université d'Orléans

Isabelle Corpert : Maître de conférences (HDR) émérite à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC

Julien Dubarry : Professeur à l'Université de la Sarre

Guillaume Drouot : Professeur à l'Université de Bordeaux

Thierry Garé : Professeur à l'Université Toulouse-Capitole

Marie-Christine Le Boursicot : Conseiller honoraire à la Cour de cassation

Hélène Poivey-Leclercq : Avocat au Barreau de Paris

Claire-Marie Péglion-Zika : Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Emmanuel Putman : Professeur à l'Université Aix-Marseille

Béatrice Weiss-Gout : Avocat au Barreau de Paris

Cette revue peut être référencée de la manière suivante :
RJPF 2025, n^o 296-12 (année, n^o de la revue - n^o du commentaire)

LAMY | KARNOV
GROUP
LIAISONS

LES PERSONNES

→ RJPF 296-1

Changement de prénom : l'usage prolongé constitue un intérêt légitime

Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2024, n° 22-14.773, B + L

Lorsqu'un justiciable saisit le juge aux affaires familiales afin de voir ordonner un changement de prénom, il doit justifier d'un intérêt légitime à ce changement. L'usage prolongé d'un prénom, autre que celui enregistré à l'état civil, constitue un intérêt légitime au sens de l'article 60 du Code civil.

En l'espèce, des parents ont saisi l'officier de l'état civil d'une demande de changement de prénom pour leur enfant. Cependant, il a estimé que la demande ne revêtait pas un intérêt légitime et a donc saisi le procureur de la République afin qu'il se prononce à son tour. Le procureur ayant également fait connaître son opposition à cette demande, la mère de l'enfant a saisi le juge aux affaires familiales pour voir ordonner le changement de prénom demandé.

La demanderesse fait grief à l'arrêt de ne pas avoir accédé à sa demande alors que selon elle, l'article 60 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dispose que l'autorité compétente qui refuse la modification d'un prénom doit démontrer que la demande est dépourvue d'un intérêt légitime ou apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant. Elle affirme qu'en l'espèce, le refus de changement de prénom n'avait pas été pris en établissant un quelconque défaut de légitimité de la demande parentale ou d'une éventuelle contrariété de cette demande à l'intérêt de l'enfant.

La Cour de cassation rappelle que l'article précité dispose qu'un intérêt légitime au changement de prénom doit être démontré. La charge de la preuve de cet intérêt légitime incombe donc aux demandeurs.

Néanmoins, la Haute juridiction affirme que l'intérêt légitime, au sens de l'article 60 du Code civil, peut être constitué notamment par l'usage prolongé d'un prénom autre que celui enregistré à l'état civil. Aussi, la cour d'appel qui après avoir constaté que l'enfant, âgé de trois ans, était appelé par un autre prénom que celui indiqué sur son état civil par ses proches, ne considérait pas qu'il s'agissait d'un usage prolongé a violé le texte susvisé.

N. A. ■

LE COUPLE

→ RJPF 296-2

Un tiers de divorces en moins en 15 ans

Min. just., Info rapide n° 19, Un tiers de divorces en moins en 15 ans, 28 nov. 2024

En 2005, 155 300 divorces ont été prononcés pour 106 200 en 2021. Après avoir connu une forte augmentation entre 1990 et 2005,

le nombre de divorces est en baisse. Sur 1 000 personnes mariées, 4,9 divorcent. Ainsi, moins de 1 % des personnes mariées ont divorcé au cours de l'année 2021.

Les cas de divorces. – Dans près de six cas sur dix, il s'agit d'un divorce contentieux prononcé par le juge aux affaires familiales. La baisse du nombre de divorces s'explique par la baisse du nombre de divorces par consentement mutuel, le nombre de divorces contentieux étant quant à lui stable (environ 60 000 divorces par an).

Le profil des divorcés. – Trois divorcés sur quatre avaient moins de 54 ans. Il est possible de relever que l'âge moyen des personnes divorcées progresse. Il s'établissait en effet à 43,9 ans en 2010 et s'établit désormais à 46,6 ans pour l'année 2021. Cette hausse peut être mise en relation l'augmentation de l'âge moyen des personnes au moment du mariage, qui est passé de 35,2 à 38,1 ans sur la même période.

Le nombre de mariages. – Une diminution du nombre de divorces est donc observée et est corrélative avec une baisse du nombre de mariages. Au 1^{er} janvier 2021, 21,7 millions de personnes étaient mariées, soit 32 % de la population française alors qu'en 2006, la part de personnes mariées représentait 39 % de la population.

N. A. ■

L'ENFANT

→ RJPF 296-3

La Cour des comptes propose de favoriser la garde parentale

C. comptes, 12 déc. 2024, La politique d'accueil du jeune enfant

La Cour des comptes s'est livrée à une évaluation de la politique d'accueil du jeune enfant, en répondant à trois questions : une offre adaptée est-elle disponible sur l'ensemble du territoire ? Cette offre est-elle financièrement accessible à toutes les familles dans le respect des contraintes financières des acteurs publics ? Permet-elle de remplir l'objectif de conciliation entre vie professionnelle et familiale des parents ? Avant même, de répondre à ces questions, la Cour s'est livrée à un état des lieux de la situation, dont son Premier président, Pierre Moscovici, a dévoilé la substance lors d'une conférence de presse, le 12 décembre.

16,1 Mds€ de financements publics en 2022. – Il existe une « très grande variété » de modes d'accueil et de garde proposés aux parents, pas moins de 34, a indiqué Pierre Moscovici. Toutefois, en 2022, 52 % des places se trouvaient chez les assistantes maternelles, un chiffre en net recul par rapport à 2013 (60 %). Les crèches, au contraire, sont montées en puissance, offrant, en 2022, 38 % des places, contre 30 % en 2013. Deux autres modes de garde sont plus marginaux : la scolarisation avant les trois ans de l'enfant (5 % en 2022) et la garde à domicile (4 % à cette même date). Les financements publics représentent 90 % des dépenses liées à la garde d'enfant, soit 16,1 Mds€ en 2022, la part des familles étant inférieure à 8 % et celle des employeurs – via la réservation de places en crèches – à 3 %. Ces financements publics proviennent pour l'essentiel de la branche famille de la sécurité



sociale, devant les collectivités locales, et l'État (via des crédits d'impôt).

Une offre inégalement répartie. – « *L'offre est inégale entre les territoires en densité et qualité* », a constaté Pierre Moscovici. 60 % des moins de trois ans sont accueillis, en hausse par rapport à 2010 quand ce taux de couverture était de 50 %. Il est supérieur à la moyenne des pays de l'OCDE (40 %). 20 % des parents décident de garder eux-mêmes leur enfant, 20 % doivent donc faire de même en y étant contraints. En dépit de la diminution des naissances, le contexte est marqué par une diminution du nombre de professionnels de la petite enfance de 10 % en dix ans, qui risque de s'aggraver avec le départ à la retraite de la moitié des assistantes maternelles d'ici 2030, a prévenu Pierre Moscovici. La Cour appelle en conséquence à une action sans délai pour accroître l'attractivité du secteur.

Elle relève par ailleurs que le taux de couverture est plus élevé dans les communes où les familles ont un haut niveau de revenu. Il est, par exemple, de 78 % à Paris, contre 35 % en Seine-Saint-Denis. « *La progression de l'offre est essentiellement portée par le secteur marchand, qui développe notamment des "micro-crèches Paje", dans les territoires où la demande solvable des familles est plus élevée* », selon la Cour, qui appelle en conséquence à renforcer la part des financements publics modulés selon le taux de couverture et la richesse du territoire et à réduire d'autant la part financée à l'activité.

La question de l'accessibilité financière. – « *Le financement est de moins en moins soutenable pour les acteurs publics sans que l'offre soit accessible à toutes les familles* », a par ailleurs indiqué Pierre Moscovici. En effet, si l'accueil dans des crèches financées par la prestation de service unique (PSU) est financièrement plus accessible, c'est l'accueil chez les assistantes maternelles qui offre le plus de places, réparties sur l'ensemble du territoire. Dans ce contexte, la Cour estime qu'il convient de réévaluer le plafond de ressources pris en compte lors du calcul de la participation financière des familles dans les crèches financées par la PSU, pour que les familles les plus aisées y contribuent davantage.

Autre suggestion de la Cour, supprimer le crédit d'impôt famille d'ici 2028, puisqu'il a « *manqué sa cible* » : les places d'accueil qu'il a permis de créer ne l'ont pas été majoritairement dans des zones sous-dotées, a déploré Pierre Moscovici, qui propose d'affecter des moyens équivalents à ces dernières.

Marges d'efficience. – La Cour déplore que « *les modes d'accueil les moins coûteux pour les pouvoirs publics ne soient pas toujours privilégiés* » et invite donc au développement de places chez les assistantes maternelles plutôt que dans les crèches, où elles sont 50 % plus chères. « *Remplacer les assistantes maternelles qui partent en retraite par des places en crèches coûterait 1,7 Md€ de plus chaque année, contre 0,3 Md€ si on les remplace par des assistantes maternelles rémunérées 10 % de plus* », a détaillé Pierre Moscovici.

Dans ce contexte de pénurie de professionnels de la petite enfance et eu égard au coût de l'accueil, Pierre Moscovici a également estimé qu'il fallait « *favoriser la garde parentale* ». La Cour propose d'allonger d'un mois le congé maternité, ce qui coûterait 800 M€ bruts par an, mais permettrait de recourir à 35 000 places d'accueil en moins, soit une économie de 450 M€. Le coût net serait donc de 350 M€, a-t-il détaillé. La deuxième option est une meilleure indemnisation du coupé parental, aujourd'hui de 448 €

par mois. Le montant serait calculé en proportion du salaire antérieur et la durée maximale pourrait être réduite à quatre mois et demi pour le premier enfant et neuf mois pour le deuxième, contre un an actuellement dans les deux cas. Cela réduirait le besoin d'accueil de 70 000 places, pour un coût net de 360 M€, a-t-il plaidé. Des coûts à examiner, selon la Cour, au regard des 3 Mds€ que représenteraient la création de 200 000 places d'accueil supplémentaires d'ici 2030, conformément à l'objectif fixé par l'exécutif en 2023.

Une contribution des employeurs à négocier au niveau des entreprises ou des branches. – S'agissant, enfin, de la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, elle est globalement plutôt satisfaisante. Pierre Moscovici a toutefois déploré la rareté des accueils ouverts à des horaires atypiques pouvant répondre aux besoins de certains parents et a estimé que la contribution des employeurs devrait faire l'objet d'une négociation au niveau des entreprises ou des branches. Il a en outre regretté la « *réponse insuffisante* » apportée aux besoins des parents demandeurs d'emploi et suggéré de remplacer les crèches à vocation d'insertion professionnelle par un bonus réservé aux assistantes maternelles qui accueillent les enfants de ces derniers.

A. B. ■

LE GROUPE FAMILIAL

→ RJPF 296-4

Revalorisation du montant des opérations financières autorisées sur le compte du défunt

A. 3 déc. 2024, NOR : ECOT2432278A, JO 5 déc.

Les sommes pouvant être prélevées sur les comptes du défunt après son décès, pour le règlement des frais funéraires ou de certains actes conservatoires, passent de 5 000 à 5 910 euros. Il en va de même pour l'hypothèse dans laquelle un héritier peut clôturer seul les comptes du défunt, sans avoir à présenter un acte de notoriété. Ces montants ont été modifiés par un arrêté du 3 décembre 2024, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2025.

À l'occasion d'un décès et une fois la banque informée de celui-ci, les comptes du défunt sont bloqués et les débits et crédits ne sont alors plus possibles. Il existe cependant certaines exceptions, qui concernent notamment :

- le règlement des frais funéraires, dans la limite d'un certain montant (jusqu'alors 5 000 euros) et du solde créditeur du compte ;
- le règlement de tout ou partie des actes conservatoires, sur présentation des factures et sous réserve de justifier sa qualité d'héritier, dans la limite d'un certain montant et du solde créditeur du compte.

L'arrêté du 3 décembre 2024 modifie le montant visé par ces deux hypothèses, à l'article L. 312-1-4 du Code monétaire et

financier, antérieurement fixé à 5 000 euros, il est dorénavant fixé à 5 910 euros.

La même revalorisation s'applique dans l'hypothèse où un héritier peut obtenir seul, et sans présenter un acte de notoriété, le déblocage des comptes du défunt.

Parallèlement, une proposition de loi a été transmise au Sénat, après adoption par l'Assemblée nationale en deuxième lecture. Cette proposition envisage la création d'un article L. 312-1-4-1 à la suite de l'article L. 312-1-4 du Code monétaire et financier, visant à « *réduire et à encadrer les frais bancaires sur succession* ». Il est ainsi proposé, dans le cadre du règlement d'une succession, que les opérations portant les comptes du défunt, sous certaines exceptions, ne donnent pas lieu au prélèvement de frais par l'établissement teneur desdits comptes, dans trois hypothèses listées par la proposition de loi.

M. L. ■

LES DROITS ÉTRANGERS

→ RJPF 296-5

Le Belize adhère à la Convention Protection des enfants de 1996

HCCF, actu., 12 déc. 2024

Le 12 décembre 2024, le Belize a déposé son instrument d'adhésion à la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (Convention Protection des enfants de 1996). Elle y entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2025. Désormais la Convention compte 56 Parties contractantes.

M. D. ■



LE LAMY DROIT DU CONTRAT
ÉDITION SPÉCIALE 25 ANS
Maîtrisez l'ensemble des règles
gouvernant vos relations
contractuelles

La nouvelle édition 2024/2025
du Lamy droit du contrat intègre :

- Les dernières dispositions législatives et réglementaires sur la médiation, la restructuration et les difficultés financières des contractants,
- Les propositions de réforme, notamment la directive « Insolvency III » de la Commission européenne,
- Les évolutions jurisprudentielles sur les exigences rédactionnelles, les nullités en droit de la consommation, et l'élément d'extranéité des contrats.

Découvrez l'édition spéciale
25 ans du Lamy droit du contrat
sur boutique.lamy-liasons.fr



A.DOC-165x120_10-23_P299-[PBI] ©gatymages - VoletsStolmenva



Par Maïté SAULIER

Maîtresse de conférences,
à CY Cergy Paris Université,
membre du LEJEP

➔ RJPF 296-6

Les personnes trans incarcérées : l'ordre pénitentiaire troublé ?

- Accès aux soins • Détenzione • Droit pénitentiaire
- Incarcération • Personne transgenre

Le 11 juillet 2024, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) condamnaient, par six voix contre une, les autorités polonaises pour ne pas avoir permis à une femme trans incarcérée de poursuivre son traitement⁽¹⁾. À la suite d'un acte d'automutilation génitale réalisé par l'intéressée, un traitement hormonal avait été médicalement prescrit dans un précédent établissement pénitentiaire. À son arrivée dans un nouvel établissement, la poursuite du traitement a été refusée par le chef du service médical. Celui-ci justifiait sa position en arguant que l'administration d'hormones féminines à un homme en milieu carcéral, sans l'avis d'un endocrinologue, était « très risquée » et que la nécessité médicale du traitement devait être prouvée. Pendant plus de deux semaines, par crainte d'en manquer, cette personne ne prendra donc que la moitié de son traitement restant, avant d'en être définitivement privée pendant treize jours, malgré la production par son avocate de l'avis d'un expert endocrinologue. Ce n'est qu'après le prononcé de mesures provisoires par la Cour européenne⁽²⁾ qu'un traitement lui sera de nouveau fourni. Examinant l'affaire à l'aune de l'article 8 de la Convention⁽³⁾ – et non de l'article 3, ce qui aurait supposé que soit atteint un certain seuil de gravité –, les juges relèvent que les autorités n'ont pas « ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu, notamment la protection de la santé de la requérante et son intérêt à poursuivre l'hormonothérapie associée à la conversion sexuelle. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour garde à l'esprit la vulnérabilité particulière de la requérante en tant que personne transgenre détenue soumise à une procédure de conversion sexuelle, qui exigeait une protection renforcée de la part des autorités »⁽⁴⁾.

(1) CEDH, 11 juill. 2024, n° 31842/20, *W.W. c/ Pologne*, Dalloz actualité, 16 sept. 2024, obs. Lefebvre A.

(2) Conv. EDH, art. 39.

(3) CEDH, 11 juill. 2024, n° 31842/20, *W.W. c/ Pologne*, § 99. La requérante invoquait une violation des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention.

(4) CEDH, 11 juill. 2024, n° 31842/20, *W.W. c/ Pologne*, § 96.

L'affaire est emblématique de la détresse et des impasses médicales, administratives et juridiques que les personnes trans peuvent rencontrer en détention⁽⁵⁾. Par la condamnation prononcée, elle porte aussi l'espoir d'une amélioration de la prise en charge de ces personnes par l'administration pénitentiaire et invite à un examen du droit positif français sur ce sujet⁽⁶⁾. Comme bien souvent toutefois, et spécialement en matière de privation de liberté, l'analyse des textes n'est pas suffisante à faire état de la situation juridique des personnes concernées ; l'analyse des pratiques de l'Administration est également indispensable pour une compréhension globale de la situation. Nous avons donc recensé l'ensemble des requêtes et décisions de justice françaises et européennes rendues dans le cadre de l'incarcération d'une personne trans⁽⁷⁾. Ces dernières, bien qu'instructives, ne donnent qu'une vision partielle de la réalité du terrain puisqu'elles se cantonnent aux situations des personnes ayant effectivement exercé leurs droits devant la justice. Or, nombreuses sont les revendications qui n'atteignent pas les juridictions. Aussi, nous nous servirons également d'observations de terrain, rendues possibles par deux missions de recherches accomplies aux côtés du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) dans deux établissements pénitentiaires français : l'une en centre de détention pour hommes, l'autre au sein d'une maison d'arrêt pour femmes. Ces recherches empiriques révèlent, en dépit des progrès du droit pour mieux tenir compte de l'identité de genre et ainsi mieux garantir les droits fondamentaux des personnes incarcérées (I), une résistance des pratiques tant administratives que judiciaires (II).

(5) La notion de personne trans sera ici entendue largement, comme regroupant les personnes dont le genre ne correspond pas à celui qui leur a été assigné à la naissance. Le statut des personnes trans non opérées, non soumises à traitement ou dont le sexe à l'état civil n'a pas été modifié sera donc également envisagé.

(6) Pour une étude comparative, v. Amado A., Markarian Q. et Nederlandt O., *Le traitement des femmes et des personnes trans en prison : une approche comparée en droit belge, français et suisse*, RDPC 2024, n° 4 ; v. égal. Pénitot M., *Les personnes détenues transgenres : quelle prise en compte ?*, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 22 | 2024, p. 45, mis en ligne 11 oct. 2024 ; sur l'expérience belge, v. Vanliefde A. et Maras D., *Au-delà de la binarité des barreaux : les expériences et la prise en charge des personnes trans détenues en Belgique*, Déviance et Société, 2023/2, vol. 47, p. 283 et s.

(7) V. le tableau page 12.

I – LES PROGRÈS DU DROIT

À l'évidence, le droit pénitentiaire français progresse dans la prise en compte de l'identité de genre des personnes. Dès 2021, la notion intègre le droit pénitentiaire⁽⁸⁾. D'abord, au sein de la loi du 24 novembre 2009⁽⁹⁾ ; ensuite, au sein du titre préliminaire du Code pénitentiaire⁽¹⁰⁾ : l'identité de genre doit être prise en considération par l'Administration lorsque des restrictions sont apportées à l'exercice des droits des personnes détenues⁽¹¹⁾. Des progrès institutionnels sont encore à dénombrer, puisque depuis 2019, deux postes sont dédiés aux « publics spécifiques » au sein de la direction de l'administration pénitentiaire, les mineurs, les femmes et les personnes LGBTQI+ étant identifiées comme tels⁽¹²⁾. En outre, le 5 mars 2024, le ministère de la Justice a publié un « référentiel national de prise en charge des personnes LGBT+ placées sous main de justice » construit en trois parties et destiné à sensibiliser les professionnels de terrain : la première partie, plutôt terminologique, veille à « *clarifier les notions relatives à l'orientation sexuelle, à l'identité de genre et à l'intersexuation* » ; la deuxième « *décline une série de bonnes pratiques et de réponses professionnelles adaptées à la prise en charge des PPSMJ LGBT+ en milieu ouvert et fermé* » ; quant à la dernière, elle est consacrée à la « *lutte contre les actes LGBTphobes* ».

Les sources de ces avancées sont multiples. En premier lieu, ce sont les combats judiciaires menés par les personnes trans elles-mêmes, et les associations qui les accompagnent ou relayent leurs parcours⁽¹³⁾, qui conduisent à une plus grande visibilité des difficultés, allant jusqu'à provoquer certaines propositions de modifications des normes en vigueur⁽¹⁴⁾. Les travaux de certaines autorités nationales impulsent également des transformations. Les observations détaillées du CGLPL – qu'elles soient publiées dans des avis⁽¹⁵⁾, rapports d'enquête⁽¹⁶⁾ ou de visites – ont permis de dénoncer, dès 2010, les atteintes portées aux droits fondamentaux

des personnes trans en milieu carcéral⁽¹⁷⁾. De même, la Défenseure des droits a publié un guide à destination des personnes détenues en novembre 2024, comprenant une fiche dédiée à la transidentité⁽¹⁸⁾ et la Commission nationale consultative des droits de l'homme a également pu solliciter une modification des pratiques pour tenir compte du genre exprimé par la personne afin de décider de son affectation en établissement ou des modalités de ses fouilles, prévenir les violences ou encore garantir l'accès aux soins⁽¹⁹⁾. Enfin, il faut compter avec les incitations d'ordre international. Plusieurs textes prévoient le respect nécessaire de l'identité de genre en prison : les principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identités de genre, dit « *Principes de Jogjakarta* » de mars 2007⁽²⁰⁾ ou les règles minimales des Nations unies pour le traitement des détenus, dites « *Règles Nelson Mandela* », en constituent les meilleurs exemples. Récemment, c'est aussi le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) qui, dans son 33^e rapport général d'activités d'avril 2024, a dédié un chapitre de fond à l'établissement de normes de base en matière de traitement des personnes transgenres incarcérées.

À n'en pas douter, le droit pénitentiaire connaît un tournant important, favorisant une meilleure prise en charge des personnes trans incarcérées. À l'étude des pratiques, pourtant, des résistances sont toujours à observer.

II – LA RÉSISTANCE DES PRATIQUES

En pratique, la première difficulté existante est certainement celle de l'identification des personnes trans détenues et donc la détermination de leur nombre. Si classiquement, le chiffre d'une trentaine de personnes transgenres détenues dans les établissements français est avancé, ce chiffre, fondé sur la perception des chefs d'établissement, doit être lu avec prudence⁽²¹⁾ : nombreuses sont les personnes ne déclarant pas leur transidentité au moment de leur formalité d'écrou, par crainte ou pudeur ; nombreuses

(8) V. L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 26.

(9) L. n° 2009-1436, 24 nov. 2009, art. 22 anc.

(10) L'insertion de la notion d'identité de genre résulte d'un amendement : AN, CR, 3^e séance, 20 mai 2021, 281^e séance, amendement n° 110 déposé par M. Raphaël Gérard.

(11) C. pénit., art. L. 6.

(12) V. INSP, 18 sept. 2024, La question du genre dans les politiques publiques pénitentiaires, Conférence en présence de Louise Delette, référente nationale de la prise en charge des femmes, mineurs et LGBT+ au sein du ministère de la Justice.

(13) V. not. les contributions de l'Observatoire international des prisons (OIP), disponibles en ligne : Femmes trans en prison, ostracisées et discriminées, 14 déc. 2021 ; Ma seule option était d'adopter une identité de genre qui n'était pas la mienne, 17 déc. 2021 ; Une personne transgenre discriminée par l'administration pénitentiaire à la prison de Muret, 21 févr. 2023.

(14) V. par ex. AN, amendement n° 1056, 29 juin 2023 à la loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, s'inspirant directement des travaux d'Act-up et de ACCEPTESS-T.

(15) CGLPL, avis, 30 juin 2010, NOR : CPLX1019707V relatif à la prise en charge des personnes transsexuelles incarcérées, JO 25 juill. ; CGLPL, avis, 25 mai 2021, NOR : CPLX2120428V relatif à la prise en charge des personnes transgenres dans les lieux de privation de liberté, JO 25 juill.

(16) Voir not. les cinq rapports d'enquête réalisés, en vue de l'élaboration de l'avis du 25 mai 2021 ? précité, auprès des établissements suivants : Maison d'arrêt de Fleury-Mérogis ; Maison centrale de Saint-Martin-de-Ré ; Centre pénitentiaire de Caen ; Centre pénitentiaire de Toulouse-Seysses ; Commissariat central de Toulouse.

(17) Rappelons cependant que les deux avis précités du CGLPL portent sur toutes les formes de privation de liberté. Le traitement des personnes transgenres dans les centres de rétention administrative est tout aussi problématique. Sur ce sujet, v. par ex. le rapport de visite CGLPL du centre de rétention administrative de Metz, déc. 2022 ; v. égal. sur le refus d'une prolongation de rétention administrative d'une personne transgenre et le choix d'une assignation à résidence, CA Paris, 27 nov. 2023, n° 23/04955.

(18) Défenseur des droits, Faire respecter mes droits en prison, 2024, spéc. fiche n° 48, Mes conditions de détention ne sont pas adaptées à ma transidentité ; déf. Défenseur des droits, déc.-cadre, n° 2020-136, et sa recommandation n° 10.

(19) v. not. CNCDH, Rapp. Orientation sexuelle, identité de genre et intersexuation : de l'égalité à l'effectivité des droits, 2022, p. 408 et s.

(20) V. spéc. Principes de Jogjakarta, principe n° 9 : « *toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. L'orientation sexuelle et l'identité de genre font partie intégrante de la dignité de chaque personne* ».

(21) Cardi C., Henneguelle A., Jennequin A. et Rostaing C., La mixité genrée à l'épreuve de la prison. Recherche interdisciplinaire sur les interactions, espaces et temps mixtes en détention, IERDJ, juill. 2024, spéc. p. 215, citant une évaluation non publiée réalisée par la direction de l'administration pénitentiaire de 2019 sur « *la perception des établissements pénitentiaires de la transidentité et des personnes transgenres* » ; OIP, Femmes trans en prison, ostracisées, discriminées, 14 déc. 2021, préc. ; CGLPL, Rapport de vérifications sur place. La prise en charge des personnes transgenres, févr. 2021, Maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, spéc. p. 5.



aussi sont encore les confusions entre transidentité et orientation sexuelle, particulièrement en ce qui concerne les hommes trans ; nombreuses sont enfin les différences de parcours des personnes trans elles-mêmes qui peuvent avoir ou non changé d'état civil, être ou non opérés, etc.

En tout état de cause, le point commun de ces personnes réside dans les difficultés qu'elles sont susceptibles de rencontrer au cours de leur détention : violences, discriminations, problématique des fouilles par un agent de l'un ou l'autre genre, vulnérabilité psychique, accès aux activités, liberté vestimentaire⁽²²⁾... au point que la transidentité puisse être prise en compte par certains juges pour apprécier de façon particulière le préjudice moral en cas de demande de réparation d'une détention provisoire⁽²³⁾. L'étude des jurisprudences française et européenne⁽²⁴⁾ comme la recherche de terrain que nous avons pu mener⁽²⁵⁾, permettent cependant de constater que l'essentiel du contentieux existant s'articule autour de deux thématiques : d'une part, la question de l'affectation des personnes trans au sein des établissements pénitentiaires et/ou de certains quartiers d'établissements et leurs conséquences (A) ; d'autre part, les difficultés, voire l'impossibilité pour elles d'accéder aux soins⁽²⁶⁾ (B).

→ A – L'affectation en détention

L'institution carcérale, à la différence de bien d'autres institutions publiques, est organisée autour de la binarité des sexes et d'un principe jugé central de non-mixité⁽²⁷⁾. Les femmes et les hommes sont ainsi affectés dans des établissements distincts ou au sein de quartiers distincts dans un même établissement⁽²⁸⁾ et toute communication entre elles et eux doit être évitée, par principe. À cette règle, s'en ajoutent deux autres. La surveillance, d'une part, qui

procède d'une approche différenciée du principe de non-mixité selon que l'on se place du côté des femmes ou des hommes. Si les femmes ne peuvent être surveillées que par des femmes⁽²⁹⁾, les hommes peuvent, quant à eux, être surveillés par des hommes ou des femmes⁽³⁰⁾. Le régime des fouilles corporelles, d'autre part, est également spécifique puisque les personnes détenues ne peuvent être fouillées que par des agents de leur genre⁽³¹⁾.

L'application et l'interprétation de ces règles peuvent conduire à nier l'identité de genre des personnes trans. Une femme trans peut ainsi être incarcérée en quartier ou établissement pour hommes. À l'inverse, un homme trans peut être détenu en quartier ou établissement pour femmes. Cette distorsion entre le genre de la personne et l'établissement d'affectation a donné lieu, dès 1999, à une saisine des juges européens, dans laquelle une requérante invoquait son « *droit d'être placée dans une unité spéciale adaptée à sa condition, étant donné son phénotype clairement féminin* ». La Cour avait toutefois jugé l'affaire irrecevable pour non-épuisement des voies de recours interne⁽³²⁾. Plus récemment, devant le Conseil d'État⁽³³⁾, une femme trans dont l'état civil était modifié, incarcérée à l'isolement dans un centre de détention masculin, sollicitait son transfert au sein d'un établissement féminin, ce qui a été refusé, faute d'avoir prouvé la condition d'urgence imposée par l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative. Les juges ont pris soin de préciser que « *des mesures aux fins d'assurer une prise en charge de l'intéressée respectueuse de sa dignité et de son identité sexuelle* » avaient été prises, « *telles que la possibilité de s'habiller avec des vêtements féminins dans sa cellule et d'acheter des produits cosmétiques, l'absence de fouille par palpation, la possibilité d'aller en promenade sans croiser des détenus et la distribution des repas devant la porte de la cellule* ». C'est dire que « *les aménagements ponctuels et marginaux permettent aux yeux du juge d'effacer l'atteinte à la dignité portée par l'affection d'une personne contraire à son identité de genre* »⁽³⁴⁾.

De ces décisions ressortent plusieurs enseignements, confortés par nos observations de terrain :

D'une part, les critères retenus par l'administration pénitentiaire dans sa décision d'affectation d'une personne détenue trans

(22) Sur la liberté vestimentaire, CAA Nantes, 2 juill. 2015, n° 14NT01022 ; TA Poitiers, 31 août 2023, n° 2100430.

(23) CA Paris, 2 sept. 2024, n° 23/09149 dans lequel les juges décident qu'« *il y a lieu de retenir que pour une personne transgenre, placée à l'isolement dans le quartier pour hommes particulièrement vulnérables a nécessairement entraîné des conditions de détention difficiles* ».

(24) Une recherche systématique de jurisprudence a été réalisée avec les mots clés « transgenre » ; « transidentité » ; « transsexuel » (le terme étant encore parfois utilisé par certains magistrats), respectivement associés aux termes « prison » ; « détention » ; « incarcération » ; « pénitentiaire » ; « isolement » sur les bases de jurisprudence suivantes legifrance.fr ; justice.pappers.fr ; HUDOC ; Lamyline ; Lefebvre Dalloz Jurisprudence ; Lexis Nexis 360 ; Judilibre.

(25) Nous avons réalisé en 2024 deux missions d'observation au sein d'établissements pénitentiaires, auprès des membres du Contrôleur général des lieux de privation de liberté : l'une en centre de détention pour hommes, l'autre au sein d'un quartier maison d'arrêt pour femmes.

(26) Parmi les décisions publiées, une seule ne concerne pas directement l'une ou l'autre de ces thématiques : CA Caen, 9 août 2010, n° 10/0066, dans cette espèce, une femme trans incarcérée avait sollicité un changement de prénom et reçu une convocation du JAF pour une audience à cette fin. Tandis qu'une réquisition d'extraction avait été prévue par le Parquet, supposant donc la présence d'une escorte, la personne détenue sollicitait quant à elle une permission de sortir pour assister à l'audience civile, en compagnie de l'aumônier. Cette demande lui est refusée : « *Une extraction était organisée pour lui permettre d'assister à cette audience civile ; si l'on peut admettre les réticences du condamné à comparaître sous escorte de police, ce cadre permet, davantage que la simple présence d'un aumônier, d'assurer la sécurité de cette sortie du condamné dont la date de fin de peine est lointaine et qui n'a jamais encore bénéficié de permission de sortir* ».

(27) Cardi C., Henneguelle A., Jennequin A. et Rostaing C., La mixité genrée à l'épreuve de la prison, préc., spéc. p. 224. On soulignera encore une décision du Conseil d'État dans laquelle une femme trans contestait la décision d'une cheffe de centre pénitentiaire de la placer à l'isolement, dans un centre pénitentiaire pour hommes, le pourvoi du garde des Sceaux n'est toutefois pas admis par les juges : « *Pour demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque, le garde des Sceaux, ministre de la Justice soutient que le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens l'a, d'une part, entaché de dénaturation des pièces du dossier en estimant que l'identité "transgenre" du requérant avait été acceptée sans difficulté par les autres détenus et qu'il se prévalait de potentiels risques psychologiques à l'isolement, et, d'autre part, d'erreur de droit au regard des dispositions de l'article R. 213-8 du Code pénitentiaire en jugeant que le risque pour sa sécurité n'était pas établi* » (CE, 3 juin 2022, n° 463253) ; v. également TA Toulon, 22 mars 2023, n° 2300792.

(28) C. pénit., art. R. 211-1, al. 1^{er}.

– sexe anatomique, mention portée à l'état civil ou déclaration de la personne – semblent encore relativement aléatoires. À cet égard, le référentiel national élaboré en mars 2024 est, de prime abord, facteur d'amélioration et d'harmonisation. Il est prévu que « *la mention de sexe inscrite à l'état civil* » est « *le principe de référence pour décider de l'affectation en quartier femme ou en quartier homme* ». Cela invite donc à délaisser la prise en compte du sexe anatomique, qui peut et a pu avoir cours dans certains établissements⁽³⁵⁾, et à mettre en conformité le droit pénitentiaire avec le droit civil, et spécialement avec la loi du 18 novembre 2016⁽³⁶⁾ qui prévoit que « *le fait de ne pas avoir subi de traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit* » à une demande de changement de la mention relative au sexe à l'état civil (C. civ., art. 61-6). Le référentiel assortit toutefois ce principe d'un tempérament, puisque « *certaines situations exceptionnelles nécessitent d'étudier l'affectation d'une personne détenue dans un quartier différent du sexe inscrit à son état civil afin d'orienter une personne transgenre vers le quartier le plus adapté à sa situation* », en accord avec la personne concernée. Une place semble donc bel et bien faite à l'autodétermination de la personne et au recueil de sa volonté. Mais l'administration pénitentiaire conserve ici un pouvoir d'appréciation important pour ces situations dites dérogatoires, ce que confirme l'annexe II du référentiel « *Fiche pratique sur l'affectation des publics transgenres* » et la formulation des questions que l'Administration doit se poser au jour de l'arrivée d'une personne transgenre en détention⁽³⁷⁾. En tout état de cause, l'arbitraire ne doit pas avoir sa place dans l'appréciation des situations, variées, et la parole de la personne détenue devrait toujours être recueillie afin de sonder son meilleur intérêt.

D'autre part, le placement à l'isolement des personnes trans est fréquent, soit qu'elles le sollicitent, soit que l'administration pénitentiaire en décide ainsi à des fins de protection et de sécurité⁽³⁸⁾, notamment en cas de détention dans un établissement ou quartier d'établissement non conforme à l'identité de genre de la personne. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une mesure disciplinaire, ce régime de détention engendre de nombreuses conséquences sur le quotidien des personnes détenues : au plan architectural, les quartiers d'isolement sont souvent très éloignés de la détention ordinaire, et proches des quartiers disciplinaires ; les activités proposées à la personne détenue, toujours seule en cellule, sont parfois inexistantes, souvent très restreintes et toujours ou presque réalisées sans aucune interaction avec d'autres personnes incarcérées⁽³⁹⁾ ; les détenus accèdent aux promenades dans des cours

(35) V. not. CGLPL, Rapport de vérifications sur place, préc.

(36) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, JO 19 nov., art. 56.

(37) Cette annexe est un formulaire destiné à l'Administration comprenant plusieurs catégories « *Éléments juridiques* », « *Éléments à relever en lien avec la sécurité de la personne détenue ou des autres détenus de la structure de destination* », « *Éléments à relever en lien avec l'identité de genre de la personne détenue* » ; v. par ex., illustrant le pouvoir d'interprétation de l'Administration, la question suivante : « *L'apparence de la personne détenue peut-elle être considérée comme proche de son nouveau genre (l'apparence physique à proprement parler, mais aussi vestimentaire ou autre) ?* ».

(38) L'alinéa 1^{er} de l'article R. 213-18 du Code pénitentiaire prévoit en effet que la mise à l'isolement peut être « *prise d'office ou sur demande de la personne détenue* ».

(39) En théorie, une personne placée à l'isolement « *ne peut participer aux promenades et activités collectives auxquelles peuvent prétendre les*

dédiées et seuls. Le placement à l'isolement produit donc d'inévitables conséquences sur la santé psychique, ce qu'admet d'ailleurs le législateur en sollicitant le passage d'un médecin de l'unité sanitaire au moins deux fois par semaine auprès des détenus isolés⁽⁴⁰⁾. Certaines personnes trans n'ont pas hésité à contester ces placements prononcés contre leur gré⁽⁴¹⁾, et motivés le plus souvent par leur seule transidentité. La pratique, en raison de son caractère stigmatisant et attentatoire, doit être abandonnée selon les prescriptions du CGLPL. Sont tout aussi discriminantes les pratiques consistant à incarcérer les personnes trans dans des quartiers spécifiques⁽⁴²⁾, réservés aux personnes trans ou particulièrement vulnérables, ou exigeant que la personne trans soit « *double en cellule* » – soit placée avec un codétenu – mais uniquement avec une autre personne trans.

Enfin, ces difficultés se présentent, sinon toujours, du moins de façon très majoritaire⁽⁴³⁾ pour les femmes trans incarcérées au sein d'établissement pour hommes, et dans une mesure moindre, pour les hommes trans incarcérés au sein d'établissement pour femmes. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette différence. D'abord, les hommes trans ne sont pas toujours identifiés comme tels par l'Administration⁽⁴⁴⁾. Ensuite, la culture viriliste des établissements pénitentiaires masculins, véhiculant de forts stéréotypes de genre, conduit à des difficultés plus nombreuses, ou du moins plus visibles – stigmatisations, violences entre personnes détenues ou entre personnels et personne détenues, isolement – pour les femmes trans qui y sont incarcérées. En d'autres termes, être un homme parmi les femmes est moins difficile qu'être une femme parmi les hommes.

