



HAL
open science

La situation des majeurs protégés, parmi les minorités sexuées, sexuelles et genrées

Gilles Raoul-Cormeil, Kazuma Yamashiro

► **To cite this version:**

Gilles Raoul-Cormeil, Kazuma Yamashiro. La situation des majeurs protégés, parmi les minorités sexuées, sexuelles et genrées. Société de Législation Comparée. Droits humains des minorités sexuées, sexuels et genrées : regards franco-japonais, dir. B. Moron-Pueh et T. Saïto, pp. 237 à 259, 2024, 978-2-36517-152-6. hal-04756647

HAL Id: hal-04756647

<https://hal.science/hal-04756647v1>

Submitted on 28 Oct 2024

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

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

La situation des majeurs protégés, parmi les minorités sexuées, sexuelles et genrées

Par Gilles **RAOUL-CORMEIL**,
Professeur à l'Université de Caen, France
et Kazuma **YAMASHIRO**,
Professeur à l'Université Wasada, Japon

1. État des questions. – Sous l'angle des « minorités sexuées, sexuelles et genrées »¹, les données individuelles de l'état des personnes sont interrogées. Les minorités sont reconnues en droit public pour revendiquer une protection contre les excès et les discriminations ; leur combat devant les tribunaux et les revendications portées au Gouvernement et au Parlement ont pour but de sauvegarder leurs droits et de « préserver leur identité »². Au quotidien, de nombreuses personnes partagent des difficultés individuelles comparables, toutes ayant une connotation sexuelle *lato sensu*. Elles s'unissent pour être plus fortes et moins isolées. Parmi les minorités sexuées, des personnes bénéficient d'une mesure de protection juridique. En France, comme au Japon, la question est de savoir si l'existence d'une mesure est un frein ou un levier pour traiter leurs difficultés.

2. France. Essor des droits fondamentaux en droit des personnes. – Découlant en cascade, les questions relatives au sexe sont apparues, en France, au milieu des années 1970. Trois d'entre elles – les plus connues – ont reçu des réponses variées, évoluant par à-coups, dans le sens du respect de la liberté individuelle et, corrélativement, du déclin de l'ordre public de direction³.

Tout d'abord, le changement de sexe à l'état civil demandé par des personnes dites naguère transsexuelles fut longtemps interdit au nom du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁴, avant d'être admis⁵, en 1992, la Cour de cassation française ayant opéré un

¹ Les auteurs de cet article, écrit à quatre mains, remercient chaleureusement les organisateurs du Colloque, Mme Yoshie Ito, Juge du tribunal local de Nagano, branche d'Ueda, M. Benjamin Moron-Pueche, Professeur à l'Université Lyon 2, et M. Tetsushi Saito, Professeur à l'Université de Tokyo, de nous avoir invités à travailler ensemble sur ce thème.

² M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un droit privé des minorités ? », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 205 à 217, spéc. p. 211.

³ Sur cette évolution, v. not. G. Raoul-Cormeil, « La question du genre dans le Code civil », *RRJ* 2009, p. 183 à 208 ; « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexuation », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La nature humaine, le donné et le construit (Colloque : Reims, 13 avril 2015)*, Bruylant, coll. Droit, bioéthique et société, t. 12, 2016, p. 101 à 134.

⁴ Cass., 1^{er} civ., 16 décembre 1975, n°73-10.615 ; *Bull. civ. I*, n° 374 : « *Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération la modification artificielle des attributs du sexe, consécutive à une intervention chirurgicale. Il s'ensuit qu'une telle modification ne saurait fonder une action d'état tendant à faire remplacer, dans un acte de naissance, la mention "sexe masculin" par celle de "sexe féminin"* ». – Cass., 1^{er} civ., 3 et 31 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 79 et n° 116, *D.* 1987, *Jur.*, p. 445, note P. Jourdain ; *JCP, éd. G.*, 1988, II, 21000, note E. Agostini ; M. GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP, éd. G.*, 1988, I, 3361. – Cass., 1^{er} civ., 21 mai 1990, *D.* 1991, *Jur.*, p. 169, rapport J. Massip, avis Mme Flipo, où la Cour de cassation a jugé que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* ».

⁵ Cass., ass. plén., 11 décembre 1992, n°91-11.900 et n°91-12.393 (deux arrêts), *JCP* 1993, II, 21991, avis M. Jéol, note G. Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, p. 97 et p. 325, obs. J. Hauser ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 26-27 (II), p. 178 à 191. *Adde*, C. Lombois, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron., p. 323 à 326.

revirement de jurisprudence après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁶.

Ensuite, la reconnaissance d'un statut de couple pour les personnes de même sexe s'est aussi heurtée à un refus des tribunaux, y compris de la Cour de cassation⁷ qui a jugé que le concubinage est l'apparence du mariage, donc l'union d'un homme et d'une femme. Une loi du 15 novembre 1999 a brisé cette jurisprudence et défini le concubinage comme une union de fait caractérisée par une vie commune entre « deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁸. Cette loi a surtout institué le pacte civil de solidarité, défini comme le « contrat »⁹ qui organise cette vie de couple dans ses effets personnels et patrimoniaux. Moins de quinze ans plus tard, c'est le mariage qui a été ouvert aux couples de personnes de même sexe¹⁰.

Par ailleurs, la reconnaissance du couple homosexuel s'est étendue à la filiation. Le couple homosexuel a pu adopter un enfant grâce à la loi précitée du 17 mai 2013 qui, elle aussi, a brisé une jurisprudence¹¹ refusant l'agrément administratif à la personne homosexuelle. Depuis l'été 2021, l'assistance médicale à la procréation est ouverte aux couples de femmes¹² et même aux femmes seules, ne vivant pas en couple. La situation du nouveau-né intersexué a également profité de cette législation compréhensive : un délai de « trois mois »¹³ est offert aux parents, à compter du jour de la naissance de l'intéressé présentant une variation du développement génital, pour déterminer ou rectifier la mention relative au sexe sur les actes de l'état civil.

Entre temps, les personnes dites maintenant transgenres ont acquis le droit d'obtenir leur changement de sexe sur les actes de l'état civil, sans avoir à rapporter la preuve d'une

⁶ Cour EDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France*, JCP, ed. G, 1992, II, 21955, note Th. Garé ; D. 1993, Jur., p. 101, note J.-P. Marguénaud ; RTD civ. 1993, p. 540, obs. J. Hauser.

⁷ Cass., 3^e civ., 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n° 225 ; D. 1998, Jur., p. 111, avis contraire J.-F. Weber, note approbative J.-L. Aubert ; *Defrénois*, 1998, p. 404, note A. Bénabent ; *Dr. famille*, 1998, Comm., n° 36, note H. Lécuyer ; JCP, éd. G., 1998, II, 10093, note A. Djigo ; RTD civ. 1998, p. 347, obs. J. Hauser, et p. 529, obs. J. Raynard. La Troisième Chambre civile a jugé que « le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme » pour refuser la transmission légale du bail à la personne du concubin notoire qui reste dans les lieux loués en cas de décès ou de départ du concubin (cf. art. 14 de la loi du 6 juillet 1989) et, partant, justifier en l'espèce l'exclusion du partenaire du locataire après le décès de ce dernier.

⁸ C. civ. franc., art. 515-8 (Loi n°99-944 du 15 novembre 1999) : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». *Adde*, parmi une très riche littérature : F. Dekeuwer-Defossez, « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », RTD civ. 2001, p. 529.

⁹ C. civ. franc., art. 515-1 (Loi n°99-944 du 15 novembre 1999) : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commun ».

