



**HAL**  
open science

## Protection de la personne en curatelle, liberté matrimoniale ou droit au mariage

Céline Ruet

► **To cite this version:**

Céline Ruet. Protection de la personne en curatelle, liberté matrimoniale ou droit au mariage. La Revue des droits de l'Homme, 2014, 5, 10.4000/revdh.677 . hal-01671479

**HAL Id: hal-01671479**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01671479v1>**

Submitted on 22 Dec 2017

**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.

## **Protection de la personne en curatelle, liberté matrimoniale ou droit au mariage : l'approche interne confrontée à l'approche européenne**

Une fois déclaré conforme à la Constitution l'article 460 du Code civil, soumettant le mariage de la personne en curatelle à autorisation du curateur ou, à défaut, du juge<sup>1</sup>, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt confirmatif d'une ordonnance du juge des tutelles refusant d'autoriser le mariage<sup>2</sup>. Le classicisme de l'arrêt, qui se fonde sur l'appréciation souveraine par les juges du fond de l'inaptitude d'un consentement éclairé au mariage, ne doit pas masquer son grand intérêt. Sa motivation est en parfaite harmonie avec la décision du Conseil constitutionnel, tant au regard du critère de la décision judiciaire, que de la qualification retenue pour le mariage, acte important de la vie civile. Tout en étant rattaché à la liberté personnelle, le mariage est considéré uniquement sous l'angle d'un statut comportant des obligations personnelles et patrimoniales, et l'aptitude à consentir appréciée relativement à l'ensemble de ces obligations. La perte de maîtrise des réalités financières constitue par voie de conséquence un élément pertinent et même déterminant de l'inaptitude du majeur protégé à consentir au mariage, à l'inverse d'autres droits européens.

La conception interne de la protection du majeur dans le cadre de la liberté matrimoniale appelle une confrontation avec l'approche du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme du double point de vue de la protection du sujet vulnérable en raison d'un trouble mental et du droit au mariage.

Le droit au mariage n'est garanti par la Convention EDH en son article 12 que par référence aux lois nationales qui en règlementent l'exercice<sup>3</sup> et la Cour européenne admet la légitimité en principe des restrictions au droit du mariage fondées sur l'incapacité. Elle n'a cependant encore jamais statué sur le refus d'autoriser le mariage d'une personne dont la capacité est limitée en raison d'un trouble mental. Sa jurisprudence relative au droit au mariage et à la protection des majeurs vulnérables trace des orientations sur un sujet d'importance majeure, tant sociologiquement que pour la conception des droits fondamentaux et de leur titulaire. Prônée par une recommandation européenne<sup>4</sup>, l'intégration à la société des personnes en situation de handicap, inclusion faite du handicap mental, ne saurait en effet être abordée sous le seul angle des aspects éducatif, culturel, politique, ou de l'accès à l'emploi. Elle va de pair avec le souci de préserver l'exercice des droits civils des personnes atteintes de troubles mentaux, toute restriction devant être conforme aux dispositions de la Convention<sup>5</sup>. Elle implique que soit posée la question, très peu abordée, de la reconnaissance juridique des liens de communauté de vie, y compris pour les personnes âgées présentant des déficiences mentales. Cette question engage tout à la fois la conception du mariage, et celle de la part de liberté personnelle ou d'autonomie accordée au sujet mentalement vulnérable, de la place accordée à ses souhaits et sentiments, de la portée juridique conférée à sa dignité.

La doctrine a déjà souligné le caractère relatif par le Conseil constitutionnel et la Cour EDH de la protection de la liberté matrimoniale<sup>6</sup>, ainsi que l'influence de la jurisprudence européenne sur la protection des majeurs vulnérables en droit interne<sup>7</sup>. Il convient plus particulièrement de confronter l'approche interne de la protection du curatellaire dans le cadre de la liberté du mariage (I), à l'approche européenne en matière de protection des majeurs et du droit au mariage (II).

## I. L'approche interne de la protection du curatelaire et de la liberté du mariage

Le contrôle de la proportionnalité des restrictions à la liberté matrimoniale du curatelaire opéré par le Conseil constitutionnel ne fait pas disparaître le risque de défaut de proportionnalité *in concreto* au cas de refus d'autorisation.

### A. Le contrôle de la constitutionnalité des restrictions à la liberté matrimoniale

Centré sur les garanties encadrant les limitations à la liberté matrimoniale, et sur la qualification d'acte civil du mariage, le contrôle opéré postule une certaine conception du consentement au mariage et de la liberté matrimoniale.

#### 1. *La qualification du mariage et les garanties apportées à la liberté matrimoniale*

Devant le juge constitutionnel, le requérant se prévalait de la qualification d'acte strictement personnel dont relevait, selon lui, le mariage, pour que soit déclaré contraire à la constitution l'article 460 C. civ. : ressortissant à une sphère d'autonomie irréductible, consécration de la notion de capacité naturelle, la conclusion du mariage devrait être réservé au seul curatelaire, au seul risque d'une annulation pour défaut de consentement lors de la formation du mariage. Le Conseil constitutionnel conclut à la conformité de la règle, après avoir estimé, qu'étaient réunies les conditions permettant au législateur d'apporter des restrictions à la liberté matrimoniale, composante de la liberté personnelle. Les garanties légales apportées aux « libertés individuelles, aux droits fondamentaux et [à] la dignité de la personne » tiennent en premier lieu au cadre général de l'instauration d'une mesure de protection, dont la finalité est l'intérêt de la personne protégée, la préservation de l'autonomie étant favorisée par la loi dans la mesure du possible. Le Conseil rappelle à cet égard les conditions de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation de la mesure de protection en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé. L'exigence de nécessité est précisée par la double référence à l'article 425 C. civ., qui soumet de manière générale l'instauration d'une mesure de protection à l'existence d'un constat médical, et à l'article 440 C. civ. propre à la curatelle, régime destiné à la personne « ...qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin... d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile ». En second lieu les garanties légales résident dans les règles qui encadrent la mise en œuvre de la mesure de protection en présence d'un projet de mariage. La conséquence de la protection n'est pas l'interdiction du mariage mais la nécessité d'une autorisation du curateur. Le refus de celui-ci peut-être pallié par une autorisation judiciaire, encadrée par des garanties procédurales - débat contradictoire, possibilité de recours - et dont le Conseil dégage de manière nette le critère, non explicité par la loi, l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage. Sans examiner la qualification d'acte strictement personnel, dont la délimitation est fort incertaine<sup>8</sup>, mais dont la pertinence était admise en doctrine pour le mariage, le Conseil constitutionnel axe le contrôle de proportionnalité sur la qualification d'acte important de la vie civile, soulignant les obligations personnelles et patrimoniales attachées au mariage. Le commentaire paru sur le site internet du Conseil constitutionnel met à cet égard spécialement l'accent sur les effets patrimoniaux du mariage, en en présentant les plus significatifs<sup>9</sup>, ainsi que sur l'organisation du régime de protection dans le cadre du mariage marqué par la priorité familiale. En conséquence la nécessité d'une autorisation ne porte pas à la liberté matrimoniale une atteinte disproportionnée.

