

## Personnes âgées vulnérables et sexualité : que dit le droit français ?<sup>1</sup>

Par Maryline BRUGGEMAN,

Maître de conférences HDR, Université Toulouse Capitole, Institut de droit privé

En France, il est commun de dire que droit et sexualité ne font pas « bon ménage »<sup>2</sup>.

C'est encore plus vrai pour la sexualité des personnes âgées que le droit paraît totalement ignorer.

*Et je tiens à remercier sincèrement la chaire Antoine-Turmel et Madame la professeure Langerin de m'avoir proposé d'intervenir sur ce thème loin des sentiers habituellement arpentés par les juristes français de droit civil.*

Il faut toutefois remarquer que, en France comme ailleurs, les choses changent et le sujet, qui autrefois gênait, s'invite de plus en plus souvent dans les médias, même si c'est le plus souvent de manière implicite. Ainsi récemment, le Journal Le Monde a annoncé la création prochaine à Lyon d'une maison de retraite proposant un hébergement aux seniors LGBTQ+<sup>3</sup>. Par ailleurs, de nombreux auteurs, notamment spécialistes du droit des personnes vulnérables, s'intéressent depuis plusieurs années à la question de la sexualité de personnes atteintes d'un handicap psychique ou corporel.

Les écrits juridiques existent donc sur ce thème. Tous font des constats similaires :

En premier lieu, s'il est vrai que les textes juridiques français ne parlent pas de sexualité ni, *a fortiori*, de la sexualité des aînés, il n'y a pas là un vide juridique ; même s'il le fait à mots couverts, le droit français consacre bel et bien la liberté sexuelle, définie comme la liberté pour tous d'avoir ou non une activité sexuelle et de choisir sa forme de sexualité.

En second lieu, tous les auteurs sont également unanimes pour regretter l'insuffisance des principes juridiques s'agissant des personnes vulnérables dont l'activité sexuelle est très souvent empêchée par des considérations pratiques et matérielles. Ils divergent parfois quant aux réponses à y apporter.

Aucun<sup>4</sup> n'aborde en revanche la question sous l'angle particulier de la sexualité des personnes âgées, thème qui nous occupe aujourd'hui.

Il est vrai que la sexualité des personnes âgées paraît être doublement taboue : à celui de la sexualité, quelque peu émoussé de nos jours, s'ajoute le tabou entourant la vie sexuelle des plus âgés d'entre nous. Les quelques études dédiées à ce sujet qui existent ne sont pas juridiques mais médicales ; elles sont l'œuvre de gérontologues soucieux de faire respecter l'importance de la sexualité pour la santé des personnes âgées. Ces études spécialisées montrent en particulier que l'avancée en âge n'est pas nécessairement synonyme d'arrêt de l'activité sexuelle<sup>5</sup>, *nous voilà rassurés...*

---

<sup>1</sup> Communication au colloque *Amour, sexualité et démence en milieu d'hébergement : regards interdisciplinaires sur les enjeux et les défis*, organisé à Québec par La chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés de l'université Laval Québec, le 11 novembre 2022.

<sup>2</sup> J.-M. LHUILLIER, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Presses de l'EHESP, 2009, n° 7.

<sup>3</sup> Cette maison de retraite (plutôt résidences seniors) n'exclurait cependant pas les hétérosexuels... - *Le Monde* 1<sup>er</sup> oct. 2022.

<sup>4</sup> Tout au plus certains l'évoquent-ils pour faire le même constat : l'absence d'étude dédiée aux personnes âgées.

<sup>5</sup> Lors d'une récente enquête menée auprès de plus de 3 000 adultes âgés de 57 à 85 ans vivant dans la communauté, la majorité des adultes ont déclaré avoir un conjoint ou une relation intime, mais la probabilité d'une activité sexuelle diminue avec l'âge. Toutefois, chez les adultes sexuellement actifs, la fréquence de l'activité sexuelle était similaire à celle des adultes âgés de 18 à 59 ans (J.M. WILKINS, « More than capacity : alternatives for sexual decision making for individuals with dementia », *the gerontologist* 2015, 55, pp. 716-723).

Soyons honnêtes toutefois, le relatif silence des juristes sur ce sujet n'est évidemment pas dû à une quelconque pudeur ou sensibilité de leur part ; elle ne s'explique pas davantage par l'absence de difficulté pratique, même s'il est vrai que le contentieux est quasi nul sur ce sujet. Non ! Cela s'explique par le fait que le droit français ne fait pas des personnes âgées une catégorie juridique.