¹⁰ C. civ. franc., art. 143 (mod. Loi n°2013-404 du 17 mai 2013). Sur laquelle, v. notamment A. Batteur (dir.), Dossier : La loi du 17 mai 2013 : évolution ou révolution. À propos de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, in *Petites affiches* n°133, 4 juill. 2013. *Adde*, G. Raoul-Cormeil, « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 » : in J. Casey et Me E. Mulon (dir.), Dossier : Droit de la famille, *Gazette du Palais*, n° 236 du 24 août 2013, p. 9 à 18. – Traduit en russe et publié sur le site de l'association de juristes franco-russes Comitatus Gentium France-Russie : www.comitatusgentium.com

¹¹ CE, 9 oct. 1996, requête n° 168342, arrêt *Fretté*, D. 1997, Jur., p. 117, note Ph. Malaurie ; *Dr. famille*, 1997, Comm. n° 6, note P. Murat ; RTD civ. 1997, p. 408, obs. J. Hauser. *Adde* : Cour E.D.H., 26 février 2002, n°36517/97, *Fretté C/ France*, JCP, éd. G, 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTD civ. 2002, p. 281, obs. J. Hauser, et p. 389, obs. J.-P. Marguénaud.

¹² C. santé publique franç., art. L. 2 141-2 s. et C. civ. franç., art. 342-9 à 342-13. Sur lesquels, v. A. Gouëzel, « Les dispositions relatives à la filiation dans la nouvelle loi de bioéthique : entre ruptures, ajustements et interrogations », *Dr. famille* 2021, dossier 23, p. 18 à 21.

¹³ C. civ. franc., art. 57, al. 2 ; C. santé publique franç., art. L. 2 131-6. Sur lesquels, v. C. Bernard-Xémard, « Les enfants présentant une variation du développement génital : une cause entendue par la nouvelle loi de bioéthique », *Dr. famille* 2021, dossier 27, p. 32 ; B. Moron-Puech, « Loi de bioéthique et intersexuation », *RDSS* 2021, p. 827.

réassignation sexuelle ; cette « démedicalisation du changement de sexe »¹⁴ a été vécue par les intéressés comme un progrès. L'heure n'est pas encore à la déjudiciarisation de la demande de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance mais la faveur pour la possession d'état est une marque de profond respect de la transidentité. Cela dit, il est regrettable que le législateur ait refusé d'envisager la question de l'enfant qui serait conçu par une personne ayant conservé une capacité procréative ne correspondant pas à son nouveau sexe. Depuis lors, des hommes accouchent et des femmes demandent l'établissement de leur paternité¹⁵.

Somme toute, d'autres difficultés naîtront avec le temps ; toutes ne sont pas ici abordées, ni aujourd'hui résolues, en dépit de l'autorité qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Parlement français. Ainsi, par exemple, la demande faite par une personne âgée de plus de 60 ans d'avoir un sexe neutre et de ne pas apparaître à l'état civil comme un homme ou une femme a été refusée au nom de la binarité des sexes, une règle qui a été jugée conforme au respect de la vie privée¹⁶.

3. France. Positionnement du protecteur. – Les questions relatives au changement de sexe ou à la sexualité apparaissent sous un jour réduit et renouvelé lorsqu'elles touchent au corps et à la personne d'un majeur protégé.

Sous un jour réduit : on y retrouve la situation du transgenre et du couple homosexuel. En revanche, le cas de l'intersexué ne concerne que le nouveau-né, à moins d'envisager le cas de l'adulte qui demande la mention « sexe neutre ».

Sous un jour renouvelé ensuite, car les questions ne concernent pas seulement le majeur protégé ; elles concernent aussi son protecteur dont le rôle est de maintenir le lien social entre la personne vulnérable et la société, et ce quelle que soit la nature de la mesure de protection juridique. On serait porté à penser que le rôle du protecteur est plus grand lorsque la mesure est

¹⁴ F. Marchadier, « Réflexions sur la démedicalisation du changement d'état des « trans ». Perspective de droit européen des droits de l'Homme », in *Mélanges Gérard Méméteau*, t. 2, Les Etudes Hospitalières, 2015, p. 505 à 517. *Adde*, C. civ., art. 61-5 (Loi n°2016-1576 du 18 novembre 2021, dite Loi J21. Sur laquelle, V. B. Moron-Puech, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et les personnes intersexuées », *D.* 2016, p. 2353 ; A. Gogos-Gindrand, « La modification de la mention du sexe à l'état civil pour les mineurs », *D.* 2022, p. 2056,

¹⁵ Sur le cas d'un homme devenu femme, mais ayant conservé ses attributs sexuels et gonadiques lui permettant de procréer avec son épouse, un troisième enfant, pour lequel ils ont obtenu la substitution de la mention « Parent biologique » à celle de « père » : CA Montpellier, 14 novembre 2018, n°16/06059 ; *Dr. famille* 2019, Comm. 6, note H. Fulchiron. – *Adde*, l'arrêt de cassation rendu au visa des articles 311-25 et 320 du Code civil, interprétés comme s'opposant à l'établissement, hors adoption, de deux filiations maternelles à l'égard d'un même enfant : Cass., 1^e civ., 16 sept. 2020, n°18-50.080, *D.* 2020, p. 2072, obs. B. Moron-Puech, et p. 2096, note S. Paricard ; *RTD civ.* 2020, p. 866, obs. A.-M. Leroyer. – *Adde*, CA Toulouse, 9 févr. 2022, n°, *D.* 2022, p. 846, obs. B. Moron-Puech et D. Thevenot.

¹⁶ Où la Cour de cassation a interprété la loi française comme ne permettant pas de faire figurer dans les actes de l'état civil l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin : Cass., 1^e civ., 4 mai 2017, n°16-17.189 ; *AJ fam.* 2017, p. 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2017, p. 1404, note B. Moron-Puech, et p. 354, note J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 607, obs. J. Hauser ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands de la jurisprudence civile*, Dalloz, 14^e éd., 2024, n°32, p. 290. Sans vouloir remettre en cause la binarité des sexes, un tribunal français (TGI Tours, 20 août 2015, *D.* 2015, Jur., p. 2295, note F. Vialla) avait accepté de porter la mention « sexe neutre » en lieu et place de « sexe masculin » à la faveur d'une personne adulte et âgée souffrant d'une atrophie de ses organes génitaux de son adolescence et qui n'a jamais eu le sentiment d'être un *homme* malgré les traitements hormonaux. Le jugement fut infirmé : CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281 ; *D.* 2016, p. 904, note B. Moron-Puech ; *JCP, éd. G.*, 2016, 492, note F. Vialla. Observons toutefois que la société Aix-France permet à ses clients d'opter pour la mention sexe « non binaire ».

dite de représentation¹⁷, que dans le cas où elle est dite d'assistance¹⁸. Mais en pratique le choix de la mesure est souvent orienté par l'âge et la portée sociale de la mesure¹⁹. Les mesures de représentation sont réservées aux personnes de grand âge ou aux personnes qui sont hors d'état de s'exprimer. Cela dit, la distinction entre l'assistance et la représentation ne s'exprime pas de la même manière dans la protection de la personne et celle des biens. Précisément, la distinction est figée dans la protection des biens car elle est fondée sur la sécurité juridique des contrats ; en revanche, elle est glissante dans la protection de la personne car elle varie, pour les besoins du respect de la dignité humaine, au cas par cas, selon l'aptitude de la personne à exprimer elle-même, avec lucidité et force, ses préférences, ses refus ou son consentement²⁰.