→ B – L'accès aux soins

L'accès aux soins concentre en outre une part majeure des difficultés pour les personnes trans détenues. Au sein des établissements, les réclamations les plus fréquentes portent sur l'impossibilité d'accéder à des traitements hormonaux, leur caractère tardif, des ruptures de prises en charge souvent débutées à l'extérieur, et plus rarement dans un autre établissement. Ces difficultés ne sont pas anodines. Elles produisent des conséquences dramatiques, et notamment une réapparition des attributs physiques du genre délaissé, et donc des conséquences psychiques graves. Le financement des traitements est également au cœur de

personnes détenues soumises au régime de détention ordinaire, sauf autorisation, pour une activité spécifique, donnée par le chef de l'établissement pénitentiaire. Toutefois, le chef de l'établissement pénitentiaire organise, dans toute la mesure du possible et en fonction de la personnalité de la personne détenue, des activités communes aux personnes détenues placées à l'isolement » (C. pénit., art. R. 213-18, al. 4 et al. 5). En pratique cependant, il est rare que des activités communes aux personnes isolées soient proposées, le profil pénal pouvant être avancé comme facteur justificatif de l'impossibilité de les réaliser.

(40) C. pénit., art. R. 213-19, al. 2.

(41) V. CE, 3 juin 2022, n° 463253, préc. Le placement à l'isolement contre le gré de la personne détenue peut faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, v. CE, 30 juill. 2003, n° 252712.

(42) La maison d'arrêt pour hommes de Fleury-Mérogis (Essonne) comporte un quartier spécifique : pour une approche détaillée, CGLPL, Rapp. de vérifications sur place, préc.

(43) L'ensemble des décisions de justice recensées concernent les femmes trans incarcérées en établissement masculin.

(44) V. en ce sens, Cardi C., Henneguelle A., Jennequin A. et Rostaing C., Rapp. préc., spéci. p. 215.



plusieurs revendications. C'est aussi, mais plus rarement, le manque d'accompagnement psychologique qui est avancé. L'ensemble de ces difficultés ressortent nettement de certaines décisions nationales⁽⁴⁵⁾ et européennes, ou à tout le moins de la teneur de certaines requêtes⁽⁴⁶⁾.

L'affaire précitée rendue contre la Pologne démontre, par exemple, la tendance de certains médecins exerçant au sein des établissements pénitentiaires à conditionner la poursuite du traitement hormonal à une consultation d'endocrinologie. Cette pratique a également cours dans certains établissements pénitentiaires français⁽⁴⁷⁾ et il n'est pas rare qu'une prise en charge de la personne détenue par les équipes médicales hospitalières pluridisciplinaires et spécialisées soit exigée avant l'administration de l'hormonothérapie. Les difficultés ne s'arrêtent souvent pas là, ainsi lorsqu'un endocrinologue ne se déplace pas en détention et qu'une extraction doit être organisée, ou lorsque la personne détenue ne dispose que d'une ordonnance médicale en langue étrangère. En France, pourtant, les médecins des unités sanitaires ont compétence pour prescrire ces traitements. C'est donc bien souvent le manque de formation et de sensibilisation des praticiens qui est avancé comme facteur explicatif⁽⁴⁸⁾. Concrètement, la rupture des traitements peut aboutir à des conséquences graves. Une personne trans ayant subi une rupture de traitement et demandant réparation d'une détention provisoire, a tenté de faire valoir l'existence d'un préjudice esthétique au cours de sa détention. Les juges de la Cour d'appel de Paris ont cependant considéré que « *faute de justificatifs versés aux débats, il n'est pas démontré que l'apparence physique de [la requérante] ait été transformée alors que [celle-ci] se trouvait en détention* ». On peine évidemment à envisager quels justificatifs auraient pu être produits, qui plus est par une personne placée à l'isolement. La méconnaissance des besoins des personnes trans et la réticence de certaines institutions peuvent encore conduire à une longueur excessive des parcours de transition. Cette longueur semble pouvoir être condamnée par la Cour européenne, sur le fondement des articles 3 et 8 de la Convention, comme l'illustre une décision d'irrecevabilité rendue contre la Turquie en 2017 et dans laquelle une femme trans n'avait bénéficié d'une prise en charge qu'après plus de quatre ans de procédures tant administratives que judiciaires.

En dépit de ces difficultés, relayées par les associations comme par certains parlementaires et certaines autorités, et rendues visibles par les actions des justiciables concerné.es, le Code pénitentiaire ne comprend pas de dispositions pour cette prise en charge sanitaire spécifique. La loi se contente d'un principe général d'équivalence des soins – *« la qualité et la continuité des soins*

(45) V. TA Marseille, 13 juill. 2023, n° 2304232 : une personne trans incarcérée fait valoir son impossibilité d'accéder aux soins et argue du caractère indigne de ses conditions de détention. Sa requête est toutefois déclarée irrecevable, faute de respecter les formes du référé édicté par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

(46) La CEDH a ainsi été saisie par une requérante russe en 2013, se plaignant d'une violation des articles 3 et 13 de la Convention en raison de l'impossibilité d'accéder à un traitement hormonal au sein de sa colonie pénitentiaire : CEDH, n° 63378/13, *Russie c. Bogdanova*, déposée le 19 septembre 2013 et communiquée en 2015 : CEDH, 19 févr. 2015, n° 30125/06, *Nikulin c. Russie*, § 15.

(47) V. CGPL, avis, 25 mai 2021, NOR : CPLX2120428V, préc.

(48) AN QE n° 40873, Parcours de transition médicale en détention, JOAN 7 sept. 2021, p. 6602.

sont garanties aux personnes détenues dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficie l'ensemble de la population»⁽⁴⁹⁾ dont les limites sont connues⁽⁵⁰⁾. Les seules sources juridiques accessibles sont lacunaires : le guide méthodologique « Prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice » de 2019, élaboré par les ministères de la Justice et de la Santé et de la solidarité, qui recommandait⁽⁵¹⁾ simplement que « *les équipes de soins soient sensibilisées à cette problématique (...), que les équipes et intervenants spécialisés disponibles à l'extérieur leur soient connus (...)* » et qui invitait à la mise en place d'un accompagnement psychologique adapté. Le référentiel national de 2024 est également silencieux quant à la prise en charge médicale des personnes trans incarcérées et se contente d'indiquer qu'un avis général de la Haute Autorité de Santé, dédié à la prise en charge médicale des parcours de transition de genre, aura vocation à enrichir ce référentiel à compter de sa publication.

Référentiels, guides et circulaires pourront favoriser une harmonisation des pratiques et permettre une plus grande formation des professionnels médicaux, de surveillance, d'encadrement et de direction. Ils ne résoudront cependant pas l'ensemble des difficultés rencontrées par les personnes trans détenues – violences, stigmatisations, fouilles, vulnérabilité psychologique, accès aux activités, accès aux procédures de changement de nom et/ou de prénom –.... Une voie d'accès au droit pourrait pourtant être davantage utilisée par les personnes trans incarcérées afin de faire constater les atteintes portées à leurs droits fondamentaux. Le recours pour indignité des conditions de détention, régi à l'article 803-8 du Code de procédure pénale et en vigueur depuis la loi du 8 avril 2021⁽⁵²⁾, permet aux personnes détenues prévenues ou condamnées de saisir le juge des libertés et de la détention ou de l'application des peines, si elle estime ses conditions de détention contraires à la dignité humaine⁽⁵³⁾. Né dans le sillage du célèbre arrêt *JMB et autres c/ France*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 janvier 2020⁽⁵⁴⁾, ce recours est souvent présenté comme un moyen de dénoncer les conditions matérielles de détention, et spécialement l'impact de la surpopulation. Son objet est pourtant plus large et les atteintes aux droits fondamentaux subies par les personnes trans en détention pourraient tout à fait intégrer le champ de cette voie de droit encore délaissée. ■

(49) C. pénit., art. L. 322-1, al. 1^{er}.

(50) V. OIP, La santé incarcérée. Rapport d'enquête sur l'accès aux soins spécialisés en prison, 6 juill. 2022.

(51) Min. Just. et min. Santé et Solidarités, Prise en charge sanitaire des personnes placées sous main de justice, Guide méthodologique, 2019, spéc. fiche 3 : « *Droits s'appliquant à des personnes présentant une dysphorie de genre* », p. 123 et s.

(52) L. n° 2021-403, 8 avr. 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, JO 9 avr.

(53) Et non le juge administratif. Comme l'a souligné le Tribunal administratif de Marseille : « *si le requérant entend saisir le juge administratif afin de faire cesser selon lui ses conditions indignes de détention, il lui appartient, ainsi qu'en dispose l'article 803-8 du Code de procédure pénale, de présenter une requête dans les formes propres aux procédures de référé, notamment celles prévues par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative* » (TA Marseille, 13 juill. 2023, n° 2304232).

(54) CEDH, 30 janv. 2021, n° 9671/15, *JMB c/ France*, D. 2020, p. 753, note Renucci J.-Fr., D. 2020, p. 1195, obs. Céré J.-P., Falxa J. et Herzog-Evans M., D. 2020, p. 1643, obs. Pradel J., AJ pénal 2020, p. 122, étude Céré J.-P., RDLF 2020, chron. 46, comm. Schmitz J.

Analyse

ENSEMBLE DES DÉCISIONS RECENSÉES – PERSONNES TRANS INCARCÉRÉES			
Juridiction	Date et références	Demandeur/Demanderesse	Demande
CEDH	18 nov. 1999, n° 46192/99, <i>Lastra Lamar c/ Espagne</i> Décision d'irrecevabilité	Femme trans	Affectation en établissement pour homme
CEDH	7 févr. 2017, n° 10684/13, <i>D.C. c/ Turquie</i> Décision d'irrecevabilité	Femme trans	Refus initial puis lenteur des autorités pour permettre un accès à l'opération, à l'hormonothérapie et aux soins épilatoires Financement des soins
CEDH	11 juill. 2024, n° 31842/20, <i>WW. c. Pologne</i> Décision de condamnation (art. 8)	Femme trans	Rupture du traitement hormonal
CEDH	Requête n° 63378/13, <i>Russie c/ Bogdanova</i> , déposée le 19 septembre 2013 Décision en attente	Femme trans	Accès aux soins Absence de recours effectif
CE	3 juin 2022, n° 463253	Femme trans	Placement à l'isolement
CE	9 déc. 2021, n° 458871	Femme trans	Placement à l'isolement en centre de détention masculin
CA Paris	2 sept. 2024, n° 23/09149	Femme trans	Réparation pour détention provisoire suivie d'un non-lieu Placement à l'isolement Rupture de traitement hormonal
CAA Nantes	2 juill. 2015, n° 14NT01022	Femme trans	Fouilles par un surveillant masculin Port de vêtements féminins en cellule
CA Caen	9 août 2010, n° 10/00662	Femme trans	Demande de permission de sortir pour assister à une audience de changement de prénom avec aumônier de l'établissement
TA Poitiers	31 août 2023, n° 2100430	Femme trans	Demande de cantinage de vêtements féminins et de port de vêtements féminins en cellule
TA Marseille	13 juill. 2023, n° 2304232 Décision d'irrecevabilité	Non précisé	Accès aux soins



Par Gilles RAOUL-CORMEIL

Professeur à l'Université de Caen Normandie
Directeur du master Droit civil, protection
des personnes vulnérables

→ RJPF 296-7

Chronique trimestrielle de droit des personnes protégées

- Aidant familial • Contrôle des comptes de gestion
- Crédit d'impôt • Curatelle • Habilitation familiale
- Mandats de protection future. • Personnes protégées
- Prestation de compensation du handicap (PCH) • Registre dématérialisé des mandats de protection future • Tutelle

Sous l'écume légère de petits changements pressentis, demeurent les eaux profondes et parfois troubles de la protection juridique des majeurs... – Sœurs quasi jumelles sous l'angle des statistiques, les années 2023 et 2024 annoncent une période de stabilité. L'étude approfondie et comparative des sources du droit fait cependant jaillir des contrastes. D'un côté, le vieillissement de la population et la prise en charge des personnes vulnérables continuent d'inspirer des projets d'ajustement de la législation, ainsi qu'en témoigne un important plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut fiscal du protecteur familial. Puis, l'esprit de la législation descend dans le Code de procédure civile grâce à deux décrets attendus. Annoncé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le premier est celui n° 2024-659 du 2 juillet 2024 sur le contrôle des comptes de gestion par les professionnels qualifiés (RJPF 2024-293/2, p. 16). Promis plus tôt encore, formellement depuis une loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, le second est celui n° 2024-1032 du 16 novembre 2024 sur le registre des mandats de protection future. Apparente, la vitalité des sources du droit dissimule des annonces aux effets limités et une grosse jurisprudence répétitive. La source jurisprudentielle nouvelle coule ainsi – à tout petit débit – dans le domaine de la protection de la personne et des biens. On retiendra que la Cour de cassation a jugé que l'aidant familial n'a pas qualité, faute d'être tuteur, de solliciter une prestation de compensation du handicap versé à son fils (Cass. 2^e civ., 6 juin 2024, n° 22-15.973, D). Elle a aussi jugé que l'assemblée générale d'une société civile est nulle, pour défaut de convocation du curateur d'un associé, mais cette nullité est relative et ne peut pas être invoquée par les autres associés (Cass. com., 18 sept. 2024, n° 22-24.646, B). Le plus intéressant est à venir : au titre du droit commun des mesures de protection judiciaire, il faut rappeler les strictes conditions procédurales dans lesquelles doivent être révisées – avant le 18 février 2025 ! – les mesures de

protection juridique prises pour une durée supérieure à dix ans entre le 1^{er} janvier 2009 et le 18 février 2015. Les retours des praticiens nous portent à rechercher le sort des mesures révisées dans des conditions irrégulières. Là sont les eaux troubles !

I – POLITIQUE DE PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS

→ Le plateau des 100 000 mesures ou les statistiques un peu moins énigmatiques de la protection juridique des majeurs

Les chiffres clés de la justice, oct. 2024, spéc. p. 13 ; Infostat Justice, n° 197, sept. 2024, Près d'une personne sur dix bénéficie d'une mesure de protection juridique après 90 ans⁽¹⁾

Deux sources valent mieux qu'une ! – Le 25 octobre 2024, les chiffres clés de la Justice sont parus. Cette année, il était précédé d'un numéro d'*Infostat* qui annonçait la stabilité des données statistiques de l'année 2023. La confrontation de ces deux sources permet de mieux déchiffrer les forces réelles de la protection juridique des majeurs. Précisons qu'en cas de différence entre les données numériques, celles des chiffres-clés, parues en second, ont été retenues.

Le plateau des 100 000 nouvelles mesures. – L'année 2021 marque un tournant dans l'évolution du nombre de mesures protection juridique, prononcées chaque année par les juges des contentieux de la protection, statuant comme juge des tutelles des majeurs (COJ, art. L. 213-4-2) : elle inscrit l'apogée d'une croissance de plus en plus forte⁽²⁾ puis constitue le nez d'un

(1) Maria I., Les derniers chiffres-clés de la protection juridique des majeurs, Dr. famille 2024, comm. 161.

(2) Nombre de mesures ouvertes par an : 70 331 en 2013, 78 934 en 2016, 84 579 en 2020 et 107 734 en 2021.

Sélection du mois

plateau qui se prolonge depuis lors avec un nombre stabilisé à 100 000 mesures environ⁽³⁾. Parallèlement, les indicateurs du droit des personnes font état de l'activité tout aussi considérable de la protection judiciaire des libertés : ajoutées les unes aux

autres, les demandes relatives aux soins psychiatriques⁽⁴⁾ et celles relatives à la rétention administrative des étrangers⁽⁵⁾ dépassent largement les cent milliers. Décidément, la vulnérabilité a plusieurs visages.

LES MESURES DE PROTECTION JURIDIQUES (STATISTIQUES EXTRAITES DES CHIFFRES CLÉS DE LA JUSTICE) TABLEAU ÉDITÉ PAR LE PROFESSEUR GILLES RAOUL-CORMEIL																					
Années	2013		2014		2015		2016		2017		2020				2021			2022			
	Sources	CCJ 2014	CCJ 2015	CCJ 2016	CCJ 2017	CCJ 18-19-20	Chiffres Clés Justice 2021				Chiffres Clés Justice 2022			Chiffres Clés Justice 2023			Chiffres Clés Justice 2024				
Tutelles	38 339	40 976	41 975	41 464	37 544	26 318	<td></td> <td></td> <td></td> <td>32 551</td> <td><td></td><td></td><td>28 898</td><td><td></td><td></td><td>28 311</td><td><td></td></td></td></td>				32 551	<td></td> <td></td> <td>28 898</td> <td><td></td><td></td><td>28 311</td><td><td></td></td></td>			28 898	<td></td> <td></td> <td>28 311</td> <td><td></td></td>			28 311	<td></td>	
	54 %	54 %	55 %	54 %	50 %	47 %	10 614	15 704			12 425	20 126		10 287	16 611		9 529	18 782			
Curatelles	30 751	33 549	33 316	34 385	36 154	28 909	<td></td> <td></td> <td></td> <td>36 396</td> <td><td></td><td></td><td>32 947</td><td><td></td><td></td><td>32 689</td><td><td></td></td></td></td>				36 396	<td></td> <td></td> <td>32 947</td> <td><td></td><td></td><td>32 689</td><td><td></td></td></td>			32 947	<td></td> <td></td> <td>32 689</td> <td><td></td></td>			32 689	<td></td>	
	44 %	44 %	43 %	44 %	49 %	52 %	6 040	22 869			7 397	28 996		6 361	26 586		6 283	26 406			
SDJ avec MS	1 241	1 413	1 518	1 485	895	341	<td></td> <td></td> <td></td> <td>256</td> <td><td></td><td></td><td>260</td><td><td></td><td></td><td>239</td><td><td></td></td></td></td>				256	<td></td> <td></td> <td>260</td> <td><td></td><td></td><td>239</td><td><td></td></td></td>			260	<td></td> <td></td> <td>239</td> <td><td></td></td>			239	<td></td>	
	2 %	2 %	2 %	2 %	1 %		138	203			106	150		68	192		60	179			
MAJ	?	?	?	?	?	516				500			500			446					
										516			500			500		446			
s/s total MJ	70 331	75 938	76 809	77 334	74 593	56 084	16 792	39 292	69 703	19 928	49 772	6 2605	16 716	43 889	6 1685	15 872	45 813				
HF	néant	néant	néant	1 600	13 119	28 495	28 495	0	38 031	38 031	0	37 063	37 063	0	39 262						
HF gpr																37 259	0				
HF gpa																1 998	0				
Total	70 331	75 938	76 809	78 934	87 712	84 579	45 287	39 292	107 734	57 959	49 772	99 668	53 779	43 889	100 947	15 872	45 813				
s/s total F	47 % F	46 % F	46 % F	44 % F	39 % F		53 %	47 %		54 %	46 %		55 %	45 %		54 %	46 %				
s/s total M	53 % MJPM	54 % MJPM	54 % MJPM	56 % MJPM	61 % MJPM																
MPF	680	747	909	1 083	1 163	1 396			1 480						1 718						
notarié	595	655	822	992	1 054	1 292			1 359												
SSP	85	92	87	91	109	104			121												

Tableau GRC

Famille ou MJPM ? – Le droit de la protection des majeurs est gouverné par le principe de préférence familiale, fondée sur les articles 430, 448 et 449 du Code civil, dont l'observation judiciaire est effective depuis 2020 : 54,5 % des mesures prononcées en 2023 sont confiées aux familles (contre 53 % en 2020 et 55 % en 2022), alors que plus d'une mesure prononcée sur deux était autrefois attribuée aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM). Le déséquilibre s'était accusé entre 2009 et 2020 du fait du caractère plus précis et plus technique du droit de la protection des majeurs en ce qui concerne le périmètre des pouvoirs de protection et la diversité des actes soumis à un contrôle du juge des

tutelles⁽⁶⁾. La courbe s'est inversée avec l'installation en 2020 des habilitations familiales (HF) dans le paysage des mesures de protection juridique des majeurs après la parution du décret n° 2016-185 du 23 février 2016⁽⁷⁾. Il faut en effet ajouter aux 39 257 habilitations familiales les 9 529 tutelles familiales et les 6 283 curatelles familiales pour dépasser le taux de la moitié des 100 947 mesures confiées aux familles en 2023. Dans le détail, on savait que les juges des tutelles préféraient nettement l'habilitation familiale générale par habilitation aux autres

(4) 92 100 en 2022 et 38 046 en 2023.

(5) 89 880 en 2022 et 47 925 en 2023.

(6) 53 % des mesures exercées par les MJPM en 2013, 56 % en 2016 et 61 % en 2017.

(7) 1 600 en 2016, 13 119 en 2017, 28 495 en 2020, 38 031 en 2021, 37 063 en 2022 et 39 257 en 2023.

(3) Nombre de mesures ouvertes par an : 107 734 en 2021, 99 668 en 2022 et 100 947 en 2023.



configurations de cette mesure (simple ou générale par assistance). Les chiffres-clés de la Justice font état de 37 259 HF par représentation contre 1 998 HF par assistance. Une subdivision tripartite serait plus conforme à l'article 494-1 du Code civil. L'autre étude précise que deux HF sur trois sont ouvertes au bénéfice de femmes et que l'âge moyen des majeurs protégés en HF est de 77 ans alors que l'âge moyen de toutes les personnes protégées est de 42 ans⁽⁸⁾.

Lumière sur les seuls flux ! – Comme l'an passé⁽⁹⁾, on regrettera que les chiffres clés de la Justice ne fasse pas état du nombre total de mesures de protection juridique en cours. Estimé à 800 000 en 2010⁽¹⁰⁾, le « stock des mesures » a dépassé le million⁽¹¹⁾. Si les mesures ouvertes sont connues et enregistrées celles qui s'éteignent à la suite d'une décision de mainlevée ou d'un décès ne le sont pas ! Et pourtant ce stock des mesures de protection juridique en cours était autrefois renseigné par les chiffres clés de la Justice⁽¹²⁾. Le traitement automatisé des données à caractère personnel, déjà régi par un arrêté ministériel du 14 juin 2023⁽¹³⁾ devrait faciliter à l'avenir la connaissance de la population des majeurs protégés. En attendant, on ne peut qu'estimer que le nombre total de mesures s'est renouvelé d'un dixième.

Mesures judiciaires et contractuelles. – En revanche, le nombre de mandats de protection future (MPF) ayant pris effet en 2023 est indiqué. C'est un retour d'attention témoigné par la Chancellerie à l'égard des MPF. Les greffiers des tribunaux judiciaires (compétents pour vérifier leur légalité formelle (CPC, art. 1258-2) et les activer (C. civ., art. 481, al. 2) ont fait remonter le chiffre de 1 718 MPF à la Chancellerie... La publicité à venir des MPF devrait conduire la Chancellerie à insérer systématiquement cette donnée dans ce tableau annuel. Selon les notaires⁽¹⁴⁾, près de 15 000 mandats de protection future sont conclus chaque année⁽¹⁵⁾. La forme contractuelle de la protection juridique des majeurs reste marginale ; le nombre de MPF ayant pris effet sur le nombre total de mesures exécutées n'est pas connu précisément. On se contente aujourd'hui de l'estimation d'un taux de 1,5 %.

Assistance ou représentation ? – Enfin, en dépit de la volonté du législateur de 2007 de privilégier les mesures d'assistance (C. civ., art. 440), les données statistiques confirment la très grande place de la représentation dans ce tableau général. En 2023, 32 689 curatelles ont été prononcées contre 28 311 tutelles et 37 259 habitations familiales par représentation. Les mesures d'assistance avoisinent le tiers du nombre total de mesures. En réalité, ce taux est déséquilibré. D'abord, il doit être nettement rabaisé car près de neuf curatelles sur dix sont renforcées (C. civ., art. 472). Ensuite,

(8) Infostat Justice n° 197, sept. 2024, p. 4.

(9) RJPF 2024-285/14, p. 18.

(10) C. comptes, La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défaillante, Rapp., 4 oct. 2016, p. 28.

(11) Caron-Déglyse A., États généraux des maltraitances, Rapp. de mission interministérielle, 24 juill. 2023, p. 15 ; sur ce rapport, v. Chronique de droit des personnes protégées, RJPF 2024-285/14, p. 19.

(12) 698 347 en 2008, Chiffres clés de la Justice 2008, p. 13.

(13) A. 14 juin 2023, NOR : FAMA2313110A, JO 4 août.

(14) CSN, IEJ, Lever les freins au développement du mandat de protection future : les propositions du notariat, 2022, spéc. p. 7.

(15) 15 900 en 2019, 14 500 en 2021 et 15 800 en 2021.

la curatelle est « *la mesure la plus fréquemment ouverte entre 22 et 72 ans* »⁽¹⁶⁾. Sauf exception, elle est la solution retenue par les juges pour toutes les personnes âgées de 22 à 50 ans. La préférence statistique accordée à la représentation sur l'assistance n'est pas la moindre des distorsions entre la volonté du législateur et la pratique judiciaire⁽¹⁷⁾. La place de l'assistance devrait croître à l'avenir mais derrière cet idéal, il y a le coût plus élevé de cette mesure en termes de temps consacré par l'assistant à l'assisté pour sauvegarder son autonomie et sécuriser ses actes juridiques.

→ « La carotte fiscale »

France Tutelle, Plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut fiscal du protecteur familial, oct. 2023⁽¹⁸⁾

État des lieux. – La solidarité familiale est une réalité sociale. France tutelle qui est une association fondée en 2015 par des chargés de gestion de patrimoine, aujourd'hui à la retraite, ayant eu à cœur de donner des moyens aux curateurs et aux tuteurs familiaux tant ils ont découvert de difficultés personnelles à exercer la charge de protection juridique au bénéfice d'un de leur parent. À partir d'entretiens menés avec de nombreux curateurs et tuteurs familiaux, France Tutelle a pu établir quelques conclusions convergentes. L'exercice de la charge curatélaire et tutélaire modifie la perception de la famille et les équilibres entre vie personnelle et vie professionnelle. Tout – ou presque tout – le temps libre du protecteur familial, du temps disponible ou des vacances, est consacré à répondre aux besoins personnels, administratifs ou sociaux de la personne protégée. Par ordre décroissant, l'investissement est temporel (93 %), psychologique (71 %) ou financier (51 %). Le temps des protecteurs familiaux est en moyenne de 2 à 4 heures hebdomadaires, 10 à 20 heures mensuelles, 120 à 240 heures annuelles. Les dépenses sont liées à des besoins administratifs pour 86 % (frais postaux, numériques, fournitures) à des déplacements pour 80 % (pour honorer des entretiens avec le juge des tutelles, l'administration fiscale, les assistants départementaux de service social, les établissements de crédit), à des dépenses de première nécessité pour 50 % (hygiène, dépenses alimentaires) ou de confort pour 36 % (coiffeur, loisir). En définitive, France Tutelle a constaté que le montant des sommes engagées sans récupération sur les deniers de la personne protégée était fort variable puisqu'il oscillait selon les familles entre 100 et 1 000 euros par an.

Proposition d'un crédit d'impôt. – Comprenant deux fiscalistes, tous deux maîtres de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Brest⁽¹⁹⁾, un notaire et des professionnels de la protection juridique des majeurs, le groupe d'expert a fait deux propositions. La première est une mesure simple, efficace et symbolique, qui épouse l'investissement essentiellement humain, temporel et administratif des protecteurs familiaux. L'objectif est

(16) Infostat Justice n° 197, sept. 2024, péc., p. 3.

(17) V. déjà, JCP G 2019, doctr. 121, p. 226.

(18) Soreau P.-A., *in* Peterka N., Personnes vulnérables. De la jurisprudence à la pratique notariale, JCP N 2024, 1148, n° 10 et s., p. 42.

(19) Chacun des deux experts se présente par sa thèse : Nicolas M., Famille et fiscalité. Recherche sur la place de la famille en droit fiscal, préf. R. Le Guidec et Ch. Goldie-Genicot, Dalloz, coll. NBT, vol. 225, 2023 ; Fournier A., L'harmonisation européenne des impôts directs, préf. F. Deboissay, LGDJ, coll. BDP, t. 629, 2023.

de sécuriser les relations juridiques et d'éviter les abus et les effets d'aubaine. Il est aussi de maintenir et de compléter les dispositifs fiscaux existants (majoration du crédit d'impôt pour l'emploi d'un salarié à domicile, crédit d'impôt pour dépenses d'équipement, réduction d'impôt au titre des dépenses afférentes à la dépendance, rattachement de la personne invalide hébergée par l'aïtant à son propre foyer fiscal^[20]). Tous ces éléments ont conduit le groupe d'experts à proposer un nouveau crédit d'impôt de 500 euros par an dont seuls seraient éligibles les contribuables qui exercent une mesure de protection juridique pour leur proche parent vivant en France. L'année civile des revenus serait celle à laquelle au 31 décembre le jugement les ayant désignés a été rendu ou le mandat de protection future conclu avec le mandant a pris effet au greffe du tribunal judiciaire. Cet encouragement est symbolique au regard du temps et des frais engagés et non récupérés par les protecteurs familiaux. Il marque une reconnaissance de l'État dans la mission fondamentale jouée par les familles. Il renforcerait le bien-fondé des contrôles internes ou externes exercés sur la gestion des protecteurs familiaux. Estimé à 250 000 millions d'euros, le coût annuel de ce crédit d'impôt resterait incomparable à l'économie dégagée par l'État par rapport au coût de la désignation d'un mandataire judiciaire à la protection des majeurs (sur son évaluation moyenne à 1 377 euros par mesure, soit un coût estimé en 2020 à 684,2 millions d'euros pour 497 000 mesures exercées par les MJPM^[21]). Le groupe d'experts a également proposé une réduction des droits de succession de 500 euros par année civile d'exercice de la mesure constaté au décès. Cette déduction s'appliquerait au moment de la déclaration de succession. Ces avantages fiscaux pourraient être partagés par les protecteurs familiaux en cas de désignation conjointe : cocurateurs, cotuteurs (C. civ., art. 447), commandataires à la protection future (C. civ., art. 477-1) ou personnes cohéritées (C. civ., art. 494-1). En cette période de difficulté inédite à réunir un consensus pour voter au Parlement la loi sur le budget de l'État, ces deux propositions risquent de paraître inopportunnes, sinon difficiles à entendre et à défendre devant un gouvernement dont la mission est de résorber l'endettement massif de la France. Elles ont néanmoins le mérite d'exister et d'avoir été conçues avec méthode.

II – MANDAT DE PROTECTION FUTURE

➔ Enregistrer n'est pas publier !

D. n° 2024-1032, 16 nov. 2024 relatif au registre des mandats de protection future, JO 17 nov.^[22]

Un dispositif inattendu et finalement espéré. – Le défaut de publicité du mandat de protection future a toujours été considéré

comme un défaut originel de la forme contractuelle des mesures de protection juridique instituée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007. Et cela même si le défaut de publicité se justifie pleinement par sa nature non incapacitante. Précisément, à la prise d'effet du mandat, le mandant qui doit être représenté par son mandataire pour conclure un acte patrimonial, d'administration ou de disposition, peut continuer à conclure lui-même un acte juridique ; il le fera s'il est dans le déni de l'altération de ses facultés mentales qui a été médicalement constatée (C. civ., art. 479, al. 2) ; en ce cas, l'engagement contracté par le mandant pourrait être réduit ou annulé pour lésion ou si la preuve est rapportée qu'il a consenti sous l'empire d'un trouble mental (C. civ., art. 488). En revanche, il ne pourra être anéanti pour défaut de représentation, contrairement au majeur en tutelle qui bénéficie de la nullité de plein droit des actes accomplis alors qu'il aurait dû être représenté (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3^º)^[23]. La justification s'esouffle néanmoins devant les enjeux pratiques : il faut non seulement permettre au mandant dont l'altération de ses facultés personnelles a été médicalement constatée de se faire représenter par le mandataire qu'il a lui-même choisi pour lui éviter de compromettre ses intérêts mais il faut permettre au banquier, au notaire ou tout autre contractant de pouvoir appeler ce mandataire pour sécuriser le contrat et lui éviter d'être l'objet d'une action en nullité^[24].

Un dispositif attendu depuis qu'il a été promis. – La décision d'organiser la publicité du mandat de protection future a été prise par le législateur en 2015 (C. civ., art. 477-1, issu de L. n° 2015-1776, 18 déc. 2015) mais le décret d'application s'est fait attendre près de neuf ans. Sous la contrainte d'un arrêt du Conseil d'État ayant condamné le gouvernement sous astreinte de deux cents euros par jour, courant dans les six mois de la notification de son arrêt^[25], la Chancellerie a feint de se mettre à l'écriture du décret. Plus de sept mois après l'échéance, le décret est paru. En voici un extrait : « *La publication du mandat de protection future prévue à l'article 477-1 du Code civil est réalisée par l'inscription, sur un registre dématérialisé tenu par le ministère de la justice et dans un délai de six mois à compter de l'établissement du mandat, des informations précisées par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, permettant d'identifier le mandant ou le bénéficiaire du mandat s'il n'est pas le mandant ainsi que le ou les mandataires* » (CPC, art. 1260-1). Ce décret n'est donc pas encore applicable... faute d'arrêté ministériel nécessaire à l'installation du registre national dématérialisé et à la détermination du mandant et du mandataire. « *Patience et longueur de temps font plus que force ni que rage* », disait La Fontaine. La force du Conseil d'État et la rage de la doctrine n'y feront rien ; il faut continuer à patienter...

(20) V. not. Fournier A., Le contribuable vulnérable, Rev. Dr. fiscal, 2022, n° 15, étude 18.

(21) V. Citizing, Protection juridique des majeurs : et si ça n'existe pas ? Évaluation des impacts socio-économiques de la protection juridique des majeurs par les mandataires professionnels, 2020.

(22) Hélaine C., Mandat de protection future : le registre spécial dispose enfin de son décret !, Dalloz actualité, 26 nov. 2024 ; Peterka N., Parution du décret sur le registre des mandats de protection future : de Charybde en Scylla ?, SNH 2024, n° 39, édito ; Baillon-Wirtz N. et Combret J., Le registre des mandats de protection future : enfin ?, JCP N 2024, 1258 ; Maria I., Dr. famille 2025, comm. 10.

(23) V. l'étude très convaincante de Mme D. Fenouillet, Le mandat de protection future ou la double illusion, DEF 2009, art. 38882, p. 142. Outre le but à atteindre : la protection, l'étude souligne les insuffisances de la technique employée pour y parvenir : le contrat.

(24) V. déjà Noguéro D., Interrogations au sujet du mandat de protection future, D. 2006, doctr., p. 1133 ; Noguéro D., La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin), in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, LexisNexis, 2012, p. 467, spéc. p. 486.

(25) CE, 2^e et 7^e ch. réun., 27 sept. 2023, n° 471646 ; D. 2024, p. 1203, obs. Lemoulard J.-J. et Noguéro D. ; DEF 14 déc. 2023, DEF217q7, p. 28, obs. Combret J. ; Dr. famille 2023, comm. 169, note Maria I. ; RJPF 2024-285/14, p. 19, et les obs.



Un dispositif unique et moderne. – En attendant l'arrêté du garde des Sceaux, le fichier dématérialisé annonce celui qui a été promis par le législateur au printemps dernier pour enregistrer toutes les mesures de protection juridique (C. civ., art. 427-1^[26]). Le fichier doit être alimenté dès la conclusion du mandat de protection future puis, après sa prise d'effet, il doit être actualisé en cas de modification, de résiliation ou d'extinction.

Avant la prise d'effet à venir d'un mandat de protection future, le mandant aura la charge de transmettre les informations permettant d'identifier les contractants au mandat conclu, la date de formation du contrat, sa nature authentique ou sous-seing privé et celle de sa suppression en cas de rétablissement de ses facultés personnelles (CPC, art. 1260-2). Le mandataire aura la même charge en cas de modification du mandat ou d'extinction, spécialement pour cause de décès du mandant (C. civ., art. 483). Après la prise d'effets du mandat de protection future (CPC, art. 1260-3), des informations actualisées sur le lieu de résidence du mandant et la date de prise d'effet devront être portées sur le registre national dématérialisé par le greffier qui a procédé aux formalités de la prise d'effet (CPC, art. 1258-2).

L'article 4 du décret du 16 novembre 2024 prévoit de procéder à l'enregistrement de tous les mandats conclus ou ayant pris effet avant la publication du futur l'arrêté dont fait état l'article 1260-1 du Code de procédure civile. L'inscription de ces mandats doit être réalisée dans les six mois de la publication de cet arrêté à venir...

Un dispositif virtuel. – Selon le décret, l'accès au registre est limité aux magistrats et aux parties au mandat qui le demanderaient aux agents de greffe (CPC, art. 1260-7). Le gouvernement ordonne aux juges des tutelles de consulter le fichier national dématérialisé (CPC, art. 1221-3) dès qu'ils sont saisis d'une demande tendant à prononcer une mesure judiciaire de protection des majeurs (sauvegarde de justice avec mandat spécial, curatelle, tutelle, habilitation familiale). Il ordonne également au ministère public de le consulter avant de saisir un juge des tutelles (CPC, art. 1219-1).

Tatillon en apparence, ce décret est une illusion, doublée d'un coup d'essai ! Le gouvernement devrait donner aux notaires les moyens d'alimenter le registre et de le consulter pour encourager la prise d'effet du mandat lorsque le mandant sera hors d'état de manifester un consentement lucide. Et pourquoi les établissements de crédit et les hôpitaux ne pourraient-ils pas avoir un accès direct à ce registre quitte à restreindre les informations accessibles ? Toute la publicité des mesures de protection juridique doit être reposée à plat, aussi bien le répertoire civil (CPC, art. 1059), l'émarginement des actes de naissance (C. civ., art. 444 et art. 496 *in fine*) que le fichier national dématérialisé. L'arbitrage entre un système unique de publicité et un double système n'a pas encore été arbitré, semble-t-il. Et l'alimentation et la consultation du fichier national numérique devront être reconSIDérées dans le souci de maintenir l'équilibre entre le respect de la vie privée et la sécurité juridique des contrats. Puissent ces modestes conseils être portés à l'oreille des rédacteurs de l'arrêté du ministre de la Justice, garde des Sceaux.

^[26] Disposition issue de L. n° 2024-317, 8 avr. 2024 pour bâtir la société du bien-vieillir et de l'autonomie ; sur laquelle, v. RJPF 2024-291/2, spéc. p. 11.