Le droit civil fonctionne - *on le sait* - à partir de catégories : les personnes/les choses ; les personnes physiques/les personnes morales ; les mineurs/les majeurs... Ces catégories reposent sur des critères précis permettant d'en définir les contours. A chaque catégorie, répond un régime juridique. Or la loi française ne définit pas de manière générale et uniforme ce qu'est une personne âgée ; elle édicte parfois des seuils pour délimiter le champ de certains avantages sociaux (62 ans pour la pension de retraite du régime général de la sécurité sociale ; 60 ans pour l'octroi de l'Allocation personnalisée d'autonomie ; 55 ans pour la pension de réversion...<sup>6</sup>) mais ces seuils, divers et variés, ne peuvent servir de base à la délimitation d'une seule et même catégorie juridique.

Ainsi que le rappelait Claire Neirinck, « la vieillesse comme la vulnérabilité sont des notions de fait aux contours indéfinissables (...). La seule considération du temps écoulé depuis la naissance ne permet pas de savoir à quel moment on devient vieux ; pas plus qu'elle ne permet d'en déduire un état physique ou mental. (...) – heureusement – la vieillesse ne fait pas entrer dans un statut juridique spécial (...) »<sup>7</sup>.

Ceci explique qu'en droit français, la question de la sexualité des personnes âgées ne bénéficie pas d'un traitement juridique spécifique : âgée ou pas, la personne dispose de la liberté sexuelle que les textes consacrent de manière générale (I).

Néanmoins, la vulnérabilité que peut causer l'avancée en l'âge peut ériger des freins voire des obstacles, à l'exercice de la liberté sexuelle. Se pose dès lors la question de l'effectivité de cette liberté<sup>8</sup> pour les personnes handicapées. Pour tenter d'y répondre, le droit français s'est doté de textes spécifiques mais les difficultés demeurent et prennent une coloration particulière lorsque sont concernées des personnes âgées<sup>9</sup> (II).

## I – La consécration de la liberté sexuelle des personnes âgées en droit français

### Une liberté fondamentale déduite du droit au respect de la vie privée et profitant à tous

Les sources écrites du droit français n'évoquent jamais expressément la liberté sexuelle. Face à la pudeur des textes, les juges ont été contraints de faire preuve de plus d'audace. Confrontés à

---

<sup>6</sup> M. BORGETTO, « Le bien-être et les personnes âgées », in *Le bien-être et le droit*, sous la dir. de M. TORRE-SCHAUB, Publications de la Sorbonne, 2016, pp. 83-100 (à noter que dans cet article consacré au bien-être de la personne âgée, aucune référence n'est faite à la sexualité). Exemple : Cass. crim. 8 juin 2010, n°10-82.039, Bull. crim. 2010, n°102 : la seule circonstance que la victime d'un viol soit âgée de 70 ans au moment des faits ne suffit pas pour caractériser sa particulière vulnérabilité (art. 222-24 c.pén.).

<sup>7</sup> C. NEIRINCK, « Préface », in C. LACOUR, *Vieillesse et vulnérabilité*, coll. Collection du centre Pierre Kayser, PUAM, 2007.

<sup>8</sup> L'expression « vie affective et sexuelle » est celle qui est le plus souvent utilisée dans le secteur médico-social et social, sans être officiellement définie ; l'expression « santé sexuelle » est en revanche largement utilisée dans le cadre des politiques publiques et définie par l'OMS : « **Santé sexuelle** : état de bien-être physique, émotionnel, mental et social en matière de sexualité et non pas seulement l'absence de maladie, de dysfonctionnement ou d'infirmité ; elle requiert une approche positive et respectueuse de la sexualité et des relations sexuelles ainsi que la possibilité d'avoir des expériences sexuelles qui soient sources de plaisir et sans risque, libres de toute coercition, discrimination et violence » (OMS 2002, *Stratégie nationale de santé sexuelle* 2017/2030).

V. également : M. BAUTZ, M. BERTHOU, L. VRIELYNCK et C. LEPRINCE, « La santé sexuelle des personnes vulnérables », in *La santé des personnes vulnérables*, coll. Colloques & Essais, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020, pp. 93-105.

<sup>9</sup> HAS, Note de cadrage 31 mai 2022, *Vie affective et sexuelle dans le cadre de l'accompagnement en ESSMS*.

des questions en lien avec la sexualité, ils ont choisi de faire de la vie sexuelle une composante de la vie privée de l'individu. La vie privée étant définie comme la « sphère d'intimité de chacun, ce qui dans la vie de chacun ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes »<sup>10</sup>, y intégrer la sexualité paraît aller de soi.