Les questions relatives aux difficultés vécues par la personne protégée (préférence sexuelle ou transition sexuelle) éprouvent le rôle du protecteur, conduit à accompagner la personne protégée. C'est dorénavant par ce prisme que s'exprime une exigence professionnelle à laquelle adhèrent d'autant plus volontiers les mandataires judiciaires à la protection des majeurs que le droit laisse ici une place à l'éthique.

La métamorphose du droit des majeurs protégés a été engagée par la loi du 5 mars 2007. Depuis le 1^{er} janvier 2009, les adultes en situation de vulnérabilité ont vocation à une protection pleine et entière. Les dispositions relatives à la protection de la personne²¹, introduites dans le Code civil, ont d'abord complété le droit patrimonial. Au commencement, la protection de la personne s'est imposée comme un objectif distinct de la protection des biens. Puis, très vite, notamment grâce à la formation devenue obligatoire des mandataires judiciaires à la protection des majeurs, la protection de la personne est devenue plus essentielle que la protection des biens, car ceux-ci doivent être gérés dans le seul intérêt de la personne. Notre époque individualiste est en ce sens.

D'autre part, un souffle d'autonomie des personnes protégées est venu avec la convention internationale du droit des personnes handicapées²². L'objectif est de supprimer les mesures

¹⁷ Les mesures générales de représentation sont la tutelle (C. civ. franç., art. 440, 473 et 493), l'habilitation familiale générale par représentation (C. civ. franç., art. 494-1 et 494-6). Le mandat de protection future (C. civ. franç., art. 477 à 494) s'en distingue, car le pouvoir de représentation du mandataire n'engendre, à sa prise d'effet au greffe du Tribunal judiciaire, aucune incapacité d'exercice, ni nullité de protection. La sauvegarde de justice (C. civ. franç., art. 435 et 437) et l'habilitation familiale spéciale (C. civ. franç., art. 494-1) sont prononcées, en pratique, avec désignation d'un mandataire spécial qui peut représenter le majeur protégé pour l'accomplissement de certains actes juridiques énoncés dans le jugement.

¹⁸ Les mesures générales d'assistance sont la curatelle simple (C. civ. franç., art. 440 et 467) et l'habilitation familiale générale par assistance (C. civ. franç., art. 494-1 et 494-6). La curatelle renforcée est une mesure hybride, car le curateur représente le curatelaire pour la perception des revenus et le paiement des dépenses à partir d'un compte bancaire ouvert au nom du majeur protégé (C. civ. franç., art. 472).

¹⁹ Le caractère insuffisant des certificats médicaux circonstanciés a déjà été souligné (A. Caron-Dégliise, *L'évolution de la protection juridique des personnes*, Rapport de mission interministérielle, 2018, p. 31, propositions n°37 et 38), ainsi que le besoin de former les médecins inscrits sur la liste du procureur de la République (C. civ. franç., art. 431). Sur cette critique, v. G. Raoul-Cormeil, « Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés », in *JCP*, éd. G, 2019, 121, p. 226.

²⁰ C. civ. franç., art. 459, al. 1^{er} et 2, mod. Loi n°2019-222 du 23 mars 2019. *Adde*, C. santé publique franç., art. L. 1114, al. 7 et 8, mod. Ord. n°2020-232 du 11 mars 2020. Sur lesquels, v. G. Raoul-Cormeil, « Assistance et représentation dans la protection juridique des majeurs », in I. Maria (dir.), Dossier : réforme de la justice et majeurs protégés, *Dr. famille*, n°9, sept. 2021, Dossier 17, p. 10 à 13, avec de nombreuses réf.

²¹ V. notamment : Th. Fossier, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », *Defrénois* 2005, art. 38076. – J. Hauser, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. famille*, mai 2007, étude 14, p. 5. – Th. Fossier, Th. Verheyde, « La protection de la personne du majeur protégé », *AJ fam.* 2007, p. 160 à 164, spéc. II. – *Reprod.* in G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise (dir.), *La vie privée du majeur protégé. In memoriam Th. Verheyde*, éd. Mare & Martin, 2019, p. 447 à 456. – Th. Fossier, « Le législateur des pauvres en esprit », in *Mél. J. Hauser*, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 94 à 109.

²² Sur la Convention internationale du droit des personnes handicapées, signée à New York le 13 déc. 2006, et ratifiée par la France le 30 mars 2007, V. A. Boujeka, « La convention des nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif », *RDSS* 2007, p. 799 à 809 ; M. Bacache, *RTD civ.* 2010, p. 162 ; A. Boujeka, « Le handicap entre confluence, confluence et confrontation des normes », in *Mélanges Hervé Rihal*, Bruylant, 2021, p. 53 à 70. – *Adde*, H. Fulchiron, « L'accompagnement des personnes majeures vulnérables entre nécessité juridique et exigence éthique », in *Dr. famille*, n°3, mars 2017, dossier p. 15 à 49.

dites substitutives. Les promoteurs de la convention onusienne rejettent tout mécanisme permettant au protecteur de décider pour le protégé. Ils y voient une dépossession de leur vie et une atteinte à leur dignité humaine. Le droit français a été réajusté par une loi du 23 mars 2019 ; les autorisations judiciaires à mariage, à divorce et dans le cadre du pacte civil de solidarité ont été supprimées²³.

Pour autant, la réalité du monde économique et les difficultés financières persistent et les protecteurs doivent y faire face. Les familles et les professionnels font de leur mieux ; ils n'agissent cependant pas uniformément ; ils se distinguent donc par leurs usages et leurs compétences. L'attention peut être portée sur les professionnels pour laisser à d'autres le soin de traiter le rôle de la famille²⁴. Quoi qu'il en soit, le traitement des questions relève ici de la distinction des droits personnels et patrimoniaux du majeur protégé. Le rôle du protecteur ne saurait être étudié sans une analyse du sujet en droit japonais.

4. Japon. Un regard juridique convergent. – Les problèmes des minorités sexuées, sexuelles et genrées font actuellement l'objet de vifs débats dans le système juridique du Japon. Menée sous l'angle de la légitimité, l'analyse progresse à la lumière du respect du « droit à la poursuite du bonheur », tel qu'il est défini par la norme juridique supérieure : l'article 13 de la Constitution du Japon. Elle progresse à l'aune du droit civil relevant du droit de la personne. Dans son premier titre, le Code civil japonais définit le concept juridique de personne et de droits de la personnalité. À la suite d'une série de dispositions liminaires et de l'énoncé du statut des mineurs, il fixe le régime des mesures de protection judiciaires des majeurs. Ce choix est d'autant plus compréhensible que la protection des majeurs intéresse fortement à la protection de sa personne.

Cependant, alors même qu'il s'agit ici pleinement de la protection de la personne saisie dans son intimité et de tous les aspects délicats de sa sexualité ou de sa sexualité, il est délicat de croiser les textes dans une même perspective. Ayant pour mission de mieux garantir l'autonomie des personnes en situation de vulnérabilité en raison de l'altération de leurs facultés mentales, la protection des majeurs concerne la personne sous un angle beaucoup plus large que celui visant les seuls minorités sexuées, sexuelles ou genrées (MISSEG).

5. Japon. Présentation des mesures de protection juridique. – Avant d'entrer dans le détail de l'analyse, il n'est pas superflu d'esquisser le système japonais de la protection juridique des majeurs. Les mesures de protection judiciaire des majeurs s'ouvrent par la décision du juge aux affaires familiales qui se prononce sur la demande des intéressés. Il en existe trois types, ayant chacun un régime propre, gradué en fonction du degré de l'altération des facultés mentales.