#### 2. *La conception du consentement au mariage et de la liberté matrimoniale*

Tout en n'étant pas défini par le Conseil constitutionnel, le consentement au mariage est implicitement conçu comme un consentement abstrait, l'adhésion à un statut impératif liant effets personnels et patrimoniaux. Du moins aucun autre aspect ressortissant au domaine de la protection de la personnalité ou de la liberté de la vie privée n'affleure-t-il de la décision. De la liberté personnelle, à laquelle est rattachée la liberté matrimoniale, ne résulte dans la motivation aucune incidence quant à la prise en considération du caractère personnel de l'acte

de mariage, fût-ce de manière non exclusive, au titre d'un acte « mixte »<sup>10</sup>, acte personnel et même si l'on en croit la doctrine « éminemment »<sup>11</sup> personnel, sans relever pour autant de la catégorie des « actes strictement personnels » régie par l'art 458 al. 1 C. civ. en raison de ses conséquences patrimoniales.

La liberté personnelle a pu être présentée par une partie de la doctrine comme une voie susceptible de favoriser une protection constitutionnelle de la personnalité et de la liberté de la vie privée, dans le cadre d'un rapprochement avec le droit au développement personnel, à l'épanouissement personnel, ou à l'autodétermination. Consacrés par la Cour européenne des droits de l'homme, ces droits ont été admis, sous des terminologies variables, par certaines Cours constitutionnelles, qui lient épanouissement de la personnalité et dignité<sup>12</sup>. Le domaine de la notion d'épanouissement personnel, qui permet d'instaurer une protection de l'identité personnelle et des sentiments, n'est pas limitée à l'intimité de la vie privée, mais concerne le développement des choix de vie personnels dans la sphère sociale. Pour A. PENA-SOLER « la liberté personnelle serait... appelée à connaître des développements dans le registre du mariage. Le fait que le mariage constitue la concrétisation sociale de sentiments personnels et d'une situation individuelle que la personne souhaite rendre opposables à la société est d'ailleurs sans doute à l'origine du changement de source formelle opéré par le Conseil constitutionnel qui inclut désormais la liberté de mariage dans la liberté personnelle ... »<sup>13</sup>. Cependant cette dimension possible de la liberté personnelle, potentiellement perturbatrice de l'institution du mariage, par la place conférée aux aspects concrets de la personnalité et aux sentiments, n'est pas développée par le Conseil constitutionnel<sup>14</sup> au rebours d'autres Cours constitutionnelles<sup>15</sup>. La décision du Conseil constitutionnel ne conduit pas à considérer le consentement au mariage autrement que sous l'angle civiliste de l'adhésion à un statut composé d'obligations, personnelles et patrimoniales. Cette conception n'est pas cependant susceptible à elle seule de rendre compte de toute la richesse de la volonté matrimoniale en droit français et favorise l'existence d'un risque d'atteinte disproportionnée à la liberté matrimoniale.

## B. Le risque d'une atteinte disproportionnée à la liberté matrimoniale

Présent dans l'approche de la liberté matrimoniale et du consentement au mariage choisie par le Conseil constitutionnel, le risque d'une atteinte disproportionnée se manifeste dans l'arrêt de La Cour de cassation du 5 décembre 2012.

### *1. La possibilité d'une autre approche et le risque généré par l'approche du Conseil constitutionnel*

Sans remettre aucunement en cause la nature institutionnelle du mariage, ni transformer le mariage en une convergence des sentiments, le Conseil constitutionnel aurait pu mettre l'accent non seulement sur les obligations nées du mariage mais également sur la volonté de mener une vie conjugale, qui implique la volonté d'une communauté de vie d'une certaine nature, liant durée, assistance, respect et fidélité, et qui est essentielle à la formation du mariage. Or le caractère personnel de l'acte n'est appréhendé que par référence aux obligations personnelles et non sous l'angle de la volonté des époux eu égard à la finalité de l'union. Certes en droit civil la possibilité de donner un consentement valable lors de la célébration et l'existence de l'intention matrimoniale sont présentées aujourd'hui comme des questions distinctes<sup>16</sup>. Seul le défaut d'intention matrimoniale reçoit d'ailleurs une amorce de définition jurisprudentielle, non l'intention elle-même.

Cependant l'aptitude à consentir au mariage suppose bien en réalité de se référer à une certaine conception de la nature du consentement matrimonial, qui peut, ou non, intégrer la considération du but de l'institution. Le Code civil n'appréhendant le mariage que par ses effets, le consentement matrimonial est susceptible d'être entendu en doctrine de manière relativement différente. Examinant l'impossibilité de donner un consentement véritable, le traité d'Aubry et Rau énonce que « l'état de démence présente une infinité de degrés, et un homme d'ailleurs incapable de gérer ses affaires peut, malgré la faiblesse de ses facultés intellectuelles, être en état de comprendre la nature et le but du mariage »<sup>17</sup>. Dans

cette perspective doctrinale, l'aptitude à consentir s'apprécie en relation avec la finalité de l'institution, alors que l'intention matrimoniale et l'aptitude à consentir au mariage sont abordées par la doctrine contemporaine de manière distincte. Quand l'aptitude au consentement est en jeu, et qu'il ne s'agit pas d'exclure certaines motivations étrangères au mariage<sup>18</sup>, le Conseil constitutionnel appréhende le mariage seulement sous l'angle de ses effets, conformément à l'approche civiliste actuelle : il s'agit de consentir à un ensemble d'obligations.