La sexualité bénéficie dès lors de la même protection que celle accordée à la vie privée, notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>11</sup> et l'article 9 du Code civil français<sup>12</sup>.

La liberté sexuelle est donc incontestablement consacrée en droit français. S'agissant d'une liberté et non d'un droit, elle ne fait l'objet d'aucune réglementation qui viserait à en fixer la substance. Comme toute liberté, elle repose sur une définition négative : en dehors de ce qui est interdit par les pouvoirs publics, tout est permis<sup>13</sup>. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment érigé la liberté sexuelle au rang des **libertés constitutionnellement protégées** : cela lui permet de déclarer éventuellement inconstitutionnelle une loi qui porterait une atteinte excessive à cette liberté au regard de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, de prévention des infractions et de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>14</sup>. S'agissant d'une liberté fondamentale, elle bénéficie en principe à tous. Seuls les mineurs en sont *a priori* exclus du fait de leur soumission à l'autorité parentale<sup>15</sup>.

Cependant, certainement conscient des obstacles auxquels se heurtent certains pour bénéficier de cette liberté, des textes dédiés, visant spécifiquement certaines catégories de personnes vulnérables<sup>16</sup> dont peuvent faire partie les personnes âgées, se sont multipliés ces dernières années pour réaffirmer à leur égard la liberté sexuelle.

---

<sup>10</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, coll. Quadrige Dicos Poche, Puf, 2011.

<sup>11</sup> La liberté sexuelle est ainsi rattachée expressément à la protection de la vie privée depuis l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* (CEDH, 22 oct. 1981, n°7525/76).

<sup>12</sup> La protection accordée par l'article 9 du Code civil est particulière : toute atteinte portée à ce droit est condamnable par elle-même sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute de son auteur ni un préjudice subi par la victime.

<sup>13</sup> Elle ne saurait faire l'objet d'une réglementation tant qu'elle ne porte pas atteinte à autrui en application du principe de non-nuisance contenu dans l'article 4 de la DDHC 1789 (V. GAZAGNE-JAMMES, « Les spécificités de la liberté sexuelle des personnes en situation de handicap psychique », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2020, p. chron. n°34).

<sup>14</sup> Le Conseil constitutionnel français a admis en 2019 que la liberté sexuelle constitue une composante de la liberté individuelle et est à ce titre constitutionnellement protégée comme le droit au respect de la vie privée (Cons. Constit. Décision n° 2018-761 QPC, 1er févr. 2019 « Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution] »). Le Conseil constitutionnel a cependant validé la disposition critiquée : « Si le législateur a réprimé tout recours à la prostitution, y compris lorsque les actes sexuels se présentent comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, il a considéré que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite et que ces infractions sont rendues possibles par l'existence d'une demande de relations sexuelles tarifées. En prohibant cette demande par l'incrimination contestée, le législateur a retenu un moyen qui n'est pas manifestement inapproprié à l'objectif de politique publique poursuivi.

13. Il résulte de tout ce qui précède que le législateur a assuré une conciliation qui **n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et la sauvegarde de la dignité de la personne humaine et, d'autre part, la liberté personnelle**. Le grief tiré de la méconnaissance de cette liberté doit donc être écarté ».

Cette jurisprudence constitutionnelle s'est construite en plusieurs étapes : le Conseil constitutionnel a d'abord considéré que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle (Déc. n°94-352 DC 18 janv. 1995) ; le droit au respect de la vie privée se voyait donc protégé constitutionnellement par le biais du droit à la liberté individuelle ; puis par une décision du 10 juin 2009 (Déc. n°2009-580 DC 10 juin 2009), il a clairement affirmé que la liberté proclamée à l'article 2 implique le respect de la vie privée (J.-B. THIERRY, « Intimité et vie privée de la personne en institution », in *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Dunod, 2012, pp. 249-260).

<sup>15</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La liberté sexuelle de l'enfant », in *L'enfant et le sexe*, sous la dir. de B. MALLEVAEY et A. FRETIN, coll. Thèmes & Commentaires Actes, Dalloz, 2021, p. 297.