La tutelle, d'abord, est prononcée dans l'hypothèse où la personne est privée de discernement²⁵ ; la décision du juge prive la personne durablement de la capacité à conclure des actes juridiques et, par conséquent, sa représentation par un tuteur est nécessaire, à de rares exceptions près, telles que les actes de la vie courante²⁶.

La curatelle, ensuite, est prononcée dans le cas où les facultés de la personne sont altérées de façon importante²⁷. La personne en curatelle est assistée pour accomplir certains actes juridiques importants prévus par le Code²⁸ ; la représentation est facultative.

²³ V. not. N. Peterka, « La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019. Progrès ou recul de la protection ? », *JCP G*, 2019, 437. – J.-J. Lemouland, « Simplifier et recentrer le rôle du juge dans le domaine de la protection juridique des majeurs », *D.* 2019, p. 827. – J. Combret, D. Noguéro, « Personnes vulnérables [...] et statut personnel : réforme de la justice et prospective », *Defrénois* 4 avr. 2019, n°14, p. 28.

²⁴ V. *infra* les analyses de M. Hugues Fulchiron et de M. Julien Boisson.

²⁵ C. civ. jap., art. 7.

²⁶ Rappr. C. civ. franç., art. 473.

²⁷ C. civ. jap., art. 11.

²⁸ C. civ. jap., art. 13.

L'assistance est prononcée dans le cas où la personne fait habituellement preuve d'un discernement insuffisant²⁹. La personne sous assistance est assistée pour une partie des actes énumérés pour la curatelle³⁰ ; la représentation est, ici également, facultative.

Outre ces mesures judiciaires, le droit japonais connaît une mesure conventionnelle qui revêt la nature de contrat de mandat. C'est ce qu'on appelle la tutelle conventionnelle, qui est équivalent au mandat de protection future en France.

6. Rapprochement des droits sous l'angle du droit des majeurs protégés. – Le système actuel du droit japonais a ainsi une forte proximité avec celui du droit français³¹. La raison en est que l'intention de notre législateur était de se modeler sur le système français établi par la réforme *Carbonnier*, promulguée le 3 janvier 1968. En outre, il n'est pas inutile de mentionner ici une autre affinité peu heureuse : notre système actuel, qui se fonde largement sur le mécanisme de la décision substitutive, se heurte à une vive critique eu égard à la conformité avec la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH). Certains auteurs préconisent de tourner notre système vers le mécanisme de décision accompagnée.

Le traitement des questions relatives au changement de sexe nous conduit alors à isoler dans le régime juridique de la protection des majeurs deux types de mécanismes : ceux qui sont propres aux MISSEG, d'une part, et ceux qui sont généraux, mais qui peuvent servir à mieux respecter la dignité des MISSEG, d'autre part. Suivant le même plan que l'exposé français, afin de discerner, ce qui rapproche et différencie nos droits des personnes, l'analyse de droit japonais se divise en deux grandes parties : l'approche personnelle (I) puis l'approche patrimoniale (II).

I. Le protecteur et les droits personnels des MISSEG

7. De la protection des personnes au rôle du protecteur. – L'essor assez récent de la protection de la personne dans le champ de la protection juridique est un point commun au droit français et au droit japonais. C'est sous ce même angle que le rôle du protecteur dans le traitement des difficultés quotidiennes des MISSEG sera analysé tour à tour en droit français (A) et en droit japonais (B).

A. Analyse de droit français

8. Méthode. Distinguer pour identifier des valeurs. – Le sexe, c'est la sexuation (masculin ou féminin³²) et la sexualité (homosexuelle ou hétérosexuelle ou autre). Toutes les questions relatives au sexe sont intimes mais certaines d'entre elles intéressent les tiers. Il en est ainsi lorsqu'une indication est portée sur les actes de l'état civil. Ainsi, la mention du sexe du majeur protégé est portée sur son acte de naissance, sur le jugement prononçant l'ouverture de la mesure et tous les autres documents ; le changement de sexe, porté sur l'état civil, a donc des répercussions pour les tiers.

En revanche, la sexualité, par sa nature ou son absence, appartient à l'intimité de la personne. Seules les déviations, lorsqu'elles tombent sous le coup de la loi pénale, convoquent le protecteur, parfois en qualité de témoin de moralité. Si le respect de l'intimité de la vie privée du majeur protégé s'impose au protecteur, il faut préciser que le comportement du protecteur est différent suivant qu'il est un membre de la famille ou un protecteur professionnel.

²⁹ C. civ. jap., art. 15.

³⁰ C. civ. jap., art. 16, al. 1er.

³¹ Pour un aperçu du système japonais de la protection juridique des majeurs, v. J. Sunaga, *Réflexions sur le projet de réforme du droit des majeurs protégés au Japon*, in *Mél. J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2000, p. 839 à 863. – Adde, K. Yamashiro, « Droit japonais. Brefs regards sur la protection des majeurs vulnérables », in : G. Raoul-Cormeil, M. Rebourg, I. Maria (dir.), *Protection des majeurs : bilan et perspectives. De la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 à la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, et après ?*, LexisNexis, 2020, p. 279.

³² V. toutefois : J. Mattiussi, « Bi-catégorisation des sexes et compétitions sportives : vers la fin d'un dogme ? », *D.* 2022, chron., p. 1822 à 1827.

En dépit de cette distinction, l'essor de l'autonomie du majeur protégé nous porte à distinguer le respect de la vie privée (1) et le soutien de l'autonomie (2).

1) Le respect de l'autonomie : de la connaissance au devoir d'information

9. Connaître ou ne pas connaître ? – Le droit français n'est pas univoque sur le rôle du protecteur face à la vie privée du majeur protégé. Tout dépend de l'angle sous lequel est abordé le respect de la vie privée et donc de la nature des données personnelles. Les données bancaires, les données patrimoniales et les données numériques ne sont pas couvertes par le respect de la vie privée. En revanche, la sexualité du majeur protégé relève systématiquement de son intimité ; elle ne concerne pas le protecteur.

En France, les professionnels que sont les mandataires judiciaires à la protection des majeurs prêtent serment³³, dont il découle l'obligation de devoir respecter la vie privée du majeur protégé, dans ce qu'elle a de plus intime.

En revanche, pour les familles, pas de serment. Et l'attention que porte le protecteur à la prise en charge du majeur protégé est souvent suivie d'atteintes à sa vie privée et à sa liberté individuelle. Gardons-nous de généraliser : l'attitude des membres de la famille est variable et les facteurs de diversité des usages sont nombreux (âge du majeur protégé et génération du protecteur ; habitat en ville ou à la campagne ; petite ou grande famille en termes de nombre de membres ; niveau intellectuel ; aisance financière et risque de détournement d'argent). Cela dit, la loi française pêche parfois par excès lorsqu'elle oblige toutes les personnes en charge d'une mesure de protection juridique à un devoir d'information ou au respect de la dignité de la personne protégée³⁴, et ce sans distinguer les protecteurs familiaux ou professionnels.

10. Connaître pour mieux informer et, partant, individualiser la protection. – Le protecteur peut être amené à connaître des éléments de la vie privée du majeur protégé. Que dit la loi de son rôle ?

D'abord, le protecteur doit délivrer au majeur protégé des informations³⁵ ; il doit l'informer de ses droits et apporter son soutien pour les sauvegarder. Ce devoir d'information ne concerne que la protection de la personne, ce qui a été critiqué par la doctrine. Ce devoir d'information pose difficulté sur le contenu et la qualité des informations qui sont transmises par le protecteur familial ou professionnel ; ce devoir d'information s'ajoute, sans se substituer aux obligations d'information des avocats, des médecins ou autres professionnels.

