

Rapport Portugais – Association Henri Capitant

Mónica Martinez de Campos¹

VULNÉRABILITÉ ET APTITUDE

MAJEUR INAPTE

Les personnes qui atteignent l'âge de la majorité (18 ans), atteignent également la plénitude de leur capacité juridique (article 130 du Code civil Portugais). Toutefois, certains majeurs peuvent être considérés inaptes, dû au fait de souffrir de déficiences physiques ou psychiques. Certaines de ces déficiences, lorsqu'elles limitent la capacité juridique des majeurs, sont suffisantes pour justifier que ces personnes soient placées sous des régimes de protection, en particulier le régime de l'interdiction (*Interdição*, articles 123 et suiv. du Code civil) et de l'inhabilitation (*Inabilitação*, articles 152 et suiv. du Code civil). En cas d'interdiction les majeurs seront mis sous tutelle, et en cas d'inhabilitation ils seront mis sous curatelle.

INTERDICTION et INHABILITATION

Dans le code civil portugais, depuis 1966, il existe deux mesures de protection des majeurs en situation de perte d'autonomie : la tutelle et la curatelle.

La curatelle vise des situations relativement moins graves que celles qui justifient la tutelle. Plus précisément, la curatelle est une mesure qui s'applique aux personnes qui, aveugles, sourdes-muettes ou qui en raison d'une anomalie psychique, d'une prodigalité habituelle, de l'usage de boissons alcoolisées ou de stupéfiants, se montrent incapables d'administrer correctement leurs biens (article 152 du Code civil). En tout état de cause, il suffit d'établir qu'il existe un risque réel que le majeur inapte accomplisse des actes qui puissent porter préjudice à son patrimoine, même si son patrimoine n'as pas encore été atteint.

¹ Professeur Associé à l'Université Portucalense Infante D. Henrique (Porto – Portugal).

La tutelle s'applique à tous ceux qui, sourds-muets, aveugles ou qui en raison d'une anomalie psychique, sont incapables de pourvoir à la protection de leurs personnes et de leurs biens (article 138 du Code civil).

Ces deux mesures ne concernent que les incapacités permanentes des majeurs inaptes. Bien qu'en règle générale de tels régimes ne soient pas applicables aux mineurs (cela découle des articles 138 et 156 du Code civil), l'inhabilitation et l'interdiction peuvent être ordonnées dans l'année précédant l'âge de la majorité du mineur, afin de protéger celui-ci à compter du moment où il deviendra majeur (deuxième partie du n° 2 de l'article 138 du Code civil).

Avec l'interdiction, s'établit un régime de protection du majeur inapte, sous tutelle, similaire au régime de la protection des mineurs (article 139 du Code civil). Ainsi, l'interdit est représenté, dans l'exercice de ses droits et dans l'accomplissement de ses obligations, par un tuteur. Mais, l'interdiction d'un majeur se limite aux cas de profondes déficiences intellectuelles ou mentales, dans lesquelles l'individu n'a aucune compétence ou capacité à être autonome dans tous les domaines de sa vie. La tutelle concerne les personnes ayant besoin d'être représentées d'une manière continue dans les actes de la vie civile. Il appartient au tuteur, qui sera désigné par le juge, de représenter ces personnes. Le juge désignera le tuteur parmi les personnes et l'ordre prévu à l'article 143 du Code civil, à savoir :

- Le conjoint de l'interdit, à moins qu'ils soient séparés (en droit ou en fait) ou que le conjoint de l'interdit soit, lui aussi, juridiquement incapable ;
- La personne désignée par les parents ou par le parent qui exerce l'autorité parentale ;
- L'un des parents de l'interdit qui, dans l'intérêt de ce dernier, le tribunal désigne ;
- Les enfants les plus âgés de l'interdit, préférant l'aîné, à moins que le tribunal, après avoir entendu le conseil de famille, comprenne que l'un des autres enfants donne plus de garanties.

Lorsque cet ordre ne peut être respecté, il appartient au tribunal de désigner un tuteur de son choix, après avoir entendu le conseil de famille. Le tuteur ainsi nommé a une obligation spéciale de veiller à la santé de l'interdit, pouvant même disposer de ses biens, suite à une autorisation judiciaire.

En ce qui concerne les sanctions des actes réalisés par le majeur mis sous tutelle, il faut distinguer trois moments. Nous avons les actes qui sont accomplis par l'incapable avant le jugement d'ouverture ; ceux accomplis pendant le jugement d'ouverture et enfin ceux qui sont accomplis après l'inscription au registre de l'état civil de la mesure de protection.

En ce qui concerne les actes antérieurs au jugement, ils ne seront annulés que sur le fondement d'une incapacité accidentelle (article 257 du Code civil)². Donc, pour que l'acte soit annulé il est nécessaire de plaider et prouver que la personne qui a besoin d'être protégée, au moment de l'acte, semblait incapable de comprendre le sens de celui-ci ou de vouloir, et que cette incapacité était notoire ou connue de l'autre partie à l'acte. La preuve du préjudice subi par l'incapable n'est pas exigée.