<sup>16</sup> HAS, Note de cadrage 31 mai 2022, *Vie affective et sexuelle dans le cadre de l'accompagnement en ESSMS*

## Une liberté fondamentale soulignée pour certains adultes vulnérables

On pense évidemment d'abord à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, en vigueur en France depuis 2010<sup>17</sup> : elle s'adresse aux personnes « qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables, qu'elles soient d'origine congénitale ou qu'elles proviennent d'une maladie, d'un accident ou d'une dégénérescence liée à l'âge, et dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société »<sup>18</sup>. Ce texte n'évoque pas directement la liberté sexuelle mais il y fait indirectement référence par l'entremise, là encore, du droit au respect de la vie privée. L'article 22 alinéa 1, directement invocable devant le juge français, stipule : « [a]ucune personne handicapée, quel que soit son lieu de résidence ou son milieu de vie, ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ou autres types de communication ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Les personnes handicapées ont droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Des textes de portée plus modeste rappellent ce principe d'abord pour les personnes accueillies dans un établissement social ou médico-social, catégorie dont font partie les établissements d'hébergements pour personnes âgées dépendantes EHPAD en particulier. Ainsi l'article L311-3 du Code de l'action sociale et des familles<sup>19</sup> précise-t-il : « L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés : 1° *Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité et de son droit à aller et venir librement ; (...)* ». De même, pour les personnes prises en charge par un établissement de santé, l'article L1110-4, I du Code de la santé publique rappelle que « [t]oute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. »<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Parmi de nombreuses références évoquant cette Convention, voir notamment : DEFENSEUR DES DROITS, « La Convention relative aux droits des personnes handicapées. Comprendre et mobiliser la Convention pour défendre les droits des personnes handicapées » 2016.

<sup>18</sup> Selon la CIDPH, le handicap apparaît ainsi comme le résultat de l'interaction entre les facteurs personnels (incapacités de la personne) et les facteurs environnementaux (barrières liées à l'inaccessibilité du cadre bâti, des transports, des services, des technologies, ... ; barrières comportementales, etc.), dont l'effet est d'entraver la pleine participation de la personne concernée. Cette approche consacre la dimension sociale du handicap. L'environnement est en effet ici clairement identifié comme étant, au même titre que les incapacités de la personne, responsable et coproducteur de la situation de handicap dans laquelle peut se trouver la personne handicapée (*Ibid.*, 2016).

Cette définition rejoint celle adoptée à l'art. L.114 CASF : « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ». Le handicap a donc une double cause : une déficience et une rupture d'égalité.

<sup>19</sup> La loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 *renovant l'action sociale et médico-sociale* a notamment pour objectif de développer les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux ; elle a consacré le droit au respect de la dignité, intégrité, vie privée, intimité, sécurité des personnes accompagnées par les établissements sociaux et médico-sociaux ; elle a souhaité inciter ces établissements à s'engager dans un accompagnement favorisant le développement, l'autonomie en fonction des capacités, des besoins et de l'âge de la personne. Aujourd'hui cette loi régit près de 32 000 structures d'accueil (soit plus d'un million de places et plus de 400 000 salariés). Elle a été relayée dans le secteur du handicap par la loi du 11 janvier 2005 *dite loi handicap* qui a introduit l'article L311-3, 1° dans le CASF.

<sup>20</sup> On pourrait ajouter à cette énumération l'article L3211-3 CSP.

A ces textes contraignants, se superposent d'autres instruments juridiques de portée plus incertaine comme la *Charte des droits et libertés de la personne accueillie*<sup>21</sup>. Cette Charte se borne à reprendre les droits fondamentaux par ailleurs consacrés au profit des personnes prises en charge par l'établissement : ainsi son article 6 affirme-t-il la nécessité de respecter les liens familiaux et l'article 9 incite-t-il à prendre en considération les conséquences affectives et sociales qui peuvent résulter de la prise en charge ou de l'accompagnement ; enfin et surtout l'article 12 garantit le respect de la dignité de la personne et de son intimité.

Incontestablement donc, la liberté sexuelle, en tant que composante de la liberté individuelle, est reconnue et protégée en droit français. S'agissant d'une liberté fondamentale, elle profite à tous de manière égale. Néanmoins, si certains textes sont venus rappeler la nécessité de respecter la vie privée des personnes vulnérables, c'est à l'évidence parce que des freins entravant la liberté sexuelle des personnes vulnérables en général et des personnes âgées en particulier demeurent, mettant le droit à l'épreuve de la réalité...

## II – Les obstacles à la liberté sexuelle des personnes âgées : le droit français à l'épreuve de la réalité

Le premier de ces freins réside à l'évidence dans l'altération du discernement que peut causer le vieillissement : se pose alors la délicate question de l'appréciation du consentement donné par la personne vulnérable. A cette première difficulté, s'ajoutent celles nées des contraintes qu'implique la vie en établissement.