Ensuite, pour toute décision qui porte gravement atteinte à l'intimité de la vie privée, le protecteur ne peut exercer son pouvoir d'assistance ou de représentation sans solliciter une

³³ C. act. soc. et des familles franç., art. R. 471-2 : « Dans les six mois de leur inscription sur la liste prévue à l'article L. 471-2, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs prêtent, devant le tribunal judiciaire du chef-lieu de département ou, le cas échéant, de l'une de ses chambres de proximité, le serment suivant : *"Je jure et promets de bien et loyalement exercer le mandat qui m'est confié par le juge et d'observer, en tout, les devoirs que mes fonctions m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice du mandat judiciaire"*. Lorsque le mandataire judiciaire est inscrit sur plusieurs listes, la prestation de serment n'est effectuée que lors de la première inscription sur une liste ». – « Lorsque le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est un service mentionné au 14° du I de l'article L. 312-1, la prestation de serment est effectuée par toute personne physique appartenant à ce service qui a reçu délégation de celui-ci pour assurer la mise en œuvre d'un mandat judiciaire à la protection des majeurs dans un délai de six mois après son recrutement. Lorsque le service est autorisé dans plusieurs départements, la personne prête serment devant le tribunal judiciaire du chef-lieu du département ou, le cas échéant, de l'une de ses chambres de proximité où est implanté le siège de l'organisme gestionnaire du service ».

³⁴ C. civ. franç., art. 415, al. 2.

³⁵ C. civ. franç., art. 457-1 : « La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part ».

autorisation du juge des tutelles³⁶. La loi du 5 mars 2007 a consacré ici une jurisprudence³⁷. Il s'agissait de la diffusion d'un film tourné dans une institution de personnes handicapées. Il demeure des zones d'ombre sur cette règle, en ce qui concerne le droit à l'image et la protection de celle-ci³⁸.

En somme, toutes les questions relatives à la vie sexuelle du majeur protégé n'intéressent pas leurs protecteurs. Ce principe doit être rappelé. Mais l'autonomie n'est pas toujours la liberté ; le majeur protégé peut ne pas savoir comment sauvegarder ses droits.

2) *Le soutien de l'autonomie : anticiper et accompagner*

11. La vie de couple. – Le majeur protégé peut vivre en couple. Il choisit librement son entourage³⁹. Le protecteur doit respecter son autonomie et la soutenir. Il peut être amené à défendre ses droits contre des discriminations : refus d'un bail à une personne homosexuelle handicapée, par exemple.

Le protecteur aussi être amené à saisir le juge des tutelles en cas de difficultés. Tel est le cas d'un concubin dont la présence au domicile serait malveillante ou nuisible. Ou bien d'un concubin qui est en désaccord avec l'enfant mineur du majeur protégé ; que faire si cet état de fait nuit à la santé du majeur protégé... Que doit faire le protecteur ? Doit-il s'immiscer dans la vie conjugale ? Comment lui est-il seulement possible de saisir le juge des tutelles des majeurs d'une difficulté s'il n'a pas, en amont, proposé et essayé différentes solutions ? Le constat d'un échec amiable n'est-il pas la condition essentielle de saisine du juge ? La problématique n'est donc pas spécifique aux MISSEG.

12. Le changement de sexe. – Contrairement au mineur, le majeur protégé peut changer de sexe librement. Les conditions ont été assouplies par le législateur français⁴⁰ par la loi du 18 novembre 2016 dit *Loi J 21 (Justice 21^e siècle)*. La jurisprudence de la Cour de cassation⁴¹ a été brisée avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne condamne la France⁴².

³⁶ C. civ. franç., art. 459, al. 3 : « Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée ».

³⁷ Cass., 1^e civ., 24 février 1993, pourvoi n°91-13587 ; *Bull. civ.* I, n°87 ; *JCP.*, éd. G., 1994, II, 22319, note Th. Fossier ; *D.* 1993, Jur., p. 614, note Th. Verheyde ; *RTD civ.* 1993, p. 326, obs. J. Hauser ; *D.* 1994, Jur., p. 21, note J. Massip.

³⁸ Sur lesquelles, v. A. Bateur et F. Rogue, « Les contours de la vie privée du majeur protégée et le respect des droits de sa personnalité », in G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise (dir.), *La vie privée du majeur protégé. In memoriam Th. Verheyde (Actes du Colloque : Caen, 7 avril 2017)*, éd. Mare & Martin, 2019, p. 32 à 50, où sont étudiés a) la liberté de choisir le lieu de sa résidence et son entourage, b) le droit d'avoir un anomal de compagnie, c) la liberté pour le majeur vulnérable d'aller et venir, d) la liberté pour le majeur protégé de changer de sexe, e) le droit à mener une vise affective et sexuelle, f) les conditions de la stérilisation thérapeutique et de la castration chimique, g) la liberté de procréer, comprenant la contraception et la liberté d'interrompre sa grossesse, h.) captation et diffusion de l'image de la personne, i) liberté de se marier, j) liberté de se pacser, k), liberté de se désunir.

³⁹ C. civ. franç., art. 459-2 : « La personne protégée choisit le lieu de sa résidence ». – « Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ». – « En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue ».

⁴⁰ C. civ. franç., art. 61-5 : « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ». – « Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ».

⁴¹ Cass., civ. 1^e, 7 juin 2012, n°10-26.947 et n°11-22.490 (deux arrêts) ; *D.* 2012, Jur., p. 1648, note F. Vialla ; *Dr. famille* 2012, Comm. 131, note Ph. Reigné ; *RTD civ.* 2012, p. 502, obs. J. Hauser. *Adde*, dans le même sens : Cass. civ. 1^e, 13 février 2013, n°11-14.515 et n°12-11.949 (deux arrêts), *AJ famille* 2013, p. 182, note G. Vial ; *Dr. famille* 2013, Comm. 48, note Ph. Reigné ; *RTD civ.* 2013, p. 344, obs. J. Hauser. Sur ces quatre arrêts, *adde* F. Vialla, in F. Vialla, *Les grandes décisions de droit médical*, 2^e éd., L.G.D.J., 2014, p. 139 à 168, spéc. n°177.

⁴² Cour EDH, 6 avril 2017, n°79885/12 : *D.* 2017, p. 994, obs. B Moron-Puech ; *AJ fam.* 2017, p. 299, obs. F. Viney ; *RTD civ.* 2017, p. 350, obs. J. Hauser, et p. 825, obs. J.-P. Marguénaud.

Le changement de sexe est une décision très intime ; c'est un droit éminemment personnel. La loi du 5 mars 2007 a consacré cette catégorie juridique⁴³. Le protecteur ne peut prendre part à la décision ; il ne doit ni assister, ni représenter le majeur protégé. En revanche, il peut être mis dans la confiance et doit le soutenir dans son autonomie en lui délivrant une information de ses droits ; il doit aussi l'inviter à se renseigner auprès d'un médecin ou d'un avocat et organiser, à cet effet, des entretiens. Il peut y assister si le majeur protégé y consent. En pratique, il ne faut pas sous-estimer l'hypothèse où le majeur protégé ne peut plus exprimer un consentement lucide devant le médecin. Le cas échéant, « il ne pourra obtenir le changement [de sexe demandé], et ce même s'il avait commencé sa transition vers l'autre sexe alors qu'il était encore lucide et capable »⁴⁴.

En France, le changement de sexe à l'état civil est encore subordonné à un jugement⁴⁵ ; le tribunal judiciaire peut être saisi par le seul majeur protégé. Le majeur protégé dispose ici d'une capacité spéciale d'ester en justice. C'est une position doctrinale prise à partir d'une jurisprudence née dans un autre domaine (appel d'une décision sur le droit de visite de la mère⁴⁶, sur le choix du logement). Ni la loi ni la jurisprudence n'a été amenée à se prononcer sur le changement de sexe du majeur protégé.