Au regard de son caractère de liberté fondamentale, la liberté matrimoniale ressort appauvrie de cette approche, réductrice de la dimension personnelle de l'acte. Bien avant d'être rattaché aux droits fondamentaux, le mariage fut considéré par Portalis comme « le plus naturel » parmi les droits attachés à la « qualité d'homme »<sup>19</sup>. A ce titre les restrictions apportées à la liberté matrimoniale concernent directement la dignité de la personne. Or, si l'exigence constitutionnelle de dignité est bien visée par le juge constitutionnel, aucune résonance particulière ne lui est donnée s'agissant du mariage. Peut-on considérer cependant que l'aspiration d'une personne à l'union matrimoniale, à l'affirmation publique et à la reconnaissance sociale d'une relation intime, n'a pas à être incluse dans l'examen de la proportionnalité d'une restriction à la liberté du mariage, dans la mesure où une personne est consciente, non dépourvue de raison malgré des déficiences mentales? Il est possible d'en douter. A l'importance du droit au mariage pour la « qualité d'homme » se joint la considération des évolutions qui ouvrent aujourd'hui l'institution, reconnaissant la dignité d'unions hier rejetées. La relation dans le cadre du mariage entre sphère patrimoniale et sphère personnelle ne devrait pas conduire à éluder la pleine prise en compte de celle-ci lors de l'examen de la proportionnalité. Le mariage ne peut relever exclusivement des choix personnels, en ce qu'il est accession à un statut juridique d'une importance particulière pour la société<sup>20</sup>. Mais l'absence de développement de la dimension personnelle de l'acte est critiquable, en ce que celui-ci correspond à une aspiration humaine essentielle. Appréhendé sous l'angle des libertés fondamentales, le mariage a vocation à être saisi dans son double rapport à l'institution et à la vie personnelle<sup>21</sup>.

L'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 2012, et les décisions judiciaires qui le précèdent, possèdent l'intérêt de mettre *in concreto* en évidence un risque d'absence de proportionnalité dans le refus d'autorisation judiciaire, présent à notre avis dès le contrôle abstrait de celle-ci par le Conseil constitutionnel, par suite du défaut de substance conféré au caractère personnel de la liberté matrimoniale.

## *2. Le risque mis évidence par l'affaire à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 2012*

Rappelons le contexte de l'affaire : un veuf âgé, croyant, très fortuné, conscient mais présentant des troubles psychopathologiques évolutifs, placé sous un régime de curatelle puis de curatelle renforcée, au centre d'un conflit lié à sa situation de fortune entre une fille adoptive et une compagne pour laquelle il avait développé un attachement non contesté.

Pour rejeter la demande d'autorisation, le juge des tutelles s'était fondé sur l'absence de prise en compte par le curatelaire des effets patrimoniaux du mariage, ainsi que sur les motivations du projet de mariage, religion et souci de sécurité. Le motif religieux n'est pas pris en considération par le juge, ce qui lui permet de tenir la recherche d'une sécurité pour exclusive, après avoir également éliminé l'attachement au motif qu'il est à lui seul insuffisant pour donner une autorisation judiciaire. Ainsi isolée, la recherche d'une sécurité ne semble pas ressortir pour le juge d'une intention matrimoniale véritable : « le majeur protégé ne recherche donc dans le mariage qu'une sécurité plus importante pour éviter une éventuelle rupture et donc une fin de vie solitaire ». La conclusion procède d'une conception bien abstraite de l'intention matrimoniale. Par-delà certaines expressions triviales du curatelaire, la recherche d'une sécurité de l'union peut apparaître comme une manière simple d'exprimer la volonté d'une vie matrimoniale avec ce qu'elle implique d'engagement pour l'avenir. La démarche du juge, qui scrute les raisons du projet de mariage, tout en tenant pour insuffisants des motifs très courants, - l'affection, la religion, la sécurité - peut sembler paradoxale. La Cour d'appel,

adoptant les motifs non contraires du juge des tutelles, a, de manière plus cohérente, axé essentiellement sa motivation sur l'insuffisante qualité du consentement au mariage, en raison des graves troubles du jugement présentés par l'intéressé.

La Cour de cassation retient fort classiquement que le juge est souverain pour apprécier l'aptitude à donner un consentement éclairé au mariage. Le contrôle de la motivation se borne à vérifier les investigations du juge et à relever l'existence d'éléments pertinents permettant de justifier le défaut de qualité du consentement, en l'occurrence « l'évolution psychopathologique des troubles présentés par l'intéressé et sa perte de maîtrise des réalités financières ». Au regard du consentement au mariage, malgré l'utilisation de la conjonction « et », on observera que seule a été caractérisée par les juges du fond l'inaptitude à prendre en considération les conséquences patrimoniales. Il n'est point constaté que les troubles font obstacle à la compréhension globale du but de l'union matrimoniale.

Si elle est parfaitement cohérente avec la conception du consentement matrimonial comme adhésion à un statut composé à la fois d'obligations personnelles et patrimoniales, cette solution contraste avec une appréciation plus globale et donc moins sévère de l'existence d'un consentement conscient qui a pu être menée dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, lors d'une action en nullité, s'agissant d'une personne souffrant d'un « infantilisme cérébral la mettant dans l'impossibilité de gérer ses affaires »<sup>22</sup>. Elle suscite plusieurs interrogations quant à la proportionnalité *in concreto* de la restriction à la liberté matrimoniale. Se référant à l'article 12 de la Convention EDH, le pourvoi critiquait l'exigence d'un consentement plus éclairé pour le majeur en curatelle que pour le majeur dénué de protection. Le moyen semble devoir être rapidement écarté. L'instauration préalable d'une protection dans l'intérêt de la personne permet de justifier a priori que soit vérifiée la qualité du consentement de manière plus exigeante, dans la mesure où les conditions auxquelles est subordonné l'établissement de la mesure de la protection en garantissent la nécessité. Les personnes protégées et non protégées ne sont pas dans une situation analogue. Cependant tout risque d'atteinte disproportionnée au droit au mariage n'est pas exclu. Des considérations patrimoniales sont-elles de nature à justifier que soit refusé l'accès au mariage, alors que la personne est consciente, qu'elle est dotée d'un long passé de capacité et d'exercice de liberté personnelle? Le moyen employé pour assurer la protection du majeur (le refus d'autorisation) pourrait être tenu pour disproportionné au regard de l'objectif visé, la protection du majeur, dans la mesure où d'autres instruments, moins attentatoires à la liberté matrimoniale, seraient susceptibles d'être mis en œuvre (contrat de séparation de biens, curateur distinct de l'époux). La qualification d'acte strictement personnel et privé, soutenue par le pourvoi, fait écho à la jurisprudence de la Cour, pour laquelle « le choix d'un partenaire et la décision de l'épouser... est une question d'ordre strictement personnel et privé »<sup>23</sup>. Dans quelle mesure l'approche européenne en matière de protection des majeurs et de droit au mariage est-elle susceptible d'aboutir à un constat de violation de la Convention ?

## **II. L'approche européenne de la protection des majeurs et du droit au mariage**

Il convient de rechercher les caractéristiques actuelles de l'approche européenne relative au droit du mariage en contemplation des lignes directrices posées en matière de protection des majeurs, avant de s'interroger de manière prospective sur l'analyse de la proportionnalité lorsque le refus d'autoriser le mariage est largement déterminé par la perte de maîtrise des réalités financières.