### L'exigence du consentement de la personne âgée vulnérable

L'âge s'accompagne parfois d'une atteinte des facultés cognitives obscurcissant le discernement et rendant le consentement à l'activité sexuelle soit impossible, soit ambigu. Le droit peine alors à fournir des outils efficaces pour concilier l'exigence nécessaire de consentement et le caractère fondamental de la liberté sexuelle.

**Une exigence primordiale.** La clé de la liberté sexuelle est et demeurera toujours le consentement. Ce n'est qu'à condition de pouvoir l'exprimer de manière libre - c'est-à-dire sans pression extérieure - et éclairée - autrement dit en pleine possession de ses facultés intellectuelles<sup>22</sup> - que l'activité sexuelle est licite. De cette exigence, découle une ligne de démarcation *a priori* claire entre d'une part, les personnes qui, indépendamment de leur fragilité, conservent l'aptitude à consentir et, d'autre part, celles qui ont perdu cette faculté.

Celles-ci ne peuvent plus consentir valablement à un acte sexuel et leur partenaire encourrait une condamnation pénale pour viol ou agression sexuelle aggravée du fait de la particulière vulnérabilité de la victime<sup>23</sup>... Rappelons que les personnes mentalement troublées sont davantage victimes que la population générale d'agressions sexuelles, en particulier lorsqu'elles sont admises

---

<sup>21</sup> Arrêté 8 sept. 2003 ; un exemplaire de cette charte doit être remis à la personne lors de son entrée dans un établissement ou service social ou médico-social.

<sup>22</sup> V. GAZAGNE-JAMMES, « Les spécificités de la liberté sexuelle des personnes en situation de handicap psychique », préc.

<sup>23</sup> La vulnérabilité de la victime, définie comme l'état de faiblesse de la victime dû à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à la grossesse **aggrave les peines** prévues en répression de nombreuses infractions commises contre la personne comme le viol (art. 222-24 C. pén.) et l'agression sexuelle (art. 222-29 C. pén.) ou encore la prostitution (art. 225-12-1 c. pén.) : la Cour de cassation exerce ici un contrôle restreint ; l'appréciation de cette circonstance relève du pouvoir souverain du juge (Cour de cassation, Rapport annuel 2009 *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la cour de cassation*, La Documentation française, p.291 et s.).

en établissement<sup>24</sup>. Ceci explique qu'en France comme ailleurs, l'exigence de consentement focalise l'attention<sup>25</sup>, tout particulièrement lorsqu'est concernée une personne vulnérable.

**Des critères inopérants.** Or malheureusement, il n'est pas de recette miracle permettant d'identifier une personne apte à consentir. *L'âge* est un critère inopérant : le fait que la personne ait atteint une certaine maturité ne saurait la priver de l'aptitude à consentir à l'activité sexuelle. Est tout aussi inopérant le fait que la personne soit placée sous un *régime juridique de protection des majeurs* (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, mandat de protection future ou encore habilitation familiale) : en droit français, le fait qu'un majeur bénéficie d'un régime de protection ne signifie pas qu'il ait nécessairement perdu toute aptitude à prendre des décisions personnelles et, quel que soit le régime mis en place, même un régime impliquant la représentation de la personne dans tous les actes juridiques tel que la tutelle, la personne protégée prend en principe elle-même les décisions qui la concernent (art. 459 al. 1 C. civ.) et choisit elle-même en principe ses fréquentations et son lieu de vie (art. 459-2 C. civ.). On en déduit logiquement qu'elle conserve l'aptitude de principe à consentir à une activité sexuelle.

Ces critères – âge ou placement sous un régime de protection – étant inopérants, sauf à éveiller la vigilance de l'entourage de la personne âgée, il est nécessaire d'évaluer au cas par cas, *in concreto*, l'aptitude au consentement de la personne.

**Une appréciation nécessairement *in concreto*.** Une fois dit, cela ne résout nullement les difficultés de l'opération.

Notons d'abord que si la personne âgée conserve une vie autonome à domicile, personne, sauf son partenaire évidemment, ne peut contrôler que l'activité sexuelle qu'elle mène est véritablement voulue ou bien à l'inverse subie. Elle n'a besoin d'aucune autorisation préalable... Tout au plus peut-on penser que si elle bénéficie d'un régime de protection juridique des majeurs, son protecteur – tuteur, curateur, personne habilitée, ou encore mandataire de protection future – alertera le juge s'il soupçonne des abus ou s'inquiète de son discernement ; l'article 459-2 le permet « en cas de difficulté » ; ce même protecteur pourrait alerter les autorités s'il constatait que la personne était victime d'agressions sexuelles à son domicile. C'est alors *a posteriori* que l'exigence de consentement sera appréciée.