La personne en charge de la protection juridique peut être conduit à faire les formalités pour rendre effectif la modification de l'acte de naissance du majeur protégé. Il lui faudra alors écrire à tous les procureurs de la République dans le ressort desquels un acte de l'état civil a été dressé en mentionnant l'existence du majeur protégé sous son sexe de naissance aux fins de modification⁴⁷. Où l'on voit que la qualification d'acte strictement personnel, porteuse de l'idée noble d'autonomie et de respect de la personnalité et du libre-arbitre, n'épuise pas les difficultés dans la vie quotidienne : pour parvenir à ses fins, convaincre un médecin ou un juge, la personne protégée devra assez souvent être accompagnée de la personne en charge de la protection de sa personne, ne serait-ce que pour témoigner du caractère sérieux, lucide et persistant de sa volonté au gré des passages à vide qu'elle traverse. La même cause produit-elle les mêmes effets en droit japonais ?

B. Analyse de droit japonais

13. Silence et pudeur. – En ce qui concerne la protection de la personne, la question se pose de savoir si et comment un majeur protégé peut changer son sexe. Sur ce problème, qui est la

⁴³ C. civ. franç., art. 458 : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée ». – « Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant ».

⁴⁴ A. Batteur et F. Rogue, « Les contours de la vie privée du majeur protégé et le respect des droits de sa personnalité », préc., p. 37.

⁴⁵ C. civ. franç., art. 61-6 : « La demande est présentée devant le tribunal judiciaire ». - « Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande ». – « Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». – « Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil ».

⁴⁶ Cass. 1re civ., 6 nov. 2013, n° 12-23.766 : *JCP G* 2014, 14, note N. Péterka ; *Dr. famille* 2014, comm. 9, note I. Maria ; *AJF* 2013, p. 717, obs. Th. Verheyde ; *D.* 2014, p. 467, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2014, n° 3, p. 84, obs. J. Hauser. - Adde, L. Mauger-Vielpeau, « Les actions en justice en matière familiale », in J.-M. Plazy et G. Raoul-Cormeil (ss dir.), *Le patrimoine de la personne protégée* : LexisNexis, 2015, étude 25, p. 335 à 352.

⁴⁷ C. civ. franç., art. 61-7 : « Mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée ». – « Par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux ». – « Les articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de sexe ».

question propre aux minorités sexuées, sexuelles et genrées, le droit japonais n'a pas encore établi une solution précise alors qu'il a été déjà abordé dans certains pays. Le droit japonais semble se heurter ici à une double difficulté.

14. Régime légal du changement de sexe. – La première difficulté découle de la rigidité des conditions requises pour le changement de sexe. En effet, l'article 3 de la loi sur les cas particuliers dans le traitement du sexe en cas de dysphorie de genre affirme que : « le tribunal des affaires familiales peut changer le traitement de sexe des personnes transgenres à conditions :

1° qu'elles aient plus que 18 ans ;

2° qu'elles ne soient pas actuellement mariées ;

3° qu'elles n'aient pas actuellement d'enfants mineurs ;

4° qu'elles n'aient pas de glande reproductrice ou bien que leur glande reproductrice ait définitivement perdu la fonction ;

5° que leur corps présente une apparence de la partie génitale similaire à celle d'un autre sexe ».

Pour ne pas entrer dans le détail de l'interprétation de cette disposition, nous vérifions simplement que la cinquième condition présuppose que la personne a subi une chirurgie de réattribution sexuelle avant le jour où sa demande en justice est traitée, sauf certains cas exceptionnels tels que la personne intersexe, qui n'a pas besoin de subir une opération pour adapter ses caractéristiques physiques à celles du sexe masculin ou féminin⁴⁸. Deux actes juridiques sont donc nécessaires pour le changement de sexe : le premier est la conclusion du contrat médical, le second est l'exercice de l'action en justice, qui se qualifie d'acte juridique procédural. La question est donc de savoir comment la personne mise sous tutelle pourrait les accomplir. Rien que la question de la conclusion du contrat médical touchant au corps du majeur en tutelle suscite est délicate.

15. Contrat médical pour autrui. – Pour y répondre, il faut se confronter au système de la protection des majeurs dans le droit civil, tel qu'il a été réécrit dans le Code civil de 1999 (en vigueur depuis 2000). Cette réforme avait pour premier but de préciser la question de savoir comment ceux dont les facultés mentales sont altérées peuvent conclure un contrat. Cela nous laisse entendre que l'intention du législateur résidait dans la clarification du régime des gestions des biens de la personne mise sous tutelle.

Sur l'accomplissement de l'acte juridique, la décision de l'ouverture de la mesure de protection judiciaire des majeurs a deux principales conséquences. D'une part, elle rend incapable le majeur : le majeur sous tutelle ne peut plus accomplir seul que les actes dans la vie courante⁴⁹. D'autre part, pour compléter cette incapacité totale, le tuteur représente le majeur d'une manière générale.

16. Les limites de la représentation en matière personnelle. – Ces précisions données, comment réglerait-on le changement de sexe de la personne sous tutelle ?

La première possibilité serait le recours au mécanisme de la représentation par le tuteur, ce qui se justifiera par le fait que la capacité du majeur sous tutelle est totalement restreinte. Cependant, cette solution n'est pas exempte de difficultés en ce qu'on pourrait se demander si un tel acte, qui est concerné profondément par l'identité même de la personne, peut faire l'objet de la représentation.

⁴⁸ Les conditions étaient similaires en droit français avant la loi du 18 novembre 2016, brisant la jurisprudence de la Cour de cassation issue des arrêts du 7 juin 2012 et du 13 février 2013 (V. *supra* note 41).

⁴⁹ C. civ. jap., art. 9.

L'intention de législateur nous semblait mettre une borne au pouvoir du tuteur dans un tel cas. En effet, dans un commentaire du texte législatif, il affirme que « dans la mesure où il s'agit de la conclusion d'un acte juridique et sous réserve qu'il n'ait pas pour conséquence la contrainte physique, le pouvoir du tuteur porte sur tous ceux qui concernent la protection de la personne du majeur *sauf les actes strictement personnels* »⁵⁰. Cette explication met en lumière le fait que le législateur a l'intention de cerner le pouvoir du tuteur faisant appel à la notion de l'acte strictement personnel.

Ainsi, la question du changement de sexe de la personne protégée peut être traitée à la lumière de la seule qualification d'acte strictement personnel. Une notion dégagée principalement par la doctrine, l'acte strictement personnel n'est pas l'objet de la définition légale, et bon nombre d'auteurs introduisent ici une distinction quelque peu artificielle. En effet, ils estiment que le tuteur peut conclure le contrat médical ayant pour conséquence grave au corps du majeur, mais le médecin ne peut pas accomplir l'opération chirurgicale sans le consentement de la personne protégée, qui se qualifie d'acte strictement personnel. Il en résulterait que le majeur protégé n'a aucune possibilité de changer son sexe parce qu'il ne peut pas être représenté pour consentement aux soins médicaux, et qu'il ne peut pas non plus donner son consentement lui seul dès lors qu'il est prononcé l'incapacité à exprimer valablement sa volonté juridique.

17. Problème inédit. – Pour autant, il est à noter que cette solution n'a jamais été consacrée par un texte législatif. Il serait surprenant que le droit japonais manque totalement de disposition légale sur cette question alors qu'on s'en est rendu compte de la nécessité depuis 1999. La Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion d'exprimer sa position ; la raison en est probablement que le contrat médical convient non seulement à l'intérêt du majeur, mais aussi à celui de ses entourages, qui pourraient intenter en justice pour le remettre en cause.