### **A. Protection des majeurs et droit au mariage : caractéristiques du contrôle européen**

L'approche du droit au mariage, qui s'accompagne de la légitimité de la condition de capacité, doit être complétée par la mise en évidence des garanties applicables aux mesures de protection.

### 1. Nature du droit au mariage et légitimité de la condition de capacité

Comme le juge constitutionnel, c'est par ses conséquences que la Cour appréhende le mariage, sans toutefois se limiter aux obligations juridiques : « l'exercice de ce droit emporte des conséquences sociales, personnelles, juridiques ». La jurisprudence européenne ne développe pas de définition du mariage ; elle en pose néanmoins quelques jalons. Selon l'arrêt *Jarewicz c. Pologne*, « l'essence du droit de se marier est la formation d'une union légale d'un homme et d'une femme »<sup>24</sup>. La jurisprudence met l'accent sur le « statut particulier » conféré par le mariage à ceux qui s'y engagent, tout en opposant d'un même mouvement l'institution du mariage et les partenariats enregistrés aux autres formes de vie commune, qui ne comportent pas « d'engagement public »<sup>25</sup> ou d'accord « juridiquement contraignant »<sup>26</sup>. Le mariage n'est cependant pas seulement appréhendé comme un statut juridique. La qualification de question « d'ordre strictement personnel et privé » tient une place décisive dans la motivation des arrêts qui sanctionnent le refus d'autoriser un prisonnier à se marier, en écartant la légitimité d'une recherche par les autorités étatiques de l'authenticité des sentiments<sup>27</sup>. Le droit au mariage a plusieurs faces : son existence n'est pas affirmée indépendamment des limitations étatiques posées à son exercice, mais la Cour y discerne un droit « fondamental »<sup>28</sup>, relevant de la sphère des choix personnels, dont le caractère « strictement privé » va de pair avec une dimension de reconnaissance sociale et juridique<sup>29</sup>. Selon un motif récurrent, les limitations résultant des lois nationales, ne doivent pas restreindre le droit au mariage « dans sa substance même ». La détermination de l'atteinte à la substance du droit correspond à un contrôle de proportionnalité, que la Cour différencie du contrôle mené en application des critères de « nécessité » ou de « besoin social impérieux » sur le fondement de la clause d'ordre public de l'article 8 : la Cour doit « déterminer si, compte tenu de la marge d'appréciation de l'Etat, l'ingérence litigieuse était arbitraire ou disproportionnée »<sup>30</sup>. L'étendue de la marge d'appréciation, qui s'avère en certains cas importante, en raison des « connotations culturelles et sociales » du mariage, n'est pas définie de manière uniforme et rigoureuse. Cependant, dans le cadre d'un motif très général, la Cour relève d'emblée l'admissibilité d'un certain nombre de limitations. Il s'agit de règles de forme (célébration, publicité) et de règles de fond « reposant sur des considérations généralement reconnues d'intérêt public, en particulier en matière de capacité, de consentement, de degrés de parenté ou de prévention de la bigamie »<sup>31</sup>. Dans tous les pays européens le consentement des époux est en effet le « point fondamental » du mariage<sup>32</sup>, et les conditions de capacité sont les conséquences de l'exigence d'un consentement véritable. Les restrictions liées à la capacité sont ainsi tenues a priori pour « légitimes »<sup>33</sup>. Cependant d'une validation d'une catégorie de limitations en général on ne saurait déduire d'une manière indifférenciée la légitimité de leur mise en œuvre *in concreto*<sup>34</sup>. L'application des restrictions liées à la capacité juridique suppose d'articuler un ensemble de droits, de principes et d'orientations : droit au mariage, référence de la Cour aux recommandations du Conseil de l'Europe et à la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, orientations jurisprudentielles relatives aux droits des majeurs protégés.

Si l'article 12 entretient des « liens étroits » avec l'article 8<sup>35</sup>, la vie d'un couple marié ressortissant à la vie privée et familiale, l'accès au mariage relève de la règle spéciale énoncée par l'article 12<sup>36</sup>, la Cour refusant que l'accès au mariage soit ouvert sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention<sup>37</sup>. La référence à l'article 8 s'impose néanmoins à de multiples égards. L'instauration d'une mesure de protection restrictive de la capacité juridique constitue une ingérence dans les droits garantis à l'article 8, qui englobent un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel<sup>38</sup>. A la lumière de la recommandation R (99) sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, la Cour a développé une importante jurisprudence précisant les garanties dont doivent être entourées les mesures de protection et leurs conséquences<sup>39</sup>. Cette jurisprudence paraît *a priori*, au moins pour une partie, rationnellement transposable en l'espèce.

## 2. Les garanties applicables aux mesures de protection et à leurs conséquences

L'établissement d'une mesure restrictive ou privative de la capacité juridique, « doit être entouré de « garanties procédurales appropriées »<sup>40</sup>, à la mesure de la gravité de l'enjeu pour l'autonomie personnelle<sup>41</sup>. Est requise une expertise récente de la part d' « au moins un » expert qualifié, une contre-expertise pouvant s'avérer nécessaire<sup>42</sup>, ainsi que l'audition de la personne<sup>43</sup>. Les juridictions doivent rassembler suffisamment d'éléments pour évaluer les facultés de l'intéressé, et la Cour fait porter son contrôle sur la manière dont les juridictions internes ont évalué la situation, dans le respect du principe du contradictoire, ainsi que sur le rapport médical, s'il n'est pas suffisamment précis<sup>44</sup>. Parce que les droits de l'individu ne doivent pas être restreints plus qu'il n'est nécessaire, la mesure de protection doit être adaptée à la situation particulière de l'individu<sup>45</sup>. L'instauration de la mesure de curatelle renforcée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 5 décembre 2012, paraît répondre aux normes européennes : les garanties procédurales sont effectives, la mesure de protection, subordonnée à un avis médical, est adaptée. Mais l'établissement même de la mesure de la protection n'était pas en cause, au rebours de ses conséquences sur l'accès au mariage.

Examinant dans l'arrêt *Kruskovic c. Croatie* les conséquences d'une mesure de protection (tutelle) sur l'impossibilité pour un incapable majeur de reconnaître un enfant et d'obliger l'autorité compétente à agir afin d'établir la paternité, la Cour a de même soumis les restrictions aux droits des personnes privées de leur capacité juridique à des « garanties procédurales pertinentes »<sup>46</sup>. Cette exigence procédurale doit nécessairement être transposée en matière de restriction au droit de se marier afin d'exclure une atteinte arbitraire. Elle semble *a priori* satisfaite en l'espèce. Le défaut d'autorisation au mariage du curatelaire peut être pallié par une ordonnance du juge des tutelles, dont la décision est susceptible de recours. Ce qui fait discussion en l'occurrence est l'évaluation de l'aptitude à consentir au mariage.