En revanche, lorsque la personne est accueillie dans un établissement, c'est aux membres du personnel de cet établissement qu'il revient de vérifier la réalité du consentement exprimé par la personne accueillie lorsqu'ils sont informés des relations sexuelles ou lorsqu'ils sont sollicités pour les rendre possibles. Il s'agit alors pour eux d'apprécier de manière objective, sans laisser leurs convictions personnelles interférer, le discernement de la personne.

S'ajoute ici une difficulté née de la particularité du consentement à l'activité sexuelle : il doit être réévalué systématiquement, pour chaque hypothèse ; il ne peut être considéré comme acquis une fois pour toutes. La santé psychique de la personne accueillie évolue et souvent se dégrade ; son consentement jugé lucide et éclairé le mois dernier, peut ne plus l'être aujourd'hui ; le fait que le partenaire soit toujours le même ne doit pas signifier que le consentement demeure. Raisonner ainsi risquerait de priver la personne de la liberté de refuser l'acte sexuel et de changer d'avis. On prend alors conscience des difficultés auxquelles sont confrontés les professionnels en particulier

---

<sup>24</sup> Les déficients mentaux seraient exposés 4 fois plus que la population normale aux abus sexuels ; agressions qui peuvent avoir lieu dans l'institution ; elles peuvent également être le fait d'un membre de la famille (V. DOUMENG, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, thèse PUAM, 2002, n° 929).

<sup>25</sup> CNCDH, Avis sur le consentement des personnes vulnérables, NOR : CDHX1513727V, JO 10 juill.2015 ; voir également l'étude non exclusivement juridique de G. FRAISSE, *Du consentement*, Le Seuil éd., 2017.

lorsqu'est en cause un couple. Chaque établissement développe sa propre approche et ses propres outils d'évaluation : par exemple, certains choisissent de présenter plusieurs photos à la personne accueillie pour s'assurer que quand elle dit accepter la visite de son mari ou d'un partenaire quelconque elle est capable de l'identifier parmi d'autres ; certains choisissent d'aborder la question aussi avec les membres de la famille de la personne âgée et avec les protecteurs lorsqu'elle est placée sous un régime de protection. Ce qui peut évidemment susciter certaines difficultés : de quel droit révéler des informations d'ordre privé à des tiers<sup>26</sup> ? Que faire si face à ces sollicitations, l'entourage s'oppose fermement à l'organisation d'une rencontre amoureuse pour leur proche<sup>27</sup> ? Ces solutions certes pragmatiques laissent néanmoins le juriste insatisfait mais éminemment conscient des limites du droit et des règles abstraites qui le composent.

A cette contrainte primordiale du consentement de la personne, s'ajoutent les obstacles qu'érige la vie en établissement, à l'activité sexuelle des personnes accueillies.

#### La conciliation de la liberté sexuelle avec les contraintes de la vie en établissement

Lorsque la personne est accueillie en établissement, la plupart du temps parce qu'elle ne peut plus vivre de manière autonome, les règles régissant la vie de cet établissement affectent nécessairement sa liberté et peuvent faire obstacle à sa vie affective et sexuelle. Néanmoins, la liberté sexuelle ne saurait s'arrêter aux portes des EHPAD et des hôpitaux.

***L'impossibilité d'interdire toute activité sexuelle en établissement.*** On sait que « le vieillissement entraîne des changements corporels structuraux et fonctionnels qui affectent la vie sexuelle. Les maladies neurodégénératives comme la maladie d'Alzheimer, entraînent, en particulier, des détériorations cognitives et émotives pouvant engendrer des comportements sexuels inappropriés ou une hypersexualité. 2 à 17% des personnes atteintes de démence seraient dans ce cas »<sup>28</sup>. Les établissements qui accueillent des personnes atteintes de ces troubles ne peuvent se contenter de laisser faire ; elles doivent édicter des règles de vie respectant l'équilibre délicat entre protection des usagers et respect de leurs droits et libertés.