III – DROIT COMMUN DES MESURES DE PROTECTION JUDICIAIRES

→ « N'oubliez pas l'épée de Damoclès ! » ou l'échéance du 18 février 2025 fixée pour réviser les mesures trop longues

L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 26, mod. par L. n° 2019-222, 23 mars 2019

La lettre et l'esprit de la législation. – Depuis la loi Carbonnier, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1968, le juge des tutelles pouvait, à tout moment, réviser la mesure, la renforcer ou l'alléger en fonction de l'état et de l'environnement de la personne protégée. Mais ces révisions judiciaires n'étaient guère effectives^[27]. Alors la loi du 5 mars 2007 a introduit une durée de cinq ans (ou de soixante mois qu'un logiciel décompte à rebours pour faciliter le travail des juges et de leurs greffiers) aussi bien pour les nouvelles mesures de protection juridique prononcées après le 1^{er} janvier 2009 (C. civ., art. 441, al. 1^{er}) que celles qui avaient été ouvertes avant et qui ont été soumises à ce délai de cinq ans à partir de la même date (L. n° 2007-308, 5 mars 2007, art. 45, II, 1^{er}). En conséquence, les juges des tutelles ont donc dû se soumettre à cet important travail de révision de toutes les mesures de protection en 2013 et 2014. Peu d'entre eux avaient anticipé ce travail en 2011 et 2012. Et c'est pendant ces années que certains magistrats ont décidé de ne plus jamais y revenir. Les uns ont fixé une durée qui dépasse l'espérance de vie du majeur protégé^[28]. D'autres ont prononcé une mesure viagère^[29]. Ces juges obéissaient à la lettre de la loi puisqu'ils dérogeaient à la durée de cinq ans en se prononçant sur un avis médical de non-évolution favorable de l'état de santé au regard des données acquises de la science émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République, d'une part, et déterminaient une échéance, d'autre part (C. civ., art. 442, al. 2). En effet, même le juge qui fixait une durée viagère obéissait à la lettre de la loi, car la mort biologique est un terme, un événement certain dont seule la date de sa survenance est inconnue. Cela dit, en déterminant une longue durée – supérieure à vingt ans – les juges ont violé l'esprit de la loi. Selon le député rapporteur du projet de réforme de la protection juridique des majeurs devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, « *les mesures de protection juridique devront être révisées régulièrement afin que le juge puisse s'assurer qu'elles sont bien encore nécessaires et ne privent pas inutilement de leur liberté d'agir les personnes concernées* »^[30].

La limite légale de 20 ans à venir, à compter du 18 février 2015. – Aussi la loi du 16 février 2015 a comblé cette lacune et a ajouté une durée maximale de 20 ans au délai de la mesure

^[27] Rebourg M., Durée et renouvellement des mesures de protection juridique : le pragmatisme des juges face à la loi, *in* G. Raoul-Cormel (dir.), Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2012, p. 37 à 48.

^[28] TI Caen, juge des tutelles, 20 mars 2013, n° 02/A/00283-1 : mesure reconduite pour une durée de « *840 mois* » [70 ans], soit une échéance fixée le 19 mars 2083 pour un majeur né en 1982.

^[29] TI Coutances, juge des tutelles, 1^{er} sept. 2010, n° 06/A/00066-1 : curatelle renforcée reconduite « *pour sa vie durant* » au bénéfice d'une femme née en 1965, âgée de 45 ans.

^[30] Blessig É., Rapp. commission des lois AN, 10 janv. 2007, n° 3557, p. 44.

révisée (C. civ., art. 442, al. 2). D'application générale à compter de son entrée en vigueur le 18 février 2015, cette disposition devait être respectée, par exemple, par une cour d'appel, si elle était amenée à statuer sur le recours d'un majeur en tutelle qui contestait le jugement du Tribunal d'instance de Montargis de 2014 ayant ouvert à son profit une tutelle pour trente ans. L'arrêt confirmatif de la Cour d'appel d'Orléans du 8 juin 2015 fut cassé pour violation de la loi^[31]. Par cet arrêt très pédagogique contenant une motivation qu'on qualifie aujourd'hui de « développée »^[32], la Cour de cassation précise « que le législateur a entendu appliquer la limitation dans le temps de la durée des mesures renouvelées, plus protectrice des intéressés, à l'ensemble des renouvellements décidés après l'entrée en vigueur de la loi, le 18 février 2015, que les mesures initiales aient été prises avant ou après cette date ».

La limite légale de 10 ans pour le passé ou l'échéance du 18 février 2025. – Le législateur n'a pas été dupe de la manœuvre des juges des tutelles, entreprise pour ne plus réviser les mesures du passé. Si, en moyenne, entre 2009 et 2015, les mesures ont été renouvelées « pour une durée de 13,8 ans »^[33], la pratique judiciaire a cependant été très variable. Ainsi, les tutelles reconduites pour une durée supérieure ou égale à 20 ans sont en « proportion (...) importante : 29,5 % »^[34]. Aussi a-t-il été décidé par le législateur, dans une disposition transitoire d'obliger les juges des tutelles à réviser les mesures trop longues avant le 18 février 2025. Précisément, l'article 26 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 dispose, en son premier alinéa, que « *Les mesures de curatelle et de tutelle renouvelées pour une durée supérieure à dix ans avant l'entrée en vigueur de la présente loi doivent faire l'objet d'un renouvellement avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de cette entrée en vigueur* ». Sans être nécessairement viagères, les mesures trop longues doivent être révisées avant le 18 février 2025... et cette échéance approche.

L'exception des anciennes mesures de 10 à 20 ans pouvant courir jusqu'à leur terme. – Les juges des tutelles ont continué à faire remonter à la Chancellerie leur incompréhension d'avoir été sanctionnés pour avoir pris des mesures révisées pour une durée supérieure à dix ans alors que la loi du 18 février 2015 limite les mesures révisées à 20 ans. Aussi la loi du 23 mars 2019 a-t-elle modifié la disposition transitoire de la loi du 16 février 2015. « *Toutefois dans le cas d'une mesure renouvelée pour une durée comprise entre dix et vingt ans avant l'entrée en vigueur de la présente loi, cette obligation n'a pas lieu d'être avant la fin de ladite mesure dans le cas où un certificat médical produit lors de ce dernier renouvellement a indiqué qu'aucune amélioration de l'état de santé du majeur n'était*

enviseable ». Le législateur a donc fini par assouplir sa position en portant le délai de 10 à 20 ans si la révision a été prononcée dans un cadre juridique garantissant le respect des droits fondamentaux. Entre le 1^{er} janvier 2009 et le 18 février 2015, la condition de certificat médical circonstancié a souvent été respectée par les juges qui souhaitaient rafraîchir l'évaluation de l'état de santé du majeur protégé. De même, ils ont respecté l'avis conforme de non-évaluation de l'état de santé de l'intéressé puisque c'est à cette condition que le juge pouvait déroger au délai de 5 ans de la mesure initiale. Ces deux documents émanent, en principe, d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République mais la nouvelle disposition transitoire est plus souple et ne vise pas cet auxiliaire de justice.

La révision suivant la procédure renforcée. – Avec le temps, la révision de la mesure peut devoir se faire suivant la procédure la plus protectrice de la personne du majeur protégé si le requérant souhaite convaincre le juge des tutelles de renforcer la mesure de protection juridique. On citera le cas où la curatelle est transformée en tutelle ou, de manière plus précise, si la mesure de tutelle étendue à la personne exige de confier au tuteur le pouvoir de représentation de la personne, en matière personnelle, au sens de l'article 459, alinéa 2 du Code civil^[35]. Le juge des tutelles ne peut pas renforcer la mesure de protection juridique sans être saisi par un requérant ayant qualité pour le saisir (C. civ., art. 430 ou art. 494-3). De surcroît, la requête doit être accompagnée d'un certificat médical circonstancié à peine d'irrecevabilité (C. civ., art. 431 et art. 442, al. 4 ; CPC, art. 1219). Le majeur protégé devra être auditionné (C. civ., art. 432 ; CPC, art. 1220-1), à moins que le certificat médical circonstancié comprenne un avis médical de non-audition, en contemplation duquel le juge rédigera une ordonnance de non-audition qui sera notifiée au requérant (CPC, art. 1220-2). Le juge ne peut pas se prononcer régulièrement sans avoir sollicité l'avis de la personne en charge de la mesure (C. civ., art. 442, al. 3).

La révision suivant la procédure simplifiée. – Par contraste, la loi permet au juge, suivant une procédure simplifiée, de renouveler la mesure « *pour la même durée* » (C. civ., art. 442, al. 1^e). Que faut-il entendre par cette expression ? S’agissant d’une mesure de 20, 30, 50 ans ou viagère, cette durée a été rapportée par autorité de la loi à dix ou quinze ans selon le temps de son application commencée à son prononcé et achevée au jour où le juge a décidé de statuer, au plus tard le 18 février 2025. En clair, si la mesure a été appliquée 13 ans et 10 mois, il peut la renouveler pour la même durée quitte à se saisir d’office (C. civ., art. 442, al. 4 *in limine*). Selon ce texte, le juge statue « *au vu d’un certificat médical et dans les conditions prévues à l’article 432* ». La loi impose au juge d’auditionner la personne protégée ou, dans le cas où elle n’est pas envisageable en vertu d’un avis de non-audition émanant d’un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République.

La sanction d'une révision irrégulière... – « *À défaut de renouvellement dans le délai précité, les mesures prennent fin de plein droit* » (L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 26, al. 2, déplacé à l'al. 3, par L. n° 2019-222, 23 mars 2019). En d'autres termes, la caducité

(31) Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2017, n° 15-23.066, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2017, p. 1506, note Noguéro D. ; Dr. famille 2017, comm. 189, note Maria I. ; JCP G 2017, p. 1459, note Peterka N. ; LEFP 2017/8, n° 11014, p. 5, obs. Raoul-Cormeil G. ; RTD civ. 2017, p. 612, obs. Hauser J. ; Dr. & Patr. 2018, n° 281, p. 14, obs. Fulchiron H. et Kan-Balivet B.

(32) S. Pellé (dir.), *La motivation enrichie, Réflexions sur les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation*, PU Toulouse, 2024, spéc. p. 12.

(33) Mohamed Soilihi T., Rapp. sur le projet de loi [de] modernisation et de simplification du droit, Sénat, n° 288, 2013-2014, 15 janv. 2014, p. 40, où le sénateur cite le bilan statistique établi par la Chancellerie en 2011.

(34) Mohamed Soilihi T, *ibid* ; Capdevielle C, Rapp. sur le projet de loi [de] modernisation et de simplification du droit, AN, n° 1808, 19 févr. 2014, p. 42 ; v. par ex. : TI Rennes, juge des tutelles, 13 sept. 2010, n° 04/AD/00486-1 : cas d'une tutelle ouverte le 11 janvier 2005, reconduite en 2010 pour « *360 mois* » (30 ans), pour une personne née en 1986, âgée de 24 ans lors de l'audience de révision.

(35) Sur cette modalité de mesure et ses incidences dans le Code de la santé publique, v. CA Versailles, 10 déc. 2021, n° 21/01249, Dr. famille 2022, comm. 59, note Raoul-Cormier G. ; *adde*, notre recherche : La « protection juridique avec représentation relative à la personne » ou le renvoi trop discret à l'article 459, alinéa 2 du Code civil, Gaz. Pal. 10 avr. 2024, étude GPL461n9, p. 26 à 29 ; Gatti L., Les décisions de santé des majeurs protégés, LEH, 2022



prévue par l'article 443 du Code civil sanctionne la mesure qui n'a pas été révisée avant le 18 février 2025. Sanctionne-t-elle aussi la mesure qui a été révisée de manière irrégulière, dans le cas où le juge aurait révisé la mesure avec son seul greffier, sans certificat médical ni avoir respecté l'obligation d'auditionner le majeur protégé ? On peut douter que la question doive recevoir la même réponse selon qu'elle sera posée par un majeur protégé auquel les juges doivent le respect de ses droits fondamentaux (C. civ., art. 415, al. 2) ou par le contractant d'un majeur protégé qui chercherait une objection à la nullité d'un contrat pour incapacité ou dépassement de pouvoir de la personne en charge de la protection (C. civ., art. 465). L'enjeu est cependant trop important pour ne pas conseiller aux mandataires judiciaires à la protection des majeurs de vérifier la régularité des mesures trop longues révisées à la hâte par les juges des tutelles dans les mois précédant cette échéance du 18 février 2025 et de demander aux juges des tutelles de régulariser les mesures mal révisées. Il en va de la responsabilité de l'État du fait des juges des tutelles, de leur greffier ou des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (C. civ., art. 422, al. 1^{er}) et de celle de ces derniers (C. civ., art. 422, al. 2).

IV – PROTECTION DE LA PERSONNE

→ N'est pas protecteur qui veut !

Cass. 2^e civ., 6 juin 2024, n° 22-15.973, D⁽³⁶⁾

Dualité du tuteur et de l'aidant familial. – Un majeur protégé vit avec son père qui est aidant familial. L'intéressé bénéficia d'une prestation de compensation du handicap (volet aide humaine) pour la période du 1^{er} novembre 2008 au 30 novembre 2013. Mais, par décision de la Maison départementale des personnes handicapées de la Loire, il n'en a obtenu que le renouvellement partiel à compter du 1^{er} décembre 2013. Un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, désigné tuteur à la protection de sa personne et de ses biens, s'abstient de contester la baisse de son allocation. Alors le père de l'allocataire a saisi la juridiction du contentieux de l'incapacité, compétente pour statuer sur un recours. Débouté par un tribunal du contentieux de l'incapacité, il a interjeté appel. Par arrêt du 8 mars 2022, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) confirme l'irrecevabilité de la demande. Dans le pourvoi formé devant la Cour de cassation, l'aidant familial a fait valoir qu'il avait un intérêt personnel à ester en justice, au sens de l'article 31 du Code de procédure civile, puisqu'il était dédommagé par l'allocation versée à son fils. L'arrêt de rejet se fonde sur l'article 475 du Code civil aux termes duquel la personne en tutelle est représentée en justice par son tuteur. Cette représentation est obligatoire en demande et en défense. Elle est subordonnée à une autorisation du juge pour les actions extrapatrimoniales, dans lesquelles entrent les aides sociales et les obligations alimentaires puisque « *les aliments se consommant jour par jour ne peuvent arriver à former un bien au sens légal de cette expression* »⁽³⁷⁾. Par nature, l'action alimentaire

est extrapatrimoniale. De surcroît, le père a confondu son intérêt propre de bénéficiaire indirect et celui de son fils. C'est justement pour éviter une telle opposition d'intérêts que le juge des tutelles a dû, en toute logique, écarter le principe de préférence familiale et confier à une UDAF la charge tutélaire. Les fonctions d'aidant familial et de tuteur sont incompatibles si le premier se fait indemniser grâce à des démarches administratives que le second doit engager. Le motif est clair : « *le tuteur, chargé de la protection d'un incapable majeur, [ne peut] se trouver placé sous la subordination de celui-ci en qualité de salariés* »⁽³⁸⁾.

Sortir de la confusion. – La solution est nette : l'aidant familial n'a pas qualité à agir pour solliciter une prestation de compensation du handicap versé à son fils en tutelle. Elle est justifiée et mérite d'être approuvée tant au regard du droit procédural des majeurs protégés que du droit de l'aide et de l'action sociale. Le père de la personne vulnérable ne peut se plaindre de la baisse des aides sociales versées à son fils car elles sont subsidiaires de la solidarité familiale. Néanmoins, si l'évaluation de l'état et de la situation de son fils méritait d'être révisée au regard de leurs conditions tenant à la résidence, à son âge et à la gravité de son handicap, il fallait convaincre son tuteur d'agir en justice pour contester la décision de la Maison départementale des personnes handicapées (MDPH). Et demain, de demander une révision des droits. Après tout, à l'instar de l'allocation des personnes âgées (APA), la prestation de compensation du handicap « *n'est pas soumise à une condition de ressource* »⁽³⁹⁾ puisque, comme son nom l'indique, elle a pour but de compenser les surcoûts du quotidien vécu avec ses handicaps. Une fois de plus les familles des majeurs protégés doivent collaborer avec les mandataires judiciaires à la protection des majeurs plutôt que de se substituer à eux, lorsque l'état et la situation du majeur protégé justifient d'écarter le principe de préférence familiale.

V – PROTECTION DES BIENS

→ Relative est la nullité de l'assemblée générale d'une société civile pour défaut de convocation du curateur d'un associé !

Cass. com., 18 sept. 2024, n° 22-24.646, B⁽⁴⁰⁾

L'associé protégé, à la croisée du droit des sociétés et du droit des majeurs protégés. – Le majeur en curatelle est un majeur

Mélanges offerts à Pierre Draï, Dalloz, 2000, p. 641 à 651, spéc. p. 644 ; *adde*, Raoul-Cormel G., Les obligations alimentaires du majeur protégé, in Moisdon-Chataigner S. (dir.), Dossier : La protection des personnes âgées et handicapées : entre droit social et droit civil, RDSS 2015/5, p. 793.

(36) Cass. soc., 6 mai 2013, n° 90-13.764, Bull. civ. V, n° 132, p. 91 ; RTD civ. 1993, p. 560, obs. Hauser J.

(37) Borgetto M. et Lafore R., Droit de l'aide et de l'action sociale, LGDJ, coll. Domat droit public, 12^e éd., 2024, n° 408, spéc. p. 497 ; *adde*, Lami A., in Beignier B., Torricelli-Chrifi S. et de Bertier-Lestrade B., Droit du handicap, LGDJ, coll. Droit & pratique professionnelle, 2024, n° 207.

(38) Bull. Joly sociétés, 1^{er} déc. 2024, n° 12, p. 29, note Pagnucco J.-Chr. ; DEF 31 oct. 2024, n° 36, DEF22219, p. 23 à 26, note Tisseyre S. ; Dr. famille 2024, comm. 147, p. 35, note Maria I. ; JCP G 2024, n° 41, étude 1198, note Elorza A. et Laviele C. ; Lexbase droit privé, 10 oct. 2024, n° 998, note Dondero B. ; Gaz. Pal., 19 nov. 2024, n° 37, GPL470f0, p. 28, note Boireau J.

(36) DEF 17 oct. 2024, DEF222f0, p. 30, obs. Noguéro D. ; Dr. famille 2024, comm. 137, obs. Mauger-Vielpeau L.

(37) Cass. soc., 10 avr. 1860, DP 1860, 1, p. 504, cité par Théry Ph., *Beati esurientes...* Les aliments devant la Cour de cassation, in *Le juge entre deux millénaires*,

protégé qui continue à prendre l'initiative d'actes juridiques et à y consentir. Il doit cependant être assisté par son curateur, à peine de validité de l'acte (C. civ., art. 467). Le curateur doit être convoqué ou informé par tous moyens pour prévenir la conclusion d'actes préjudiciables par le majeur protégé. La tenue de l'assemblée générale d'une société civile offre une nouvelle occasion à la Cour de cassation de croiser le droit des sociétés et le droit des personnes protégées.

En l'espèce, le 10 février 2005, un frère et une sœur constituent une société civile d'exploitation agricole (SCEA). Après avoir démissionné de la gérance, la fondatrice, initialement très majoritaire avec 98 parts sociales sur 100, donne, entre 2006 et 2008, une part à son fils, une autre à sa fille. Puis, elle cède 51 parts au nouveau gérant et 43 autres à sa petite-fille. Le 6 mai 2015, une assemblée générale se tient à laquelle les fondateurs sont présents. En revanche, le frère, en curatelle depuis un jugement du 18 décembre 2014, n'est pas assisté de son curateur. En juillet 2015, la fondatrice assigne la société civile et les associés en nullité des actes de cession et en nullité de l'assemblée générale. Le 16 mai 2017, la SCEA fut placée sous liquidation judiciaire.

Les juges du fond⁽⁴¹⁾ ont rejeté la demande en nullité de l'assemblée générale au motif que la capacité spéciale accordée au majeur en curatelle pour exercer son droit de vote rendait sans objet la convocation du curateur. Par ailleurs, ils ont déclaré prescrite l'action en nullité des parts sociales. Constitué de deux moyens, le pourvoi en cassation formé par la fondatrice est partiellement accueilli par la chambre commerciale. Elle casse l'arrêt rémois au visa de l'article 1304 et 2224 du Code civil, au motif que le délai de prescription de l'action en nullité d'un acte de cession de parts sociales pour fraude ne court qu'à compter du jour de sa découverte.

En revanche, la Cour de cassation maintient la décision de débouté en ce qui concerne la nullité de l'assemblée générale du 6 mai 2015. Elle procède ici par substitution de motifs. D'abord, est un acte de disposition le vote d'une décision mentionnée au II de la colonne 2 de l'annexe 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 (relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle). Le cas échéant, le curateur de l'associé devait être convoqué à l'assemblée générale (ayant une telle question inscrite à son ordre du jour) pour assister le curatétaire à l'exercice de son vote (C. civ., art. 467). Cela dit, seule la personne protégée, assistée de son curateur, peut se prévaloir, dans les conditions prévues à l'article 465 du Code civil, de la méconnaissance de cette obligation. La nullité est ici relative (C. civ., art. 1147).

L'apport du droit des majeurs protégés au droit des sociétés. – Remarqué par la doctrine du droit des sociétés, l'arrêt du 18 septembre 2024 est intéressant car il cite, dans ses motifs, le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et son annexe 2 pourtant critiquée par la doctrine du droit des majeurs protégés car elle pose des qualifications juridiques susceptibles d'être renversées par les circonstances⁽⁴²⁾. Par-delà les définitions

qu'il donne aux actes d'administration et de disposition dans ses deux premiers articles, les illustrations que le décret offre dans ses annexes rassurent les praticiens ; elles semblent même retenir complètement l'attention de la Cour de cassation qui s'y réfère ici pour la cinquième fois. En 2017, elle avait déjà jugé que l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée générale d'une société civile immobilière, de la décision de vendre un « élément d'actif immobilisé » est un acte de disposition qui, lorsqu'elle est prise par un administrateur légal représentant son enfant mineur, doit être autorisée par le juge des tutelles⁽⁴³⁾. Puis au lendemain de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 qui avait déjudicarisé un certain nombre d'actes de disposition et ainsi laissé au tuteur la pleine responsabilité de l'accomplissement de ces actes, la Cour de cassation avait été sensible au fait que « *le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 [annexe 2, IV], qui classe le versement de nouvelles primes sur un contrat d'assurance sur la vie dans les actes de disposition, sauf circonstances particulières, n'a pas été modifié ; il en résulte que, sauf circonstances particulières, le tuteur doit solliciter l'autorisation du juge des tutelles des majeurs] pour verser des primes sur un contrat d'assurance sur la vie existant* »⁽⁴⁴⁾. En 2021, la Haute juridiction a visé l'annexe 1 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, pour juger que constitue également « *un acte de disposition soumis à l'autorisation du juge les conventions d'honoraires proportionnels en tout ou partie à un résultat, indéterminés ou aléatoires* » ; en conséquence, les actes signés par le tuteur sans l'autorisation du juge sont nuls sans avoir à démontrer l'existence d'un préjudice⁽⁴⁵⁾. En revanche, la résiliation d'un bail rural à la demande du preneur est un acte d'administration que la personne en curatelle peut accomplir seule⁽⁴⁶⁾. L'arrêt de rejet du 18 septembre 2024 s'inscrit dans cette jurisprudence. À s'en tenir au droit des sociétés, l'annexe 2, II, du décret de 2008 vise dans la colonne « actes de disposition » la « détermination du vote » sur une série d'ordres du jour, tels que la « la reprise des apports », la « modification des statuts », la « prorogation et dissolution du groupement », la « fusion », la « scission », l'« agrément d'un associé », l'« emprunt » et la « constitution de sûreté ». Or, aucune de ces décisions ne peut être prise valablement en assemblée générale si l'associé en curatelle n'est pas assisté de son curateur. Même si l'arrêt du 18 septembre 2024 ne précise pas la nature précise de la décision qui était l'objet de l'assemblée générale extraordinaire, on apprend qu'elle est de celles qui ne peuvent être prises par l'associé en curatelle sans son curateur ; de surcroît, que ceux-ci doivent être tous les deux convoqués, ce qui pouvait ne pas aller de soi pour les spécialistes de droit des sociétés, à défaut de disposition expresse⁽⁴⁷⁾. Les décisions prises par la fondatrice et inscrites à l'ordre du jour méritaient d'être qualifiées d'actes de disposition pour la doctrine commercialiste si les décisions étaient de celles

(41) CA Reims, 9 nov. 2021, n° 20/01203.

(42) Leroyer A.-M., Personnes protégées. Qualification des actes de gestion du patrimoine, RTD civ. 2009, p. 180 ; Maria I., De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes

protégées, Dr. famille 2010, étude 31 ; Noguéro D., La typologie des actes patrimoniaux : retour sur le décret..., in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (coord.), Le patrimoine de la personne protégée, LexisNexis, 2015, p. 45 à 56.

(43) Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2017, n° 15-24.840, B ; AJ fam. 2017, obs. Raoul-Cormeil G. ; RDC 2017, p. 523, obs. Tadros A. ; RTD civ. 2017, p. 610, obs. Hauser J.

(44) Cass. 1^{re} civ., avis, 18 déc. 2020, n° 20-70.003 ; Dr. famille 2021, comm. 47, note Maria I. ; D. 2021, p. 1266, obs. Lemouland J.-J. et p. 1371, note Raoul-Cormeil G. ; DEF 1^{er} juill. 2021, n° 27, p. 32, obs. Noguéro D.

(45) Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2021, n° 19-22.141, B ; JCP G 2021, note Peterka N. ; JCP N 2021, 1248, obs. Soreau P.-A. ; D. 2021, p. 1266, obs. Lemouland J.-J.

(46) Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2021, n° 20-11.912 ; JCP N 2021, 1245, obs. Peterka N.

(47) Dondero B., note préc., n° 998, § 9.



qui étaient formellement visées par le décret du 22 décembre 2008. La gravité patrimoniale ne fait aucun doute pour l'agrément d'un associé, la vente d'un élément immobilisé, la fusion, l'absorption, etc., mais elle suscite le doute lorsque l'on s'attache à l'enjeu économique de la décision sur le patrimoine du majeur en curatelle. N'oublions pas qu'il n'était propriétaire que de 2 parts sur 100. Or rien n'est dit de leur valeur inhérente et de la proportion de celle-ci dans l'actif et le passif du majeur en curatelle. En clair, il y avait peut-être moyen de renverser la qualification d'acte de disposition au regard des circonstances de l'espèce, ainsi que le permet justement l'annexe 2 du décret du 22 décembre 2008. Aux plaigneurs de ne pas l'oublier la prochaine fois...

Une nouvelle application de l'article 465, alinéa 1^{er}, 2^o. – Constitué par le défaut d'assistance du curateur, le défaut de capacité du curatétaire (C. civ., art. 1147) est, comme le trouble mental, un cas de nullité relative, car la règle protège un intérêt privé (C. civ., art. 1179, al. 2). Mais à la différence de ce cas de nullité, l'incapacité d'exercice est aisée à établir. La preuve est formelle ; il a suffi à la sœur de faire état du défaut de convocation du curateur. La nullité qui protège le majeur en curatelle est cependant soumise à la démonstration d'un préjudice (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o). De surcroît, ainsi que le précise la Cour de cassation, seuls ne peuvent s'en prévaloir que le majeur en curatelle (lorsqu'il aura retrouvé sa pleine capacité juridique), son curateur (s'il est autorisé par le juge des tutelles à agir seul, comme le lui permet l'article 465, alinéa 2 du Code civil), le premier et le second (s'ils

agissent ensemble, en vertu de l'article 468, alinéa 3 du Code civil) ou les héritiers du majeur en curatelle après le décès de ce dernier (C. civ., art. 1152). En revanche, la sœur du curatétaire, pourtant associée, ne peut se prévaloir du défaut de convocation du curateur. À son égard, la décision prise par l'assemblée générale extraordinaire est tenue pour valable. La fondatrice de la société civile aurait pu acquérir la qualité à agir si elle avait accepté la charge curatétaire ; il lui reste maintenant à convaincre la curatrice d'agir en justice, dans les cinq ans de la découverte de la fraude, car un recours est ouvert... en raison d'une fraude à la cession de parts sociales qui peut être intentée par l'une des parties à l'acte dans les cinq années suivant le jour où elle a eu connaissance ! Et « *cette connaissance ne peut être présumée, notamment à compter de la publication des actes au registre du commerce et des sociétés qui a uniquement pour rôle de les rendre opposable aux tiers* »⁽⁴⁸⁾. Par ailleurs, le majeur en curatelle et son curateur peuvent également décider de confirmer l'acte nul dans les conditions prévues par l'article 1181 du Code civil. L'autorisation du juge des tutelles n'est pas requise ; seule la confirmation d'un acte pour dépassement de pouvoir du curateur (du tuteur ou de la personne habilitée) est soumise à l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 465 *in fine*, en cas de curatelle ou de tutelle ; C. civ., art. 494-9 *in fine*, en cas d'habilitation familiale). ■

(48) Boireau J., Gaz. Pal., 19 nov. 2024, n° 37, GPL470f0, p. 28.

→ RJPF 296-8

De la délicate appréciation de la condition de résidence habituelle en France au sens de l'article 21-13-2 du Code civil

Cass. 1^{re} civ., avis, 27 nov. 2024, n° 24-70.006, B



Par Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille



et Sébastien CACIOPPO

Docteur en droit privé
Enseignant à l'Université d'Avignon

• Déclaration de nationalité • Nationalité française • Résidence habituelle

FAITS ET PROCÉDURE

La Cour de cassation fut invitée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à formuler un avis sur l'interprétation des dispositions du premier alinéa de l'article 21-13-2 du Code civil, issu de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France. Pour rappel, ce texte dispose : « *peuvent réclamer la nationalité française à leur majorité, par déclaration souscrite auprès de l'autorité administrative en application des articles 26 à 26-5, les personnes qui résident habituellement sur le territoire français depuis l'âge de six ans, si elles ont suivi leur scolarité obligatoire en France dans des établissements d'enseignement soumis au contrôle de l'État, lorsqu'elles ont un frère ou une sœur ayant acquis la nationalité française en application des articles 21-7 ou 21-11* ». La question posée à la Haute juridiction concernait l'une des conditions d'application de ce texte et était formulée de la manière suivante : « *La condition relative à la durée de la résidence habituelle en France (...) doit-elle être appréciée au jour de la majorité du demandeur à la nationalité, et être ainsi encadrée dans un délai de douze ans, ou au jour de la déclaration de nationalité, quel que soit le délai écoulé entre la majorité du demandeur et la déclaration de souscription de nationalité ?* » (§ 2).

SOLUTION

La Cour de cassation souligne d'emblée que, « *contrairement à l'article 21-13-1 du Code civil (...), l'article 21-13-2 de ce Code ne précise pas que les conditions énoncées s'apprécient à la date de la souscription de la déclaration* » (§ 4). Elle s'en remet

donc aux travaux parlementaires ayant présidé à l'adoption de la loi susmentionnée du 7 mars 2016 – travaux sur lesquels nous reviendrons plus en détail ultérieurement – pour en déduire l'interprétation la plus conforme à l'intention du législateur. De cette analyse, la Haute juridiction en conclut que « *la condition relative à la résidence habituelle en France depuis l'âge de six ans, prévue à l'article 21-13-2, alinéa 1^{er}, du Code civil, s'apprécie à la date de la majorité de l'intéressé* » (§ 8). En conséquence, elle vient préciser que, « *cette condition étant acquise, la nationalité française peut, dès lors, être réclamée sur le fondement de ce texte après la majorité, sous réserve de justifier d'une résidence habituelle en France au jour de la souscription de la déclaration, sans qu'il soit exigé une résidence habituelle continue en France entre la date de la majorité et celle de la souscription de la déclaration* » (*ibid.*).

ANALYSE

La Cour de cassation était invitée à exposer sa position quant à l'une des conditions d'application de l'article 21-13-2 du Code civil dont le libellé, ci-dessus reproduit, ne brille pas par sa clarté. La formulation du texte, qui n'est effectivement pas des plus adroites, laisse le champ libre à des interprétations divergentes. Déjà en 2022, la Haute juridiction fut saisie afin de déterminer si l'une condition de cette disposition, à savoir celle relative au point de départ de la période de scolarisation en France, devait s'apprécier à la date du sixième anniversaire du déclarant ou, plutôt, à n'importe quelle date pourvu que celle-ci soit comprise entre la date de son sixième et celle de son septième anniversaire. C'est *in fine* la seconde interprétation qui fut retenue, en ce qu'elle paraissait plus conforme que la première à la lettre du texte (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2022, n° 21-50.034, B, RJPF 2022-12/9, note Cacioppo S.). Deux années plus tard, la Cour de cassation est une nouvelle fois amenée à affiner l'interprétation des dispositions de l'article 21-13-2 du Code civil, cette fois-ci au travers d'un avis relatif à la date à laquelle doit s'apprécier la condition de résidence effective en France du prétendant à la nationalité française.

La disposition en cause du Code civil consacre un mode d'acquisition par déclaration de la nationalité française au profit de celui dont l'un des frères ou l'une des sœurs est Français. L'article qui la précède, à savoir l'article 21-13-1, consacre également un mode d'acquisition de la nationalité française par déclaration, cette fois-ci au profit de l'ascendant d'un ressortissant français. Si ce dernier texte énonce, en son premier alinéa, que « *peuvent réclamer la nationalité française (...) les personnes qui, âgées de soixante-cinq ans au moins, résident régulièrement et habituellement en France depuis au moins vingt-cinq ans et sont les ascendants directs d'un ressortissant français* », il vient utilement préciser, en un deuxième alinéa, que « *les conditions fixées au premier alinéa*



du présent article s'apprécient à la date de la souscription de la déclaration mentionnée au même premier alinéa ». Or cette précision, relative à la date d'appréciation des conditions d'application du texte, n'est pas reprise par les dispositions de l'article 21-13-2... C'est donc cette carence de la loi que la Cour de cassation est venue combler en rendant l'avis commenté.

À la lecture de l'article 21-13-2 du Code civil, l'on peut légitimement douter de la date à laquelle doit s'apprécier la condition de résidence habituelle en France. Le texte est effectivement abscons à ce sujet : cette condition doit-elle être appréciée au jour de la majorité du prétendant à la nationalité française ou, *a contrario*, doit-elle être appréciée au jour de la déclaration de nationalité ? Si la première hypothèse est retenue, cela signifie donc que la validité de cette condition est acquise dès lors que le déclarant a résidé habituellement en France durant douze années (ou, plus exactement, durant au moins onze années complètes), c'est-à-dire entre la date de sa scolarisation en France – qui doit intervenir entre ses sixième et septième anniversaires (voir *supra* : Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2022, n° 21-50.034, *op. cit.*) – et celle de sa majorité. En revanche, si l'on retient la seconde hypothèse, la validité de la condition n'est enfermée dans aucun délai préétabli dans la mesure où, suivant la situation de chaque déclarant, un délai plus ou moins long peut s'être écoulé entre la date de sa majorité et celle de sa déclaration.

La formulation de l'article 21-13-2 du Code civil, en elle-même, ne permet nullement d'abonder dans un sens ou dans un autre, ce qui exclut donc toute possibilité d'interprétation sans recourir à des sources extérieures. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a dû s'en remettre à la *ratio legis* de cette disposition en se plongeant dans les travaux parlementaires qui en sont à l'origine. L'objectif était donc, pour la Haute juridiction, d'identifier quelle fut la volonté du législateur afin que la réponse apportée à la demande d'avis soit la plus fidèle possible à l'esprit de la loi ayant introduit, dans le Code civil, le texte examiné.

Selon la première chambre civile, il se déduit des travaux parlementaires (ayant précédé l'adoption de la loi du 7 mars 2016) que le législateur a eu l'intention de faire produire deux effets principaux à l'article 21-13-2 du Code civil. D'une part, il s'agissait de « simplifier les démarches d'accès à la nationalité française pour des personnes qui, en raison de l'ancienneté de leur séjour en France et de l'intensité de leurs liens avec ce pays, bénéficient d'une présomption d'assimilation » (§ 5). D'autre part, l'objectif était « de remédier aux inégalités au sein des fratries, lorsqu'un frère ou une sœur a obtenu la nationalité française en raison de sa naissance et résidence en France » (*ibid.*). Autrement dit, le législateur entendait faire produire un effet concret à la présomption d'assimilation en facilitant l'accès à la nationalité française pour l'étranger qui, bénéficiaire de cette présomption, a un frère ou une sœur qui est déjà Français(e), ce qui permettait concomitamment de juguler les inégalités au sein des familles en ouvrant la possibilité d'une nationalité unique au sein d'une même fratrie.

Cela étant, *quid* de cette présomption d'assimilation qui, l'on vient de le voir, constitue la clef de voûte du mécanisme imaginé par le législateur ? En d'autres termes, quels sont les éléments qui permettent de la tenir pour acquise ? La réponse à cette question est hautement importante car, précisément, ce sont les circonstances

présidant à l'établissement de ladite présomption qui permettent, *in fine*, d'identifier la date à laquelle doit être appréciée la condition de résidence habituelle en France. La Cour de cassation considère qu'il s'induit de l'analyse des travaux parlementaires que « *la présomption d'assimilation trouve son fondement dans l'accomplissement de la scolarité obligatoire en France, dans des établissements sous contrôle de l'Etat, dont découle naturellement une condition de résidence habituelle en France, à compter de l'année scolaire suivant le sixième anniversaire jusqu'à l'âge de la majorité, la déclaration de nationalité pouvant être souscrite dès le dix-huitième anniversaire de l'intéressé* » (§ 6 ; nous soulignons). Expliqué différemment, l'on retient donc que la présomption d'assimilation est établie dès lors que l'étranger a habituellement résidé en France durant au moins onze années, lesquelles doivent être comprises entre la date de sa scolarisation dans un établissement français (scolarisation devant, cependant, intervenir entre son sixième et son septième anniversaire) et la date de son dix-huitième anniversaire, étant entendu qu'une scolarité en France implique nécessairement d'avoir sa résidence habituelle dans ce pays. Et ce n'est qu'après avoir acquis la majorité que l'intéressé peut, si ce délai de onze ans révolus est acquis, entreprendre des démarches en vue d'acquérir, par déclaration, la nationalité française. À ce titre, la Haute juridiction précise que, « *ce délai étant acquis, (...) une déclaration de nationalité peut être souscrite postérieurement à la majorité, sous réserve d'une résidence habituelle en France au jour de la souscription* » (*ibid.*).