Pour une question « aussi complexe que celle consistant à déterminer les capacités mentales d'un individu », la Cour énonce que « les autorités doivent en règle générale jouir d'une large marge d'appréciation »<sup>47</sup>, variable selon la nature des questions en litige, l'importance des intérêts en jeu, et la « qualité du processus décisionnel ». Celui-ci satisfaisant aux normes européennes, le requérant ayant été auditionné, une expertise médicale récente effectuée, peut-on attendre un contrôle européen plus approfondi de l'évaluation au fond de la capacité mentale au regard du mariage? Dans l'arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*<sup>48</sup>, relatif à la privation de vote automatique d'une personne en curatelle, la Cour a affirmé, dans un motif de portée générale que « lorsqu'une restriction des droits fondamentaux s'applique à un groupe particulièrement vulnérable de la société, qui a souffert d'une discrimination considérable par le passé, comme c'est le cas des personnes mentalement handicapées, alors l'Etat dispose d'une marge d'appréciation bien plus étroite, et il doit y avoir des raisons puissantes pour imposer les restrictions en question ». Précisément, on sait que la capacité en matière de mariage relève pour la Cour d'un « intérêt public important », le consentement étant au cœur du mariage. Encore est-il nécessaire que la mise en œuvre de la restriction soit conforme aux normes européennes, et qu'en conséquence aient été correctement prises en compte les « facultés réelles »<sup>49</sup> de la personne à prendre des décisions, autrement dit sa capacité naturelle. L'arrêt *Alajos Kiss* sanctionne à cet égard l'absence d'une évaluation judiciaire individualisée des capacités et des besoins des personnes handicapées mentales, soulignant que les restrictions éventuelles à leurs droits doivent faire l'objet d'un contrôle strict. Le défaut d'autorisation donnée au mariage du curatelaire a fait sans conteste l'objet d'une appréciation individualisée par le juge et ce sont d'une manière plus fine ses critères qui sont en cause. L'importance conférée à la perte de maîtrise des réalités financières pour apprécier l'aptitude à consentir au mariage peut-elle permettre de conduire à constater un défaut de proportionnalité, et relever d'un contrôle européen étendu ?

### B. Inaptitude à consentir au mariage et perte de maîtrise des réalités financières : quelle analyse de la proportionnalité ?

Si l'ampleur du contrôle de la Cour est incertaine, une analyse peut cependant être menée en fonction des divers paramètres pertinents. Le contrôle de proportionnalité et son intensité sont



tributaires de l'interprétation de la norme applicable<sup>50</sup>, elle-même dépendante de l'existence d'un dénominateur commun ou d'une communauté de vues, de l'appréhension par la Cour de l'importance des intérêts en cause, des circonstances et du contexte.

### 1. *L'interprétation de la norme applicable et la recherche d'une communauté de vues*

Quelle portée conférer, dans la jurisprudence de la Cour, à la qualification de « question d'ordre strictement privé et personnel » s'agissant du choix d'un partenaire et de la décision de l'épouser ? Cette qualification, source d'un cantonnement de la marge d'appréciation, est posée par la Cour afin d'écarter la légitimité d'un examen de la qualité d'une relation, après avoir relevé que « réserve faites des conditions généralement reconnues d'intérêt public », la loi ne peut priver « une personne ou une catégorie de personnes jouissant de la capacité juridique d'exercer leur droit au mariage avec le ou la partenaire de son choix »<sup>51</sup>, et que les détenus doivent jouir de tous les droits fondamentaux non contraires au sens de la privation de liberté. La qualification n'a donc point pour conséquence d'ériger le mariage en acte relevant de la seule capacité naturelle et d'écarter, en raison de la dimension personnelle de l'acte, les restrictions liées aux limitations de la capacité juridique. Sa portée est de préserver la sphère d'intimité et la liberté des choix personnels alors que seule la détention explique l'ingérence étatique et que l'autonomie de la personne n'est pas affectée par des troubles mentaux<sup>52</sup>.

Surtout, l'interprétation du droit au mariage fait ressortir une absence qui vient à l'unisson de la jurisprudence constitutionnelle. Réserve faite de la protection de l'intimité et de la liberté de choix, la dimension personnelle du mariage ne reçoit pas dans la jurisprudence européenne le développement qui pourrait lui être apporté *via* la notion d'épanouissement personnel. Dans l'affaire *Kruskovic*, la Cour s'est fondée sur un double « intérêt vital » pour conclure à une violation de l'article 8: l'intérêt vital du requérant, incapable majeur dans l'impossibilité de reconnaître son enfant, à établir la vérité biologique sur un aspect important de sa vie privée et familiale, et l'intérêt vital d'un enfant à recevoir les informations nécessaires pour découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle<sup>53</sup>, lié à l'épanouissement personnel<sup>54</sup>. Or, si le droit au mariage est qualifié de fondamental, l'intérêt à la formation d'une union matrimoniale n'est pas jusqu'à présent considéré à la lumière de cette dernière notion. Seule la définition (non biologique) du sexe a été rattachée par la Cour au droit au développement personnel, en relation avec la notion d'autonomie personnelle<sup>55</sup>, non le droit au mariage lui-même. En n'opérant pas un tel rattachement, la Cour préserve la nature institutionnelle du mariage et lui permet de se maintenir dans l'orbite de la réglementation étatique. Tout en mettant l'accent sur la reconnaissance juridique et sociale que le mariage emporte, la Cour n'a pas adopté l'approche « personnaliste » du droit au mariage, comme droit d'obtenir une consécration légale de la relation intime entre deux personnes, essentiel au développement de la personnalité.