La célèbre affaire Cadillac illustre parfaitement cette problématique : en l'espèce, un patient hospitalisé pour des soins psychiatriques sous contrainte au centre hospitalier spécialisé de Cadillac (région bordelaise) contestait le règlement de fonctionnement de cet établissement car il interdisait de manière générale – quelle que soit la pathologie psychiatrique, son degré de gravité, et ce pendant toute la durée de l'hospitalisation – toute relation sexuelle aux patients<sup>29</sup>. S'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'article 9 du Code civil et l'article L.3211-3 du code de la santé publique, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé ce règlement : l'interdiction présentait selon elle un caractère général et absolu et conduisait à imposer aux patients une sujétion excessive au regard du droit au respect de la vie privée ; pour la juridiction bordelaise, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée d'une personne atteinte de troubles mentaux même lorsqu'elle est hospitalisée sans son consentement, doit répondre à des finalités

---

<sup>26</sup> Même lorsque cela part d'une bonne intention : une infirmière n'a ainsi pas à révéler à l'épouse de l'homme hébergé dans l'établissement qu'il entretient des relations intimes avec une autre résidente...

<sup>27</sup> HAS, Note de cadrage 31 mai 2022, *Vie affective et sexuelle dans le cadre de l'accompagnement en ESSMS*.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Extrait Règlement de fonctionnement de l'unité Verneuil du centre hospitalier spécialisé de Cadillac : « L'unité Verneuil est un lieu de soins où l'intimité, la sécurité et la tranquillité du patient hospitalisé doivent être assurées. (...) / Le respect de sa propre intimité et de celle d'autrui est nécessaire. / A ce titre, les relations de nature sexuelle ne sont pas autorisées. Cette interdiction s'impose dans la mesure où les patients d'un établissement psychiatrique sont vulnérables et nécessitent d'être protégés (...) ».

légitimes et être adéquate et proportionnée au regard de ses finalités<sup>30</sup> : « Considérant, toutefois, que l'interdiction en cause, qui s'impose à tous les patients de l'unité, quelle que soit la pathologie dont ils souffrent, son degré de gravité et pendant toute la durée de leur hospitalisation, présente un caractère général et absolu ; que le centre hospitalier n'invoque aucun élément précis relatif à l'état de santé des patients de cette unité et à la mise en œuvre de traitements médicaux qui justifierait une interdiction d'une telle portée ; que, telle que formulée dans le règlement de fonctionnement de l'unité Verneuil, l'interdiction en cause impose à l'ensemble des patients de cette unité une sujétion excessive au regard des stipulations de l'article 8 de la convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des dispositions précitées de l'article L. 3211-3 du code de la santé publique ». Cette décision, qui reste une des seules dont on dispose sur ce sujet, nous éclaire donc sur la marge de manœuvre des établissements accueillant des personnes vulnérables : les règlements de fonctionnement ne peuvent pas interdire l'activité sexuelle de manière générale et absolue ; quand un résident souhaite avoir des relations sexuelles avec un partenaire consentant, il n'est *a priori* pas possible de lui refuser ce droit sauf à établir que l'acte trouble l'ordre public ou le bon fonctionnement de l'établissement<sup>31</sup>. Des règles peuvent donc être édictées comme par exemple l'interdiction de tout comportement à connotation sexuelle à l'extérieur des chambres des résidents.

***L'absence d'obligation de permettre que la personne accueillie puisse vivre une sexualité.*** La décision Cadillac ajoute une précision : l'établissement ne saurait être tenu pour responsable du fait qu'une personne n'ait plus de vie sexuelle une fois admise en établissement<sup>32</sup>. Cette précision permet de libérer les établissements de toute obligation de venir en aide aux résidents pour mener une vie sexuelle.

Le fondement de cette position est classique : liberté sexuelle ne signifie pas droit à la sexualité ! Il a une certaine pertinence sur le plan théorique : consacrer un droit à la sexualité impliquerait une obligation positive de l'Etat à apporter une aide active à ceux qui sont privés de relations sexuelles (et non seulement une obligation de ne pas entraver l'exercice de leur sexualité). Pour autant dans le cas particulier qui nous préoccupe, la nuance est subtile. L'argument paraît surtout permettre de justifier que les établissements d'accueil ne cherchent pas à remédier aux obstacles matériels à la vie sexuelle que la vie en établissements érige.

Quelle intimité est possible lorsque l'on est sous le regard permanent de l'autre<sup>33</sup>, lorsque les chambres dont on dispose sont également des lieux de soin auxquels le personnel doit pouvoir

---

<sup>30</sup> CAA Bordeaux 6 nov. 2012 n°11BX01790 ; M. Girer et G. Rousset, « Sexualité et règlement intérieur en psychiatrie », *Juris associations* 2015, n°530, p.20 (à noter qu'il y a désaccord quant aux principes à mobiliser entre le rapporteur public et la formation de jugement : le 1<sup>er</sup> invoquait le principe de dignité humaine - V. GAZAGNE-JAMMES, « Les spécificités de la liberté sexuelle des personnes en situation de handicap psychique », préc.).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> HAS, Note de cadrage 31 mai 2022, *Vie affective et sexuelle dans le cadre de l'accompagnement en ESSMS*

avoir accès<sup>34</sup> et ne peuvent être considérées comme le domicile de la personne<sup>3536</sup>. Cette difficulté ne concerne évidemment que les EHPAD et pas les résidences dites seniors : il n'est nullement possible de prévoir des limitations à la vie privée des résidents car chacun est alors chez soi ; c'est sa chambre.