La Cour de cassation ne soumet donc pas la présomption d'assimilation à l'existence d'une résidence habituelle et *continue* en France entre l'âge de six ans et la date de souscription de la déclaration. C'est ainsi que « *la condition relative à la résidence habituelle en France depuis l'âge de six ans, prévue à l'article 21-13-2, alinéa 1^{er}, du Code civil, s'apprécie à la date de la majorité de l'intéressé* » (§ 8). La condition de résidence habituelle sera donc remplie si, entre sa sixième année et son dix-huitième anniversaire, soit durant une période complète de onze ans (dans la mesure où la scolarisation en France peut intervenir à n'importe quelle date entre les sixième et septième anniversaires), l'intéressé a habituellement vécu en France. L'avis ajoute utilement que, « *cette condition étant acquise, la nationalité française peut, dès lors, être réclamée sur le fondement de ce texte après la majorité, sous réserve de justifier d'une résidence habituelle en France au jour de la souscription de la déclaration, sans qu'il soit exigé une résidence habituelle continue en France entre la date de la majorité et celle de la souscription de la déclaration* » (*ibid.* ; nous soulignons).

Il est appréciable que l'avis précise les raisons l'ayant conduit à rejeter l'interprétation contraire qui, quant à elle, exigeait « *une résidence habituelle continue en France, depuis l'âge de six ans jusqu'à la date de la souscription de la déclaration* » (§ 7 ; nous soulignons). Une telle interprétation, selon la Cour, « *ne permettrait pas de réaliser les objectifs de législateur, tant sous l'angle de la simplification par rapport à la procédure de naturalisation que sous celui de l'égalité au sein des fratries* » (*ibid.*). En effet, cette autre interprétation de l'article 21-12-2 du Code civil aurait même engendré une rupture d'égalité au sein des fratries dont l'un des frères ou l'une des sœurs est déjà Français(e), « *dès lors qu'une résidence habituelle à l'étranger après la majorité ne produit aucun effet sur la nationalité française [de ce] frère ou [de cette]*

sœur devenu français en raison de sa naissance et de sa résidence en France » (*ibid.*).

L'avis rendu par la Cour de cassation permet, ainsi, d'apporter une réponse claire à une question de pur droit qui, en pratique, pose de sérieuses difficultés dans la mesure où, suivant l'interprétation retenue, les conséquences pourraient différer de manière très significative pour les intéressés. Bien évidemment, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, de laquelle émane cette demande d'avis,

n'est pas contrainte de suivre la position de la Haute juridiction. L'on imagine cependant que, comme le veut la tradition, elle s'y soumette. La Cour régulatrice a fait preuve de beaucoup de pédagogie et il serait malvenu qu'une juridiction du fond vienne contrarier la volonté du législateur, laquelle a été très nettement mise en exergue par la Cour de cassation. ■

Sébastien CACIOPPO

En bref...

→ RJPF 296-9

Inopposabilité à l'enfant mineur de la désuétude de l'article 30-3 du Code civil si elle n'a pas été opposée à son parent au jour de l'introduction de l'action déclaratoire

Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2024, n° 23-19.405, B

Le premier alinéa de l'article 30-3 du Code civil dispose : « lorsqu'un individu réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés pendant plus d'un demi-siècle, cet individu ne sera pas admis à faire la preuve qu'il a, par filiation, la nationalité française si lui-même et celui de ses père et mère qui a été susceptible de la lui transmettre n'ont pas eu la possession d'état de Français ». La désuétude, posée par ce texte, peut-elle être opposée à un enfant mineur au jour de l'introduction de l'action déclaratoire si elle n'a pas été opposée à l'ascendant dont il prétend tenir la nationalité française ?

En l'espèce, les représentants légaux d'un enfant mineur, né en Algérie, ont

introduit en son nom une action déclaratoire de nationalité française, son père ayant obtenu par filiation maternelle cette même nationalité. Or la cour d'appel a estimé que la désuétude était opposable à l'enfant mineur, dans la mesure où les conditions de l'article 30-3 précité étaient réunies, et ce quand bien même cette désuétude n'a pas été opposée à son père. Cette solution est censurée par la Cour de cassation, selon laquelle « la désuétude de l'article 30-3 du Code civil ne peut être opposée à des enfants mineurs au jour de l'introduction de l'action déclaratoire si elle ne l'a pas été à leur auteur » (§ 4). S. C.

→ RJPF 296-10

Refus de renvoi d'une QPC : une mesure de rétention administrative n'est ni une sanction ni une peine

Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2024, n° 24-40.025, D

La cour d'appel de Paris a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative aux dispositions de l'article L. 742-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui, pour rappel, énoncent les conditions

justifiant la prolongation d'un maintien en rétention au-delà de soixante jours en précisant, notamment, que le juge judiciaire peut être saisi en cas de menace pour l'ordre public. Selon la QPC, ce texte serait inconstitutionnel en ce qu'il entrerait en contradiction avec les dispositions des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dès lors que la prolongation d'un maintien en rétention n'implique « *nullement pour le juge judiciaire de déclarer coupable un homme bien qu'il s'agisse de lui infliger une mesure privative de liberté à durée déterminée qui présente les caractères d'une peine, sur la base de la simple menace que l'individu ferait peser sur l'ordre public hors de toute déclaration de culpabilité* » (§ 3). Bien que la disposition incriminée du CESEDA n'ait jamais été déclarée conforme à la Constitution, il n'en demeure pas moins que la question posée n'est pas nouvelle et qu'elle ne présente pas un caractère sérieux. Ainsi, la Haute juridiction refuse de la renvoyer au Conseil constitutionnel. En effet, quand bien même l'article L. 742-5 du CESEDA prévoit la possibilité de saisir le juge en cas de menace pour l'ordre public, « *l'ajout de cette situation ne modifie pas la nature de la rétention administrative, qui, bien que constituant une privation de liberté le temps strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'éloignement, ne s'analyse pas comme une sanction ou une peine* » (§ 8). S. C. ■

→ RJPF 296-11

Diffamation publique : nouvelle illustration de l'assouplissement de l'appréciation de la bonne foi

Cass. crim., 10 déc. 2024, n° 23-84.716, D



Par Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille



et Sébastien CACIOPPO

Docteur en droit privé

Enseignant à l'Université d'Avignon

- Base factuelle suffisante • Bonne foi • Diffamation • Prudence dans l'expression

FAITS ET PROCÉDURE

Sur son compte Facebook, une personne a mis en ligne une publication visant l'Office public de l'habitat du Nord (l'OPH du Nord) comme ayant été « *souvent condamné pour la mise en location de logements insalubres et inadaptés* » (nous soulignons). L'OPH du Nord a fait citer, devant le tribunal correctionnel, l'auteur de ces propos du chef de diffamation publique. Si la cour d'appel a estimé que la mise en location de logements insalubres constitue un sujet d'intérêt général et que la publication litigieuse s'inscrivait dans un but légitime d'information du public, en revanche, elle refusa au prévenu le bénéfice de la bonne foi. En effet, les juges de second degré ont considéré que les propos litigieux étaient imprudents et qu'ils ne reposaient sur aucune base factuelle suffisante, leur auteur n'ayant produit qu'un article de presse faisant état d'une condamnation de l'OPH du Nord, ainsi qu'un arrêt d'appel condamnant ce même organisme. Pour la cour d'appel, l'emploi du terme « *souvent* », dans la publication litigieuse, était en décalage par rapport à la réalité dans la mesure où seulement deux condamnations de l'OPH du Nord pouvaient être recensées des sources produites par le prévenu. Ce dernier a ainsi formé un pourvoi en cassation.

SOLUTION

Sur le fondement des articles 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la Cour de cassation rappelle que, « *si c'est au seul auteur d'imputations diffamatoires qui entend se prévaloir de sa bonne foi d'établir les circonstances particulières qui démontrent cette exception, celle-ci ne saurait être*

légalement admise ou rejetée par les juges qu'autant qu'ils analysent les pièces produites par le prévenu et énoncent précisément les faits sur lesquels ils fondent leur décision » (§ 8). Or en l'espèce, selon la Haute juridiction, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision dans la mesure où elle a, elle-même, constaté que « le prévenu avait produit des articles de presse d'où il résultait que l'OPH du Nord avait été condamné au moins deux fois pour la location de logements insalubres » (§ 12) ; ainsi, elle « *ne pouvait exclure que les propos reposaient sur une base factuelle suffisante* » (*ibid.*).

ANALYSE

Avec l'exception de vérité, dont le régime est fermement encadré par les dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, l'exception de bonne foi, furtivement évoquée par le sixième alinéa du même texte, permet à l'auteur du propos diffamatoire d'assurer sa défense en démontrant qu'il disposait, au jour de la publication litigieuse, d'éléments suffisamment solides qui l'ont assuré de l'exactitude des faits imputés à la victime. C'est donc au prévenu de démontrer sa bonne foi, le juge ne pouvant prendre à cette fin aucune initiative procédurale (Cass. crim., 28 févr. 2012, n° 08-83.926 et 08-83.978, Bull. crim., n° 55). Or contrairement à l'exception de vérité dont les conditions de mise en œuvre sont clairement posées par la loi, les critères de la bonne foi, exception d'origine jurisprudentielle, ont été dégagés par le juge.

La jurisprudence française considère que l'exception de bonne foi ne peut être utilement soulevée par le prévenu que lorsque quatre critères sont cumulativement réunis : les propos diffamatoires doivent ainsi relever d'un motif d'information légitime (1), résulter d'une enquête sérieuse (2), être formulés de façon prudente et objective (3) et, enfin, être dépourvus d'animosité personnelle (4). Or de son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a parallèlement développé une autre conception de la bonne foi fondée, quant à elle, sur deux conditions cumulatives : les propos litigieux doivent, d'une part, reposer sur une base factuelle suffisante et, d'autre part, s'inscrire dans le cadre d'un sujet d'intérêt général. L'articulation des conceptions française et européenne de la bonne foi s'est révélée délicate au niveau des juridictions internes, mais il apparaît que ces dernières délaissent progressivement l'approche nationale pour se référer, prioritairement, à celle de la Cour européenne. Plus exactement, les juridictions françaises ont souvent tendance à envisager les critères du droit français sous le prisme des critères européens, en englobant parfois les premiers au sein des seconds.

La condition française exigeant un *but légitime d'information* est ainsi appréhendée à l'aune de la condition européenne relative à l'existence d'un *sujet d'intérêt général*. C'est clairement ce qui ressort de l'arrêt commenté lorsque la Cour de cassation souligne

que, « pour refuser le bénéfice de la bonne foi [à l'auteur de la publication litigieuse], l'arrêt [d'appel] retient que la problématique des logements insalubres mis en location constitue un sujet d'intérêt général et que les propos incriminés s'inscrivent dans un but légitime d'information » (§ 9 ; nous soulignons).

S'agissant des trois autres conditions du droit français, elles semblent aujourd'hui intimement liées à la seconde condition européenne, relative à l'existence d'une *base factuelle suffisante*. Ce phénomène de « fusion » transparaît effectivement à la lecture de la décision sous analyse, où le critère français de *prudence dans l'expression* est examiné en contemplation dudit critère européen. C'est ainsi que la Haute juridiction indique que « *les juges [d'appel] relèvent que (...) les propos litigieux sont imprudents et ne disposent pas d'une base factuelle suffisante* » (§ 10 ; nous soulignons).

En l'espèce, il n'était nullement remis en cause que les propos litigieux s'inscrivaient dans le cadre d'un sujet d'intérêt général et que, à ce titre, leur publication relevait d'un but légitime d'information du public. En revanche, il était question de savoir s'ils reposaient sur une base factuelle suffisante.

Le critère français relatif à l'existence d'une enquête sérieuse a longtemps conduit la Cour de cassation à considérer que « *le devoir d'objectivité du journaliste lui impose de vérifier préalablement l'exactitude des faits qu'il publie* » (Cass. crim., 26 nov. 1991, n° 90-83.897, Bull. crim., n° 438). Néanmoins, depuis une vingtaine d'années, la Haute juridiction a délaissé cette conception rigide pour envisager cette condition d'enquête sérieuse de manière beaucoup plus souple, à la lumière du critère européen relatif à l'existence d'une base factuelle suffisante. Autrement dit, pour reprendre les termes d'Emmanuel Dreyer, « *depuis lors, il suffit à celui qui s'est exprimé de justifier, sous couvert de vérifications des sources, d'une base factuelle "suffisante"* » et, « *lorsqu'une telle base est relevée par les juges du fond, la Cour de cassation a désormais tendance à considérer qu'une enquête sérieuse a nécessairement été menée avant la publication du propos* » (Dreyer E., Droit de la communication, LexisNexis, coll. Manuels, 2^e éd., 2022, n° 1318, p. 762). Par exemple, les juges du Quai de l'Horloge ont pu estimer, dans un arrêt du 8 août 2018, que des « *imputations litigieuses, présentées comme déjà publiées dans d'autres organes de la presse nationale, reposaient sur une base factuelle suffisante, et dès lors qu'en pareil cas, il appartient aux juges d'apprécier moins strictement les critères ordinaires de la bonne foi* » (Cass. crim., 8 août 2018, n° 17-82.893).

La décision commentée s'inscrit pleinement dans ce sillon juridique prudentiel. Dans la mesure où elle « *constatait que le prévenu avait produit des articles de presse d'où il résultait que l'OPH du Nord avait été condamné au moins deux fois pour la location de logements insalubres* », la cour d'appel « *ne pouvait exclure que*

les propos reposaient sur une base factuelle suffisante » (§ 12). Un parallèle évident peut être établi entre la solution commentée et celle, précitée, issue de l'arrêt du 8 août 2018. En effet, dès lors que les propos diffamatoires sont inspirés de publications de presse antérieures, ils reposent sur une base factuelle suffisante et l'on considère donc, implicitement, qu'une enquête sérieuse a été menée.

Or de tels propos, qui ne reposent en fin de compte que sur un nombre très réduit de publications de presse, peuvent-ils néanmoins être qualifiés de prudents ? En l'espèce, la cour d'appel reprochait au prévenu d'avoir désigné l'OPH du Nord comme ayant été « *souvent condamné pour la mise en location de logements insalubres et inadaptés* » (nous soulignons). Selon les juges du fond, l'emploi du terme « *souvent* » était ici inadapté, dans la mesure où ledit OPH n'avait fait l'objet, selon les sources produites par l'intéressé, que de deux condamnations pour de tels faits. Cependant, la Cour de cassation élude totalement cette question et se limite à affirmer que les propos incriminés reposaient sur une base factuelle suffisante – ce qui est apparemment suffisant pour admettre au profit du prévenu le bénéfice de la bonne foi. Si comme nous l'avons antérieurement indiqué, cette exigence d'une prudence dans l'expression des propos est aujourd'hui envisagée à l'aune du critère européen relatif à l'existence d'une base factuelle suffisante, il n'en demeure pas moins que, en l'espèce, la question de la caractérisation de cette condition traditionnelle du droit français pouvait valablement se poser et méritait, en conséquence, une réponse à part entière.

Pourquoi, donc, la Cour de cassation n'y répond-elle pas ? D'aucuns pourraient interpréter ce silence comme une volonté d'exclure définitivement de l'appréciation de la bonne foi ce critère de la prudence dans l'expression. La tendance actuelle étant à la maximisation de la liberté d'expression – comme en témoigne, par exemple, la solution dégagée par l'Assemblée plénier dans l'affaire remarquée de *L'Infamille* (Cass. ass. plén., 17 nov. 2023, n° 21-20.723, B+R, RJPF 2024-285/2, obs. Cacioppo S.) –, le juge ne devrait donc plus s'embarrasser de cette condition désuète qui aurait pour effet de restreindre les contours de la liberté d'expression en l'aseptisant et en la cantonnant aux seuls propos modérés, voire policiés. Après tout, ce critère de la prudence dans l'expression ne serait-il pas contraire à la conception de la Cour européenne en matière de liberté d'expression, conception selon laquelle « *tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général* » peut « *recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immoderé dans ses propos* » (CEDH, gde ch., 22 oct. 2007, n° 21279/02 et 36448/02, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, § 56) ? ■

Sébastien CACIOPPO

En bref...

→ RJPF 296-12

Piqûre de rappel : en matière de diffamation, l'imputation de faits pénalement répréhensibles est automatiquement attentatoire à l'honneur ou à la considération

Cass. crim., 26 nov. 2024, n° 23-84.015, D

En matière de diffamation, dès lors que le fait imputé est constitutif d'une infraction pénale, il s'en déduit automatiquement une atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. L'arrêt rapporté est une nouvelle illustration de cet automatisme. La Cour de cassation constate que, en l'espèce, les propos incriminés imputaient à un magistrat d'avoir, dans l'exercice de ses fonctions, fait obstacle à la manifestation de la vérité dans le cadre de plusieurs enquêtes dont il était chargé, et ce pour se soumettre aux volontés du Président de la République dont il attendait, s'il venait à être réélu, une récompense. De manière péremptoire, la Haute juridiction affirme qu'« *il s'agit donc d'un comportement susceptible*

d'être pénalement réprimé, portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la partie civile » (§ 13).

Cela étant, rappelons qu'une atteinte à l'honneur ou à la considération peut également se déduire de l'imputation d'un fait qui n'est pas constitutif d'une infraction pénale. Or en pareille hypothèse, le juge se doit d'examiner si le comportement imputé apparaît comme étant contraire à la morale commune ou aux valeurs sociales communément admises, ce qui implique de sa part une analyse bien plus délicate.

S. C.

→ RJPF 296-13

Vie privée contre liberté d'expression : application du critère relatif au comportement antérieur de la victime vis-à-vis des médias

TJ Paris, 27 nov. 2024, n° 23/13613

Le comportement antérieur de la victime vis-à-vis des médias constitue l'un des critères, dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme, permettant d'opérer le contrôle de proportionnalité entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée.

Le jugement rapporté du Tribunal judiciaire de

Paris offre une illustration de l'application concrète de ce critère, dans une banale affaire opposant une mannequin à un organisme de presse *people* ayant révélé, photographies volées à l'appui, des informations relatives à sa vie sentimentale. En l'espèce, pour fixer le montant de la réparation allouée à la demanderesse en raison des atteintes constatées à sa vie privée et à son image, les juges parisiens ont tenu compte de ce que l'intéressée « *a l'habitude de s'exprimer largement sur sa vie privée, notamment sur sa vie sentimentale, ses projets personnels comme son désir d'enfants, sa maternité ou encore son état psychologique, tant par le biais d'interviews, d'un livre autobiographique que de publications sur son compte Instagram* ». Le fait de s'épancher publiquement sur son intimité peut ainsi conduire le juge à relativiser la gravité de l'atteinte au droit à la vie privée, lorsque ce droit est en conflit avec la liberté d'expression. Ainsi, dans l'affaire qui nous occupe, le tribunal a estimé que « *cette complaisance à l'égard des médias est de nature à attiser la curiosité du public et à nuancer la sensibilité [de la demanderesse] à l'évocation d'éléments relevant de sa vie privée par un magazine ainsi que l'importance qu'elle accorde à la protection de celle-ci* ». Avis aux célébrités en tout genre : gardez votre intimité pour vous !...

S. C. ■



Par Fanny HARTMAN

Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, membre du CEPRISCA

→ RJPF 296-14

L'incidence du consentement du débiteur dans la détermination des modalités d'exécution de la prestation compensatoire par le juge

Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2024, n° 22-19.154, B

- Appréciation souveraine des juges du fond • Article 274 du Code civil • Cession forcée • Divorce • Prestation compensatoire • Subsidiarité

La subsidiarité des modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par le 2^e de l'article 274 du Code civil est cantonnée aux seuls cas dans lesquels le débiteur n'y consent pas. Lorsque le débiteur consent à l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien, le juge du divorce retrouve son pouvoir souverain pour déterminer les modalités d'exécution de la prestation compensatoire les plus appropriées.

Par un arrêt du 20 novembre 2024, publié au *Bulletin*, la première chambre civile a utilement précisé l'incidence que pouvait avoir le consentement du débiteur sur les modalités d'exécution de la prestation compensatoire retenues par le juge du divorce.

FAITS ET PROCÉDURE

Dans cette affaire, un ex-époux a été condamné à verser à son ex-épouse, à titre de prestation compensatoire, une somme en capital de 265 650 euros devant s'exécuter par l'attribution d'un droit temporaire d'usage et d'habitation jusqu'au 6 juillet 2029 sur un bien immobilier appartenant en propre à celui-ci, valorisé au même montant.

Selon la cour d'appel, dans la mesure où les pièces du dossier ne permettaient pas d'établir que l'ex-époux disposait de liquidités suffisantes pour lui permettre de régler la somme correspondante, conformément aux dispositions de l'article 274, 1^o du Code civil, cette prestation compensatoire devait s'exécuter par le biais d'une attribution temporaire d'un droit d'usage et d'habitation d'un appartement lui appartenant, conformément à sa proposition.

L'ex-épouse a contesté une telle modalité d'exécution de la prestation compensatoire retenue par les juges du fond.

Selon le pourvoi formé par elle, il appartenait à son ex-époux de rapporter la preuve qu'il ne disposait pas de liquidités suffisantes pour lui permettre de régler le montant de la prestation compensatoire, soit la somme de 265 650 euros, ou qu'il n'offrait pas de garanties suffisantes pour un règlement par versements périodiques dans les conditions prévues à l'article 275 du Code civil.

Dit autrement, la cour d'appel aurait méconnu le caractère subsidiaire des dispositions prévues à l'article 274, 2^e du Code civil et aurait violé les règles relatives à la charge de la preuve de l'article 1353 du Code civil.

Il revenait donc à la Cour de cassation de se prononcer sur l'incidence de la volonté du débiteur de la prestation compensatoire sur les modalités d'exécution de celle-ci.

Si le débiteur de la prestation compensatoire consent à exécuter ladite prestation sous la forme de l'attribution d'un bien en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou encore d'un usufruit portant sur un bien, la hiérarchie entre les différentes modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues à l'article 274 du Code civil doit-elle encore être observée par le juge du divorce ?

SOLUTION

Une réponse négative a été retenue par la première chambre civile dans l'arrêt sous examen. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 274 du Code civil, la Cour de cassation a décidé que : « *la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, aux termes de laquelle l'atteinte au droit de propriété qui résulte de*



l'attribution forcée prévue par le 2^o de l'article 274 du Code civil ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital de sorte qu'elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1^o n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation, ne s'applique qu'en l'absence de consentement du débiteur à l'attribution envisagée, le juge retrouvant, dans le cas contraire, son pouvoir souverain pour déterminer les modalités d'exécution de la prestation compensatoire en capital qu'il estime les plus appropriées».

ANALYSE

C'est dire que la subsidiarité des modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues au 2^o de l'article 274 du Code civil est désormais cantonnée aux seuls cas dans lesquels le débiteur ne consent pas à de telles modalités (I). S'il y consent, le juge du divorce détermine souverainement quelle est la modalité d'exécution de la prestation compensatoire qui se trouve être la plus appropriée en l'espèce (II).

I – LE RESPECT DE LA HIÉRARCHIE ENTRE LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE PAR LE JUGE EN L'ABSENCE DE CONSENTEMENT DU DÉBITEUR

Dans l'arrêt sous examen, la Cour de cassation a précisé que les modalités d'exécution de la prestation prévues par le 2^o de l'article 274 du Code civil sont subsidiaires par rapport à celles prévues par le 1^o du même texte en l'absence de consentement du débiteur.

Rappelons que l'article 274 du Code civil prévoit que : « *Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes :* »

1^o Versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l'article 277 ;

2^o Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation ».

Ce texte ne pose aucune hiérarchie entre les différentes modalités d'exécution de la prestation compensatoire.

Cette hiérarchie résulte d'une décision du Conseil constitutionnel n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011⁽¹⁾. Dans cette décision, le Conseil a considéré que les modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues à l'article 274, 2^o du Code civil étaient constitutionnelles

⁽¹⁾ Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, AJ fam. 2011, p. 426, obs. Régis N., RTD civ. 2011, p. 565, obs. Revet Th., RTD civ. 2011, p. 750, obs. Hauser J., Dr. famille 2011, comm. 148, obs. Larribau-Terneyre V.

tout en formulant une réserve. L'attribution d'un bien en propriété ou d'un droit portant sur un bien ne constitue une mesure proportionnée au but d'intérêt général que si elle est une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation en capital. « *Par conséquent, elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1^o n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation* ».

C'est dire que le Conseil constitutionnel a instauré une hiérarchie entre les modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues à l'article 274 du Code civil : primauté au versement d'une somme et subsidiarité de l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien.

La Cour européenne des droits de l'homme a retenu une solution identique⁽²⁾.

Le principe d'une hiérarchie entre les modalités d'exécution admis, il restait encore à déterminer si l'impossibilité pour le débiteur de verser une somme devait faire l'objet d'une décision spéciale et motivée de la part des juges du fond ? Ou fallait-il considérer que du moment où le juge a décidé de fixer la prestation compensatoire sous la forme de l'attribution d'un bien ou d'un droit portant sur un bien, il a nécessairement et implicitement estimé que le débiteur n'était pas en mesure de verser un capital ?

C'est la première alternative qui a été retenue par la Cour de cassation. Depuis la décision du Conseil Constitutionnel du 13 juillet 2011, la Haute juridiction veille scrupuleusement au respect de la hiérarchie entre les modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par la loi et sanctionne les juges du fond qui ont permis l'attribution d'un bien en propriété ou un droit sans avoir constaté au préalable que les modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par le 1^o de l'article 274 du Code civil n'étaient pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation⁽³⁾. La solution doit être pleinement approuvée car sans décision spéciale et motivée des juges du fond, le risque serait grand de voir disparaître le caractère subsidiaire des modalités prévues par le 2^o de l'article 274 du Code civil.

Toutefois, cette exigence est désormais cantonnée aux hypothèses dans lesquelles le débiteur n'a pas consenti à l'attribution d'un bien ou d'un droit portant sur un bien.

C'est ce que nous enseigne la première chambre civile dans l'arrêt rapporté. La Cour de cassation a en effet décidé dans cet arrêt que la subsidiarité des modalités d'exécution prévues au 2^o de l'article 274

⁽²⁾ CEDH, 10 juill. 2014, n° 4944/11, *Milhau c/ France*, RJPF 2014-11/13, obs. Garé Th., JCP G 2014, doctr. 953, obs. Bosse-Platière H., AJ fam. 2014, p. 497, obs. Régis N., RTD civ. 2014, p. 841, obs. Marguénaud J.-P., RTD civ. 2014, p. 869, obs. Hauser J.

⁽³⁾ Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-15.760, Bull. civ. I, n° 95, Dr. famille 2014, comm. 107, obs. Binet J.-R., AJ fam. 2014, p. 558, obs. Thuret S., D. 2014, p. 1203, D. 2015, p. 649, obs. Douchy-Oudot M., RTD civ. 2014, p. 630, obs. Hauser J., RTD civ. 2014, p. 688, obs. Dross W. ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-22.740, RJPF 2015-1/13, Dr. famille 2015, comm. 2, obs. Réglier A.-Cl. ; Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 2015, n° 14-11.575, Bull. civ. I, n° 90, RJPF 2015-6/17, obs. Garé Th., D. 2015, p. 922, D. 2016, p. 674, obs. Douchy-Oudot M., RTD civ. 2015, p. 594, obs. Hauser J., Dr. famille 2015, comm. 116, obs. Réglier A.-Cl. ; Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2016, n° 14-29.630, RJPF 2016-9/20, obs. Garé Th., RTD civ. 2016, p. 596, obs. Hauser J. ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 16-13.139, RJPF 2017-5/27, obs. Garé Th., Dr. famille 2017, comm. 95, obs. Gayet M. ; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2018, n° 17-22.645, RJPF 2018-10/24, obs. Garé Th., AJ fam. 2018, p. 469, Dr. famille 2018, comm. 254, obs. Berthie C.

du Code civil « *ne s'applique qu'en l'absence de consentement du débiteur à l'attribution envisagée* ».

Que faut-il alors entendre par « *absence de consentement* » ? Le débiteur doit-il s'être expressément opposé à l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien comme modalité d'exécution de la prestation compensatoire mise à sa charge ? Ou son seul silence suffit à considérer qu'il n'a pas effectivement consenti à ladite attribution et donc que le juge doit respecter le principe de subsidiarité entre les modalités prévues à l'article 274 du Code civil ?

La référence à l'absence de consentement du débiteur, sans aucune autre précision, signifie que seul le consentement exprès du débiteur à l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien est de nature à permettre au juge du divorce de retrouver son pouvoir d'appréciation pour déterminer les modalités d'exécution de la prestation compensatoire en capital qu'il estime les plus appropriées, sans être lié par une quelconque hiérarchie.

Un tel cantonnement de la hiérarchie entre les modalités d'exécution de la prestation compensatoire en cas de refus ou de silence du débiteur est pleinement fondé. C'est l'atteinte portée au droit de propriété du débiteur par la cession forcée qui a conduit le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme à ériger un principe de subsidiarité des modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par le 2^e de l'article 274 du Code civil. En effet, la constitutionnalité et la conventionnalité de ce texte ont été appréciées à l'aune de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'on retrouve d'ailleurs à l'article 274, 2^e du Code civil le terme de « *cession forcée en faveur du créancier* », lequel implique l'absence de tout consentement de la part du débiteur⁽⁴⁾.

C'est donc en l'absence de consentement du débiteur que le juge peut décider par une décision spéciale et motivée que la prestation compensatoire prendra la forme de l'attribution d'un bien ou d'un droit portant sur un bien si et seulement si une telle modalité est subsidiaire. En revanche, une telle subsidiarité n'est plus si le débiteur y consent.

II – UNE APPRÉCIATION SOUVERAINE DES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE PAR LE JUGE EN CAS DE CONSENTEMENT DU DÉBITEUR

Dans l'arrêt sous examen, la Cour de cassation a précisé que la hiérarchie entre les modalités d'exécution « *ne s'applique qu'en l'absence de consentement du débiteur à l'attribution envisagée, le juge retrouvant, dans le cas contraire, son pouvoir souve-* »

(4) Cass. 1^e civ., 12 nov. 2009, n° 08-19.166, Bull. civ. I, n° 225, JCP G 2010, 34, n° 6, obs. Bosse-Platière H., AJ fam. 2010, p. 83, obs. David S., Dr. famille 2010, comm. 15, note Larribau-Terneyre V., Defrénois 2010, p. 866, obs. Massip J., RLDC 2010/67, n° 3686, obs. Pouliquen E., RTD civ. 2010, p. 90, obs. Hauser J., RJPF 2010-2/25, obs. Garé Th. La Cour de cassation a rappelé dans cet arrêt que l'attribution d'un bien en propriété ne requiert pas l'accord du débiteur de la prestation compensatoire, hors le cas où le bien a été reçu par le débiteur de la prestation compensatoire par succession ou donation.

rain pour déterminer les modalités d'exécution de la prestation compensatoire en capital qu'il estime les plus appropriées ».

L'on comprend dès lors que la volonté du débiteur va désormais avoir une incidence sur les modalités d'exécution de la prestation compensatoire. Si ce dernier consent à l'attribution d'un bien ou d'un droit sur un bien, propre ou commun, le juge va pouvoir souverainement choisir la modalité d'exécution de la prestation compensatoire qui lui semble être la plus appropriée, sans être tenu de respecter le principe de subsidiarité et donc sans devoir rendre une décision spéciale et motivée sur ce point.

Une telle incidence du consentement du débiteur sur les modalités d'exécution de la prestation compensatoire a toujours existé dans une certaine mesure. En effet, l'article 274, 2^e du Code civil prévoit que le consentement du débiteur est exigé pour l'attribution d'un bien reçu par donation ou par succession. Une telle prise en compte de la volonté du débiteur sur les modalités d'exécution de la prestation compensatoire se justifie en ce cas par l'idée de conservation des biens de famille.

Or, dans l'arrêt sous examen, l'incidence de la volonté du débiteur sur les modalités d'exécution de la prestation compensatoire ne se justifie pas autrement que par la seule absence d'atteinte portée au droit de propriété. Ce qui revient finalement à concéder une large place à la volonté du débiteur dans la détermination des modalités d'exécution de la prestation compensatoire.

Dès lors se pose la question de la prise en compte de la volonté du créancier de la prestation compensatoire. Dans certaines hypothèses, le consentement du créancier est lui aussi requis. La Cour de cassation a décidé que le juge du divorce ne pouvait déroger aux modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par la loi qu'avec l'accord des deux parties⁽⁵⁾. Encourt donc la censure l'arrêt ayant accordé à l'ex-épouse une prestation compensatoire prenant la forme de la jouissance gratuite de l'appartement ayant constitué le domicile conjugal pendant une durée de 5 ans, à charge de payer la moitié des crédits et la moitié des taxes et charges incombant au propriétaire, ainsi que la totalité des charges et taxes incombant au locataire. De telles modalités d'exécution de la prestation compensatoire ne pouvaient être prononcées par le juge qu'avec l'accord de l'ex-épouse⁽⁶⁾.

Au surplus, le consentement du créancier de la prestation compensatoire était requis lorsque le juge entendait fixer la prestation compensatoire sous une autre forme que l'attribution d'une somme avant la loi du 30 juin 2000⁽⁷⁾. L'abandon d'un bien en propriété devait alors être accepté par le débiteur de la prestation compensatoire, mais aussi par le créancier⁽⁸⁾.

(5) Cass. 2^e civ., 5 nov. 1986, n° 85-15.421, Bull. civ. II, n° 158 ; Cass. 2^e civ., 12 juin 1996, n° 94-13.544 ; Cass. 1^e civ., 19 avr. 2005, n° 03-16.140, Bull. civ. I, n° 190, RJPF 2005-7•8/27, obs. Garé Th., RTD civ. 2005, p. 579, obs. Hauser J., Cass. 1^e civ., 23 juin 2010, n° 09-13.872, RJPF 2010-9/25, Dr. famille 2010, comm. 128, obs. Larribau-Terneyre V.

(6) Cass. 2^e civ., 25 mai 1993, n° 91-20.247, Bull. civ. II, n° 182, Defrénois 1994, p. 1440, obs. Massip J.

(7) Cass. 2^e civ., 18 mars 1981, n° 80-11.168, Bull. civ. II, n° 89 ; CA Paris, 10 nov. 1978, D. 1979, p. 128, note Massip J. ; Cass. 2^e civ., 18 mars 1998, n° 96-11.389, D. 1998, I.R., p. 100.

(8) Cass. 2^e civ., 11 mars 1982, n° 81-10.140, Bull. civ. II, n° 43, D. 1982, IR, p. 266, Defrénois 1983, p. 33022, n° 4, obs. Massip J. ; CA Amiens, 11 juin 1979, JCP 1980, II, 19294, note Dagot M. ; CA Versailles, 23 mai 1980, Gaz. Pal. 1984, 1, somm. 32.



Cette exigence est-elle toujours d'actualité ? Une réponse négative doit être apportée à cette question. Dans l'arrêt rapporté, l'ex-épouse, créancière de la prestation compensatoire, contestait la prestation compensatoire fixée par le juge sous la forme d'une attribution temporaire d'un droit d'usage et d'habitation d'un appartement appartenant au débiteur. Si le consentement du débiteur a permis au juge de choisir une telle modalité d'exécution de la prestation compensatoire, comme étant la plus appropriée, la volonté du créancier n'a aucunement été prise en compte.

Dès lors, soit les deux ex-époux s'entendent et ils ont alors toute latitude pour prévoir des prestations compensatoires conventionnelles qui seront soumises à homologation du juge⁽⁹⁾. Soit ils ne s'entendent pas et seule la volonté du débiteur a une incidence sur le choix des modalités d'exécution de la prestation compensatoire.

En définitive, le créancier de la prestation compensatoire n'a plus qu'à espérer que le caractère approprié de la modalité d'exécution de la prestation compensatoire choisi par les juges du fond suffise à prendre également en compte ses intérêts.

À cet égard, les juges du fond ne devront pas perdre de vue que la prestation compensatoire est destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives⁽¹⁰⁾ et que l'objectif des dernières réformes en la matière est d'éviter le contentieux d'après-divorce. Ainsi, si le versement d'un capital est possible et qu'il présente toutes les garanties pour le créancier, il constitue certainement la modalité d'exécution de la prestation compensatoire la plus appropriée. Il peut en être de même de l'attribution d'un bien en propriété, lorsqu'elle porte sur le logement de la famille, car cette modalité permet alors au créancier de conserver son cadre de vie après le divorce. En revanche, l'attribution d'un droit temporaire ou viager d'usage, comme en l'espèce, d'habitation ou d'un usufruit peut être source de contentieux après le divorce puisqu'elle est de nature à créer des relations juridiques entre deux personnes qui aspirent à ne plus en avoir du tout. En tout état de cause, le choix opéré par les juges du fond entre les différentes modalités d'exécution de la prestation compensatoire sera difficile à remettre en cause puisque ce choix relève de leur pouvoir souverain. ■

(9) C. civ., art. 268.

(10) C. civ., art. 270, al. 1^{er}.



Par Marie-Christine LE BOURSICOT

Conseiller honoraire à la Cour de cassation

→ RJPF 296-15

La Cour de cassation donne son feu vert à l'exequatur des jugements étrangers de filiation des enfants issus d'une GPA... à certaines conditions

Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 22-20.883, B ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.001, D ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.002, B ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.017, D ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.020, D et Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2024, n° 23-50.016, B

• Exequatur • Filiation • Gestation pour autrui (GPA) • Parent d'intention • Parent non biologique

Aux termes de cinq arrêts rendus le 2 octobre 2024, concernant des couples de pères d'intention et un sixième rendu le 14 novembre 2024, concernant une mère d'intention célibataire⁽¹⁾ –, la Cour de cassation retient le principe de la reconnaissance de la décision de justice étrangère qui établit la filiation de l'enfant issu d'une gestation pour le compte d'autrui (GPA) pratiquée à l'étranger, vis-à-vis de son ou ses parents d'intention, et ce, même en l'absence de tout lien génétique avec ceux-ci, notamment lorsque le parent d'intention est une mère « solo ». Cette reconnaissance ne peut être que celle des effets que la loi étrangère donne au jugement qui établit la filiation. Par ailleurs, elle est subordonnée aux règles de tout exequatur ainsi qu'à un contrôle que l'on pourrait qualifier de léger : outre celui de l'absence de fraude, exigence commune en matière d'exequatur sur laquelle la Cour de cassation attire l'attention du juge interne, celui-ci doit s'assurer de l'identité des parties concernées et de l'existence de leur consentement à la convention de GPA.

Comme l'a exposé Hugues Fulchiron, Conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile, lors du colloque Droit international privé qui s'est tenu à la Cour de cassation le 18 novembre 2024, ces six arrêts tentent de définir un équilibre entre le contrôle du processus de la GPA pratiquée à l'étranger et l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation reconnue en France.

(1) Un septième arrêt postérieur (Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2024, n° 23-15.672) concernant l'exequatur d'un jugement d'adoption de l'État de l'Utah (USA) sera commenté dans le prochain numéro de la revue.