Aussi l'inaptitude à saisir les conséquences patrimoniales paraît-elle un élément acceptable pour apprécier la capacité de donner un consentement au mariage, compte tenu de la marge d'appréciation étatique. Existe-t-il des éléments en faveur d'une interprétation consensuelle en sens contraire ? Certains Etats parties à la Convention ont fait le choix de dissocier sphère personnelle et sphère patrimoniale. Ainsi, en droit allemand, le mariage est compris comme un acte strictement personnel et le § 1903 al. 2 BGB restreint le pouvoir du juge d'ordonner que la personne protégée aura besoin de l'autorisation de l'assistant pour prévenir un danger important concernant sa personne ou son patrimoine. La nécessité d'une autorisation ne peut s'étendre aux déclarations de volonté qui ont pour but la conclusion d'un mariage ou d'un partenariat de vie. En revanche la personne protégée peut se voir prescrire que la conclusion d'un contrat de mariage se fera sous réserve d'autorisation (§ 1411 al. 2 BGB)<sup>56</sup>. En droit belge, l'inaptitude d'une personne à gérer ses biens et son placement sous administration provisoire (art. 488*bis* Code civil) n'a pas « d'incidence sur sa capacité à contracter mariage, mais cela peut avoir une incidence sur sa capacité à conclure un contrat de mariage »<sup>57</sup>. Cependant si l'on peut discerner une évolution dans un sens libéral, comme en témoignent les modifications récentes du droit suisse<sup>58</sup>, on doit également relever une réelle diversité des approches dans

les Etats européens. Lorsque la Cour relève que la capacité constitue une des conditions communément posées au mariage, l'affirmation, fort générale, ne concerne pas les questions plus précises de la détermination de l'aptitude au consentement et de l'incidence des diverses mesures de protection juridiques. Le droit des Etats européens en matière de protection des majeurs est caractérisé par une tendance générale à la préservation de l'autonomie, et à l'affirmation de principes communs - nécessité, proportionnalité, individualisation. Mais l'autonomie conférée aux majeurs protégés reçoit des implications fort diverses<sup>59</sup>. Ainsi, l'article 56 du Code civil espagnol exige un avis médical portant sur la capacité à donner un consentement au mariage, lorsqu'une partie a été affectée par des carences ou anomalies mentales - indépendamment de l'existence d'une restriction légale à la capacité juridique. Plus radicalement le droit roumain interdit le mariage de l'aliéné ou du débile mental (article 276 du Code civil), même lorsqu'existent des états de lucidité passagers; certaines dispositions formulent de manière plus précise l'interdiction du mariage en présence de certaines maladies (article 278 Code civil)<sup>60</sup>. L'article 85 du Code civil italien dispose que ne peut contracter mariage celui qui a été interdit pour infirmité mentale. L'article 14 du Code de la famille de la Fédération de Russie interdit le mariage aux personnes déclarées incapables en raison de troubles mentaux.

La manière dont est appréciée l'aptitude au consentement au mariage est donc susceptible de relever de la marge d'appréciation. Existe-t-il des orientations générales que la Cour pourrait éventuellement mobiliser au titre d'une interprétation dynamique en faveur des majeurs protégés ? La Cour a déjà combiné la référence à la Convention sur les droits des personnes handicapées des Nations Unies et à la recommandation n° R (99) 4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, pour souligner « l'importance croissante qu'accordent aujourd'hui les instruments internationaux de protection des personnes atteintes de troubles mentaux à l'octroi d'une autonomie juridique optimale à ces personnes »<sup>61</sup>. S'agissant d'une mesure de placement, le juge européen a relevé que « toute mesure de protection devrait refléter autant que possible les souhaits des personnes capables d'exprimer leur volonté »<sup>62</sup>. Mais les conséquences procédurales déduites par la Cour de l'affirmation de ces principes - qualité du processus décisionnel, association de l'intéressé, examen judiciaire approfondi - ne sont pas transposables à la manière de concevoir une condition de fond posée au mariage, l'aptitude à consentir. Outre les principes déjà visés, une évolution pourrait néanmoins se réclamer des textes européens prônant l'inclusion à la société des handicapés<sup>63</sup> et des personnes âgées<sup>64</sup>. De manière plus précise, une interprétation dynamique pourrait se prévaloir de la notion d'accompagnement<sup>65</sup> dans l'exercice de la capacité juridique liée à l'objectif de promotion de l'exercice des droits par les personnes handicapées à égalité avec les autres personnes - la vulnérabilité devant conduire au soutien dans l'exercice d'un droit ( en l'espèce par un contrat de séparation de biens ) non au refus d'autorisation. La volonté de respecter le principe de subsidiarité et le souci d'affirmer la nécessité d'une protection liée à la vulnérabilité constituent cependant des freins à une approche dynamique du droit au mariage des personnes protégées. A cet égard, la critique du pourvoi tenant à l'exigence d'un consentement plus éclairé paraît ne pas pouvoir prospérer eu égard à la nécessité de la protection des personnes vulnérables maintes fois relevée par la Cour<sup>66</sup>. Mais l'analyse de la proportionnalité ne peut être menée de manière abstraite et requiert également la considération des circonstances et du contexte.

## *2. Les circonstances et le contexte*

Quelle peut être l'incidence des convictions religieuses du curatelaire ? Selon la jurisprudence européenne le mariage ne peut être considéré simplement comme une forme d'expression de la liberté religieuse, dont la Cour affirme qu'elle est essentielle à l'identité des croyants : il est régi par les dispositions spécifiques de l'article 12<sup>67</sup>. Souvent critiquée pour son approche individualiste, la Cour pose en réalité, en matière matrimoniale comme en matière religieuse, des obstacles à une conception excessivement individualiste des droits ainsi qu'à un empiétement des droits subjectifs sur la sphère publique. Des convictions religieuses ne peuvent permettre de lever un empêchement légal posé au mariage, ainsi que l'enseignent les

décisions *Khan c. Royaume-Uni* et *Parry c. Royaume-Uni*<sup>68</sup>. Elles ne constituent donc pas un élément en faveur du caractère disproportionné du défaut d'autorisation.

L'importance donnée en l'espèce par les juges du fond à la situation de fortune du curatellaire peut ressortir de la confrontation avec la jurisprudence interne, dont nous avons vu qu'elle a parfois admis la validité du mariage en cas d'incapacité de gérer ses affaires. Or, le caractère variable de l'appréciation de l'aptitude au consentement peut être critiqué, la Cour européenne tenant compte de la cohérence du contexte juridique dans l'examen de la proportionnalité<sup>69</sup>. Précisément cependant, si l'aptitude au consentement matrimonial est susceptible de s'apprécier au regard des réalités financières, il n'apparaît pas nécessairement déraisonnable que l'importance conférée aux conséquences patrimoniales puisse varier suivant la situation de fortune. Le but de protection des intérêts de la personne est un but légitime, et le moyen peut paraître, compte tenu de la marge d'appréciation, respecter un rapport raisonnable de proportionnalité, dans la mesure où la mise en œuvre de la mesure de protection relève d'une appréciation judiciaire individualisée entourée de garanties procédurales adéquates.