18. Un nouvel acte strictement personnel ? – S'il est vrai que la solution négative peut être préférée par le droit positif, cette position a été remise en cause ces dernières années. En effet, prônés par la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), certains auteurs ont affirmé que la décision du majeur doit être respectée au maximum s'il peut exprimer son intention ou sa préférence avec l'accompagnement d'une autre personne⁵¹. Certaines dispositions dans le Code civil pourraient favoriser cette interprétation ; la personne sous tutelle peut déjà accomplir seule certains actes, tels que le consentement au mariage⁵², l'acte de reconnaissance⁵³ ou le testament⁵⁴. Derrière ces dispositions spéciales et dérogoratoires, il y a une idée commune selon laquelle l'intention du majeur requiert le meilleur respect dans le cas où l'acte accompli apporterait une conséquence grave à sa personne. La même solution vaut pour le changement de sexe d'autant qu'il peut être mis sur un pied d'égalité avec lesdits actes éminemment personnels.

19. Vers la reconnaissance d'une décision accompagnée ? – Cette dernière solution est d'autant plus remarquable qu'elle peut remplacer le paradigme traditionnel de la décision substitutive, qu'a choisi le législateur de 1999, par le concept rénovateur de la « décision accompagnée »⁵⁵ pour davantage d'autonomie ou d'« *empouvoirement* ». Cette tendance n'est pas sans rapport avec l'évolution que traverse aussi le traitement de la protection du patrimoine.

⁵⁰ C'est nous qui soulignons.

⁵¹ Rappr. B. Eyraud et A. Béal, « Quelques enseignements tirés de la réception sur l'article 12 de la CIDPH sur la place des personnes les plus directement concernées », in *Protection des majeurs : bilan et perspectives*, préc., p. 301.

⁵² C. civ. jap., art. 738.

⁵³ C. civ. jap., art. 780.

⁵⁴ C. civ. jap., art. 962 et 963.

⁵⁵ Rappr. M. Rebourg et B. Graeff, « Droit brésilien : la prise de décision appuyée et la volonté individuelle de la personne handicapée », in *Protection des majeurs : bilan et perspectives*, préc., p. 255. – Sur le projet de réforme du droit de l'accompagnement juridique, ayant abouti le 4 mai 2021 à la loi de réforme des droits de la tutelle et

II. Le protecteur et les droits patrimoniaux des MISSEG

20. L'incidence de la prise en compte de la protection des biens. – La recherche d'une solution permettant à la personne protégée de mieux vivre sa transition sexuelle ou son homosexualité peut avoir des conséquences patrimoniales. Les obligations classiques du protecteur en matière patrimoniale doivent ici être rappelées pour évaluer les réticences ou les limites en matière de protection de la personne et de respect de l'autonomie. Le droit français (A) et le droit japonais (B) dessinent des voies distinctes parfois parallèles.

A. Analyse de droit français

21. « La vocation à la plénitude de la protection » (Hauser). – La distinction de la personne et des biens est la *summa divisio* du droit français. Fortement éprouvée par la condition de l'animal ou du robot, elle demeure majeure et justifie l'exclusion ou l'application du droit de la propriété. Une personne est sujet de droits ; un bien, objet de droit et, sauf exceptions, appropriables et saisissables.

Dans le prolongement de cette distinction, la protection s'étend à la personne et aux biens du majeur protégé. La loi du 5 mars 2007 a consacré la vocation à la plénitude de la protection juridique. Bien des difficultés vécues par les minorités sexuées, sexuelles et genrées peuvent avoir des conséquences patrimoniales.

Le protecteur doit apporter des réponses aux difficultés financières (1) ; la loi lui attribue des pouvoirs et lui impose des devoirs (2).

1) Les réponses aux difficultés financières

22. Sécurité sociale. – Le traitement du changement de sexe exige des soins : médicaux, psychologique. La prise en charge par des professionnels de la santé présente un coût. Le majeur protégé en a-t-il les moyens ? Convient-il de sauvegarder ses droits ? de les aménager ? En France, tout le droit de l'aide et de l'action sociale, d'une part, le droit de la sécurité sociale, d'autre part, est ici convoqué.

23. Solidarité familiale. – Les soins entrent dans la notion juridique d'aliments. Les protecteurs sont souvent confrontés à la question des recours contre les obligés alimentaires⁵⁶. Et contre le refus du majeur protégé, le protecteur peut solliciter du juge des tutelles l'autorisation de réclamer de l'argent à des membres de la famille du majeur protégé : ses père et mère ou ses enfants...

2) Les pouvoirs et les devoirs professionnels

24. Devoir de rendre compte. – Le protecteur n'est pas seulement celui qui accompagne et soutient le majeur protégé dans ses projets et l'exercice de ses droits ; il est aussi celui qui dit « oui » ou « non », au projet du majeur protégé au regard de ses capacités financières. Au quotidien, il apparaît parfois comme un organe de censure. Le protecteur doit rendre compte de ses diligences ; la protection de la personne exige un « rapport spécifique »⁵⁷ ; en pratique, les professionnels font régulièrement des notes aux juges sur les difficultés qu'ils rencontrent et les remèdes qu'ils apportent ; ils conservent ainsi la confiance du juge et font preuve de leurs compétences.

25. Devoir de sécuriser la situation du majeur protégé. – La réassignation sexuelle, même si elle n'est pas obligatoire pour changer de sexe, peut être décidée par le majeur protégé. Cette

de l'accompagnement, et dont l'objectif est d'« ancrer plus clairement » les objectifs de l'art. 12 de la CIDPH, v. Ch. Walleit, *La protection juridique des majeurs en droits français et allemand*, Thèse de droit comparé, préparée sous la direction du Pr S. Rohlfig-Dijoux, soutenue à l'Univ. Nanterre, le 19 janv. 2023, p. 38.

⁵⁶ V. not. G. Raoul-Cormeil, « Les obligations alimentaires du majeur protégé », in Dossier : La protection des personnes âgées et handicapées : entre droit social et droit civil, S. Moisdon-Chataigner (dir.) (*Colloque : Rennes 1, Laboratoire Iode (Umr Cnrs 6262)*, 16 mai 2014), *R.D.S.S.* Sept./oct. 2015/5, p. 793 à 802.

⁵⁷ C. civ. franç., art. 463.

opération chirurgicale entraîne une atteinte grave à l'intégrité corporelle du majeur protégé : pour cette raison, elle était soumise jusqu'au 25 mars 2019 à une autorisation du juge des tutelles. Dorénavant, ni le curateur ni le tuteur n'a besoin d'une autorisation du juge, sauf en cas de désaccord avec le majeur protégé⁵⁸ qui conduira le protecteur à saisir le juge aux fins de statuer. Le majeur protégé consent seul dorénavant à cette opération chirurgicale, s'il en fait le choix.

En revanche, le protecteur devra accompagner le majeur protégé dans toutes les conséquences, spécialement la rectification des actes de l'état civil. Cette question peut être développée sur d'autres pans le mariage ou la filiation. De manière générale, le protecteur doit sécuriser la situation du majeur protégé.