I – LE PRINCIPE DE RECONNAISSANCE DU JUGEMENT ÉTRANGER DE FILIATION DES ENFANTS NÉS D'UNE GPA

→ A – L'interdiction de la GPA en France et ses conséquences pour l'état civil des enfants nés d'une GPA à l'étranger

1) La portée relative de l'interdiction de la GPA par le droit français

Depuis la première loi bioéthique du 29 juillet 1994, qui avait entériné la jurisprudence de la Cour de cassation⁽²⁾, l'article 16-7 du Code civil dispose que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est frappée d'une nullité d'ordre public ; cet interdit se double de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, à l'encontre notamment de ceux qui s'entremettent entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre, ou tentent de le faire⁽³⁾. Cependant, de nombreux pays, certains très proches, la tolèrent, voire l'autorisent et la réglementent. Tolérée en Europe aux Pays-Bas, en Belgique, au Danemark, en République tchèque, elle est expressément réglementée en Grèce, au Royaume-Uni, et en Ukraine, ainsi que dans certains États des États-Unis ou du Canada. Dans certains de ces pays, l'établissement de la filiation vis-à-vis des parents d'intention s'effectue par

(2) Cass. ass. plén., 31 mai 1991 n° 90-20.105, Bull. civ. ass. plén., n° 4, D. 1991, p. 417, rapp. Chartier Y.

(3) C. pén., art. 227-12, al. 3.



jugement, dit « de filiation » (États-Unis), dans d'autres il se réalise par l'effet de la loi (province de l'Ontario au Canada, Ukraine).

Depuis la fin du siècle dernier, de nombreux couples français, de même sexe ou de sexes différents, ont donc entrepris cette démarche à l'étranger. Ce phénomène s'est accéléré avec le déclin assez brutal de l'adoption internationale, à tel point que l'on estime à plus de 1 200 par an le nombre de GPA à l'étranger, alors que celui des adoptions internationales n'était plus que de 176 en 2023⁽⁴⁾. Au fur et à mesure que l'adoption cesse d'être une option pour les couples qui désirent être parents, celle du recours à la GPA, qui leur permet d'accueillir des bébés, en bonne santé, le plus souvent reliés génétiquement au moins à l'un des parents apparaît désormais de plus en plus attractive ; et ce, d'autant plus qu'il n'y a pas à passer l'examen pour obtenir l'agrément pour adopter, agrément devenu tri sélectif et non plus éliminatoire au fil des années, compte tenu des obstacles dressés par les services départementaux pour décourager les candidats et de l'augmentation du taux de refus⁽⁵⁾.

Mais une fois l'enfant né, la difficulté pour les parents d'intention est de le faire bénéficier d'un acte de l'état civil français qui justifie de sa filiation à leur égard.

2) Le choix de la transcription à l'état civil français de l'acte de naissance de l'enfant issu d'une GPA pratiquée à l'étranger

Les couples français qui se rendent à l'étranger pour recourir à la GPA, rencontrent néanmoins un obstacle de taille, à leur retour en France, à savoir faire reconnaître le lien de filiation de l'enfant établi vis-à-vis d'eux dans son pays de naissance.

Pour que l'enfant bénéficie d'un acte de l'état civil français, ils peuvent demander que son acte de naissance établi à l'étranger, les désignant en tant que parents, soit transcrit sur les registres de l'état civil des Français nés à l'étranger, à Nantes. C'est la voie qui a été choisie dans un premier temps, au début de ce siècle. La « bataille de la transcription » aura duré 20 ans, se terminant par un sérieux coup de frein donné à une jurisprudence jugée trop permissive par le législateur, qui a tenté d'y mettre bon ordre par la loi bioéthique du 2 août 2021.

En effet, après plusieurs arrêts⁽⁶⁾ de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et son avis consultatif du 10 avril 2019⁽⁷⁾ rendu à la demande de la Cour de cassation, celle-ci, statuant en Assemblée plénière le 4 octobre 2019⁽⁸⁾, avait apparemment mis fin

à la discussion en clôturant par un happy end les 19 ans de bagarre judiciaire des époux Mennesson. Elle les a reconnus définitivement comme père et mère des jumelles nées en Californie en 2000, en exécution d'un contrat de GPA, sans requérir de la mère d'intention qu'elle sollicite l'adoption de ses enfants, – ce à quoi elle se refusait. Cette position a été confirmée par plusieurs arrêts de la première chambre civile, notamment trois décisions du 18 décembre 2019⁽⁹⁾, énonçant, au visa des articles 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant⁽¹⁰⁾ et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 47 du Code civil, qu' : « *Au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'État étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé* ». Le troisième arrêt⁽¹¹⁾ était rendu dans une espèce où le parent d'intention était un homme.

Cette motivation était reprise dans plusieurs arrêts rendus au cours de l'année 2020⁽¹²⁾. Dans un arrêt du 18 mars 2020⁽¹³⁾, la Cour de cassation avait confirmé la possibilité d'une transcription totale de l'acte de naissance à l'égard des deux parents d'intention en écartant les conditions qu'elle avait posées antérieurement, à savoir caractériser la particularité de la situation du couple et justifier de l'impossibilité ou de l'inopportunité d'une adoption. Par conséquent, la demande de transcription totale de l'acte de naissance étranger de l'enfant né d'une GPA, pourtant contraire à la réalité factuelle, ne pouvait être refusée, dès lors que cet acte était conforme aux règles d'établissement des actes d'état civil prévues par le droit étranger : considéré comme probant au sens de l'article 47 du Code civil, il pouvait, sans autre condition, être transcrit en France à l'égard des deux parents d'intention, le parent non biologique étant dispensé de recourir à l'adoption pour établir son lien de filiation.

La Cour de cassation avait apparemment capitulé en admettant la transcription totale, sans même y avoir été contrainte puisque la CEDH autorisait le recours à l'adoption pour le parent d'intention. Cependant, le législateur, sur l'initiative du Sénat, a repris la main lors du vote de la loi relative à la bioéthique du 2 août 2021⁽¹⁴⁾ et a posé à la transcription des limites dans certains cas infranchissables. Cette loi a ajouté à l'article 47 du Code civil, qui prévoit que tout acte de l'état civil des Français dressé en pays étranger dans les formes locales fait foi, sauf si cet acte est irrégulier, falsifié

(4) Mignot J.-Fr., Adoption GPA Quand les courbes se croisent, www.gynger.fr, 19 avr. 2017.

(5) Pourcentage passé de 5 % dans les années 2000 à environ 25 % en 2022, ONPE, Rapport annuel relatif à la situation des pupilles de l'État, juill. 2024.

(6) CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, RJPF 2014-11/4, obs. Le Boursicot M.-Chr. : la France est condamnée pour atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants, car « *en faisant (...) obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* » ; CEDH, 21 juill. 2016, n° 9063/14, *Foulon c/ France* et CEDH, 21 juill. 2016, n° 10410/14, *Bouvet c/ France*, RJPF 2016-11/24 ; CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ France*.

(7) CEDH, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001. Cet avis consultatif du 10 avril 2019 est le premier rendu par la CEDH, en application du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1^{er} août 2018, v. Le Boursicot M.-Chr., *Filiation GPA : un avis de la CEDH embarrassant pour les juges français*, RJPF 2019-5/25.

(8) Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, RJPF 2019-12/21, obs. Gouëzel A., RJPF 2020-1/19, obs. Le Boursicot M.-Chr.

(9) Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815, Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-12.327 et Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-14.751 et 18-50.007.

(10) CIDE, 20 nov. 1989, dite *Convention de New York*, signée par la France le 26 janvier 1990 et ratifiée le 7 août 1990.

(11) Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-12.327.

(12) Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, n° 18-15.368, B, RJPF 2020-5/24, obs. Gouëzel A. ; v. également, Le Boursicot M.-Chr., *La maternité dans tous ses états*, RJPF 2020/11 ; Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2020, n° 19-50.043, B, RJPF 2021-1/19, obs. Gouëzel A.

(13) Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, n° 18-15.368.

(14) L. n° 2021-1017, 2 août 2021.

Sélection du mois

ou que les faits ne correspondent pas à la réalité, que celle-ci « *est appréciée au regard de la loi française* ».

Au cours des débats parlementaires préalables au vote de cette loi, il a été souligné que selon la loi française, la réalité de la maternité est celle de l'accouchement. En imposant, pour reconnaître la valeur probante d'un acte d'état civil étranger et, par conséquent, pour autoriser sa transcription, que les faits qui y sont mentionnés ne soient pas contraires à la réalité telle qu'appréhendée par la loi française, le législateur a de jure interdit la transcription intégrale des actes de naissance des enfants nés de GPA, nécessairement contraires à cette réalité⁽¹⁵⁾. Désormais, pour figurer sur l'acte de naissance de l'enfant sur les registres français, le second parent, celui dit « d'intention », doit d'abord, en principe, engager une procédure d'adoption de l'enfant de son conjoint, partenaire ou concubin⁽¹⁶⁾, en principe géniteur de l'enfant, devant le tribunal judiciaire pour établir le lien de filiation à son égard.

Certes, le recours nécessaire à l'adoption par le parent d'intention ne semble pas contraire à la position de la CEDH, qui n'a pas condamné la France pour le refus de transcription de l'acte étranger, dans la mesure où le droit interne offrait une possibilité de reconnaissance du lien de filiation par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. Mais la Cour européenne, ayant observé que selon les éléments produits par le gouvernement français, la durée moyenne d'obtention d'une décision d'adoption n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple⁽¹⁷⁾, avait simultanément posé un principe de célérité, rappelé dans ses arrêts postérieurs de 2022⁽¹⁸⁾. Ce qui a conduit le Tribunal de Nantes, dans un jugement du 7 septembre 2023⁽¹⁹⁾, à écarter expressément l'article 47 modifié, après avoir relevé que le recours à la procédure d'adoption placerait l'enfant, âgé de 4 ans à la date du jugement, dans une situation particulièrement insécurisante, ce au moins une année de plus, et porterait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie familiale. En tout état de cause, si la transcription intégrale de l'acte de naissance est en principe désormais impossible, l'adoption l'est également dans certaines hypothèses.

3) Le choix de la procédure d'exequatur

Rappelons que la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger de l'enfant, certes sans contrôle juridictionnel, n'est pas de nature à établir la filiation, ce qui peut fragiliser le lien.

La transcription partielle concernant le seul parent biologique n'est pas toujours possible, notamment lorsque celui-ci n'est pas désigné dans l'acte où sont mentionnés deux pères.

En cas de transcription partielle pour le géniteur, l'adoption de l'enfant par l'autre parent d'intention nécessite l'accord du parent

(15) En effet, ces actes indiquent, comme parent, une personne autre que la femme qui a accouché de l'enfant, son mari, ou le père géniteur, qui a fourni les gamètes pour concevoir l'enfant.

(16) L. n°2022-219, 21 févr. 2022 ouvrant l'adoption aux couples non mariés.

(17) CEDH, 19 nov. 2019, n° 1462/18, *C. c/ France* et CEDH, 16 juill. 2020, n° 11288/18, *D c/ France*, RJPF 2020-10/21, note Garrigue J.

(18) CEDH, 22 nov. 2022, n° 58817/15 et 58252/15, *D.B. et autres c/ Suisse*, RJPF 2023-3/13, obs. Le Boursicot M.-Chr. ; CEDH, 6 déc. 2022, n° 25212/21, *K.K. et autres c/ Danemark*.

(19) TJ Nantes, 7 sept. 2023, n° 23/230, RJPF 2023-11/21, note Le Boursicot M.-Chr.

supposé biologique de l'enfant⁽²⁰⁾. Or, en cas de séparation après la naissance, il arrive que ce parent conteste cette qualité au parent d'intention et refuse de consentir à l'adoption.

Par ailleurs, la filiation vis-à-vis du parent d'intention est déjà le plus souvent établie dans le pays de naissance. Si un jugement d'adoption y a été rendu, il est possible d'en demander la transcription après vérification d'opposabilité par le parquet de Nantes, comme pour tout jugement d'adoption rendu à l'étranger⁽²¹⁾, en vertu du principe jurisprudentiel de la reconnaissance de plein droit des jugements rendus à l'étranger en matière d'état et de capacité des personnes⁽²²⁾. S'il y a eu jugement de filiation, comme c'est de plus en plus souvent le cas, aux USA et au Canada notamment, et dans les six espèces jugées par la première chambre civile le 2 octobre et le 14 novembre 2024, il n'est pas cohérent – ni approprié – que celui ou celle désigné comme parent légal dans ce jugement et titulaire du droit de consentir à l'adoption, sollicite l'adoption de son propre enfant par lui-même : il devrait en théorie y consentir en tant que représentant légal désigné par la loi locale.

Compte tenu des aléas de la voie de la transcription, il est logique que les parents « GPA » choisissent désormais assez souvent celle de l'exequatur : il ne s'agit pas d'une stratégie destinée à « *contourner les difficultés liées à la transcription des actes* », comme le suggère l'avocat général dans son rapport (p. 27), mais de sécuriser l'état-civil de leur enfant en France dans les meilleurs délais, en faisant reconnaître sa filiation à leur égard en France. En effet, la procédure d'exequatur a pour objectif de conférer force exécutoire en France à une décision étrangère, ce qui suppose que soit vérifiée par le juge français la régularité internationale de la décision en question. Elle permet, s'agissant d'un jugement établissant la filiation, de reconnaître celle-ci en France et sa transcription sur les registres français de l'état civil – bien que ce ne soit pas une condition préalable à cette transcription –, ou à la suite d'un refus de transcription qui aurait été opposé par les services de l'état civil de Nantes. La Cour de cassation a admis que pouvait être sollicité l'exequatur d'une décision étrangère à toutes fins utiles⁽²³⁾.

→ B – Le feu vert donné par la Cour de cassation à l'exequatur du jugement étranger de filiation des enfants nés de GPA

Les tribunaux sont saisis, par les parents d'intention, de demandes d'exequatur du jugement de filiation les désignant parents légaux, en se fondant sur l'article 509 du Code de procédure civile⁽²⁴⁾, sur le principe de la nécessaire reconnaissance de ce jugement dès lors

(20) TJ Paris, 7 déc. 2023, n° 22/36897, RJPF 2024-287/19 : cas de jumeaux nés en Ukraine, le 9 juin 2017, dans le cadre d'une GPA. Après avoir élevé les enfants ensemble, en France, le mari a quitté le domicile conjugal en emmenant les enfants, a dénié la qualité de mère à son épouse et a sollicité l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

(21) Le Boursicot M.-Chr., L'arrivée de l'enfant étranger dans sa nouvelle famille en France : la constance du principe de la reconnaissance de plein droit des jugements d'adoption rendus à l'étranger, RJPF 2019-suppl./3.

(22) Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley*, DP 1860, 1, p. 57, S. 1860, 1, 210, GADIP, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 4, p. 27 ; Cass. civ., 9 mai 1900, *de Wrede*.

(23) Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, n° 78-14.037, Bull. civ. I, n° 3.

(24) CPC, art. 509 : « *Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi* ».



qu'il est rendu régulièrement et exempt de fraude, ainsi que sur le droit de l'enfant au respect de sa vie familiale.

1) Le feu vert est donné à l'exequatur, aux conditions générales de tout exequatur

Ces conditions sont tout d'abord celles posées pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, par l'arrêt *Cornelissen*⁽²⁵⁾, à savoir vérifier la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi, conditions rappelées dans plusieurs des arrêts commentés⁽²⁶⁾.

Par ailleurs, ainsi que le rappelle l'un des arrêts du 2 octobre (pourvoi n° 22-20.883), l'ordre public international de procédure impose au juge saisi d'une demande d'exequatur de s'assurer que la décision étrangère a été rendue conformément aux principes fondamentaux du droit processuel français, notamment le respect des droits de la défense, ce qui englobe les exigences de la CEDH relatives au procès équitable, ce qui implique l'existence d'une motivation permettant cette vérification. Néanmoins, il peut être suppléé au défaut de motivation par la production de documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante et permettant au juge français d'exercer son contrôle⁽²⁷⁾. La Cour de cassation affirme « *est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante* »⁽²⁸⁾, formulation reprise mot pour mot au § 8 de l'arrêt du 2 octobre (pourvoi n° 22-20.883).

Le juge de l'exequatur apprécie souverainement si la motivation est défaillante et/ou si les documents produits peuvent servir d'équivalents⁽²⁹⁾.

2) Les conditions de motivation spécifiques à cet exequatur

Cependant, des conditions spécifiques, qui n'étaient pas requises par les arrêts relatifs à la transcription des actes de l'état civil, sont énoncées : elles figurent au § 10 de l'arrêt du 2 octobre 2024 n° 22-20.9983, seule espèce où la demande d'exequatur est rejetée. Elles sont dictées par les enjeux éthiques et juridiques de la pratique de la GPA. En effet, la première chambre civile énonce que l'existence d'une motivation s'impose, d'une part, au regard des risques de vulnérabilité des parties à la convention de GPA, au premier chef la femme gestatrice sans que cela soit exprimé, des risques inhérents à ces pratiques – trafic, commerce international d'enfants, exploitation des corps des femmes ; et, d'autre part, en considération du droit de l'enfant – dont l'intérêt supérieur doit être une consi-

dération primordiale – ainsi que de toutes les personnes impliquées, au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention EDH. La prohibition de la révision au fond n'empêche pas la révision à fin de contrôle.

Il s'agit donc tout d'abord de permettre au juge interne de savoir qui est qui, d'identifier « *les personnes mentionnées qui ont participé au projet parental d'autrui* », à savoir la gestatrice, son mari éventuellement et les parents d'intention. Comme l'a bien précisé Hugues Fulchiron, Conseiller rapporteur⁽³⁰⁾, cette formulation élimine la question de la détermination du parent biologique.

Ensuite, le juge interne doit pouvoir vérifier que les parties contractantes et en premier lieu, la mère porteuse, ont consenti à la convention de GPA, « *dans ses modalités, comme dans ses effets sur leurs droits parentaux* ». Comme l'a également précisé Hugues Fulchiron, le juge de l'exequatur doit s'assurer du consentement au processus de GPA et à ses conséquences, par exemple en matière d'autorité parentale. Mais il n'a pas à en contrôler la sincérité ni le caractère éclairé, sinon il réviserait le jugement au fond, ce qui lui est interdit ; au surplus, ce contrôle serait de nature à multiplier les obstacles pratiques à la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger.

Dans l'espèce n° 22-20.883⁽³¹⁾, la cour d'appel a retenu souverainement que la motivation du jugement canadien de filiation était défaillante, car il ne précisait pas les qualités des personnes qui y étaient mentionnées ni, le cas échéant, leur consentement à une renonciation à leurs éventuels droits parentaux ; elle a également constaté que les parents d'intention n'avaient produit aucun élément pouvant équivaloir cette motivation. La Cour de cassation l'approuve d'en avoir déduit que le jugement étranger heurtait l'ordre public international français et de refuser son exequatur⁽³²⁾.

De manière paradoxale, le juge interne devra se faire communiquer le contrat de GPA pour en vérifier l'existence, alors même que l'article 16-7 du Code civil le taxe d'une nullité d'ordre public... encourue seulement s'il a été conclu et surtout exécuté en France.

Et tout aussi paradoxalement, il incombera au juge interne de ne pas faire produire au jugement étranger des effets autres que ceux prévus par le droit local, puisque le juge saisi d'une demande d'exequatur ne peut pas rejuger au fond ce qui l'a été par son homologue étranger ou donner à ce jugement des effets qui ne sont pas ceux du droit local. Cette règle rappelée par cinq des arrêts commentés, a pour conséquence une cassation partielle des arrêts d'appel.

II – LA PORTÉE DE L'AUTORISATION DONNÉE À L'EXEQUATUR DES JUGEMENTS ÉTRANGERS DE FILIATION DES ENFANTS NÉS D'UNE GPA

➔ A – L'impossibilité de réviser le jugement étranger

Depuis la loi du 2 août 2021, un certain nombre de parents d'intention demandaient au tribunal judiciaire de leur domicile de prononcer

(25) Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, Bull. civ. I, n° 68.

(26) Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 22-20.883, § 7 ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2024, n° 23.50-016, § 10. Ainsi que par l'arrêt de la première chambre civile du 11 décembre 2024 concernant l'exequatur d'un jugement d'adoption de l'État de l'Utah (USA), Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2024 n° 23-16.672, préc. note 1.

(27) Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 1961, D. 1961, p. 577, note Holleaux, D. 1961, p. 813, note Motulsky H.

(28) Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1978, n° 76-14.843, Bull. civ. I, n° 191, JDI 1979, p. 380, note Holleaux D. ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2006, n° 04-19.031, Bull. civ. I, n° 521.

(29) Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2014, n° 13-10.553 ; Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 06-15.577, Bull. civ. I, n° 234 ; Cass. 1^{re} civ., 9 sept. 2015, n° 14-13.641, Bull. civ. I, n° 187.

(30) Lors du colloque Droit international privé du 18 novembre 2024 préc.

(31) Demande d'exequatur de la décision de la Superior Court of Justice de l'Ontario (Canada).

(32) Ce raisonnement sera repris dans l'arrêt du 11 décembre 2024 relatif à l'adoption internationale, Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2024 n° 23-16.672, préc. note 1.

l'exequatur du jugement de filiation et de juger que l'exequatur produira les effets d'une adoption plénière *erga omnes*, et ce, afin d'éviter la double procédure, celle de la transcription pour le parent rattaché génétiquement à l'enfant et celle de l'adoption pour le second parent. Il s'agissait ainsi de conférer à l'enfant une filiation juridiquement inattaquable et de nature identique pour les deux parents.

L'analyse des décisions rendues par les juridictions du fond réalisée par L. Brunet et M. Mesnil⁽³³⁾ a fait ressortir la diversité des pratiques des tribunaux.

Les juges du fond saisis d'une demande d'exequatur ont considéré pour la plupart que le jugement étranger établissant juridiquement une filiation inconnue du droit français, ne pouvait produire que les effets attachés en droit français à toute forme de filiation. Les effets de l'adoption plénière étant identiques à ceux de la filiation procréative (« par le sang » selon l'article 356 du Code civil, avant l'ordonnance n° 2022-1292 du 5 octobre 2022), il pouvait sembler cohérent de rattacher cette filiation à laquelle elle s'apparente par son mode d'établissement, à la filiation adoptive qui a pour fondement la volonté des parents et un jugement.

À partir de là, deux analyses sont apparues. Certaines juridictions ont appliqué la distinction retenue jusque-là par la CEDH et la Cour de cassation entre le parent biologique – à l'égard duquel la filiation s'établit sur le mode classique avec transcription directe à l'état civil – et le parent d'intention, contraint d'adopter l'enfant pour y être inscrit depuis l'ajout fait à l'article 47 du Code civil par la loi du 2 août 2021.

D'autres juridictions, au contraire, ont fait produire directement au jugement de filiation les effets d'une adoption plénière pour les deux parents, peu importait le lien génétique avec l'enfant avec l'un d'entre eux.

Dans cinq des espèces étudiées⁽³⁴⁾, s'agissant de GPA réalisées en Géorgie, Californie, Ohio et Nevada (États-Unis) et dans la province de Colombie britannique (Canada), la Cour d'appel de Paris avait fait droit à la demande des parents légaux désignés par un jugement de filiation étranger de faire produire à ce jugement les effets d'une adoption plénière sur le territoire français. En quelle que sorte, ce faisant, les juges du fond s'interdisaient d'admettre dans notre ordre interne un type de filiation non reconnu, voire interdit, puisque reposant sur une convention nulle et de nul effet.

La première chambre civile casse partiellement les arrêts de la Cour d'appel de Paris et met fin à la controverse naissante ; dans la logique – même paradoxe – de la reconnaissance d'une filiation fondée sur une convention de GPA, dont l'existence et la régularité au moins formelle doivent être vérifiées par le juge interne saisi de l'exequatur, elle énonce que lorsque le jugement étranger est exequaturé, la filiation qu'il établit produit les effets qui lui sont attachés conformément à la loi applicable à chacun de ses effets. La loi étrangère en effet peut prévoir des dispositions différentes selon le mode d'établissement de la filiation, adoptif ou non, que ce soit en matière de nom, d'autorité parentale, d'obligation alimentaire, voire de succession.

(33) Étude jurisprudentielle sur l'exequatur après GPA à l'étranger, AJ fam. 2023, p. 374.

(34) Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.001, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.002, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.017, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.020, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2024, n° 23.50-016, préc.

La cassation des arrêts de la Cour d'appel de Paris est partielle et sans renvoi ; elle ne remet pas en cause l'exequatur du jugement étranger.

Certes, il en résulte que les enfants pourraient ne pas avoir tous les mêmes droits selon leur lieu de naissance, mais si l'un des parents est français, ils seront français par filiation (C. civ., art. 18) et pourront se prévaloir du droit français. La solution donnée par la Cour de cassation a le mérite de la clarté : on peut penser que le jour où la GPA sera réglementée en France... Le statut des enfants nés selon ce mode de conception sera identique quel que soit leur lieu de naissance.

En tout cas, cette volonté de définir une filiation spécifique, décrochée de la biologie et de l'adoption, ne pouvait que conduire à la décision prise dans l'arrêt du 14 novembre 2024, sans doute celle qui a marqué et marquera le plus les esprits, puisqu'elle reconnaît la maternité d'une femme célibataire reposant sur la seule volonté des parties au contrat de GPA.

→ B – La reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger sans fondement biologique

Dans l'espèce jugée le 14 novembre 2024⁽³⁵⁾, était sollicité l'exequatur d'une décision de la Cour suprême de la province de Colombie britannique (Canada) du 1^{er} février 2021, disant que Mme S. est le seul parent de l'enfant E., né le 8 décembre 2019, à la suite d'une GPA conclue entre Mme S. et Mme U., et d'une conception réalisée avec les gamètes de deux tiers donneurs. La décision canadienne précisait que Mme S. aurait la garde exclusive et l'ensemble des droits et responsabilités parentaux à l'égard de l'enfant.

Dans son avis, l'avocate générale s'opposait à la reconnaissance de cette filiation, qui pose la question de la redéfinition éventuelle d'une filiation fondée uniquement sur la volonté, celle des parents dits d'intention, et qui pourrait faire obstacle à la connaissance de leurs origines par les enfants issus de telles pratiques. Selon le ministère public, la décision rendue par la juridiction canadienne est contraire à l'ordre public international français de fond parce que, en présence d'un parent d'intention qui ne justifie d'aucun lien biologique avec l'enfant, elle consacre de manière concrète une situation incompatible avec les principes de droit français considérés comme essentiels, en ce incluses les conventions internationales et la Convention européenne des droits de l'homme ; en effet, elle admet l'établissement direct, hors procédure d'adoption, d'un lien de filiation maternel entre l'enfant et une femme qui n'a pas accouché, contrairement à la loi française (C. civ., art. 311-25).

Le ministère public fait remarquer qu'issu d'un double don de gamètes, sans lien biologique avec sa mère, l'enfant est privé de tout accès à ses origines, en évoquant une « *évolution puissante vers la reconnaissance du droit de l'enfant à connaître ses origines et la vérité des conditions de son abandon, de son adoption et tout simplement de sa conception, qui prend en compte l'évolution du temps dans la vie de l'enfant, temps qui fait émerger ce besoin pour l'enfant dans la construction de son identité* ». On pourrait répondre que pour construire son identité, un enfant a d'abord besoin d'une filiation, d'un état civil, dont on ne saurait le priver en considération d'une éventuelle recherche des

(35) Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2024, n° 23.50-016, préc.



origines à l'âge adulte, envisagées ici comme génétiques, sans aucune considération pour les autres dimensions de l'identité. Au surplus, rien ne permet d'affirmer que cette recherche serait vaine, compte tenu précisément des progrès de la génétique et même de la paléogénomique : dans un proche avenir, il est probable qu'une analyse de notre patrimoine génétique permettra à chacun d'entre nous de savoir si nous avons pour ancêtres à la fois un homosapiens et une néandertalienne, puisque nous savons désormais qu'ils ont été interféconds⁽³⁶⁾... La position du parquet général, qui semblerait conférer à la famille qui éduque et élève l'enfant un rôle secondaire et à valoriser la famille « par le sang », n'est pas celle parfois reprochée à la CEDH⁽³⁷⁾, laquelle se montre bien plus nuancée lors de la mise en balance des intérêts en présence.

Certes, tous les arguments avancés jusqu'alors pourraient être repris contre la reconnaissance des effets de la GPA sur la filiation. C'est une autorisation donnée à une pratique illicite réprimée pénalement, qui demeure interdite uniquement aux ressortissants français qui auraient recours à une mère porteuse en France, ce qui peut constituer une discrimination, notamment financière.

En ce qui concerne l'ordre public international français, la première chambre répond qu'il inclut les droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction ; elle se réfère à son article 8 tel qu'interprété par la CEDH⁽³⁸⁾ ; pour en déduire que c'est bien l'ordre public international qui impose la reconnaissance du lien de filiation tant à l'égard du parent biologique que du parent d'intention, le choix des modalités de cette reconnaissance étant laissé à l'appréciation de chaque État partie à la Convention. Et c'est bien l'intérêt supérieur de l'enfant qui est alors la considération primordiale.

Par ailleurs, aucun principe essentiel du droit français n'interdit la reconnaissance d'une filiation ne correspondant pas à la vérité biologique. La possession d'état – qui s'apparente à la réalité sociologique de la filiation – est un mode d'établissement de la filiation à l'égard de chaque parent (C. civ., art. 317) ; elle peut aussi faire obstacle à une action en contestation de filiation de celui qui se prétendrait le vrai parent biologique. Il n'est pas exigé de l'auteur d'une reconnaissance paternelle, ni même du mari de la mère, qu'il soit le géniteur. Dans l'hypothèse d'une assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur, instituée par la loi de 1994, le père n'est pas relié génétiquement à l'enfant. Enfin, en ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, et en instituant la reconnaissance conjointe anticipée par ces couples, la loi bioéthique du 2 août 2021 a consacré la co-maternité de deux femmes, dont l'une obligatoirement n'a pas accouché et n'est pas la mère biologique.

Avec toutes ces exceptions, le principe invoqué de la nécessité d'un lien biologique pour établir la filiation en droit n'est plus un principe essentiel, s'il l'a été un jour en droit français.

(36) Les croisements révélateurs entre les membres du genre "homo" : Sapiens, Néandertal, Denisoviens, Le Monde, 19 nov. 2024.

(37) CEDH, 7 avr. 2022, n° 13344/20, *A. L. c/ France*, Le Boursicot M.-Chr, La vérité biologique de la filiation pèse moins dans la balance que l'intérêt supérieur de l'enfant, RJPF 2022-11/28.

(38) CEDH, avis consultatif, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, préc.

Ainsi, l'ordre public international français l'imposant et aucun principe essentiel ne s'y opposant, le jugement établissant la filiation de l'enfant à l'égard d'un parent avec lequel il n'a aucun lien biologique doit être exequaturé et produire ses effets en France. Les conditions énoncées au § 10 de l'arrêt n° 22-20.883 sont rappelées intégralement au § 16 de l'arrêt du 14 novembre. La Cour d'appel de Paris ayant exercé le contrôle requis et constaté l'absence de fraude à l'adoption internationale – dont il n'était pas précisé quelles règles auraient été contournées – en a exactement déduit que ces conditions de l'exequatur étaient remplies. La solution contraire aurait abouti à ce que l'enfant n'ait plus de lien de filiation et éventuellement perdu la nationalité française de sa mère.

La référence à l'absence de fraude à l'adoption internationale constitue un autre paradoxe : le juge français devra sanctionner la GPA masquant une adoption irrégulière, alors qu'à compter du milieu des années 90, c'est la GPA, avec le plus souvent superposition d'enfant, – l'adoptante prétendant avoir accouché de l'enfant –, qui se dissimulait derrière une adoption internationale. Cette pratique illicite de l'adoption internationale était peut-être alors l'une des plus répandues.

Bien entendu, l'exequatur du jugement étranger de filiation impose sa transcription sur les registres de l'état civil des Français nés à l'étranger, si l'un des parents ou le parent solo a la nationalité française. Les solutions apportées par ces arrêts, dans un contexte législatif peu favorable à la GPA, prennent en compte l'intérêt supérieur des enfants concernés. Depuis le début de ce siècle, nous sommes un certain nombre – commentateurs, avocats, magistrats –, à expliquer que ces enfants existent, qu'ils n'ont pas à avoir les dents agacées parce que leurs parents ont mangé des raisins verts, qu'ils ne peuvent pas se retrouver en France « enfants de personne ». Il ne s'agit pas de cautionner les fraudes, mais de faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il faudra bien que le législateur se remette à l'ouvrage sur le sujet de la légalisation de la GPA. Concernant celles pratiquées à l'étranger, l'article 63 du projet de Code de droit international privé⁽³⁹⁾, écartant à la fois la transcription et l'exequatur, propose que la filiation soit établie judiciairement par le juge français appliquant la loi du pays dans lequel la GPA a été réalisée. Et ce, en attendant une nouvelle Convention de La Haye sur laquelle travaille La Conférence de La Haye de droit international privé, qui demeure hypothétique, compte tenu de la forte opposition à la légalisation de certains États membres, parmi lesquels l'Italie qui a adopté en octobre 2024 une loi interdisant la GPA à l'étranger, exposant les Italiens qui y recourent à des poursuites judiciaires à leur retour dans leur pays. ■

(39) Projet de Code de droit international privé, Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, mars 2022, art. 63 : « *Lorsqu'une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui a été conclue dans un État qui l'autorise, la filiation de l'enfant qui en est issu peut être établie par le juge selon la loi de cet État, si une partie en fait la demande. Le juge s'assure au préalable que la convention a été conclue et exécutée dans le respect des dispositions du droit de l'Etat en cause. Conformément au principe de proportionnalité, il tient compte des buts poursuivis, des intérêts en présence et notamment de l'intérêt de l'enfant, ainsi que des effets de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français* ».

→ RJPF 2025-16

L'assistance médicale à la procréation post mortem survit au test de cohérence de la législation française

CE, 1^{re} et 4^e ch. réunies, 28 nov. 2024, n^{os} 497323 et 498345



Par Julien BOISSON

Maître de conférences en droit privé
à l'Université Paris Nanterre,
Membre du CEDCACE

- Assistance médicale à la procréation *post mortem*
- Consentement à l'AMP • Prédécès du père d'intention
- Projet parental • Révocation tacite du consentement
- Transfert d'embryons

FAITS ET PROCÉDURE

Pour le Conseil d'État, l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation (AMP) n'impose pas, par soucis de cohérence, d'autoriser l'AMP *post mortem*, y compris lorsque celle-ci est réalisée à l'étranger grâce à un transfert d'embryons ou de gamètes conservés en France.

À la suite du décès de son époux, une veuve souhaite poursuivre le processus d'AMP qu'elle avait entamé avec lui à l'aide des embryons conservés. Elle demande alors au Centre hospitalier universitaire (CHU) de Caen de continuer le protocole en France et donc l'implantation de ces embryons. En parallèle, elle réclame auprès de l'Agence de biomédecine l'autorisation de transférer ces embryons en Espagne où l'AMP *post mortem* est possible. La veuve se voit opposer un refus sur les deux terrains. Elle attaque les deux décisions de rejet devant le juge des référés, respectivement du Tribunal administratif de Caen (TA Caen, 16 août 2024, n^o 2402052) et du Tribunal administratif de Montreuil (TA Montreuil, 3 oct. 2024, n^o 2413937). De nouveau, les deux demandes sont rejetées en référé, ce qui conduit la veuve à se pourvoir en cassation devant le Conseil d'État. À l'occasion de la requête formulée à l'encontre de la première ordonnance, la demanderesse au pourvoi demande subsidiairement que soit adressée à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) une demande d'avis consultatif sur le fondement du protocole n^o 16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Convention EDH). La question est formulée en ces termes : « une législation interne qui d'une part écarte, pour une femme dont l'époux est décédé, toute possibilité de recourir à l'AMP à l'aide des gamètes ou des embryons conservés par le couple, quand bien même l'époux aurait fait partie de son souhait de la poursuite de l'AMP en cas de décès, et d'autre part autorise les femmes non mariées à réaliser une AMP seules, avec tiers donneur, même décédé, est-elle incohérente et son application est-elle dès lors susceptible de constituer

une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée et familiale de la femme dont l'époux est décédé ? ». La demanderesse invoque ainsi à son profit la décision de la CEDH, *Barret et Caballero c/ France* (CEDH, 5^e sect., 13 sept. 2023, n^{os} 22296/20 et 37138/20, *Barret et Caballero c/ France*, RJPF 2023-11/20, note Gouëzel A.)

SOLUTION

Les deux pourvois sont joints par la Haute juridiction administrative en ce que, selon elle, ils présentent à juger des questions semblables. La décision rendue par la première et la quatrième chambres réunies le 28 novembre 2024, publiée au recueil *Lebon*, rejette les deux pourvois. Le Conseil d'État estime que l'interdiction de l'AMP *post mortem* en France, maintenue par la loi bioéthique du 2 août 2021, fait partie de la marge d'appréciation du législateur français qui a pu retenir cette solution malgré l'ouverture de l'AMP aux femmes seules. Pour les conseillers d'État, il n'en résulte pas là une législation dépourvue de cohérence. Quant à l'interdiction de transférer les gamètes en Espagne, elle n'a que pour objectif d'éviter le contournement de l'interdiction en France de l'AMP *post mortem*. Le Conseil d'État en déduit que la législation française ne viole pas la Convention EDH, tout en refusant au passage de transmettre à la CEDH la demande d'avis consultatif, ayant lui-même répondu à la question posée. Pour arriver à une telle solution, la Haute juridiction réalise, ce qui est désormais habituel, un double contrôle de conventionnalité.

ANALYSE

À l'occasion du contrôle opéré, la Haute juridiction précise que « l'interdiction, pour la femme d'un couple dont le conjoint est décédé, de poursuivre, par insémination artificielle par les gamètes du conjoint ou par transfert des embryons du couple, le projet parental du couple que l'assistance médicale à la procréation était destinée à mettre en œuvre, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée de la femme se trouvant dans une telle situation » (§ 8). Il faut immédiatement s'arrêter sur les termes : « *embryons du couple* ». De prime abord, l'on serait amené à penser que sont visés les embryons conçus à l'aide des gamètes des deux membres du couple. Pourtant, ni la décision du Conseil d'État, ni les textes n'invitent à une telle distinction. Ces derniers visent, en effet, « *les deux membres du couple ou la femme non mariée dont des embryons sont conservés* » (CSP, art. L. 2141-4 ; comp. CSP, art. L. 2141-2). Il y a donc tout lieu de penser que l'AMP *post mortem* est interdite, y compris lorsque les embryons ne sont pas conçus avec les gamètes de l'homme prédécédé (Carayon L., Arlésienne bioéthique : la procréation *post mortem* en débats, JDSAM 2020, n^o 25, p. 45et s.). Il y aurait alors une sorte de « copropriété » sur les embryons conservés même lorsque ceux-ci sont conçus avec les gamètes d'un seul



des deux membres du couple, voire avec aucun des deux en cas de double don.