De surcroît le défaut d'autorisation n'emporte pas disparition de toute possibilité de reconnaissance sociale et juridique de l'union. La conclusion d'un pacte civil de solidarité est en effet envisageable, dont la signature suppose l'assistance du curateur, à l'inverse de la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance ou devant le notaire (article 461 C. civ.). Or, la possibilité d'une reconnaissance de l'union au moyen d'un partenariat constitue dans la jurisprudence de la Cour un élément entrant en considération dans l'appréciation de la proportionnalité. Dans la décision *Parry c. Royaume-Uni*, relative à un transsexuel dont la reconnaissance de l'appartenance sexuelle supposait l'annulation du mariage, la possibilité d'un partenariat concourt non seulement à écarter la violation de l'article 8 de la Convention, mais elle est encore mentionnée lors du contrôle opéré au titre de l'article 12. Relevant la proportionnalité des effets du régime de reconnaissance de l'appartenance sexuelle, la Cour note que les partenaires bénéficient « de bon nombre des protections et avantages offerts par le mariage ». La même approche assimilatrice a été adoptée par la Cour dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, pour repousser une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, alors que les requérants prétendaient subir une discrimination en raison des différences entre le statut conféré par le mariage et le partenariat civil<sup>70</sup>. Ces deux formes d'union sont regardées comme offrant un statut équivalent au regard du besoin de consécration sociale de l'union.

En toute occurrence une différence majeure existe pour ce qui est du contexte juridique avec les arrêts précités dans lesquels l'accès au mariage était fermé en raison de l'identité de sexe : la conclusion d'un PACS ne dépend pas exclusivement de la volonté du majeur protégé et de sa compagne, la nécessité de l'assistance du curateur pour la signature de la convention produisant des effets similaires à ceux d'un régime d'autorisation. Pourrait-on considérer que toute reconnaissance juridique d'une union en raison de l'incapacité de gérer ses affaires puisse être fermée sans qu'il puisse en résulter une violation de la Convention ? Si la vie commune d'un couple relève de la protection de la vie familiale, la Cour n'a encore jamais mis à la charge de l'État une obligation positive de reconnaître une union en dehors des liens du mariage. Cependant la question envisagée est celle de l'accès par le curatellaire à une reconnaissance du couple au moyen d'un statut qui a été créé par la loi. C'est la question d'une éventuelle discrimination, et donc d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, qui est posée. Une personne affectée de déficiences mentales peut mener une vie de couple stable et ressentir un besoin de reconnaissance sociale de l'union vécue, à égalité avec les autres personnes, avec lesquelles elle se trouve dans une situation comparable : est en jeu un besoin relevant de l'humanité commune. A la lumière des orientations précédemment dégagées en faveur de l'exercice de leurs droits civils par les personnes présentant des troubles mentaux, il nous semble que la fermeture de toute reconnaissance d'une union déterminée par une incapacité à gérer ses affaires devrait être considérée comme un moyen disproportionné au but de protection du majeur sous curatelle.

En conclusion s'agissant du défaut d'autorisation du mariage, divers éléments font obstacle à la constatation d'une violation de la Convention: l'insuffisante portée donnée par la jurisprudence européenne, qui est ainsi en harmonie avec la jurisprudence constitutionnelle,

à la dimension personnelle du mariage, l'absence de rattachement du droit au mariage aux notions de développement ou d'épanouissement personnel, l'inutile invocation du sentiment religieux. En revanche, à moins de retenir une étroite conception du sujet des droits de l'homme, les déficiences mentales ne doivent pas avoir pour effet de mettre à l'écart la personne de toute consécration juridique des liens de communauté de vie. Le partage de l'humaine condition n'est pas subordonné à la pleine possession des facultés mentales. L'aspiration à une reconnaissance sociale de la vie commune, le besoin de sécurité juridique y compris dans le cadre des liens affectifs, communément partagés, doivent être, dans toute la mesure du possible, également assurés.

---

## Notes

1 Cons. const., Décision n°2012-260 QPC du 29 juin 2012 ; *Dr. fam.* 2012, n°136, obs. BRUGGEMAN MARYLINE; *RTDciv.* 2012, p. 510, obs. HAUSER JEAN ; *Dr. fam.* 2012, n°148, obs. I. MARIA; *D.* 2012, p. 2699, obs. NOGUERO DAVID et PLAZY JEAN-MARIE *D.* 2012, p. 1899, obs. RAOUL-CORMEIL GILLES.; *AJ Fam.*, 2012, p. 463, obs. VERHEYDE THIERRY; *GP* 2013, n° 89, p. 32, obs. GOUTTENOIRE ALINE.

2 Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 2012, n°08-21.560 ; *RJPF*, 2013, p. 25, note LEBORGNE ANNE; *Dr. fam.* 2013, n° 14, obs. MARIA INGRID.; *JCP G* 2013, I, Chr. Droit de la famille, RUBELLIN-DEVICHI JACQUELINE (dir.) n°1, obs. LAMARCHE MARIE *AJ fam.*, 2013, obs. VERHEYDE THIERRY, p. 61.

3 V. LEVINET MICHEL, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 889.

4 V. Rec. (2006) 5 du Comité des Ministres sur le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société.

5 V. art. 4 Rec. (2004)10 des Ministres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de du Comité troubles mentaux.

6 V. GOUTTENOIRE ALINE, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2 N°39, p. 63 et s.

7 V. ROMAN DIANE, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », *RDSS*, 2008, p. 267 ; MARGUENAUD JEAN-PIERRE, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », *LPA*, 2010, n° 220, p. 10 ; VASSEUR-LAMBRY FANNY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, n°2.

8 SALVAGE-GEREST PASCALE, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.*, 2009, étude 17, n° 8 ; GUEVEL DIDIER « La protection des actes personnels et familiaux des majeurs vulnérables », *LPA*, 2010, n° 220, p. 30 ; MARACCHINI-ZEIDENBERG STEPHANIE, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTDciv.*, 2012, pp. 21 et s.

9 Règle de la solidarité (article 220 C. civ.), présomption de mandat entre époux (article 222 C. civ.), régime de la communauté réduite aux acquêts en l'absence de contrat de mariage (articles 1400 et s. C. civ.)

10 V. PETERKA NATHALIE, CARON-DEGLISE ANNE, ARBELLOT FREDERIC., *Droit des tutelles, Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, n°73, p. 432 ; HAUSER JEAN, *RTDciv.*, 2012, p. 510 ; HAUSER JEAN, « La distinction des actions personnelles et des actions patrimoniales à l'épreuve du droit des personnes protégées », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, Defr.*, 2012, p. 441.

11 GRIDEL JEAN-PIERRE, « L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle », *Rapport de la Cour de cassation*, doc. fr., 2000, p. 79.

12 BIOY XAVIER, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) *RIDC*, 2003, p. 123 ; PARIENTE ALAIN, « La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, in *La constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 267 ; PENA-SOLER ANNABELLE « A la recherche de la liberté personnelle désespérément ... », *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 1675 et s., spéc. p. 1695. Du même auteur, « Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle », *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, pp. 49 et s. spéc. p. 54.