Le Défenseur des droits s'est lui-même fait l'écho de ces difficultés : il a ainsi reçu plusieurs réclamations dénonçant notamment le fait qu'il est souvent impossible de poursuivre une vie commune avec son conjoint dans les établissements sociaux et médico-sociaux<sup>37</sup>, ne serait-ce que parce que les chambres ne permettent pas d'installer des lits doubles. L'Etat n'est pas resté sourd aux remontrances que cette autorité administrative a émises ; récemment, en 2021, une circulaire<sup>38</sup> *relative au respect de l'intimité, des droits sexuels et reproductifs des personnes accompagnées dans les établissements et services médico-sociaux relevant du champ du handicap* est venue inviter les établissements à adopter diverses mesures dont notamment la rédaction d'une charte, la formation du personnel, la désignation d'un référent chargé de veiller à l'effectivité de l'exercice des droits, l'information des personnes sur leurs droits, la modification des locaux pour que les chambres puissent être le lieu d'une vie de couple soustraite aux regards<sup>39</sup>. Les institutions sont ainsi invitées à réfléchir à améliorer leurs pratiques afin de respecter les droits et libertés de la personne accueillie : certaines pratiques, attentatoires de manière flagrante à l'intimité des personnes accueillies, comme par exemple les toilettes et douches collectives ou encore entrer dans les chambres ou appartements sans frapper, voire interdire les visites (ce que certains pratiquent au nom de la nécessité de protection des personnes accueillies) sont évidemment à proscrire<sup>40</sup>. Mais les contraintes matérielles et économiques avec lesquelles composent ces établissements, en particulier les établissements dédiés aux personnes âgées dépendantes, font douter du respect effectif de ces recommandations qui demeurent incitatives et non contraignantes.

---

<sup>34</sup> La jurisprudence a défini le statut de la chambre de la personne hébergée : depuis 2006 le juge considère que ces personnes ne peuvent occuper leur chambre de manière totalement libre car le règlement de fonctionnement (art. L311-7 et R. 311-33 et s. CASF) fait obstacle à une jouissance exclusive de toute immixtion de l'organisme gestionnaire (CAA Lyon 16 nov. 2006 Maison de retraite Les alizées n°02LY01109 ; CAA Nantes 27 oct. 2021 Sarl La vallée bleue n°10 NT02061)

<sup>35</sup> En 2011, la Cour de cassation a jugé qu'une chambre d'EHPAD ne peut pas être le domicile privatif de la personne âgée. Néanmoins, comme dans les faits, la chambre est bien le lieu où s'exerce l'intimité de la vie privée, il a été interdit de recourir à une vidéosurveillance des chambres (O. POINSOT, « Que sont les droits des usagers devenus ? », *Revue de droit sanitaire et social* 2022, p. 5).

<sup>36</sup> CGLPL, Recommandations en urgence relatives à l'établissement public de santé mentale de Vendée à La-Rochesur-Yon 27 octobre 2022 : dans les trois unités gérontopsychiatriques, les patients ne peuvent fermer à clé ni leur chambre ni leur espace sanitaire ; les portes sont percées d'une ouverture non occultable permettant d'observer depuis le couloir l'intérieur de la chambre ; l'intimité des patients n'est pas respectée et leur tranquillité ne l'est pas davantage ; plusieurs patients se sont plaint de l'intrusion d'autres patients dans leur chambre et ont exprimé un sentiment d'insécurité.

<sup>37</sup> DÉFENSEUR DES DROITS, *Protection juridique des majeurs*, septembre 2016

<sup>38</sup> circ. N° DGCS/SD3B/2021/147 du 5 juil. 2021

<sup>39</sup> O. POINSOT, « Que sont les droits des usagers devenus ? », préc.

<sup>40</sup> P. DUBUS, « Vie privée et sexualité des adultes handicapés résidents en établissement médico-social », *Revue vie sociale et traitements (érés)* janvier 2008, pp. 68-74.