Pourtant, si l'on conçoit les difficultés juridiques et éthiques à admettre la poursuite du projet à l'aide du patrimoine génétique de l'homme prédeccédé au rang desquelles le problème entourant la certitude du maintien du consentement en cas de décès et la question de la filiation en découlant (pour un résumé des arguments pour et contre, v. CE, sect. du rapport et des études, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, Étude à la demande du Premier ministre, adoptée le 28 juin 2018, p. 72, p. 70-71 ; Carayon L., Arlésienne bioéthique : la procréation *post mortem* en débats, JDSAM 2020, n° 25, p. 45 et s.), l'on comprend mal que l'on interdise, sous l'empire du droit positif, à une femme devenue une « *femme seule non mariée* » au sens de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique de poursuivre le processus seul, surtout lorsque les embryons auront été conçus avec ses propres ovocytes (*adde* Carayon L., *op. cit.*, sur la dangerosité pour cette femme de recourir à nouveau prélevement ovocytaire). Peu devrait importer ici qu'au projet parental commun antérieur (anéanti par le décès) se substitue un projet parental unilatéral. De même du côté des couples de femmes, la technique de la réception d'ovocytes de la partenaire (ROPA) étant interdite en France, le décès de l'autre femme devrait être sans conséquence sur la poursuite du processus. Chaque fois, il ne s'agira plus d'une AMP au sein d'un couple, mais au profit d'une femme seule non mariée. Le décès, par hypothèse antérieure à l'insémination, emporterait caducité du consentement de l'autre membre du couple et la filiation ne pourra être établie qu'avec la mère ayant porté l'enfant (C. civ., art. 342-10, al. 3). Resterait la question de savoir si un nouveau recueil du consentement devant notaire serait nécessaire (C. civ., art. 342-10, al. 1^{er}) dans la mesure où les conditions de l'AMP ont changé. La réponse devrait être positive.

Il reste que jusqu'à présent le contentieux connu concernait exclusivement l'hypothèse où une femme souhaite poursuivre le processus d'AMP en utilisant soit les gamètes de son ex-compagnon, soit les embryons conservés et conçus avec celles-ci. En l'espèce, nous n'avons pas d'information sur l'origine des embryons. La portée de la décision du Conseil d'État est donc difficile à déterminer.

La solution rendue, attendue compte tenu de la jurisprudence récente *Barret et Caballero c/ France* de la CEDH, maintient l'interdiction de l'AMP *post mortem* (I). La décision peut de prime abord surprendre. Pourtant, au regard des difficultés auxquelles conduirait la solution contraire, celle-ci peut paraître, sinon opportune, à tout le moins sage (II).

I – LE MAINTIEN DE L'INTERDICTION DE L'AMP POST MORTEM

Fidèle à son approche traditionnelle, le Conseil d'État vérifie la conventionnalité de l'interdiction de l'AMP *post mortem* posée par le droit français. Compte tenu de la jurisprudence récente de la CEDH, il réinterroge la conventionnalité de l'interdiction telle qu'appréciée *in abstracto* (A). Une fois celle-ci admise, il reprend ses critères classiques pour apprécier *in concreto* la conventionnalité de l'interdiction (B).

→ A – La conventionnalité de l'interdiction appréciée *in abstracto*

Dans un premier temps, le Conseil d'État commence par rappeler la réglementation applicable tant au regard de la réalisation d'une AMP en France que de la conservation des embryons et leur sortie du territoire national en cas de prédeccès d'un des membres du couple ayant participé au projet parental initial (§ 2 et § 3). Le Conseil d'État reproduit *in extenso* – c'est son habitude – plusieurs articles du Code de la santé publique. Est d'abord visé l'article L. 2141-2, qui fixe les conditions d'accès à l'AMP et celles dans lesquelles le consentement donné est révoqué. Or, le décès révoque tacitement le consentement donné en vue d'une AMP de sorte que l'on a l'habitude de dire que l'AMP impose d'être en présence d'un couple vivant. Ensuite, est repris l'article L. 2141-4 qui règle le sort des embryons conservés. Le décès de l'un des membres du couple ne peut conduire qu'à trois issues, auxquels d'ailleurs les deux membres du couple doivent avoir consenti du vivant : le don d'embryons en vue d'une AMP, le don à la recherche ou leur destruction. Enfin, est mentionné l'article L. 2141-9 qui encadre les conditions d'entrée sur et de sortie des embryons du territoire national, à savoir poursuivre le projet d'AMP, sous réserve de l'accord de l'Agence de la biomédecine. Pour le Conseil d'État, il résulte de ces dispositions qu'« *en cas de décès d'un membre du couple, le projet parental disparaît et il ne peut être procédé à l'insémination artificielle ou au transfert des embryons conçus in vitro dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation destinée à répondre à ce projet parental. La sortie du territoire d'un embryon étant exclusivement destinée à permettre la poursuite du projet parental du couple ou de la femme non mariée concernés, elle ne peut légalement être autorisée par l'Agence de la biomédecine en cas de décès d'un des membres du couple lorsque le projet parental est celui d'un couple* » (§ 4).

Dans un deuxième temps, le Conseil d'État vérifie la conventionnalité du droit français au regard de la Convention EDH, essentiellement son article 8 seul (droit au respect à la vie privée et à une vie familiale normale) et, à la marge, celui-ci combiné avec l'article 14 (interdiction des discriminations dans la mise en œuvre de la Convention), en ce que le droit français instituerait une différence de traitement discriminatoire entre les femmes non mariées et les veuves. Le Conseil d'État procède alors à un nouveau contrôle *in abstracto*, ce que lui impose la jurisprudence récente de la CEDH. Pour lui, une telle ingérence demeure dans la marge d'appréciation des États membres à la Convention EDH. Pour fonder sa solution, il vise la décision *Barret et Caballero c/ France* (CEDH, 5^e sect., 13 sept. 2023, n° 22296/20 et 37138/20, préc. ; v. déjà CEDH, 5^e sect., 8 déc. 2022, n° 14889/19, *Pejrilova c/ Rép. Tchèque*, RJPF 2023-2/18, note Gouézel A.), qui reconnaît à la France une marge ample d'appréciation (§ 60). Simplement, dans cette décision, qui avait fait grand bruit, la CEDH précise que l'évolution de la loi française par la loi bioéthique du 2 août 2021 pourrait être de nature à faire évoluer sa jurisprudence. Après avoir conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention EDH dans les deux affaires qui lui étaient soumises, la CEDH a, en effet, estimé que l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules posait de manière renouvelée la pertinence de la justification du maintien de l'interdiction. La Cour a rappelé, à cette occasion, que malgré l'ample

marge d'appréciation dont bénéficient les États en matière de bioéthique, le cadre juridique mis en place par les États doit être cohérent (§ 90). Cette formulation, sous la forme d'un obiter dictum, a laissé penser que l'interdiction de l'AMP *post mortem* en France pourrait être remise en cause.

Le pas n'est en tout cas pas franchi par le Conseil d'État, dont la Section de l'intérieur avait pourtant recommandé au gouvernement dans le cadre de son avis relatif au projet de loi bioéthique « *dans un souci de cohérence d'ensemble de la réforme (...) d'autoriser le transfert d'embryons et l'insémination post mortem* » (CE, ass., avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juill. 2019, n° 397993, n° 15). Au contraire, sa Section contentieuse considère qu'en édictant cette interdiction le législateur rend compte de la différence de situation entre, d'une part, une femme membre d'un couple ayant eu un projet parental à deux en vue de l'établissement de deux liens de filiation, mais interrompu par le décès de l'autre membre du couple et celle, d'autre part, une femme seule qui a eu un tel projet seule depuis l'origine et dont l'issue a toujours été l'établissement d'un lien de filiation uniquement maternel. Le Conseil d'État relève que la première situation pose des questions quant au maintien du projet parental malgré le décès, au consentement de la personne prédecedée et à la filiation établie avec cette dernière, autant de questions qui ne se posent pas en présence d'une femme seule. Le Conseil d'État met en exergue que le maintien de l'interdiction en France de l'AMP *post mortem* a été retenu à l'issue de débats parlementaires approfondis – la CEDH a, en effet, compté une cinquantaine d'amendements en faveur de l'AMP *post mortem*, tous rejetés (CEDH, 5^e sect., 13 sept. 2023, n° 22296/20 et 37138/20, *Barret et Caballero c/ France*, préc., § 27) – et au vu de nombreuses consultations. La Haute juridiction en conclut, pour répondre tant à la décision de la CEDH qu'à la question posée dans la demande d'avis consultatif, que le Parlement n'avait pas adopté une législation incohérente et, ce faisant, excédé la marge d'appréciation dont il disposait (§ 9).

Pour le juge administratif, l'interdiction corrélative de sortie du territoire d'embryons conservés en France s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national, vise à faire obstacle à tout contournement des précédentes règles de sorte que là encore celle-ci ne méconnaîtrait pas la Convention EDH (§ 10). On relèvera que si le législateur français lie ces deux questions, il est tout à fait possible de les distinguer. Ainsi le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) s'était prononcé contre l'AMP *post mortem* en France, mais favorablement, à certaines conditions, à l'autorisation du transfert *post mortem* à l'étranger d'embryons, mais non pour le sperme congélyé (CCNE, Contribution à la révision de la loi bioéthique, avis n° 129, 18 sept. 2018, n° 3.6 ; *contra* CE, sect. du rapport et des études, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, Étude à la demande du Premier ministre, adoptée le 28 juin 2018, p. 72, pour lequel il n'aurait pas lieu de distinguer entre le sort des embryons et celui des gamètes).

Bien que le droit français soit de façon générale jugé conventionnel par rapport à la Convention EDH, encore doit-il l'être pour la demanderesse au cas particulier. Ici, le Conseil d'État maintient ses critères d'appréciation et ne renouvelle pas son approche.

→ B – La conventionnalité de l'interdiction appréciée *in concreto*

Une fois le contrôle *in abstracto* réalisé, le Conseil d'État rappelle que le juge – ici celui des référés – doit opérer un contrôle *in concreto* pour, au regard des circonstances particulières, apprécier concrètement si l'atteinte n'est pas excessive (§ 13). Ce contrôle, supposé réalisé pour écarter les deux pourvois, ne l'est en réalité en l'espèce qu'à propos du refus du transfert des embryons vers l'Espagne. Pour le Conseil d'État, qui s'en remet à la motivation du juge des référés, la requérante, de nationalité française, n'entretenait aucun lien avec l'Espagne et ne faisait état d'aucune circonstance particulière ; sa demande de transfert des embryons vers ce pays se justifiait uniquement par la possibilité légale d'y poursuivre *post mortem* le projet parental du couple (§ 14). On rappellera à cette occasion qu'en Espagne, l'AMP *post mortem* est possible à la double condition, d'une part, de l'existence d'un consentement du défunt (celui-ci étant présumé si un processus d'AMP a déjà été engagé avant le décès) et, d'autre part, de la réalisation de l'AMP dans les douze mois qui suivent le décès (CEDH, 5^e sect., 13 sept. 2023, n° 22296/20 et 37138/20, *Barret et Caballero c/ France*, préc., § 37). Dans son avis relatif à la loi bioéthique, la Section de l'intérieur du Conseil d'État recommandait de retenir des conditions similaires pour admettre l'AMP *post mortem* : « *vérification du projet parental afin de s'assurer du consentement du conjoint ou concubin décédé [et] encadrement dans le temps (délai minimal à compter du décès et délai maximal)* » (CE, ass., 18 juill. 2019, n° 397993, n° 15 ; *adde* CE, sect. du rapport et des études, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, Étude à la demande du Premier ministre, adoptée le 28 juin 2018, p. 72). On se souvient que dans une précédente décision, ouvrant la voie au contrôle de conventionnalité *in concreto* devant le juge administratif, le Conseil d'État avait autorisé un tel transfert en présence d'une veuve de nationalité espagnole et domiciliée en Espagne, pays où des prélèvements de gamètes du mari avaient, de surcroît, eu lieu avant son décès (CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Gomez, Lebon, RJPF 2016-7-8/26*, note Cheynet de Beaupré A.). Depuis, faute de rattachement avec le pays où est autorisé l'AMP *post mortem*, le Conseil d'État a systématiquement refusé de tels transferts (vers l'Espagne, v. CE, 13 juin 2018, n° 421333 ; CE, 24 janv. 2020, n° 437328 ; CE, 28 févr. 2020, n° 438852 ; CE, 17 mai 2023, n° 473666, *RJPF 2023 7-8/23*, note Gouëzel A. ; vers un autre pays de l'Union européenne, v. CE, 28 févr. 2020, n° 438854).

Pour justifier le refus de la poursuite du parcours d'AMP en France, le Conseil d'État ne motive pas vraiment sa décision sur le terrain du contrôle *in concreto*. Tout au plus évoque-t-il les témoignages selon lesquels le conjoint aurait exprimé le souhait que le parcours se poursuive après son décès (§ 20), mais il n'en tire aucune conséquence. On se demande, néanmoins, si cet élément n'était pas de nature à caractériser les fameuses « *circonstances particulières* » qui auraient pu conduire à admettre un transfert des embryons vers l'Espagne (en ce sens, v. TA Rennes, ord., 11 oct. 2016, n° 1604451).

Il résulte du présent arrêt du Conseil d'État que la décision *Barret et Caballero c/ France* paraît avoir été un coup d'épée dans l'eau. Sans doute la veuve va-t-elle poursuivre la procédure devant la CEDH. Nous verrons alors si son appréciation rejoint ou non celle de la plus Haute juridiction administrative française. Il est vrai que l'on peut trouver qu'il existe un certain paradoxe, en partie relevé d'ailleurs par la Section de l'intérieur du Conseil



d'État (CE, ass., avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juill. 2019, n° 397993, n° 15), à ce qu'une veuve qui souhaite-rait avoir un enfant dans la continuité du projet parental qu'elle avait avec son défunt compagnon doive recourir à un tiers donneur alors qu'il existe des embryons conservés ou des gamètes de celui-ci, lesquels peuvent, le cas échéant, bénéficier à un autre couple ou une autre femme célibataire (consentement donné du vivant par les deux membres du couple et réitéré par le survivant pour les embryons : CSP, art. L. 2141-4, III ; du vivant par l'intéressé, pour ses gamètes : CSP, art. L. 2141-12, II ; *adde* Annexe à l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, tel que modifié par l'arrêté du 5 octobre 2023, A. 11 avr. 2008, NOR : SJSP0809365A), mais non à elle.

Bien que paradoxale, la solution paraît sage compte tenu des difficultés auxquelles conduirait l'admission, au niveau jurisprudentiel, de l'AMP *post mortem*.

II – LE REFOULEMENT DES DIFFICULTÉS

Admettre l'AMP *post mortem* en France ou à l'étranger n'est pas sans poser des difficultés au regard au droit français (pour une étude plus poussée, v. Carayon L., *Arlésienne bioéthique : la procréation post mortem en débats*, préc.), à tout le moins en matière d'établissement de la filiation (A) – comme l'évoque l'arrêt du Conseil d'État – mais aussi des conséquences de celle-ci si elle était établie (B).

➔ A – Les difficultés entourant l'établissement du lien de filiation

La première question concerne les modalités d'établissement du lien de filiation. Peut-on ne serait-ce qu'admettre l'établissement d'un tel lien avec un homme dont le consentement a été révoqué par le décès (en faveur, v. CE, sect. du rapport et des études, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018, p. 73-74) ? En l'état du droit positif, la réponse dépend très certainement du point de savoir si l'homme prédécédé est ou non le géniteur de l'enfant. Dans l'affirmative, on retiendra la solution rendue en cas de poursuite du processus d'AMP malgré la révocation du consentement, notamment en raison de la séparation du couple : la filiation paternelle peut être établie et lorsqu'elle l'est, elle ne saurait être contestée (Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2016, n° 15-13.427, B, RJPF 2016-5/24, note Garé Th.). À l'inverse, lorsque l'homme prédécédé n'est pas le père biologique, on appliquera les règles spécifiques aux AMP avec tiers donneurs en cas de révocation du consentement, lequel empêche l'établissement de la filiation ou permet la contestation du lien établi (C. civ., art. 342-10, al. 3). La Cour de cassation l'a jugé pour une AMP réalisée en Espagne, malgré le dépôt d'une demande en divorce alors que l'homme n'était pas le père biologique (Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2020, n° 19-18791 et 19-12373, P, RJPF 2020-12/17, obs. Garrigue J.). Il n'en demeure pas moins que, même dans ce cas, la CEDH impose de vérifier que l'anéantissement du lien de filiation, si celui-ci a été établi, n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (CEDH, 5^e sect., 8 juin 2023, n° 12482/21, *A. et B. c/ France*, RJPF 2023-9/19, note Boisson J.). D'où l'on voit que l'admission de l'AMP *post mortem* ne pose pas

nécessairement les mêmes difficultés selon que les embryons ont été conçus ou non avec les gamètes de l'homme prédécédé, ce qui pourrait justifier son admission *a minima* dans cette dernière hypothèse.

Une fois admis que la filiation doive être établie, à tout le moins lorsque l'homme prédécédé est le géniteur de l'enfant, se pose la question des modes d'établissement de ce lien. À défaut de règles spécifiques prévues par le législateur, il faudrait s'en remettre au droit commun de la filiation. En cas de transfert d'embryons et de mariage, on peut se demander s'il est possible de retenir que l'enfant a été conçu *in vitro* pendant celui-ci, même si l'insémination a eu lieu après sa dissolution, et faire jouer la présomption de paternité (C. civ., art. 312), pensée évidemment pour une conception *in vivo*. Peu importe la période de conception posée par les textes : entre trois cents et cent-quatre-vingts jours avant la naissance (C. civ., art. 311). Il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée. De même, le fait que l'enfant naîsse plus de trois cents jours après le décès ne sera pas de nature à écarter ladite présomption, les textes ne visant aujourd'hui que l'hypothèse d'une naissance lointaine après le dépôt d'une demande en divorce ou en séparation de corps (C. civ., art. 313 ; comp. C. civ., art. 315, anc., visant l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage ou la disparition du mari). En dehors de cette hypothèse (faute de mariage ou en dehors du mariage en cas d'utilisation des gamètes seules), la filiation ne pourra être établie que par une action en recherche de paternité : nulle reconnaissance, nulle possession d'état pré-natal ne devrait être accueillie ou caractérisée si la femme n'était pas enceinte au moment du décès. Certes pour la reconnaissance, la circulaire du 30 juin 2006, reprenant l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (IGREC, 11 mai 1999, NOR : JUSX9903625J, n° 296), vise l'enfant « *à naître ou conçu* », mais pour faire immédiatement le lien avec la gestation puisque les deux textes précisent qu'« *aucun certificat de grossesse n'est exigé* » (Circ., 30 juin 2006, NOR : JUSC0620513C, BOMJ n° 103, n° 2.1). De surcroît, on le sait, en principe, les expertises biologiques *post mortem* sont elles aussi interdites (C. civ., art. 16-11, al. 7). Il faudrait alors que notre homme consente tant à l'utilisation de ses gamètes (voire des embryons conçus avec) après son décès, mais également à l'utilisation de ses empreintes génétiques afin de réaliser, le cas échéant, une expertise biologique après celui-ci.

Une fois la filiation établie, encore faut-il savoir quelles en sont les effets. Là encore, le chemin est semé d'embûches.

➔ B – Les difficultés entourant les conséquences de la filiation

Dans la mesure où le père est prédécédé, nulle difficulté s'agissant des règles relatives à l'autorité parentale, l'obligation d'entretien ou l'administration légale des biens de l'enfant. Deux domaines concentrent, en revanche, les problèmes.

D'abord, les règles de dévolution du nom de famille peineront à s'appliquer. À admettre que la filiation soit établie simultanément à l'égard des deux parents par l'effet de l'acte de naissance – filiation maternelle et jeu de la présomption de paternité – il ne sera pas possible de réaliser la déclaration conjointe par écrit en vue du choix du nom de famille (C. civ., art. 311-21, al. 1^{er} ; D. n° 2004-1159, 29 oct. 2004, art. 1^{er}). L'enfant devrait donc porter

le nom de son père prédicté (C. civ., art. 311-21, al. 1^{er}), sauf si d'autres enfants sont issus du couple. Dans ce dernier cas, en effet, en raison du principe de l'unité du nom de famille au sein de la fratrie, l'enfant issu de l'AMP prendra le même nom que celui choisi pour le premier de ses frères et sœurs (C. civ., art. 311-21, al. 3). Au contraire, dans les autres situations (mariage et utilisation des gamètes seules ou AMP en l'absence de mariage), la filiation paternelle étant a priori établie postérieurement à celle maternelle, l'enfant portera le nom de sa mère (C. civ., art. 311-23, al. 1^{er}), sans possibilité de modifier ce nom pendant la minorité de l'enfant faute de déclaration conjointe possible (C. civ., art. 311-23, al. 2), y compris pour que celui-ci porte le nom de ses frères et sœurs (C. civ., art. 311-23, al. 3).

Ensuite, ce sont surtout les conséquences successoriales qui poseront difficultés. Faudrait-il refuser tous droits successoraux et raisonner comme en matière de mariage posthume (C. civ., art. 171, al. 3) ou d'adoption posthume (C. civ., art. 351-1, al. 4 et art. 355, al. 2 : principe de la remontée des effets de l'adoption au jour de la requête, laquelle est, en matière d'adoption posthume, postérieure au décès) ? À l'inverse, faudrait-il tirer toutes les conséquences de l'établissement du lien de filiation et intégrer l'enfant dans la succession de son père (en faveur d'un régime successoral particulier, v. CE, sect. du rapport et des études, Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, Étude à la demande du Premier ministre, adoptée le 28 juin 2018, p. 74) ? Il resterait alors un obstacle : pour succéder, il faut *a minima* être conçu (sous réserve de naître vivant et viable) au moment de l'ouverture de la succession (C. civ., art. 725), à savoir à la date du décès (C. civ., art. 720). On pourrait alors retrouver la distinction précédente selon que

l'embryon était conçu *in vitro* à cette date ou non, indépendamment d'ailleurs du mode d'établissement de la filiation. Mais une telle différence de traitement entre enfants nés par une AMP *post mortem* selon qu'ils ont été conçus avant ou après le décès, outre qu'elle est peu opportune, peut-elle vraiment se justifier au regard du principe d'égalité devant la loi ? En tout état de cause, le recours à une AMP *post mortem* retardera nécessairement le règlement et le partage de la succession, ce qui ne semble pas très satisfaisant non plus.

Compte tenu de l'ensemble de ces difficultés, l'on comprend que la Section contentieuse du Conseil d'État soit réticente à s'en-gouffrer dans cette voie. Seul le législateur peut admettre l'AMP *post mortem* et en tirer toutes les conséquences en adaptant notre Droit de la filiation et des successions. L'une des voies pourrait être d'étendre la reconnaissance conjointe anticipée (RCA), actuellement réservée aux couples de femmes, à tous les couples. À l'occasion de celle-ci, le notaire recueillerait, le cas échéant, le consentement à l'AMP *post mortem*. On ne distinguerait pas selon que l'AMP est avec ou sans tiers donneur. Une telle réforme permettrait, de surcroît, de consolider la filiation de tous les enfants nés d'une AMP, notamment en cas de prédécès du père après l'insémination de la mère (en plus de les informer sur les circonstances de leur naissance leur permettant d'accéder à leurs origines personnelles). Que le prédécès du père intervienne avant l'insémination – AMP *post mortem* – ou après – AMP du vivant du couple, la RCA établie préalablement pourra être transmise à l'officier d'état civil par la mère, ce qui établirait la filiation sans formalité supplémentaire comme c'est le cas aujourd'hui pour les couples de femmes (C. civ., art. 342-11, al. 2). ■



Par Anastasia CONROUX

Doctorante en droit privé et sciences criminelles,
Chaire enfance et familles, Centre de recherche
sur les relations entre les risques et le droit,
Faculté de droit de l'Université catholique
de Lille

➔ RJPF 296-17

Agression sexuelle par surprise : l'état de sidération vaut absence de consentement

Cass. crim., 11 sept. 2024, n° 23-86.657, B

- Absence de consentement • Agression sexuelle
- État de sidération • Surprise

FAITS ET PROCÉDURE

Le 11 septembre 2024, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui a condamné un homme pour des faits d'agression sexuelle sur sa nièce à une peine de quatre ans d'emprisonnement dont deux avec sursis et a ordonné son inscription au Fichier des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (Fijais). Pour condamner le mis en cause, la cour d'appel a souligné l'impossibilité psychique de la victime d'exprimer son refus. Elle estime que la victime a été surprise dans son sommeil par les attouchements de son oncle sur ses jambes, son sexe, sa poitrine et son ventre et qu'une fois éveillée, elle s'est trouvée dans un état de sidération l'empêchant de réagir. Les juges du fond relèvent que la victime est constante dans ses déclarations et a toujours dit qu'une fois réveillée, alors que son oncle lui touchait le sexe, elle avait été prise de sidération, « évoquant un état de prostration et expliquant qu'elle n'avait pu ni bouger ni crier, comme si son corps ne lui appartenait plus et ne répondait plus, raison pour laquelle elle n'était pas parvenue à dire non et à repousser son agresseur » (§ 8). Les juges s'appuient également sur les conclusions de l'expert psychologue dont il ressort que la victime a souffert d'un syndrome psycho-traumatique modéré et que « la personnalité de la jeune femme peut expliquer son absence de réaction pendant les faits » (§ 9). De plus, les magistrats considèrent que, contrairement à ce que peut arguer l'auteur, la victime « a toujours soutenu n'avoir jamais consenti ni participé aux faits » (§ 10) et ajoutent que « le prévenu a reconnu qu'il avait pris l'initiative de toucher le corps de sa nièce, n'a pas contesté qu'elle était restée silencieuse, et qu'elle ne l'avait pas touché ni embrassé » (§ 12). En outre, ils assurent qu'en raison

de leur lien familial et de leur différence d'âge, le mis en cause ne pouvait se méprendre sur les intentions de sa nièce, « surtout en constatant qu'elle ne prononçait pas un mot » (§ 13). Pour renforcer leur appréciation, les juges se fondent sur un courrier adressé par le prévenu à la victime aux termes duquel il exprime « qu'il se sentait honteux, qu'elle-même n'avait rien à se reprocher, lui seul étant responsable » (§ 15). L'ensemble de ces éléments permet à la cour d'appel de conclure que le mis en cause a agi intentionnellement, profitant de l'état d'endormissement puis de sidération de sa nièce en connaissant parfaitement son absence de consentement. En désaccord avec cette décision de condamnation, le demandeur au pourvoi affirme qu'il n'avait pas conscience de l'absence de consentement de la victime. Il soutient que sa nièce reconnaissait ne pas avoir exprimé son refus, que son comportement laissait à penser qu'elle désirait la relation et que, selon des témoins, elle ressentait une attirance pour lui.

SOLUTION

La Cour de cassation rejette le pourvoi, approuvant ainsi la décision de la cour d'appel. Elle confirme l'intégralité du raisonnement et reconnaît que « les juges ont établi que le prévenu a agi par surprise en procédant à des attouchements sur la victime alors que celle-ci était endormie, puis en poursuivant ses gestes qui ont généré chez elle un état de sidération, qu'il a lui-même constaté, ce qui établit qu'il a agi en toute connaissance du défaut de consentement de cette dernière » (§ 17).

ANALYSE

Contexte. – Dans un contexte où les violences sexuelles sont au cœur de l'actualité judiciaire, les débats sur l'appréhension juridique des mécanismes psychologiques de protection se poursuivent. À l'heure où se pose la question de l'introduction de la

Sélection du mois

notion de *consentement* au sein du Code pénal⁽¹⁾, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 septembre 2024 et publié au *Bulletin* est particulièrement bienvenu. Il apporte un éclairage intéressant en la matière.

Intention coupable. – Les juges du fond, confirmés par la Haute Cour, tiennent expressément compte des mécanismes psychologiques qui peuvent expliquer qu'une victime de violences sexuelles s'est trouvée dans l'impossibilité de verbaliser son refus. En l'espèce, il s'agissait d'un oncle qui avait agressé sexuellement sa nièce. À l'appui de son pourvoi, il tentait de démontrer que l'infraction d'agression sexuelle ne pouvait être caractérisée en l'absence d'élément intentionnel dans la mesure où il n'avait pas conscience que sa nièce ne consentait pas à la relation. À l'inverse, la cour d'appel estime, à juste titre, qu'au regard du contexte familial et de la différence d'âge entre l'oncle et sa nièce, le fait que la victime n'ait pas exprimé à voix haute son refus ne veut pas dire qu'elle consentait à la relation. Constantat lui-même le mutisme de sa nièce, le mis en cause ne pouvait ignorer la portée de ses gestes. En affirmant cela, la cour d'appel rappelle que l'expression « qui ne dit mot consent » ne doit jamais s'appliquer dans le cadre de relations sexuelles. Le consentement ne se présume pas. Cette vision des relations sexuelles est en ce moment remise au centre de l'attention avec le procès de Dominique Pelicot.

Régime légal. – Pour caractériser juridiquement un viol ou une agression sexuelle, le Code pénal impose, d'une part la preuve d'une atteinte sexuelle et, d'autre part la démonstration de la violation du consentement par violence, menace, contrainte ou surprise (C. pén., art. 222-22 ; exception faite des hypothèses de viol et d'agressions sexuelles sur mineurs introduites par la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste).

En l'espèce, c'est la notion de *surprise* qui est retenue pour caractériser l'absence de consentement. La surprise recouvre ici deux éléments : les agressions commises alors que la victime était endormie et celles commises alors qu'elle se trouvait en état de sidération.

L'état de sidération psychique. – La reconnaissance de l'état de sidération de la victime constitue un pas de plus dans la lutte contre les violences sexuelles. La recherche en psychologie et en psychiatrie a montré que les victimes de violences sexuelles peuvent être placées dans un état de sidération ou de dissociation tel qu'elles ne peuvent ni s'exprimer, ni se défendre⁽²⁾. Les psychologues et les médecins psychiatres expliquent de longue date que, dans la plupart des cas, les victimes peuvent être dans l'incapacité physique et psychique de réagir. L'effraction du corps est une expérience profondément déshumanisante, d'une violence inouïe, qui affecte

les capacités de réaction de la victime⁽³⁾. L'expression « poupée de chiffon », reprise à bon compte par les magistrats, illustre parfaitement l'état de passivité de la victime au moment de l'agression.

Caractérisation de la surprise : sommeil et sidération. – La jurisprudence a depuis longtemps établi que le fait de surprendre le consentement d'une personne dans son sommeil en procédant sur elle à des actes sexuels caractérise l'élément matériel du viol⁽⁴⁾. Les juges auraient donc pu se contenter de cela pour caractériser la surprise. Ils ont toutefois fait le choix d'approfondir la motivation et d'aller au-delà du stratagème utilisé par l'auteur, pour évoquer l'état psychique de la victime au moment de l'agression. Ce n'est pas la première fois que les juges du fond se saisissent de cette approche psychologique. À titre d'illustration, dans un arrêt du 26 juillet 2017, la Cour de cassation confirme la solution de la cour d'appel qui avait estimé que « *le comportement du mis en examen présente les caractères de la surprise, en raison du lieu où les faits ont été commis, de la différence d'âge entre les protagonistes et de l'état de sidération dans lequel se trouvait le plaignant* »⁽⁵⁾. Dans un autre arrêt du 18 novembre 2015, la chambre criminelle approuve également le raisonnement des juges du fond et conclut que « *les énonciations de l'arrêt attaqué qui relève notamment l'état de sidération éprouvé par la victime à la suite des gestes pratiqués sur elle, mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit d'agression sexuelle aggravée* »⁽⁶⁾.

Grâce à l'arrêt du 11 septembre 2024, la Haute cour admet désormais expressément qu'une victime placée dans un état de sidération n'est pas à même de consentir à la relation sexuelle qui lui est imposée. Dans son commentaire, le Professeur Audrey Darsonville parle même d'une « *évolution notable dans la reconnaissance des différentes manifestations du défaut de consentement des victimes d'agressions sexuelles* »⁽⁷⁾. Ainsi, le champ couvert par la notion de *surprise* est élargi et précisé.

Portée. – Cette décision est importante pour les victimes de violences sexuelles, notamment intrafamiliales. Les rapports d'autorité et d'emprise qui peuvent être à l'œuvre entre les différents membres de la famille doivent être envisagés pour apprécier les faits le plus justement possible. La solution commentée devrait pouvoir soulager la défense des victimes de viols et d'agressions sexuelles qui ont souvent du mal à exprimer les raisons de leur état de prostration. Nombreuses sont les affaires dans lesquelles il est demandé à la victime pourquoi elle ne s'est pas défendue, pourquoi elle n'a pas dit non.

Limites. – La portée de cette décision riche d'enseignements doit tout de même être abordée avec prudence tant qu'aucune confirmation n'est advenue.

(1) V. sur le sujet la proposition de loi AN n° 360 visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol, 15 oct. 2024.

(2) V. sur ce point, Salmona M., *Violences sexuelles. Les 40 questions-réponses incontournables*, Dunod, 2^e éd., 2021, p. 52 et s., p. 98 ; pour un propos accessible aux juristes sur les mécanismes psychotraumatiques et notamment la sidération psychique, la disjonction du circuit émotionnel, la dissociation et la mémoire traumatique, v. Salmona M., *La mémoire traumatique : violences sexuelles et psycho-trauma*, Les cahiers de la justice, 2018, p. 69.

(3) V. Lebourg E. et Kédia M., *Agressions sexuelles*, in Kédia M. et Sabouraud-Séguin A. (dir.), *L'Aide-mémoire de psychotraumatologie. En 49 notions*, Dunod, coll. Aide-Mémoire, 2^e éd., 2013, p. 108.

(4) Cass. crim., 25 juin 1857, *Debas*, Bull. crim. n° 240.

(5) Cass. crim., 26 juill. 2017, n° 17-82.821.

(6) Cass. crim., 18 nov. 2015, n° 14-84.077.

(7) Darsonville A., *La consécration de la sidération en matière d'agression sexuelle*, AJ pénal 2024, p. 518.



Il n'est en effet pas certain que le simple constat d'un état de sidération propre à la victime puisse suffire à caractériser la surprise et à condamner l'auteur d'une agression sexuelle. La différence d'âge et les liens familiaux qui unissent l'auteur et la victime participent en l'espèce à apprécier le contexte de l'agression. En outre, en dépit du fait que le terme « *inceste* » soit absent de la décision et que la victime soit majeure, le caractère incestueux d'une telle relation doit nécessairement apparaître à l'esprit des juges.

De plus, conformément à d'autres décisions rendues par la Cour de cassation, encore faut-il démontrer que l'auteur avait l'intention de surprendre le consentement de la victime et qu'il a pour cela utilisé un stratagème pouvant relever de la surprise⁽⁸⁾. Dans le présent l'arrêt, l'appréciation de la surprise est découpée en deux temps : l'endormissement et la sidération. En l'absence de preuve de l'abus d'un état d'endormissement préalable, il pourrait être difficile de caractériser la surprise. Sans doute qu'une démonstration binaire similaire restera nécessaire pour prouver la violation du consentement. En ce sens, peut-être serait-il plus aisé

d'établir la violation du consentement par l'usage de la violence ou d'une contrainte ayant abouti à placer la victime dans un état de sidération. Le contour de ces deux notions est effectivement plus large et plus simple à déterminer et ce même si la distinction entre les quatre circonstances prévues à l'article 222-22 du Code pénal est loin d'être évidente⁽⁹⁾. Le flou qui entoure la définition de ces quatre administrables, conjugué au flou qui entoure la notion de *consentement*, peut rendre le processus de qualification particulièrement complexe.

Optimisme. – Néanmoins, cet arrêt laisse tout de même présager une meilleure considération des mécanismes psychiques de protection par la jurisprudence. Petit à petit, au gré des affaires médiatiques qui bouleversent l'opinion publique, la société prend conscience de la gravité des violences sexuelles et de leurs conséquences pour les victimes. Il est heureux de remarquer que la jurisprudence de la plus Haute juridiction de l'ordre judiciaire s'inscrit dans ce mouvement de prise en compte des particularités des violences de nature sexuelle. ■

(8) V. sur ce point, Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-82.833, RJPF 2019-4/16, obs. Mésa R., JCP G 2019, 203, note Saint-Pau J.-Chr.

(9) V. sur ce point, Duparc C. et Charrua J. (dir.), *Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2021.

→ RJPF 296-18

Prescription de l'action en réduction dans les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : enfin une solution !

Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2024, n° 22-19.365, B



Par Guillaume DROUOT

Professeur à l'Université de Bordeaux



et Claire-Marie PÉGLION-ZIKA

Maître de conférences HDR
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

- Absence de consentement
- Action en réduction
- Action personnelle
- Action réelle
- Délai
- Libéralités excessives
- Point de départ
- Prescription
- Réduction

FAITS ET PROCÉDURE

Un homme est décédé en 2001 en laissant à sa succession son épouse et ses quatre enfants. De son vivant, il avait gratifié ses deux fils de donations d'immeubles en plus de les avoir désignés comme bénéficiaires de contrats d'assurance-vie. Plus de quinze après le décès, les deux filles du défunt (non gratifiées) ont assigné les ayants droit de leurs frères décédés en réduction des donations d'immeubles et de donations déguisées sous la forme d'assurance-vie dont ils auraient bénéficié.

Les juges du fond ont déclaré l'action en réduction recevable en faisant application du délai de prescription trentenaire de l'ancien article 2262 du Code civil, et en rejetant par là même tant l'application du délai quinquennal spécial de l'article 921, alinéa 2, du Code civil que celui de droit commun de l'article 2224 du Code civil, tel qu'issu de la réforme de la prescription opérée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

Les ayants droit des frères ont contesté cette analyse au moyen d'un pourvoi prétendant que l'action en réduction relative à une succession ouverte avant le 1^{er} janvier 2007 – date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des successions du 23 juin 2006 – se prescrit par le délai de droit commun, lequel a, lui-même, été ramené de trente à cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, immédiatement applicable à partir du 19 juin 2008.

SOLUTION

Au visa des articles 2262, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, et 2224, dans sa rédaction issue de ladite loi, du Code civil et l'article 26, II, de la loi du 17 juin 2008, la Cour de cassation juge que « *L'action en réduction, que l'article 921, alinéa 1^{er}, du Code civil reconnaît à ceux au profit desquels la loi fait la réserve et à leurs héritiers ou ayants cause, présente le caractère d'une action personnelle soumise à la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du même code, quand bien même elle aurait pour effet de résoudre la question de l'existence d'un droit réel sur les biens donnés ou légués* » (§ 11). Il en résulte que « *le délai de prescription de l'action en réduction relative à une succession ouverte avant le 1^{er} janvier 2007, ramené de trente à cinq ans par la loi du 17 juin 2008, entrée en vigueur le 19 juin 2008, a expiré au plus tard le 18 juin 2013 à 24 heures* » (§ 12). L'action en réduction, formée en l'espèce le 6 septembre 2016, était donc prescrite (§ 14) et, partant, irrecevable (§ 19).