Et cet élément conclusif doit être éclairant en dépit du paradoxe dans lequel il est né. Lorsque le majeur protégé vit en institution, son protecteur, surtout s'il est professionnel, pourra faire valoir les droits et la liberté de celui-ci, contester et diminuer la force des règlements intérieurs ou des décisions unilatérales tendant à diminuer la liberté du majeur protégé (isolement, contention, réalisée sur autorisation du médecin pour prévenir le risque d'agression sexuelle ou empêcher des relations sexuelles entre résidents). En revanche, le majeur protégé qui ne bénéficie d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne bénéficiaire, au regard de l'article 459 du Code civil, et du Code de la santé publique réécrit par l'ordonnance du 11 mars 2020, d'une grande autonomie, autonomie qui le conduira à consentir seul à tous les actes médicaux qui concerne son corps et son esprit. Ce n'est qu'en cas de difficulté que le majeur protégé pourra demander au professionnel de venir à ses côtés lui expliquer les réticences des médecins ou d'une administration et, par-delà ses informations, l'aider à surmonter ses difficultés.

B. Analyse de droit japonais

25. Double observation. – Au Japon, le système actuel de la protection des majeurs prend en compte la gestion des biens de la personne protégée à titre principal. Le régime de la protection est ici relativement précis, même s'il n'est pas complètement clair. Ainsi, les questions propres aux problèmes des minorités sexuées, sexuelles et genrées apparaissent sous un jour assez obscur. L'ouverture et la mise en œuvre des mesures judiciaires méritent une remarque sur deux règles.

26. Mieux anticiper. – En premier lieu, dans notre système, qui n'a pas de mécanisme de l'ouverture des mesures judiciaires par l'office du juge, ceux qui peuvent demander l'ouverture des mesures sont encadrés par le Code civil et certaines lois spéciales ; selon ses textes, les proches qui font preuve simplement du lien étroit avec la personne à protéger n'ont pas de pouvoir de demande en justice. En revanche, une fois que la demande est intentée, c'est le juge qui nomme souverainement l'organe de protection ; le majeur ne peut pas, contrairement au droit français⁵⁹, désigner de manière anticipée son tuteur.

Cela revient à dire que, pour le couple homosexuel, chacun des partenaires ne peut pas demander l'ouverture de la protection pour l'autre, ni être nommé prioritairement au tuteur de l'autre même lorsqu'il fait preuve du lien étroit et stable entre eux. Alors que tel est plus ou moins le cas dans le couple marié également, ce mécanisme du droit positif suscite souvent un inconvénient dans la pratique ; certains estiment qu'il est tellement rigoriste qu'il écarte ceux qui ont besoin de la protection judiciaire à la demande en justice, mais qui ne souhaitent pas d'être représentés par quelqu'un qu'ils ne connaissent pas bien. Cela dit, est-on seulement certain que la désignation anticipée d'un futur curateur ou tuteur, dûment écrite et signée, serait sans incidence sur le choix du juge lorsque le moment sera venu...

⁵⁸ C. santé publique franç., art. L. 1111-4, al. 8 in fine : « Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision ».

⁵⁹ C. civ. franç., art. 448, al. 1er.

27. Mieux personnaliser. – En deuxième lieu, pour le cas où la protection judiciaire est prononcée, on se demande comment on pourrait garantir la liberté de la personne protégée dans la gestion des biens. Le concept traditionnel est de conserver la valeur patrimoniale des biens ; loin d'être dynamique, le tuteur s'abstient d'exercer son pouvoir alors qu'il est requis pour les activités préférées par le majeur. Une telle tendance est considérable dans l'hypothèse où le juge a nommé un mandataire professionnel, qui n'a pas bien connu la personne protégée.

Cependant, il est à noter que le droit japonais ne manque pas totalement la ligne directrice à propos de la mission tutélaire. En effet, selon le Code civil, « lorsqu'il procède à la protection de la personne ou à la gestion des biens d'un majeur sous tutelle, le tuteur doit respecter l'intention de ce dernier et tenir compte de son état mental et physique et de ses conditions de vie »⁶⁰. Même si l'acte accompli par le tuteur reste valable s'il viole aux exigences de cette disposition, l'organe de protection est obligé de faire les meilleurs efforts pour entretenir le lien étroit avec la personne protégée pour organiser la gestion de ses biens conformément à l'intention de la personne.

28. Mode subreptice de reconnaissance mutuelle. Enfin, les problèmes suscités dans le domaine de la protection judiciaire ne doivent pas faire oublier l'importance de la tutelle conventionnelle.

Au Japon, où on ne consacre pas le mariage homosexuel ni l'inscription juridique de partenaire comme le PACS, certaines communautés ont instauré un mécanisme officieux d'inscription pour favoriser les couples homosexuels.

Ce qui est remarquable ici est qu'une partie des communautés requiert la conclusion des deux mandats de protection future l'un avec l'autre. Cette pratique me semble avoir pour finalité d'assurer la gestion des biens dans le cas où l'un d'eux est hors d'état de manifester sa volonté.

S'il est vrai que cette pratique a une certaine utilité, on pourrait se demander pourquoi la conclusion mutuelle des mandats s'exige. En règle générale, le droit japonais a, petit à petit, élargi la protection juridique des couples non mariés en se calquant sur le régime du mariage ; c'est pourquoi au concubinage s'applique aujourd'hui le régime quasi matrimonial dans les divers aspects de la vie. L'idée étant fondamentalement la même pour la protection des couples homosexuels, on pourrait estimer que la conclusion des deux mandats est requise pour aligner le rapport entre les partenaires homosexuels sur celui qui est consacré dans le cadre du mariage.

Néanmoins, notre Code civil n'a pas de régime de représentation mutuelle, tel que retenu par l'article 217 ou 219 du Code civil des Français, pour le cas où l'un des époux ne peut plus exprimer son intention. Il en résultera que l'exigence de la conclusion des deux mandats ne me semble pas se justifier par l'analogie avec le mariage.

Si c'est le cas, il est indéniable que le recours au mécanisme du mandat n'est pas inutile d'autant que certaines règles sur les mesures judiciaires montrent la rigidité dans certains aspects. Cependant, depuis sa mise en vigueur, la tutelle conventionnelle n'a été utilisée que rarement. On pourrait attendre que la diffusion de l'inscription officieuse du couple homosexuel donne lieu à la promotion de la tutelle conventionnelle.

29. Conclusion. Les législations françaises et japonaises connaissent un rapprochement du fait du choix de la loi *Carbonnier* comme modèle de la réforme du Code civil japonais, d'abord, puis de l'influence de la Convention internationale du droit des personnes handicapées du 13 décembre 2006, ensuite. L'essor de l'autonomie du majeur protégé et la reconnaissance de droits strictement personnels ne connaissent pas dans les deux législations la même intensité mais un rapprochement a été mis en lumière. De manière plus générale, la place qu'occupe la protection de la personne dans chacune des législations conduit le protecteur (curateur, tuteur, mandataire) à mieux respecter les différences et les préférences, de sorte que la mesure de protection juridique se présente davantage comme un levier pour aider les minorités sexuelles,

⁶⁰ C. civ. jap., art. 858.

sexuées et genrées à mieux faire face à leurs difficultés que comme un moyen de censure. Espérons que cette conclusion optimiste connaisse un développement favorable en France comme au Japon. Et puissions-nous avoir l'occasion de reprendre cette étude là où elle s'est arrêtée dans un lustre ou une décennie pour vérifier, infirmer ou nuancer cette conclusion.

DROITS HUMAINS DES MINORITÉS SEXUÉES, SEXUELLES ET GENRÉES
REGARDS FRANCO-JAPONAIS

Sous la direction de Y. ITO, B. MORON-PUECH et T. SAITO

Université de Tokyo, 5 et 6 novembre 2022

Echanges en anglais, français et japonais

Avec le soutien de la Fondation Egusa



東京大学
THE UNIVERSITY OF TOKYO