13 PENA-SOLER ANNABELLE, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément ... », *op. cit.*, p. 1705.

- 14 Sur les diverses potentialités de la notion de liberté personnelle, V. *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*. ROUSSILLON HENRY et BIOY XAVIER (dir.), Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 41.
- 15 Voir la fonction du mariage selon la Cour d'arbitrage belge, arrêt n° 159/ 2004 du 20 octobre 2004, cité par PENA-SOLER ANNABELLE, « Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle », *op.cit.*, p 59 : « le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer la relation intime de deux personnes ».
- 16 V. not. MURAT PIERRE (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010, n° 111.21 et s. : le défaut de consentement tenant à l'état mental est traité indépendamment de l'intention matrimoniale .
- 17 AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6ème éd. par ESMEIN PAUL, t. 7, Ed. tech., 1948, § 451 bis, p. 18.
- 18 Cons.const., Décision n°2012-261 QPC du 22 juin 2012.
- 19 Présentation au Corps législatif, Fenet, IX, *Du mariage*, p.157.
- 20 V. obs. BEIGNIER BERNARD., in *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, *op.cit.*, p. 87.
- 21 V. synthèse MATHIEU BERTRAND, in *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, *op.cit.*, p. 153.
- 22 Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 décembre 1992, Bull. civ. n° 299, pourvoi n° 91-11.428.
- 23 CEDH, 5 janvier 2010, *Frasik c. Pologne*, § 95.
- 24 CEDH, 5 janvier 2010, *Jaremowicz c. Pologne*, § 60.
- 25 CEDH, 3 avril 2012, *Van der Heidjen c. Pays-Bas*, § 69.
- 26 CEDH, Gde Ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, § 65.
- 27 CEDH, 5 janvier 2010, *Frasik c. Pologne*, §§ 95-96.
- 28 CEDH, Gde Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 98.
- 29 V. CEDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, § 35.
- 30 CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c. Pologne*, § 90.
- 31 CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c. Pologne*, § 89.
- 32 V.. GARCIA CANTERO GABRIEL, « Artículo 45 », *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Titulo IV. *Del Matrimonio*. <http://vlex.com/vid/articulo-45-229646>.
- 33 V. GOUTTENOIRE ALINE., « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, étude 10, n°4.
- 34 V. CEDH, 13 sept. 2005, *B. L. c. Royaume-Uni*, en ce qui concerne un empêchement entre alliés.
- 35 CEDH, 5 janv.2010, *Frasik c. Pologne*, § 90
- 36 CEDH, (déc.), 28 nov. 2006, *Parry c. Royaume-Uni*.
- 37 CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 101.
- 38 CEDH, 8 nov. 2005, *H.F. c. Slovaquie*, § 47.
- 39 V. VASSEUR-LAMBRY FANNY, « Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme », *Dr. fam.*, 2011, étude n°3.
- 40 V. Principe 7 de la Recommandation n° R (99) du Comité des ministres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables; CEDH, *H.F. c. Slovaquie*, 8 novembre 2005, § 44. V. MARGUENAUD JEAN-PIERRE, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », *LPA.*, 2010, n°220, p.10.
- 41 CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, § 71.
- 42 CEDH, 8 nov. 2005, *H.F. c. Slovaquie*, § 41 et 42.
- 43 CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, § 73.
- 44 CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, § 73.
- 45 CEDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, § 95.
- 46 CEDH, 21 juin 2011, *Kruskovic c. Croatie*, §§ 30 et 31.
- 47 CEDH, 19 fév. 2013, *B. c. Roumanie*, § 88.
- 48 CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42 et § 44.
- 49 CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, § 42 ; CEDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, § 130.
- 50 ROLLAND PATRICE, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, p. 47 et s., spéc. p. 68.
- 51 CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c. Pologne*, §§ 90, 91 et 95.

- 52 Comp. CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, § 41.
- 53 CEDH, 21 juin 2011, *Kruskovic c. Croatie*, §§ 34, 41 et 42.
- 54 CEDH, 13 fév. 2003, *Odièvre c. France*, § 29.
- 55 CEDH, 11 juil. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 90
- 56 V. *Code civil allemand*, trad. par LARDEUX GWENDOLINE, LEGEAIS RAYMOND, PEDAMON MICHEL, WITZ CLAUDE, Dalloz, Juriscope, 2009.
- 57 STERCKX DANIEL, *Le mariage en droit civil*, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 99, n° 91-1.
- 58 Sous le droit antérieur à la réforme en date du 19 décembre 2008 l'interdit capable de discernement ne pouvait contracter mariage sans le consentement de son représentant légal. Celui-ci pouvait refuser son autorisation pour des motifs liés à l'assistance tutélaire, tels que les intérêts économiques de l'interdit. Selon le droit actuel, « les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice de leurs droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; ... » (art. 19 al. 1 CC). Même en ce qui concerne le mariage de la personne sous curatelle de portée générale, mesure remplaçant l'ancienne interdiction, et entraînant privation de de plein droit de l'exercice des droits civils, l'art. 94 CC exige seulement la capacité de discernement.
- 59 V. ROCCATI MARJOLAINE, « La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen », *GP*, 2009, n° 64, p. 4.
- 60 Nouveau Code civil Roumain, trad. BORCAN DANIELA et CIURUC MANUELA, Juriscope, Dalloz, 2013.
- 61 CEDH, Gde Ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, § 244.
- 62 CEDH, Gde Ch., 17 janv. 2012, *Stanev c. Bulgarie*, § 153.
- 63 REC (2006) 5 du Comité des Ministres sur le Plan d'action du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société: améliorer la qualité de vie des personnes handicapées en Europe 2006-2015. Article 26 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.
- 64 Article 25 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.
- 65 Aux termes de l'article 12 § 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, « Les Etats Parties prennent des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique ». V. Le point de vue du Commissaire Th. Hammarberg, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int), et la notion d'assistance dans l'exercice de la capacité juridique énoncée par la ligne d'action n° 12 de la REC (2006)5 précitée : « Les personnes handicapées ont le droit à la reconnaissance en tous lieux de leur personnalité juridique. Lorsqu'une assistance est nécessaire à l'exercice de cette capacité juridique, les Etats membres doivent veiller à ce que les dispositions appropriées figurent dans leur législation ».
- 66 CEDH, 19 fév. 2013, *B. c. Roumanie*, § 86.
- 67 Comm. eur. (déc.), 7 juil. 1986, *Khan c. Royaume-Uni*.
- 68 Comm. eur. (déc.), 7 juil. 1986, *Khan c. Royaume-Uni*.
- 69 CEDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, § 37 et 40.
- 70 CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 109.