ANALYSE

Fin de la controverse sur la durée du délai de prescription de l'action en réduction pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007. – C'est peu dire que l'arrêt commenté du 23 octobre 2024, qui vient préciser le régime de la prescription des actions en réduction pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 et dont l'assignation est postérieure au 19 juin 2008, était attendu et par la doctrine et par la pratique. Rappelons en effet que la durée du délai de prescription de cette action dans les successions concernées a fait l'objet de plusieurs controverses à la suite de réformes successives.

Controverse déjà tranchée : successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 et éviction du nouvel article 921, alinéa 2. – Avant la loi du 23 juin 2006, le délai pour agir en réduction d'une libéralité était le délai de droit commun. Ainsi fallait-il appliquer l'ancien article 2262 du Code civil selon lequel « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans* ». Puis, la loi du 23 juin 2006 a prévu un délai de prescription spécifique pour l'action en réduction à l'article 921, alinéa 2, du même code : « *le délai de prescription de l'action en réduction est fixé à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou à deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès* ».

Selon certains auteurs, ce nouveau double délai de prescription aurait dû s'appliquer immédiatement aux prescriptions en cours à la date de son entrée en vigueur en vertu des principes généraux



du droit transitoire (Malaurie Ph. et Brenner Cl., Droit des successions et des libéralités, Defrénois, 11^e éd., 2024, n° 588, p. 468) au motif que lorsqu'une loi nouvelle abrège la durée d'un délai de prescription, le nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. Ainsi, la loi du 23 juin 2006 étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, la prescription d'une action en réduction pour une succession ouverte avant cette date aurait été acquise au plus tard le 31 décembre 2011 à 24 heures.

La Cour de cassation n'a pas retenu cette analyse. Faisant application des dispositions transitoires de la loi de 2006, elle a considéré que les nouveaux délais de prescription spéciaux de l'article 921, alinéa 2, ne s'appliquaient qu'aux successions ouvertes depuis le 1^{er} janvier 2007 (Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2017, n° 16-11.961, Bull. civ. I, n° 45, RJPF 2017-4/42, note Sauvage Fr. ; Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-13.961). Ainsi, la Cour de cassation a opté, semble-t-il, non pour l'application immédiate de la loi nouvelle, mais pour la survie de la loi ancienne. Il en résulte, pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, que le délai de l'action en réduction est le délai de droit commun. Hélas, ce délai ayant été à son tour modifié, c'est sur ce point qu'une nouvelle controverse doctrinale est née.

Controverse à trancher : de la durée du délai de prescription applicable à l'action en réduction pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007... – En effet, si le nouveau délai de prescription, spécial, ne s'applique pas aux successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, c'est qu'il faut les soumettre au délai de prescription de droit commun et la difficulté réside dans le fait que ce délai a lui-même été modifié : originellement de trente ans, comme nous l'avons rappelé plus haut, en application de l'ancien article 2262 du Code civil, il est désormais de cinq ans en application de l'article 2224 du même code, applicable aux actions personnelles depuis la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008. Alors, pour une succession ouverte avant le 1^{er} janvier 2007, trente ans ou cinq ans ? Il s'agit de se demander si la réforme de 2008 doit s'appliquer immédiatement aux délais en cours ou bien s'il s'agit, inversement, de maintenir la loi ancienne.

En cas de maintien de la loi ancienne, donc du délai de trente ans, les choses sont simples : pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, les réservataires ont trente ans pour agir (maintien de l'ancien article 2262) ; pour les successions ouvertes après le 1^{er} janvier 2007, ils ont cinq ans (application du délai spécial de l'article 921). Au regard du raisonnement tenu par la Cour de cassation pour l'entrée en vigueur de l'article 921 du Code civil, on pouvait s'attendre à une survie de la loi ancienne. Il semblerait toutefois que nul n'ait songé à défendre la survie de la loi ancienne. Ce qui n'a pas empêché, malgré tout, la controverse de fleurir sur le terrain de la nature de l'action en réduction.

Controverse à trancher : ... à la nature de l'action en réduction. – Une partie de la doctrine a ainsi défendu l'idée que la prescription de l'action en réduction dans les successions ouvertes le 1^{er} janvier 2007 resterait trentenaire non pas par une survie de la loi ancienne, mais au motif que l'action en réduction constitue une action réelle immobilière relevant du nouvel article 2227 du Code civil, lui aussi issu de la loi du 17 juin 2008 (v. not. Dr. famille 2017, comm. 105, obs. Nicod M.).

D'autres auteurs estimaient, au contraire, que ces actions en réduction, de nature personnelle, étaient soumises au délai de prescription de cinq ans de l'article 2224 car, selon les dispositions

transitoires de la loi du 17 juin 2008, une telle disposition, qui abrège la durée du délai de la prescription de l'action en réduction jusqu'alors trentenaire, s'applique immédiatement aux prescriptions en cours à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure (Grimaldi M., Droit des successions, LexisNexis, coll. Manuels, 8^e éd., 2020, n° 905).

Autrement dit, la controverse se déplace. Il ne s'agit plus de se demander si la loi nouvelle (sur la prescription) doit s'appliquer immédiatement ou non : la réponse est positive. Mais demeure la question de la nature de l'action en réduction : cinq ans si c'est une action personnelle, trente si c'est une action réelle immobilière. Or la question n'est pas si simple à trancher. Les partisans du caractère réel s'appuient sur le fait qu'avant 2006, la réduction s'opérait en principe en nature. Ce à quoi il leur est rétorqué que depuis 2006, la réduction s'opérant en valeur, elle tend à la réalisation d'un droit personnel, plus précisément d'un droit de créance d'indemnisation. Surtout, l'action en réduction consiste à obtenir l'annulation d'un acte (la libéralité excessive) qui interdit de s'en prévaloir et son éventuel effet réel (lorsque la réduction se fait en nature) n'est qu'une conséquence de cette annulation. Ainsi comme l'action en nullité d'une vente ou d'une pétition d'héritéité, l'action serait personnelle.

Jusqu'à l'arrêt commenté, la Cour de cassation n'avait pas explicitement pris position sur cette question. On a pu considérer néanmoins qu'elle prenait implicitement parti pour la seconde thèse exposée, notamment dans un arrêt de sa première chambre civile du 3 octobre 2019 (Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 2019, n° 18-19.783).

L'arrêt du 23 octobre 2024 prend cette fois-ci nettement parti en ces termes : l'action en réduction « présente le caractère d'une action personnelle soumise à la prescription quinquennale prévue à l'article 2224 du même code, quand bien même elle aurait pour effet de résoudre la question de l'existence d'un droit réel sur les biens donnés ou légués. » (§ 11). Cette solution sur la nature de l'action en réduction n'est ni véritablement étayée, ni totalement affirmative. En effet, la Cour ne dit pas que l'action en réduction est une action personnelle, mais qu'elle en présente le caractère. Pourquoi une telle précaution de langage ? Sans doute parce que la nature de cette action est, on l'a vu, discutée, notamment quand il s'agit de réduire des libéralités ayant pour objet des immeubles. Ainsi, un certain nombre d'auteurs considèrent que l'action en réduction lorsqu'elle s'exerce en nature (ce qui est encore possible de manière exceptionnelle depuis 2006, lorsque le gratifié en fait le choix, C. civ., art. 924-1) est une action mixte car « non seulement elle constate l'anéantissement de la donation ou du legs, mais déclenche aussi la restitution du droit réel que la libéralité a constitué ou transféré » (Sauvage Fr., Successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : la prescription de l'action en réduction acquise le 18 juin 2013 à minuit, JCP N 2024, n° 49, 1234).

La prescription quinquennale, conséquence du caractère d'une action personnelle. – L'article 2224 s'appliquant immédiatement aux actions en réduction pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, ces dernières sont prescrites au plus tard le 18 juin 2013 à 24 heures, soit cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la réforme du 17 juin 2008 (§ 12), sauf dans deux cas. La prescription pourrait être acquise avant cette date par trente ans en vertu de l'ancien article 2262 du Code civil lorsque ce délai de trente ans s'éteint avant le 18 juin 2013 à 24 heures ; le délai pourrait expirer

après cette date en cas de report du point de départ, de suspension ou d'interruption de la prescription.

La solution est sans aucun doute opportune, car le délai trentenaire pesait comme une épée de Damoclès sur les actions en réduction pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007. Comme le souligne un auteur, « *En particulier, lors de la vente du bien donné (ou du bien légué dont la délivrance et le paiement ont été obtenus), la menace d'une réduction demandée sur le tard par un héritier à réserve peut avoir un effet dissuasif sur le tiers acquéreur, menacé par l'effet résolutoire de la réduction en nature en cas d'insolvabilité du gratifié, pour peu que la renonciation unanime de l'ensemble des réservataires à revendiquer entre ses mains ne puisse être obtenue* » (Sauvage Fr., Successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : la prescription de l'action en réduction acquise le 18 juin 2013 à minuit, préc.).

Conclusion. – Carbonnier voyait dans la jurisprudence rendue sur l'ancien article 1384 du Code civil en matière de responsabilité du fait des choses un immense gaspillage d'intelligence et de temps. On peut se demander s'il n'en a pas été de même ici. En refusant d'appliquer de manière immédiate la loi du 23 juin 2006 et son double délai spécial de prescription de l'action en réduction, la Cour de cassation a été obligée de régler une controverse liée à la nature de l'action en réduction alors même que ce débat est totalement inutile pour l'avenir, précisément grâce au délai spécial de l'article 921. En d'autres termes, la question de la nature l'action en réduction ne s'est posée que pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 et aurait pu être évitée en appliquant immédiatement l'article 921. C'est à se demander qui des praticiens ou des universitaires a le goût de la controverse ! ■

Claire-Marie PÉGLION-ZIKA

→ RJPF 296-19

La conformité à la Constitution des limitations à la qualité à agir devant le juge pénal des associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes

Cons. const., 22 nov. 2024, n° 2024-1113 QPC



Par Rodolphe MESA

Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles à l'Université du Littoral-Côte d'Opale

- Associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes
- Conformité à la Constitution
- Différence de traitement
- Qualité à agir par la voie de la constitution de partie civile

FAITS ET PROCÉDURE

La chambre criminelle de la Cour de cassation a, par un arrêt du 11 septembre 2024, transmis au Conseil constitutionnel une QPC émanant d'une association ayant pour objet statutaire la lutte contre les discriminations à caractère sexuel ou sexiste (Cass. crim., 11 sept. 2024, n° 24-90.009, D). Cette QPC vise l'article 2-6 du Code de procédure pénale, qui offre aux associations régulièrement déclarées depuis au moins 5 ans à la date des faits, dont l'objet statutaire est de combattre les discriminations fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, une qualité à agir par la voie de la constitution de partie civile. Cette qualité à agir est à la fois conditionnée et limitée à un certain nombre d'infractions, principalement aux discriminations commises en raison du sexe, de la situation de famille, des mœurs ou de l'orientation sexuelle de la victime. Ce texte méconnaîtrait, eu égard à ces limites, le droit au recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), et le principe d'égalité des justiciables devant la justice pénale qui découle de l'article 6 du même texte.

SOLUTION

Le Conseil constitutionnel a considéré que les limitations à l'action civile et les différences de traitement issues de l'article 2-6 du Code de procédure pénale ne méconnaissent ni le droit à un recours juridictionnel effectif, ni les principes d'égalité devant la loi et devant la justice, en conséquence de quoi ces dispositions sont conformes à la Constitution.

ANALYSE

Le Conseil constitutionnel a, pour retenir la conformité à la Constitution de l'article 2-6 du Code de procédure pénale, examiné son adéquation avec deux garanties de valeur constitutionnelle, en

l'occurrence le droit à un recours juridictionnel effectif et les principes d'égalité devant la loi et devant la justice.

S'agissant, en premier lieu, du droit à un recours juridictionnel effectif, l'entorse mise en avant par la QPC tenait au fait que l'action des associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes régulièrement déclarées depuis au moins 5 ans à la date des faits est cantonnée aux seules infractions énumérées par l'article 2-6 du Code de procédure pénale, sous condition qu'elles aient été commises avec l'un des mobiles précisés par ce texte. Il en résulte que ces associations sont dépourvues de qualité à exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions de séquestration, de vol et d'extorsion.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel a, fort logiquement, visé l'article 2 du Code de procédure pénale, qui ne reconnaît la qualité de principe à agir par la voie de la constitution de partie civile qu'à la seule victime directe, c'est-à-dire à celle qui a « *personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». La possibilité, offerte par l'article 2-6 du Code de procédure pénale, à certaines associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes d'exercer les droits reconnus à la partie civile ne peut, en conséquence, être qu'exceptionnelle, donc encadrée, conditionnée et limitée. Le Conseil constitutionnel confirme le caractère exceptionnel de cette qualité à agir en retenant qu'il relève des prérogatives du législateur de limiter l'action civile de ces associations aux seules infractions qu'il énumère limitativement, le tout sans l'étendre à d'autres telles que la séquestration, le vol et l'extorsion. Aucune atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif ne peut en résulter dans la mesure où l'article 2-6 du Code de procédure pénale n'empêche pas la victime directe, qu'il s'agisse de la personne physique lésée ou d'une association, de se constituer partie civile dans les conditions précisées par les articles 2 et suivants du Code de procédure pénale aux fins d'obtenir la réparation du dommage directement causé par l'infraction. À suivre, en effet, la position du Conseil constitutionnel, le seul objet de l'article 2-6 du Code de procédure pénale est de permettre à une association d'exercer l'action civile aux fins de mise en mouvement ou de soutien de l'action publique, indépendamment de toute considération relative à la réparation du dommage subi personnellement par la victime directe. Or, s'agissant de la mise en mouvement ou du soutien à l'action publique, une association ou une partie civile ne sont aucunement placées dans la même situation que le ministère public, dont elles ne peuvent, en conséquence, bénéficier des prérogatives. Les limitations portées à la qualité à agir des associations s'agissant d'infractions dont elles ne sont pas les victimes directes sont donc parfaitement justifiées dès lors que les droits de la victime directe sont préservés (Cons. const., 21 oct. 2011,

n° 2011-190 QPC ; Cons. const., 31 janv. 2014, n° 2013-363 QPC). Complémentairement, l'article 2-6 du Code de procédure pénale est également regardé comme compatible avec la liberté d'association, dans la mesure où il ne remet pas en cause la capacité d'agir en justice reconnue aux associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes.

S'agissant, en second lieu, du principe d'égalité devant la loi et de celui, qui en résulte, d'égalité devant la justice (Cons. const., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC ; Cons. const., 19 janv. 1981, n° 80-127 DC ; Cons. const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC), plusieurs différences de traitement ressortent de l'article 2-6 du Code de procédure pénale, qui ne permet pas aux associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas de séquestration, de vol ou d'extorsion. Cette différence de traitement attachée à la nature de l'infraction est complétée d'une autre, qui ressort de l'objet des associations ayant qualité à agir. Les articles 2-2, 2-8 et 2-17 du Code de procédure pénale permettent, en effet, aux associations de lutte contre les violences et le harcèlement sexuels, de défense des personnes malades, handicapées ou âgées, et de défense des droits et libertés individuels et collectifs d'exercer, sous conditions, les droits reconnus à la partie civile, selon les cas, pour certains faits de séquestration, de vol ou d'extorsion. Ces différences de traitement ont été déclarées conformes à la Constitution par la décision du 22 novembre 2024. Cette déclaration de conformité rappelle qu'une différence de traitement n'est en contrariété avec les principes d'égalité devant la loi et devant la justice que si elle concerne des personnes ou des éléments placés dans une situation identique (Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC). Une différence de traitement concernant des personnes ou des éléments placés dans des situations différentes est, en conséquence, légitime et justifiée, sous condition qu'elle soit en rapport direct avec l'objet ou le but que le législateur a assigné à la loi (Cons. const., 15 janv. 1992, n° 91-304 DC ; Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC ; Cons. const., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC).

Ce sont ces critères qui ont été repris pour confirmer la conformité de l'article 2-6 du Code de procédure pénale avec les principes d'égalité devant la loi et devant la justice. Ainsi, la différence de traitement attachée à la nature de l'infraction, qui emporte l'absence de qualité à agir des associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes en matière de séquestration, de vol et d'extorsion, apparaît justifiée par une différence de situation qui, en tout état de cause, n'empêche aucunement la victime directe de se constituer partie civile devant le juge répressif dans les conditions des articles 2 et suivants du Code de procédure pénale. Quant aux domaines respectifs des qualités à agir par la voie de la constitution de partie civile des associations de lutte contre les discriminations sexuelles et sexistes et des associations de lutte contre les violences sexuelles, leurs étendues différentes se justifient tant par l'objet statutaire de ces dernières associations que par les conditions relatives aux circonstances des faits qui sont requises pour l'exercice des droits reconnus à la partie civile. Il en résulte, à suivre le Conseil constitutionnel, que toutes les différences de traitement induites de l'article 2-6 du Code de procédure pénale sont à la fois fondées sur des différences de situation et en rapport direct avec l'objet de la loi. Elles sont d'autant plus pertinentes que les associations de lutte contre les discriminations ou les violences à caractère sexuel ou sexiste ne sont aucunement dans la même situation que le ministère public ou la victime directe de l'infraction, en conséquence de quoi leur qualité à agir ne peut être identique à celle de ces deux parties, tant en ce qui concerne l'action publique que l'action civile (Cons. const., 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, préc. ; Cons. const., 31 janv. 2014, n° 2013-363 QPC, préc.). Le ministère public doit pouvoir mettre l'action publique en mouvement, et la victime directe faire de même pour l'action civile. Quant aux associations défendant un intérêt collectif qui ne sont pas des victimes directes de l'infraction, leur rôle, nécessairement distinct, doit, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, être limité au soutien des poursuites et de la victime. À défaut, elles ne seraient autre chose que des procureurs privés ou des représentants imposés des victimes directes d'infractions. ■

En bref...

→RJPF 296-20

La traite des êtres humains caractérisée par le recrutement, contre rémunération, d'une personne aux fins d'exploitation

Cass. crim., 26 nov. 2024, n° 23-85.798, B

La chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans son arrêt du 26 novembre 2024, retenu que le délit de traite des êtres humains de l'article 225-4-1 du Code pénal est constitué par le fait d'employer une personne aux fins d'exploitation, en

contrepartie d'une rémunération dérisoire qui lui a été consentie. Il est, en revanche, indifférent à la consommation de l'infraction que son auteur ait agi lui-même en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération. Cet arrêt répond ainsi à une difficulté imaginaire d'interprétation des termes du texte incriminateur. Il ressort de ce texte que la consommation de l'infraction ne peut être relevée que si une personne a été recrutée, transportée, hébergée ou accueillie à des fins d'exploitation, ce qui n'est pas le cas de la seule mise à disposition rémunérée de personnes majeures ou non-vulnérables aux fins de mariage arrangé alors qu'aucun risque d'exposition à la commission d'agressions sexuelles n'est caractérisé (Cass. crim., 11 mai 2023, n° 22-85.425, B, AJ pénal 2023, p. 288, obs. Mesa R.). Pour être constitutifs, ces agissements doivent être commis dans l'une au moins des circonstances limitativement

énumérées par l'article 225-4-1 du Code pénal, et notamment « en échange ou par l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage » (C. pén., art. 225-4-1, 4°). Le pourvoi soutenait, à ce titre, que la consommation du délit est subordonnée au fait que l'auteur de la traite ait agi en échange ou par l'octroi d'une rémunération. Une telle appréhension de l'article 225-4-1 du Code pénal ne correspond aucunement à une interprétation de ce texte, mais à sa dénaturation ou sa réécriture par l'ajout à la loi d'une condition qu'elle ne prévoit pas. L'infraction est, en effet, consommée dès qu'il est établi que l'agent a recruté une personne à des fins d'exploitation, en lui promettant ou versant une rémunération, ce qui suppose nécessairement que le destinataire de la rémunération ou de la promesse soit la victime de l'infraction et non son auteur. ■



Par Alain KENMOGNE SIMO

Agrégé des Facultés de Droit
Chef du Département de Droit des Affaires
et de l'Entreprise
Directeur du Laboratoire d'études
et de recherche en droit des affaires
Faculté des Sciences Juridiques et politiques
Université de Yaoundé II (CAMEROUN)

➔ RJPF 296-21

Le législateur camerounais doit-il remettre son ouvrage sur le métier ? À propos de l'interdiction de la GPA par la loi du 14 juillet 2022 ?

• Cameroun • Filiation • Gestation pour autrui (GPA) • Parent d'intention • Parent non biologique

Parmi les nouvelles techniques de reproduction (NTR) imaginées par la technoscience, la gestation pour autrui (GPA)⁽¹⁾ est, probablement avec la procréation post mortem, de celles qui suscitent le plus d'interrogations⁽²⁾. Dans sa dimension palliative⁽³⁾, elle se pratique généralement en cas d'infertilité féminine liée à l'absence d'utérus ou à sa déformation. Bien qu'elle ait été souvent présentée comme étant ancienne⁽⁴⁾, il est possible de considérer qu'elle n'a véritablement connu son essor que ces

dernières décennies⁽⁵⁾. Dans cette pratique, en fonction du rôle joué par chacune des femmes impliquées dans l'opération⁽⁶⁾, il peut y avoir plusieurs variantes : lorsque la femme à laquelle les parents d'intention recourent se contente de porter la grossesse⁽⁷⁾, on est en présence de la véritable gestation pour autrui⁽⁸⁾. Dans d'autres cas, elle peut avoir à jouer un rôle plus grand en donnant son ovule pour engendrer l'enfant qu'elle va porter ou en se faisant inséminer par le sperme du mari du couple d'intention. Elle va alors être à la fois génitrice et gestatrice⁽⁹⁾. Une constante dans tous les cas, contrairement aux modes alternatifs de procréation dans lesquels l'embryon est porté « *in utero* » par la future mère de l'enfant, dans la GPA, cette dernière se trouve dans l'incapacité physique de porter elle-même l'embryon issu du processus de procréation médicalement assistée (PMA).

Au sens où la pratique est comprise aujourd'hui⁽¹⁰⁾, elle n'a été abordée dans le droit positif camerounais qu'avec la loi n° 2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée au Cameroun. La question était certes abordée avant cette loi dans

(1) Encore appelée maternité de substitution qui, strictement parlant, peut revêtir plusieurs appellations en fonction du rôle joué par la mère porteuse : gestation pour autrui et procréation pour autrui.

(2) Pour ce qui est du cas du Cameroun, voire notamment les travaux de Ngamaleu Djuiko S., spécialement sa thèse (Ngamaleu Djuiko S., *La protection de l'embryon humain*, Université de Yaoundé II, 2014) et ses articles suivants : Au-delà d'une condamnation compréhensible de la GPA..., RJO 2015-4, p. 51 ; Quelle attitude pour les législateurs africains face à la montée (irrésistible ?) de l'admission de la GPA ?, RRJ 2015-3, p. 1267 ; Les choix faits par le législateur camerounais dans la loi du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée, RRJ 2023-2, p. 955 ; Les législateurs africains et la PMA : cas de la procréation post mortem, *in* Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankoba Ndiaye, p. 955 ; Le législateur camerounais et la PMA : de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille à la loi du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée, Revue sénégalaise de droit, août 2023, n° 37, p. 261 et La procréation humaine non sexuée en droits camerounais, malien et béninois, à paraître dans les actes du colloque international de Bamako, *Les grands enjeux des droits humains en Afrique : regards croisés*, 29 et 30 janv. 2024.

(3) La question se pose d'ailleurs de plus en plus de savoir si l'engendrement avec tiers doit conserver ce caractère palliatif.

(4) On la retrouve dans la Bible notamment où Sarah et Abraham auraient eu recours à leur servante pour avoir une descendance (voir Genèse, 16^e chapitre).

(5) Elle viendrait des États-Unis où un médecin aurait fondé en 1979 à Louisville une association (La « *Surrogate parenting associates* ») pour aider les femmes stériles à louer des mères de substitution.

(6) Dans les cas extrêmes, il peut y en avoir jusqu'à trois : la femme du couple d'intention, celle qui a donné les ovules qui ont permis la fabrication de l'embryon et celle qui a porté la grossesse.

(7) L'embryon pouvant avoir été fabriqué avec les matériaux du couple ou seulement avec le sperme du mari et l'ovule d'une donneuse.

(8) C'est probablement l'hypothèse que visait l'article 505 de l'avant-projet camerounais du Code des personnes et de la famille puisque ce texte parlait de prêt d'utérus.

(9) Si donc strictement parlant les différentes peuvent être distinguées les unes des autres, ici les expressions gestation pour autrui et maternité de substitution seront utilisées alternativement et comme équivalentes.

(10) C'est-à-dire sans qu'il y ait un acte sexuel charnel entre l'homme et la mère porteuse.

un avant-projet du Code des personnes et de la famille⁽¹¹⁾. Dans cette loi, et contrairement à l'avant-projet du Code des personnes et de la famille et à certains législateurs africains⁽¹²⁾ qui l'admettent, le législateur camerounais a fait le choix d'interdire la pratique⁽¹³⁾ sans distinction et l'a même érigée en infraction⁽¹⁴⁾. Il peut paraître étonnant de s'interroger déjà sur la nécessité ou non de remettre l'ouvrage sur le métier alors que la loi ne date que de deux ans et que ses textes d'application n'ont même pas encore été pris. Mais en prenant en compte le fait que, comme pour beaucoup d'autres lois, l'élaboration de celle-ci n'a pas été précédée des larges débats sociaux qu'il y aurait dû avoir, malgré son importance⁽¹⁵⁾, la question peut se comprendre. En dépit du fait que la loi soit très récente, il n'est donc pas inutile de revenir sur la problématique et se demander s'il n'y avait pas lieu de faire autrement et, précisément, si cette interdiction ne doit pas être levée⁽¹⁶⁾. La question mérite d'autant d'être posée que depuis son adoption et sa promulgation, cette loi semble retenir davantage l'attention⁽¹⁷⁾.

Relativement à cette problématique de son admission ou non, les auteurs qui s'étaient penchés sur la question avant l'adoption de la loi semblaient relativement divisés. Si Madame Ngamaleu Djuiko affirmait qu'une interdiction de la pratique pouvait se comprendre⁽¹⁸⁾, Madame Mazigui-Ngoue quant à elle optait résolument pour la consécration de la pratique en considérant celle-ci comme étant conforme à la culture africaine⁽¹⁹⁾. Mais en réalité, les deux positions n'étaient pas si éloignées l'une de l'autre car la première indiquait que l'interdiction ne serait compréhensible que si elle était accompagnée d'autres mesures. C'est ainsi qu'elle

écrivit que « *le désir de paternité ou de maternité étant légitime, la condamnation de la pratique ne peut être moralement et humainement justifiée que si des alternatives sont offertes aux personnes privées de cette solution* ». Certes les mesures qu'elle indiquait ne pouvaient être contenues dans cette loi, même pour celle qui était d'ordre purement juridique. En effet, il aurait été difficile de s'attendre à y voir des dispositions relatives au statut des enfants nés d'une GPA pratiquée illégalement ou à l'étranger de manière légale⁽²⁰⁾ et des mesures facilitant l'adoption⁽²¹⁾. Elle ajoute d'ailleurs plus loin que « *si la pratique devait être admise⁽²²⁾, cela devrait être de manière cantonnée* »⁽²³⁾. Du fait de l'absence de ces éléments, il appartiendra certainement à la jurisprudence de contribuer à l'édification du droit camerounais de la maternité de substitution⁽²⁴⁾. Néanmoins, et en attendant, des voix s'élèvent de plus en plus pour condamner l'interdiction d'une pratique qui serait même en harmonie avec les pratiques anciennes de résolution du problème de l'infertilité. En effet, il n'était pas rare, comme dans la Bible, qu'en cas de stérilité d'une épouse, qu'une autre femme soit trouvée au sein même de sa famille pour faire un enfant avec son mari et qui sera considéré comme celui du couple⁽²⁵⁾. Dans ces conditions effectivement, il peut y avoir lieu de se demander pourquoi prohiber ce qui se faisait déjà sans le secours de la science. Ne doit-on pas plutôt profiter de l'aide de la science pour le faire, d'autant plus que là où cela se faisait nécessairement avec un acte charnel d'adultère⁽²⁶⁾, la science peut permettre d'avoir le même résultat sans cet inconvénient ? S'interroger sur l'abandon de l'interdiction de la GPA revient donc à se demander si celle-ci était juste. Autrement dit, si elle conciliait les différentes préoccupations concernées par la question, notamment le respect des droits et libertés individuels⁽²⁷⁾, la protection de la dignité et du genre humain, le souci de faire reculer les souffrances physiques ou psychologiques⁽²⁸⁾... Certes, contrairement à d'autres

(11) Il y a d'ailleurs lieu de signaler que ce texte admettait la pratique. En effet, son article 505 évoqué ci-dessus réglementait les conditions du consentement de la mère-porteuse en disposant que : « *La femme qui accepte de prêter son utérus aux fins de procréation doit consentir aux conditions irrévocables relatives à la remise de l'enfant au couple demandeur par acte notarié* ».

(12) Comme celui du Bénin (v. article 59 du Code béninois de l'enfant).

(13) Il convient néanmoins de signaler qu'il n'est pas seul dans cette position puisque la loi malienne est également en ce sens (v. article 17 de la loi n° 2016-066 du 30 décembre 2016 portant assistance médicale à la procréation).

(14) V. article 48 de la loi camerounaise de 2022. La France également qui interdit la pratique la réprime au titre des atteintes à la filiation (C. pén., art. 227-12).

(15) Certes, du fait que la problématique était abordée dans l'avant-projet de code des personnes et de la famille, des auteurs y avaient déjà consacré des réflexions. C'est le cas, notamment, de Ngamaleu Djuiko S., dans plusieurs publications parmi lesquelles RJO 2015-4, p. 51, préc. et RRJ 2015-3, p. 1267, préc. ; Mazigui-Ngoue E., Le contrat de gestation pour autrui dans l'avant-projet du Code civil camerounais, RRJ 2015-3, p. 1289 et Ndam I., La procréation pour autrui au Cameroun, Revue africaine de droit et de science politique, vol. VI, n° 13, suppl. 2018.

(16) L'interrogation n'est d'ailleurs pas particulière au Cameroun. En France, par exemple, où la pratique est aussi interdite, un comité de soutien pour sa légalisation a été mis sur pied et certains rapports vont aussi dans ce sens.

(17) Un an seulement après sa promulgation, elle avait déjà donné lieu à plusieurs réflexions scientifiques sous diverses formes. À titre d'illustration, en plus des mémoires de Master, on peut signaler Tatsadong Tafempa J.-M., La loi n° 2022/014 du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée au Cameroun, RAMReS, SJP, n° 3, vol. 1, janv. 2024, p. 277 ; Ndedom S. et Pinlap W.-Cl., La loi n° 2022/014 du 14 juillet 2022 : le cadre juridique de la procréation médicalement assistée au Cameroun ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé, RRJ, n° 1, 2022 ; Gouambe S., Heurs des couples en difficulté de procréations au Cameroun, Revue ivoirienne de Droit, n° 58, 2022, p. 196 ; Mgba Ndje M.-S., Famille et propriété à l'aune de la procréation médicalement assistée au Cameroun. Convergences et divergences culturelles et juridiques à l'ère de l'évolution scientifique, Revue tchadienne de droit et de science politique, vol. 1, n° 2, juin 2023.

(18) V. RJO 2015-4, *op. cit.*, p. 1267.

(19) Mazigui-Ngoue E., *op. cit.*, p. 1293.

(20) Il convient de signaler à cet effet les problèmes rencontrés en France pour les GPA pratiqués à l'étranger dans les pays qui l'admettent. La Cour de cassation vient encore d'être confrontée récemment au problème de la conformité à l'ordre public international français et de la reconnaissance d'une décision de justice étrangère relative à des enfants nés d'une GPA pratiquée à l'étranger (v. Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 22-20.883 et Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2024, n° 23-50.002, v. Le Boursicot M.-Chr., RJPF 2025, n° 296-12).

(21) En plus des mesures ci-dessus, elle indique également la nécessité d'améliorer la recherche sur les causes de stérilité et de déramatiser l'absence de descendance.

(22) Ce qui témoigne qu'elle n'y est pas fermement opposée.

(23) RJO 2015-4, *op. cit.*, p. 59.

(24) Sous réserve des précisions qui seront apportées par les textes d'application, qui sont encore attendus.

(25) V. Mazigui-Ngoue E., *op. cit.*

(26) Comme cela a dû être le cas dans la Bible pour Sarah, la femme d'Abraham. Face aux difficultés du couple à avoir un enfant, elle aurait proposé à son époux d'avoir des relations intimes avec sa servante, Hagar, afin qu'elle lui donne un enfant qu'elle pourrait considérer comme sa propre descendance. C'est ainsi qu'Ismaël serait né des œuvres d'Abraham et d'Hagar (Voir Genèse, 16^e chapitre).

(27) Comme le dit un auteur, ils ne doivent néanmoins pas être instrumentalisés pour imposer les solutions les plus permis. Il faudrait avoir conscience qu'à côté de l'individu, il y a la société. Si au XVIII^e siècle le premier devait être protégé contre la seconde, il y a lieu de craindre que ce soit cette dernière qui doive être protégée aujourd'hui contre le premier (v. Ngamaleu Djuiko S., RRJ 2015-3, *op. cit.*, p. 1268, note 7).

(28) Lire Catto M.-X., La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts ?, RDH 2013, n° 3 ; Cadet F., L'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France/Espagne, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005.



pratiques de reproduction, comme l'insémination artificielle intra-conjugale (IAC) et la plupart des techniques endogènes⁽²⁹⁾, la GPA peut susciter des interrogations de nature à légitimer le doute sur son admission, l'avoir interdite purement et simplement ne peut-il pas aussi paraître excessif ? Ne pouvait-on pas plutôt l'encadrer, en dépit des difficultés qui pourraient être rencontrées dans la recherche de l'effectivité de l'encadrement ?

La question est importante aussi bien d'un point de vue théorique que pratique. Sur ce dernier point, s'agissant d'une solution possible au problème de descendance, elle est susceptible de concer-ner plusieurs personnes et, surtout, la réponse qui en est donnée peut ou non contribuer à apaiser les tensions dans les ménages et les familles⁽³⁰⁾. Sur le plan théorique, la question met en balance plusieurs préoccupations qui doivent être prises en compte, notamment les libertés individuelles et droits fondamentaux et la dignité humaine. L'hypothèse défendue ici est que si une levée de l'interdiction de la GPA peut se comprendre (I), il y aurait néanmoins nécessité à encadrer la pratique (II).

I – LA COMPREHENSIBLE LEVÉE DE L'INTERDICTION DE LA GPA

Deux éléments peuvent rendre compréhensible une levée de l'interdiction de la GPA : d'une part, la faiblesse des arguments pouvant sous-tendre l'interdiction et, d'autre part, des avantages susceptibles d'être tirés de la pratique de la GPA. À ce sujet, il est effectivement possible de relever que les arguments pouvant servir de fondements à l'interdiction n'ont rien d'absolu. Ils sont plutôt relativement fragiles (A) alors qu'il est tout autant possible de trouver quelque intérêt à la levée de l'interdiction (B).

→ A – La relative fragilité des arguments juridiques favorables à l'interdiction de la GPA

Deux types d'arguments sont généralement invoqués au soutien de l'interdiction de la maternité de substitution : des arguments d'ordre juridique et des arguments d'ordre extra-juridiques. En ce qui concerne ces derniers, sur lesquels on n'insistera pas particulièremment à ce niveau⁽³¹⁾, ils consistent essentiellement en des risques que la pratique pourrait faire peser sur le futur enfant, sur la mère porteuse et sur la société en général. Mais en l'absence d'un recul suffisant, il est difficile de vérifier si ces risques sont avérés ou pas. Il est donc possible pour le moment de considérer qu'il n'y a pas de véritable certitude dans un sens ou dans l'autre. Dès lors,

(29) À l'exception peut-être de ICSI (intracytoplasmic sperm injection) et des procé-dés similaires.

(30) Au sujet de l'importance de l'enfant, Madame Ngamaleu Djuiko écrit : « *Si dans toutes les cultures du monde, donner la vie est certainement un acte important, en Afrique, il s'agit probablement de l'acte le plus important. Ici, la principale raison de se marier semble ne pas être de partager les joies et les peines de son partenariat ; on se marie surtout pour avoir des enfants. La fécondité y est un signe ; elle est perçue comme une bénédiction des dieux dont il faut s'attirer les bonnes grâces et écarter les menaces qui pèsent sur le bon déroulement de la grossesse* » (Ngamaleu Djuiko S., RRJ 2015-3, *op. cit.*, p. 1287). Elle ajoute que « *C'est la raison pour laquelle la naissance d'un enfant est un merveilleux événement souvent entouré de mille rituels destinés à le protéger et à lui assurer une vie prospère* » (*op. cit.*, p. 1287, note 87).

(31) On reviendra sur certains d'entre eux dans le A du II ci-dessous.

il peut paraître peu indiqué de condamner une pratique sur de telles bases si celle-ci pouvait se recommander par ailleurs d'avantages. À moins que l'interdiction ne se fonde plutôt sur de solides arguments juridiques. Ce qui invite à apprécier les arguments juridiques susceptibles d'avoir motivé le législateur camerounais en faveur de l'interdiction de la GPA.

Par rapport à ce dernier type d'arguments, ils reposent essen-tiellement sur l'idée que la GPA serait illicite parce que contraire à l'ordre public. En effet, pour beaucoup, la pratique porterait atteinte au principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes⁽³²⁾. Or si l'on s'interroge sur la valeur de ce principe, il en ressortirait qu'il peut, et peut-être même doit, au minimum être relativisé, quelle que soit d'ailleurs la conception que l'on retient de l'état des personnes⁽³³⁾. Par rapport à l'état des personnes, ce principe qui signifie qu'une personne ne peut disposer de sa personnalité juridique interdit la cession, la renonciation ou l'amputation d'un des éléments qui composent l'état d'une per-sonne. En d'autres termes, une personne ne peut pas faire sortir de son patrimoine les droits portant sur les éléments qui composent son état pour le faire entrer dans le patrimoine d'une autre per-sonne. S'agissant du corps humain, le rendre indisponible visait à le ranger dans la catégorie de choses hors commerce. Même si assez souvent les deux aspects (état des personnes et corps humain) sont visés ensemble dans le principe⁽³⁴⁾, les deux ne sont pas strictement identiques. Néanmoins, en matière de maternité de substitution, les deux sont concernés : l'indisponibilité du corps pour ce qui concerne la mère porteuse et l'indisponibilité de l'état de la personne pour ce qui concerne la filiation de l'enfant. Dès l'origine même, ce principe était déjà contesté. En effet, si l'on considère qu'un principe est une règle juridique établie par un texte en des termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure, il doit avoir une forte assise dans le droit positif. Or, en droit français⁽³⁵⁾ il n'a pas été posé à l'origine par le législateur⁽³⁶⁾. Et même en considérant comme certains qu'un principe n'a pas nécessairement besoin d'être consacré pour exister, encore faudrait-il au moins qu'il donne lieu à des applications rigoureuses et fréquentes. Or, au moment où la doctrine dégageait le présumé principe, il était difficile de considérer que l'indisponibilité de l'état des personnes était vraiment le principe puisqu'un grand nombre de ses éléments faisaient déjà l'objet de disposition. Il a fallu attendre 1975 pour qu'il soit affirmé par la Cour de cassation⁽³⁷⁾. Et entre cette date

(32) Notamment la filiation.

(33) Dans une conception restrictive, il se limiterait à la filiation alors que dans une conception très large, il pourrait se confondre avec la condition juridique de la personne. Et entre les deux conceptions, une approche intermédiaire le prendrait comme déterminant l'identité civile de la personne dans ses éléments essentiels et permanents. Dans ce dernier sens, qui est majoritaire, l'état d'une personne coïnciderait plus ou moins avec son état civil et renverrait à l'ensemble des éléments qui permettent d'identifier un individu par rapport aux autres. On pourrait, à l'instar de certains, le décomposer en état individuel (naissance, décès, âge, facultés mentales), état dans la famille (filiation, parenté, mariage) et état dans la cité (nationalité, citoyenneté).

(34) Indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

(35) D'où le principe a été hérité.

(36) Ce dernier s'était contenté de dire que les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation. C'est cette interdiction qui a permis à la doctrine de dégager le principe et qui a été consacré plus tard par la jurisprudence.

(37) Par rapport à sa date et sa source, son applicabilité au Cameroun n'allait pas de soi.

et 1991 où la Cour de cassation, sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi, l'a invoqué pour casser un arrêt rendu justement à propos de la filiation d'un enfant né par GPA, la règle avait plutôt connu peu d'applications⁽³⁸⁾. Par la suite, la percée de l'individualisme et la revendication de plus de libertés ont fait en sorte que la règle connaisse tellement d'atteintes que l'on peut légitimement se demander si le principe n'est pas éculé⁽³⁹⁾. Si l'on prend précisément le cas de la filiation, au-delà du fait que le principe n'est pas censé s'appliquer aux conséquences patrimoniales du rapport de filiation⁽⁴⁰⁾, l'existence de la filiation même a de plus en plus tendance à glisser sous l'empire de la volonté au point où l'on parle aujourd'hui de filiations électives⁽⁴¹⁾. Avec les possibilités offertes par les sciences médicales, la filiation a cessé d'être uniquement biologique. Parallèlement, la prise en compte des droits fondamentaux a imposé une évolution du principe. Certes le lien entre la personne et son état est tel que la volonté de l'individu ne devrait pas avoir une grande emprise là-dessus. À défaut, cela serait une grande source d'insécurité alors que le droit à la recherche de sécurité parmi ses finalités. Mais cela ne doit pas aboutir à mettre l'état de la personne hors de toute portée de celle-ci. Il ne faudrait pas non plus passer d'un prétexte principe de l'indisponibilité à un vrai principe de disponibilité. Il faudrait plutôt une disponibilité encadrée. Ce n'est donc pas un hasard si l'on parle de plus en plus plutôt du principe de la non-commercialisation, de non-patrimonialité ou de la non-onérosité⁽⁴²⁾. Ce qui aboutit à limiter l'emprise de la volonté et à valider certaines conventions⁽⁴³⁾. Cela dit, y a-t-il intérêt à faire figurer les conventions de maternité de substitution parmi celles-ci ?

→ B – L'intérêt de la levée de l'interdiction de la GPA

Parmi les arguments généralement invoqués en faveur de l'interdiction de la GPA, les arguments extra-juridiques consistent souvent en de simples risques, dont la probabilité d'occurrence peut être assez élevée certes, mais sans être certaine. Ceux qui sont

juridiques sont de plus en plus relativisés. Le savoir ou le dire ne suffirait néanmoins pas à justifier la levée d'une interdiction aussi récente. Il faudrait chercher d'autres arguments résistant cette fois-ci plutôt dans l'intérêt qu'il y aurait à le faire. Et à ce sujet, il faudrait éviter l'argument mimétique. En effet, si le nombre de pays qui interdisent la pratique est encore certainement supérieur à celui de ceux qui l'admettent, il n'y a pas de doute que le nombre de ces derniers est (et va même être) de plus en plus croissant. Une levée de l'interdiction pourrait alors apparaître comme une anticipation de la tendance. Mais le mimétisme comme fondement d'un choix législatif apparaît difficile à admettre. Néanmoins, cette considération d'une croissante légalisation de la GPA n'est pas indifférente. Elle peut avoir de l'impact d'un point de vue économique et comme l'on vit dans une société dans laquelle l'économisme⁽⁴⁴⁾ fait primer de plus en plus les considérations économiques sur toutes les autres, le fait que des pays la consacrent peut avoir du poids. En effet, lorsqu'un pays⁽⁴⁵⁾ a légalisé la pratique, il peut être difficile pour les pays qui l'interdisent d'assurer l'effectivité de leur position dans la mesure où il suffit à leurs nationaux d'aller dans le pays qui admet la pratique pour la réaliser et revenir. Pour donner force à leur position, les pays qui l'interdisent doivent-ils refuser de transcrire l'acte d'état civil de cet enfant au motif qu'il est né d'une pratique interdite localement ou admettre la transcription et favoriser ainsi le contournement de l'interdiction⁽⁴⁶⁾ ? En tout état de cause, au-delà du fait que cela crée une inégalité entre les nantis, qui ont les moyens d'aller à l'étranger réaliser leur GPA, et les autres qui sont démunis, sur le plan économique, il y a une fuite des devises. Légaliser la GPA peut alors apparaître comme étant susceptible d'endiguer le mouvement, voire de l'inverser.

À côté de cet argument économique, il est possible aussi de considérer qu'une légalisation bien encadrée pourrait en limitant le risque de marchandisation traduire plutôt la solidarité et la compassion humaines⁽⁴⁷⁾. De plus, comme pour les débats sur l'avortement, on peut aussi invoquer l'argument pragmatique consistant à considérer qu'en faisant sortir la pratique du maquis, la légalisation encadrée serait plus effective que son interdiction et même don-

(38) D'ailleurs, lorsque la Cour de cassation l'a utilisé en 1991, certains auteurs n'ont pas manqué de s'étonner ou d'affirmer qu'elle l'a ressuscité puisqu'à cette époque-là déjà, la validité des conventions portant sur certains éléments de l'état des personnes ne faisait plus de doute.

(39) Sur la question, lire par ex., Gobert M., *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* (à propos de la maternité de substitution), RTD civ. 1992, p. 490 ; Depadt V., *De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui*, RGDM 2004, p. 135 ; Iacub M., *L'empire du ventre : pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, coll. *Histoire de la pensée*, 2004, p. 228 ; Borrillo D., *Bioéthique*, Dalloz, coll. *À savoir*, 2011.

(40) Quoique pouvant faire l'objet d'un contrôle du juge, les droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants peuvent de manière tout à fait valable faire l'objet de conventions entre eux pour ce qui est des aspects patrimoniaux.

(41) Il ne s'agit plus seulement du cas de l'adoption aujourd'hui. Sur la question, lire Agossou Cl., *Les fondements des filiations électives au Bénin*, in *Le droit africain à la quête de son identité*, Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, l'Harmattan, 2021, p. 91 ; Douchy-Oudot M., *Les filiations électives vingt ans après*, Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck, LexisNexis, 2015.

(42) V. Hennette-Vauchez St., *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004, p. 70.

(43) La récente loi camerounaise sur la recherche médicale impliquant la personne humaine va dans ce sens puisque c'est la cession ou l'acquisition du corps humain ou de ses parties à des fins de recherche contre rémunération ou d'autres avantages matériels qu'elle interdit (v. art. 6) en l'éreignant même en infraction possible, entre autres, d'une peine d'emprisonnement de 10 à 20 ans.

(44) Ou économisme.

(45) Surtout s'il est voisin.

(46) On sait que c'est la situation à laquelle la France a fait face et qui a abouti à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Mennesson et Labassee*. Deux couples français se sont rendus aux USA pour avoir recours à la GPA du fait de la stérilité des épouses. Une fois les couples revenus en France avec les enfants, les autorités françaises ont refusé de retranscrire leurs actes de naissance et de reconnaître leur lien de filiation alors même que les enfants étaient nés grâce au sperme des maris. Sur leur saisine, la CEDH a condamné la France au motif que cette non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants conçus par GPA à l'étranger et les couples ayant eu recours à cette méthode affecte significativement le droit au respect de la vie privée des enfants, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation et qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

(47) C'est l'opinion notamment de certains philosophes (Elisabeth Badinter, par exemple), médecins et personnalités politiques qui militent en faveur d'une légalisation de la GPA pour qui la pratique poursuivrait un but ultime souhaitable et socialement reconnu, à savoir donner la vie à un enfant. La GPA aboutirait ainsi à donner naissance à un enfant qui est véritablement voulu et désiré ; ce qui devrait accroître ses chances d'être aimé.



nerait plus de légitimité à la sanction des GPA pratiquées illégalement.

Aux différents arguments ci-dessus, on pourrait ajouter un argument d'ordre culturel. En effet, l'importance accordée à la descendance au Cameroun, comme dans d'autres pays africains, est telle que l'on a souvent admis des pratiques qui pourraient être moralement plus blâmables. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une fille de la famille de l'épouse stérile est appelée à concevoir physiquement de son beau-frère pour que l'enfant à naître « *demeure un enfant de la famille* ». Dans ces conditions, il peut être difficile par principe de condamner une pratique qui pourrait aider à surmonter les obstacles dressés par la nature.

II – LE NÉCESSAIRE ENCADREMENT DE LA PRATIQUE DE LA GPA

Dire que la levée de l'interdiction de la GPA peut être compréhensible ne signifie aucunement de consacrer la pratique sans conditions. Au contraire, les dangers et les risques qui lui sont inhérents commandent de prendre quelques précautions en l'enfermant dans des conditions assez strictes. Avant d'indiquer les principales d'entre elles qui peuvent structurer son encadrement (B), il convient peut-être au préalable d'étayer un peu plus la nécessité de l'encadrement en scrutant son fondement (A).

→ A – Le fondement de l'encadrement de la GPA

La GPA est susceptible d'abord d'exposer à des conséquences aussi bien d'un point de vue individuel que collectif. Bien qu'il ne s'agisse que de risques qui pourraient par la suite être avérés ou non, il convient de ne pas les négliger.

Sur le plan individuel, par rapport à l'enfant issu de la GPA, la pratique l'expose à passer pour une marchandise ou un « *produit livrable* »⁽⁴⁸⁾ ou un moyen de satisfaction d'un désir ou d'un besoin des personnes impliquées. Pourtant, la pratique serait susceptible de créer pour le futur enfant des risques psychologiques et sociaux du fait notamment de l'abandon et des conflits d'intégration au sein de la famille, surtout si le matériau d'aucun des parents n'a été utilisé⁽⁴⁹⁾. À ce sujet, pour soutenir la compréhensible condamnation de la pratique, Madame Ngamaleu Djuiko pose la question de savoir bien que le phénomène d'abandon d'enfants ne soit pas nouveau, s'il s'agit d'une raison suffisante pour favoriser la préméditation d'un acte, par ailleurs socialement réprouvé⁽⁵⁰⁾. Il n'y aurait d'ailleurs pas que les intérêts de l'enfant qui seraient menacés par cette pratique⁽⁵¹⁾. Celle-ci pourrait aussi se prêter à l'exploitation

de la misère des femmes des couches sociales défavorisées dans la mesure où parmi les motifs possibles susceptibles de justifier d'accepter de porter une grossesse pour le compte d'autres personnes, la recherche du gain y figure indiscutablement. Certes, l'interdiction de la rémunération est susceptible de cantonner ce risque. Mais il y a lieu de reconnaître qu'il peut ne pas être aisément de veiller à son effectivité⁽⁵²⁾.

En plus de ces risques individuels, on peut redouter un risque d'eugénisme qui pourrait se présenter, notamment si dans le cas où la mère porteuse contribuerait par la fourniture de ses ovules, les couples d'intention se mettaient à choisir les mères porteuses sur la base de caractéristiques morphologiques ou génétiques dans l'espérance que celles-ci seraient transmises au futur enfant⁽⁵³⁾.

À côté de ces dangers inhérents à la pratique, il faudrait ajouter les difficultés juridiques liées notamment à la sécabilité de la maternité que la pratique réalise⁽⁵⁴⁾. En effet, au-delà des aspects psychologiques, voire psychiatriques, qui pourraient être invoquée lorsque la maternité se trouve partagée entre plusieurs femmes, il y a un double risque de conflit positif ou négatif. Le premier se présenterait dans le cas où la mère porteuse refuserait de remettre l'enfant alors que le second serait plutôt dans le cas où les parents d'intention refuseraient de le recevoir. Comment contraindre la mère porteuse dans le premier cas à remettre l'enfant et les parents d'intention dans le second à le recevoir ? Autrement dit, comment procéder à une exécution forcée en nature ? Doit-on se contenter d'une exécution par équivalent ? En plus de ceci, si davantage les mères porteuses devaient venir essentiellement des couches défavorisées, comme pressenti ci-dessus, il peut y avoir lieu de craindre que profitant de la situation, les couples d'intention n'insèrent dans les contrats de maternité de substitution des clauses trop contraignantes pour elles, voire attentatoires à des aspects fondamentaux de leur liberté. D'où en cas d'admission de la pratique, la nécessité de l'encadrer. Mais se pose alors la question de comment le faire.

→ B – Le moyen de l'encadrement de la GPA

Si les risques et les dangers présentés ci-dessus ont indiqué suffisamment la nécessité d'encadrer la GPA en cas de légalisation, reste à savoir comment cet encadrement peut se faire. À ce sujet, deux approches complémentaires devraient être utilisées cet encadrement : il faudrait non seulement la soumettre autant que faire se peut au cadre général de la PMA tracé par la loi de 2022, mais aussi l'assortir d'éléments qui lui sont particuliers.

(48) V. Fulchiron H., *Dans les limbes du droit- À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse*, D. 2013, p. 2349.

(49) Il convient de ne pas oublier que même dans la Bible, les développements entre Sarah et sa servante Hagar furent très houleux par la suite. L'histoire indique qu'une fois enceinte, la servante aurait eu des attitudes hautaines et blessantes à l'égard de Sarah qui, à son tour, l'aurait traitée si durement qu'elle dût s'enfuir au désert.

(50) RJO 2015-4, *op. cit.*, p. 1272.

(51) Dans un avis du 23 octobre 1984, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) français a dénoncé la GPA comme immorale parce que contraire aux meilleurs intérêts de l'enfant (*in* CCNE, 23 oct. 1984, avis n° 3, sur les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution).

(52) Selon un auteur, les tarifs connaîtraient même une inflation ; Feldmann G., *La Bioéthique – 25 questions décisives*, Armand Colin, 2010, p. 106.

(53) Dans son article cité ci-dessus, Ngamaleu Djuiko S. fait état de reportages télévisés réalisés aux USA et qui auraient montré que les étudiantes originaires de pays scandinaves étaient très prisées par les couples à la recherche d'une mère porteuse (p. 1274, note 50).

(54) Par rapport à ces risques juridiques, si la convention internationale des droits de l'enfant ne réalisait pas une uniformisation du sort des enfants, la situation aurait pu être assez compliquée dans la mesure où la question se serait posée de savoir si un tel enfant est né dans le mariage de manière à pouvoir bénéficier de la présomption pater is es est (surtout dans le cas où elle n'a pas contribué à la production de l'embryon).

En ce qui concerne sa soumission au cadre général de la PMA de la loi de 2022, en plus du respect de la dignité humaine, au minimum, les éléments ci-dessous devraient être retenus de ce cadre :

- il faudrait, au minimum, que les demandeurs forment un couple stable. Mais compte tenu des dangers et des difficultés plus grands que cette pratique suscite, l'on pourrait même déjà créer une particularité en la réservant uniquement aux couples mariés⁽⁵⁵⁾ ;
- un autre élément d'alignement sur le cadre commun de la PMA est la consécration de sa nature palliative. Le recours à une mère porteuse ne devrait alors être admis que si l'épouse ne peut mener normalement une grossesse à son terme. Il ne devrait pas y avoir de recours par convenance. L'épouse doit être médicalement déclarée inapte à porter une grossesse ;
- également, ce recours devrait avoir un caractère subsidiaire en n'étant admis que si les causes du problème ont été diagnostiquées et traitées sans succès ou, si en l'état de la science, il n'existe pas de procédés de traitement.
- aussi, la filiation de l'enfant doit être sécurisée à travers son établissement d'office à l'égard des parents d'intention et l'interdiction à la mère porteuse de prétendre à tout lien de filiation avec l'enfant qu'elle a porté. Il ne resterait que le cas de l'enfant lui-même : faudrait-il lui interdire toute action en recherche de maternité ou alors, au nom du droit à la connaissance de ses origines, lui ouvrir ce droit d'action ? ;
- également, pour limiter le risque de marchandisation, le recours devrait être gratuit. Dès lors, les versements à faire à la mère porteuse devraient consister essentiellement en des compensations ou des dédommagements ;
- l'exigence de la conclusion d'une convention entre le centre et les porteurs du projet parental devrait s'appliquer ici aussi⁽⁵⁶⁾, tout comme le consentement écrit à fournir en cas de recours à un tiers. Mais ici déjà, la question de savoir si ce consentement doit être donné dans n'importe quelle forme se pose déjà. En effet, l'article 23 de la loi de 2022 se contente de dire que le couple doit fournir son consentement écrit au centre de PMA⁽⁵⁷⁾. Ne peut-on pas aller plus loin et exiger un consentement plus solennel ? À ce sujet, il convient de rappeler que l'article 505 de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille imposait le recours au notaire. Ce qui amène à explorer les éléments particuliers à la GPA que sa légalisation devrait prendre en considération.

En effet, si les éléments tirés du cadre général sont de nature à atténuer les risques et dangers issus de la GPA, ils ne sauraient suffire. Il faudrait donc les compléter avec des éléments spécifiques au cas de la GPA. Au minimum, il faudrait :

(55) Il convient de rappeler que l'avant-projet du code des personnes et de la famille, qui légalisait la pratique en permettant à une femme de prêter son utérus, semblait n'ouvrir le recours à la PMA en général qu'aux couples mariés (v. Ngamaleu Djiuko S., Revue sénégalaise de droit, août 2023, n° 37, préc. et RRJ 2023-2, préc.).

(56) V. art. 19 de la loi du 14 juillet 2022 relative à la procréation médicalement assistée au Cameroun.

(57) V. art. 23 de la même loi de 2022 *supra*.

- l'exigence de pré-maternité de la mère porteuse. Cette exigence se justifierait par le fait qu'il ne faudrait pas que si la mère porteuse ne parvenait pas par la suite à devenir mère pour son propre compte, qu'elle se mette à regretter⁽⁵⁸⁾. À titre de droit comparé, au Bénin, il est exigé qu'elle doit avoir eu au moins deux enfants au préalable⁽⁵⁹⁾ ;
- le matériel reproductif utilisé doit être celui du couple d'intention. La mère porteuse doit se contenter de porter la grossesse jusqu'à son terme. Elle ne devra en aucun cas avoir fourni ses ovules. Cela pourrait atténuer le risque de refus de remettre l'enfant après l'accouchement. Si le matériel d'aucun des membres du couple ne peut induire de grossesse, les parties devraient recourir à l'adoption. De même, si la femme ne peut ovuler mais que le sperme du mari n'a pas de problème, le recours à une génitrice ne devrait être admis que si le mari n'a pas déjà de descendance. Dans le cas contraire, les parties devraient recourir une fois de plus à l'adoption ;
- le renforcement de la protection du consentement. Cela peut passer par la restriction au minimum de la liberté contractuelle sur le plan du fond⁽⁶⁰⁾. L'idéal aurait pu être d'imposer un contrat-type, mais compte tenu du fait que les situations sont susceptibles d'être très variées, le contenu des contrats pourrait être simplement contrôlé, notamment à travers l'imposition d'un contenu minimum et la neutralisation des clauses gravement attentatoires aux libertés fondamentales des mères porteuses. Toujours par rapport au contenu du contrat, un des points de vigilance concernera les conditions de la remise de l'enfant. Du fait du principe de la gratuité⁽⁶¹⁾, la principale interrogation concernera le moment de la remise. À ce sujet, peut-être que pour faciliter l'intégration de l'enfant dans sa famille, il serait bon que sa remise aux parents d'intention intervienne le plus tôt possible. Mais d'un autre côté, si elle intervient très tôt, n'y a-t-il pas de risques pour l'enfant ? Cela ne peut-il pas amener à le sevrer très tôt du lait maternel au moment où les spécialistes encouragent le recours à l'allaitement maternel jusqu'à un certain âge ? Faudrait-il alors, à l'image de la clause *d'earn-out* en matière de cession de contrôle des entreprises, que le contrat organise une période de transition à travers un engagement de la mère porteuse de continuer à venir allaiter l'enfant même après sa remise ? Auquel cas, cela pourrait atténuer le recours à des mères porteuses résidant à l'étranger⁽⁶²⁾ ou obligeraient les parents d'intention à faire venir la mère porteuse sur place pendant toute la période que durera l'allaitement maternel. À l'inverse, si la remise a lieu plus tôt assez tardivement, n'y a-t-il pas un risque que la mère porteuse

(58) C'est une exigence qui pourrait d'ailleurs aussi être appliquée au don d'ovules puisque les femmes en auraient en nombre limité.

(59) V. art. 59, al. 3, du Code béninois de l'enfant.

(60) Il convient de signaler qu'au-delà des difficultés de compréhension que peut susciter cette notion, le Parlement européen vient d'ajouter parmi les comportements susceptibles de constituer la traite d'êtres humains, l'exploitation de la GPA (v. Dir. 2024/1712/UE, 13 juin 2024). Celle-ci sera indiscutablement constituée si une femme devait être amenée à être mère-porteuse sans y avoir consenti, soit parce qu'elle y a été contrainte, soit parce que son consentement a été obtenu de manière rusée (v. à ce sujet, Charpy A., Qu'est-ce que l'*« exploitation » de la gestation pour autrui ?*, D. 2024, p. 1825).

(61) Qui interdira que la remise se fasse contre paiement.

(62) Limitant ainsi le tourisme procréatif.

développe un attachement à l'enfant qui pourrait compliquer sa remise après ou, peut-être plus grave, que cela complique l'intégration de l'enfant dans sa famille ? Dans tous les cas, sur le plan du fond, le contrat de maternité de substitution devra porter sur tous les phases de l'opération depuis la préparation du transfert de l'embryon (ou de l'insémination, au cas où ce procédé serait admis pour le GPA) jusqu'à l'après-remise de l'enfant. Sur le plan de la forme, comme évoqué ci-dessus, peut-être qu'en plus de l'exigence commune d'un écrit, il faudrait, par souci de renforcer la protection du consentement des mères porteuses, que le contrat soit conclu par-devant le notaire ou le juge. Même si la solution, notamment celle du recours au notaire, a un coût, elle peut contribuer à mieux éclairer le consentement des parties en amont et réduire les difficultés d'exécution par la suite⁽⁶³⁾. Ce qui donnerait plus de sens à la mesure suivante ;

- sanctionner le non-respect du contrat (refus de remettre ou d'accepter l'enfant). Cette sanction pourrait ne pas être seulement administrative ou professionnelle. En effet, si de manière générale le recours à la vigueur du droit pénal pour faire respecter les engagements contractuels peut se discuter, avec consentement des parties donné de manière éclairée et solennelle, la discussion ne devrait pas avoir lieu.

En guise de conclusion, l'historien Léon Poliakov raconte que lorsque l'Abbé Spallanzani informa Charles Bonnet⁽⁶⁴⁾ qu'il avait réussi l'insémination artificielle chez les mammifères, ce dernier lui répondit par une lettre enthousiaste : « *Vous tenez un fil précieux qui vous conduira aux découvertes les plus importantes et les plus imprévues. Je ne sais pas si ce que vous venez de découvrir n'aura pas quelque jour, dans l'Espèce humaine, des applications auxquelles nous ne songeons point et dont les suites ne seront pas légères* »⁽⁶⁵⁾. En attendant que se réalisent éventuellement ces applications dont les suites pourraient ne

pas être légères⁽⁶⁶⁾, il y a lieu de constater déjà que la technoscience a permis d'opérer des « avancées » dans le domaine de la procréation. Les partisans du mouvement « transhumaniste » militent pour l'utilisation de ce génie génétique pour remodeler la condition humaine et surpasser nos limites biologiques. Mais compte tenu des dérives auxquelles ces innovations exposent l'humanité, il appartient au droit de poser des limites⁽⁶⁷⁾. Toutefois, le pluralisme des points de vue est tel que cette mission qui lui est assignée n'est pas aisée puisque le moralisme juridique que cela induit aurait dû reposer sur une morale ambiante (c'est-à-dire des normes sociales acceptées dans la société) ou sur une morale idéale (c'est-à-dire un idéal moral à atteindre). Or qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre, cela n'est pas évident dans le contexte d'une société éclatée. Sur quoi le droit reposerait alors sa légitimité pour servir de rempart⁽⁶⁸⁾ ? La GPA manifeste à suffisance ce pluralisme d'opinions si bien que l'on peut trouver autant d'arguments pour la consacrer que pour l'interdire. Il faudrait donc se garder de croire que sa légalisation encadrée résoudra tous les problèmes. Elle pourrait seulement apparaître plus « socialement acceptable » face à la souffrance qu'inflige la stérilité et comme un attachement du législateur à apporter des palliatifs à la plupart des causes de stérilité. Mais, du moment qu'il ne s'agit pas d'une légalisation sans conditions, il faudrait s'attendre aussi à ce qu'il puisse y avoir des GPA pratiquées sans respecter les exigences légales. Si, comme indiqué ci-dessus, une pénalisation de ce recours sera plus que compréhensible, il demeura le sort des enfants qui en seront issus. À leur sujet, dès qu'ils sont nés d'un parent camerounais, il ne serait pas indiqué de les priver de leur filiation pour des fautes commises par d'autres. Et d'un point de vue juridique, la difficulté peut ne pas être la même selon qu'il s'agira de la filiation paternelle ou de celle maternelle. Par ailleurs, en tout état de cause, comme l'a préconisé un auteur, de meilleures réponses sociales à la stérilité devront également être encouragées⁽⁶⁹⁾. ■

(63) Dans l'avant-projet du Code des personnes et de la famille, toute PMA exogène nécessitait que le consentement soit donné par devant notaire ou au juge dans des conditions garantissant le secret et qui devait les informer des conséquences de leur acte au regard notamment de la filiation (v. art. 504).

(64) Naturaliste et philosophe suisse qui vécut de 1720 à 1793 et qui est célèbre pour la découverte de la parthénogénèse.

(65) Poliakov L., *Le fantasme des êtres hybrides et la hiérarchie des races aux XVIII^e et XIX^e siècles*, in Cyrulnik B.(dir.), *Si les lions pouvaient parler – Essais sur la condition animale*, Gallimard, 1998, p. 1165.

(66) Même si Bonnel n'avait pas précisé sa pensée, Poliakov suppose qu'il devait s'agir « *du croisement entre hommes et animaux* » (*op. cit.*, p. 1166). En est-on encore si éloigné ?

(67) Le droit est effet perçu comme devant être un rempart qui devrait garantir les fondements et les valeurs de la société afin de lutter contre la « *confusion interspécifique généralisée* » prônée par les transhumanistes.

(68) Lire Létourneau L., *De l'animal à l'être humain : quel rôle pour le droit à l'ère de la technoscience ?*, in Philips-Nootens S. et a. (dir.), *La recherche en génétique et en génomique : droits et responsabilités*, Les éditions Thémis, 2005, p. 251.

(69) V. RJO 2015-4, *op. cit.*

Tableaux de bord

→ RJPF 296-22

SOCIAL

Montant des prestations familiales

PRESTATIONS (APRÈS CRDS)		MONTANT EN €/MOIS JUSQU'AU 31/03/2025
Allocations familiales		
<i>Tranche 1</i>		
- deux enfants (tranche 1)		148,52 €
- trois enfants (tranche 1)		338,80 €
- par enfant supplémentaire (tranche 1)		190,29 €
- majoration par enfant de plus de 14 ans (tranche 1)		74,26 €
- allocation forfaitaire (tranche 1)		93,91 €
<i>Tranche 2</i>		
- deux enfants (tranche 2)		74,26 €
- trois enfants (tranche 2)		169,40 €
- par enfant supplémentaire (tranche 2)		95,15 €
- majoration par enfant de plus de 14 ans (tranche 2)		37,13 €
- allocation forfaitaire (tranche 2)		46,96 €
<i>Tranche 3</i>		
- deux enfants (tranche 3)		37,14 €
- trois enfants (tranche 3)		84,71 €
- par enfant supplémentaire (tranche 3)		47,58 €
- majoration par enfant de plus de 14 ans (tranche 3)		18,57 €
- allocation forfaitaire (tranche 3)		23,48 €
COMPLÉMENT FAMILIAL⁽¹⁾		
Montant du complément familial		montant de base : 194,27 € ou montant majoré : 291,43 €
PRESTATION D'ACCUEIL DU JEUNE ENFANT (PAJE)		
- prime à la naissance		1 071,65 €
- prime à l'adoption		2 143,29 €
- allocation de base		à taux plein est de 193,30 € et, à taux partiel de 96,66 € par mois
PRESTATION PARTAGÉE D'ÉDUCATION DE L'ENFANT⁽¹⁾		
- cessation complète d'activité		448,42 €
- activité au plus égale à 50 %		289,89 €
- activité supérieure à 50 % et au plus égale à 80 %		167,22 €
ALLOCATION JOURNALIÈRE DE PRÉSENCE PARENTALE		
journée		64,54 €
demi-journée		32,27 €
complément pour frais		126,20 €
REVENU DE SOLIDARITÉ ACTIVE (RSA)		
- Personne seule sans enfant		607,75 €
- Personne seule avec un enfant		911,63 €
- Personne seule avec deux enfants		1 093,96 €
- Couple avec deux enfants		1 276,29 €
ALLOCATION ÉDUCATION ENFANT HANDICAPÉ (BASE)⁽¹⁾		149,26 €
ALLOCATION ADULTE HANDICAPÉ		1 016,05 €

⁽¹⁾ Sans condition de ressources

S.M.I.C et minimum garanti

ÉLÉMENTS	MONTANT
Minimum garanti (M.G)	4,22 €
S.M.I.C.	
- horaire	11,88 €
- mensuel	1 801,80 €
Plafond égal à 1,8 S.M.I.C.	
- annuel	38 918,88 €
- mensuel	3 243,24 €

Plafond de la sécurité sociale 2025

MONTANT DU PLAFFOND DE LA SÉCURITÉ SOCIALE JUSQU'AU 31 DÉCEMBRE 2025	
Plafond annuel	47 100,00 €
Plafond trimestriel	11 775,00 €
Plafond mensuel	3 925,00 €
Plafond hebdomadaire	906,00 €
Plafond journalier	216,00 €
Plafond horaire	29,00 €

JURIDIQUE

Taux d'intérêt légal

2024 (1^{er} semestre) Créances des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels	8,01 %
Créances des professionnels	5,07 %
2024 (2nd semestre) Créances des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels	8,16 %
Créances des professionnels	4,92 %
2025 (1^{er} semestre) Créances des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels	7,21 %
Créances des professionnels	3,71 %

Saisie des rémunérations

TRANCHE	RÉMUNÉRATION	PART SAISISSABLE
Tranche 1	Inférieure ou égale à 4 370 €	1/20
Tranche 2	Entre 4 371 € et 8 520 € (inclus)	1/10
Tranche 3	Entre 8 521 € et 12 690 € (inclus)	1/5
Tranche 4	Entre 12 691 € et 16 820 € (inclus)	1/4
Tranche 5	Entre 16 821 € et 20 970 € (inclus)	1/3
Tranche 6	Entre 20 971 € et 25 200 € (inclus)	1/2
Tranche 7	Supérieure à 25 201 €	100 %

⁽¹⁾ Les seuils ci-dessous sont augmentés d'un montant de 1 420 €/personne/an à la charge du débiteur saisi ou cédant, sur présentation de justificatifs

Indices courants

INDICES	MONTANT	MOIS
Indice INSEE des prix à la consommation <i>Ensemble des ménages</i>	119,72	nov. 24
Indice INSEE des prix à la consommation <i>Ensemble des ménages hors tabac</i>	118,66	nov. 24
Indice INSEE des prix à la consommation <i>Ménages urbains hors tabac (ouvrier ou employé)</i>	117,84	nov. 24
Indice BT 01	131,2	oct. 24
Indice de référence des loyers	144,51	3 ^e trim. 2024
Indice du coût de la construction	2 143	3 ^e trim. 2024
Seuil de l'usure. Prêts immobiliers à taux fixe (entre 10 et 20 ans)	5,80 %	à compter du 1 ^{er} janv. 2025
Seuil de l'usure. Prêts immobiliers à taux variable	5,87 %	à compter du 1 ^{er} janv. 2025
Seuil de l'usure. Prêts immobiliers relais	6,64 %	à compter du 1 ^{er} janv. 2025

FISCAL

Réduction applicables aux donations

ÂGE DU DONATEUR	TAUX DE RÉDUCTION	
	Depuis le 1 ^{er} janvier 2006 ⁽¹⁾	
	Donations en pleine propriété ou en usufruit	Donations en nue- propriété
Moins de 70 ans	50 %	35 %
70 à 79 ans	30 %	10 %

⁽¹⁾ Les réductions de droits applicables aux donations ont été supprimées par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011 pour les donations consenties depuis le 31 juillet 2011, date d'entrée en vigueur de la loi. Seules les donations de la pleine propriété d'une entreprise continuent de bénéficier d'une réduction de 50 % si le donateur est âgé de moins de 70 ans lors de la conclusion de l'acte et si les biens transmis ont fait l'objet d'un engagement collectif de conservation.

Tarif des droits de donation et de succession

DEGRÉ DE PARENTÉ	ABATTEMENT PAR PART	PAR NETTE TAXABLE	DROITS
En ligne directe	100 000 €	Jusqu'à 8 072 €	5 %
		Entre 8 072 € et 12 109 €	10 %
		Entre 12 109 € et 15 932 €	15 %
		Entre 15 932 € et 552 324 €	20 %
		Entre 552 325 € et 902 838 €	30 %
		Entre 902 839 € et 1 805 677 €	40 %
		Au-delà de 1 805 677 €	45 %
Donations entre époux et partenaires liés par un Pacs	80 724 € ⁽²⁾	Jusqu'à 8 072 €	5 %
		Entre 8 073 € et 15 932 €	10 %
		Entre 15 933 € et 31 865 €	15 %
		Entre 31 866 € et 552 324 €	20 %
		Entre 552 325 € et 902 838 €	30 %
		Entre 902 839 € et 1 805 677 €	40 %
		Au-delà de 1 805 677 €	45 %
Entre frères et sœurs	15 932 € ⁽²⁾⁽³⁾	N'excédant pas 24 430 €	35 %
		Au-delà de 24 430 €	45 %
Entre parents jusqu'au 4 ^e degré inclusivement	7 967 € (neveu ou nièce) 1 594 € (autre parent)	totalité	55 %
Entre parents au-delà du 4 ^e degré et entre non parents	1 594 €	Totalité	60 %

⁽¹⁾ Depuis le 22 août 2007, date de publication de la loi TEPA au Journal officiel. ATTENTION ! Depuis cette même date, les droits de succession entre époux et partenaires d'un Pacs sont supprimés.

⁽²⁾ Depuis le 22 août 2007, les successions sur la part de chaque frère et sœur, célibataire, veuf, divorcé ou séparé de corps, âgé de plus de 50 ans ou infirme et domicilié avec le défunt pendant les 5 années précédant le décès sont exonérées de droit.

⁽³⁾ Les neveux et nièces représentant leur père ou mère dans la succession de leur oncle ou de leur tante bénéficient du barème des droits de succession applicable entre frères et sœurs.

Barème de l'impôt sur le revenu

TAUX	FRACTION IMPOSABLE (REVENU 2023)
0 %	N'excédant pas 11 294 €
11 %	De 11 295 € à 28 797 €
30 %	De 28 798 € à 82 341 €
41 %	De 82 342 € à 177 106 €
45 %	Au-delà de 177 106 €

Barème de l'impôt sur la fortune immobilière

FRACTION DE LA VALEUR NETTE TAXABLE DU PATRIMOINE	TARIF APPLICABLE (EN %)
N'excédant pas 800 000 €	0
Supérieure à 800 000 € et inférieure ou égale à 1 300 000 €	0,5
Supérieure à 1 300 000 € et inférieure ou égale à 2 570 000 €	0,7
Supérieure à 2 570 000 € et inférieure ou égale à 5 000 000 €	1
Supérieure à 5 000 000 € et inférieure ou égale à 10 000 000 €	1,25
Supérieure à 10 000 000 €	1,5

Paiement fractionné ou différé des droits d'enregistrement

PÉRIODE CONCERNÉE	TAUX NORMAL	TAUX RÉDUIT
2015	2,2 %	0,7 %
2016	1,9 %	0,6 %
2017	1,6 %	0,5 %
2018	1,5 %	0,5 %
2019	1,3 %	0,4 %
2020	1,2 %	0,4 %
2021	1,2 %	0,4 %
2022	1,2 %	0,4 %
2023	1,7 %	0,5 %

Valeur de l'usufruit et de la nue propriété

ÂGE DE L'USUFRUITIER	USUFRUIT	NUE-PROPRIÉTÉ
Moins de 21 ans	9/10	1/10
De 21 à 30 ans	8/10	2/10
De 31 à 40 ans	7/10	3/10
De 41 à 50 ans	6/10	4/10
De 51 à 60 ans	5/10	5/10
De 61 à 70 ans	4/10	6/10
De 71 à 80 ans	3/10	7/10
De 81 à 91 ans	2/10	8/10
A partir de 91 ans	1/10	9/10



LAMY | KARNOV
GROUP
LIAISONS