En ce qui concerne les actes accomplis au cours de l'action d'interdiction, ceux-ci seront annulés à condition que le majeur soit définitivement mis sous tutelle, interdit, et que l'acte en question lui porte préjudice. Les actes gratuits sont toujours considérés préjudiciables pour l'interdit, alors que les actes onéreux le seront dès lors que la preuve est apportée qu'une personne prudente n'aurait jamais accomplis un acte semblable.

Enfin, en ce qui concerne les actes postérieurs au registre de la mesure de protection, ils seront annulés et opposables aux tiers.

Le majeur inhabilité, sous curatelle, selon l'article 153 du Code civil, sera assisté d'un curateur. Autrement dit, les actes de disposition entre vifs et tous ceux qui, compte tenu des circonstances, ne pourront pas être accomplis par le majeur inapte, seront soumis à l'autorisation préalable du curateur. En principe, le majeur sous curatelle garde un pouvoir d'administration sur son patrimoine, mais il se peut que certains actes d'administration soient, aussi, attribués au curateur (article 154 du Code civil). La curatelle concerne les personnes ayant besoin d'être assistées ou contrôlées d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile, mais l'intéressé possède une capacité partielle puisqu'il conserve l'exercice de ses droits pour un certain nombre d'actes. Il peut, en principe, continuer à gérer et à administrer ses biens librement. En revanche,

² Cf. p. 7.

les actes de disposition, du fait de leur importance, réclameront l'assistance du curateur. Le curateur n'est pas un tuteur, il n'est pas le représentant de l'incapable - sauf si l'administration des biens de l'incapable lui a été remise, totalement ou partiellement. En principe le curateur se limite à autoriser les actes de disposition entre vifs de l'incapable, ainsi que ceux qui sont énumérés dans la décision du juge.

Les actes accomplis par le majeur sous curatelle sans l'assistance de son curateur, alors que l'autorisation préalable du curateur s'imposait, seront annulés selon les mêmes règles que celles vues précédemment à propos des actes de l'interdit.

ANOMALIE PSYCHIQUE

Le droit civil portugais prévoit un régime très spécial concernant les majeurs qui ont une anomalie psychique.

Ainsi, dans le domaine de la responsabilité civile, ne sont pas responsables les interdits en raison d'une déficience psychique (article 488, n° 2, du Code civil).

La démence notoire, même pendant des intervalles lucides, et l'interdiction ou l'inhabilitation pour cause d'anomalie psychique, sont un empêchement au mariage (article 1601, aliéna b) du Code civil) et à la constitution d'une union de fait (article 2, al. b) de la Loi n ° 7/2001, du 11 mai, sur la protection des PACS). Toutefois, le droit au mariage ne semble pas tout à fait incompatible avec une anomalie psychique. Étant donné que l'anomalie psychique se manifeste de différentes manières, il aurait été plus approprié de permettre à ceux qui souffrent d'une anomalie psychique de se marier et cela à condition d'établir que la démence notoire, l'anomalie psychique n'empêchait pas la vie conjugale, ou encore à condition d'obtenir l'autorisation du curateur ou du tuteur. Mais cette solution n'a pas été envisagée par le législateur. La solution apportée par l'article 1601, alinéa b), nous semble trop rigide et contraire aux principes constitutionnels de liberté du mariage et droits des citoyens handicapés mentaux (articles 71, 36 et 18 de la Constitution de la République Portugaise).

L'altération des facultés mentales d'un conjoint, qui dure depuis plus d'un an et qui, en raison de sa gravité, compromet la possibilité d'une vie commune, constitue un fondement du divorce sans le consentement de l'un des conjoints (article 1781 al. b) du Code civil). Le conjoint qui a demandé le divorce sur ce fondement doit réparer le préjudice moral souffert par l'autre et qui résulte de la dissolution du mariage (article 1792 du Code civil).

L'article 1850, n° 1, du code civil, prévoit que sont capables d'établir la filiation par reconnaissance les individus de plus de seize ans, à condition de ne pas avoir été interdits sur le fondement d'une anomalie psychique ou de ne pas être assurément dément au moment de la reconnaissance.

L'article 6, n° 2, de la Loi sur la procréation médicalement assistée (Loi n° 32/2006, du 26 Juillet), détermine que peuvent bénéficier des techniques de procréation médicalement assistée ceux qui ont au moins dix-huit ans et qui n'ont pas été interdit ou inhabilité sur le fondement d'une anomalie psychique.

Conformément à l'article 1913, n° 1, al. b), du Code civil, les majeurs mis sous tutelle ou curatelle, sur le fondement d'une déficience psychique, ne seront plus aptes à exercer l'autorité parentale, à exercer toutes les prérogatives liées à l'autorité parentale, les droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Tandis que les autres majeurs mis sous tutelle ou curatelle, sur un fondement autre que celui du handicap psychique, seront seulement empêchés de représenter l'enfant et d'administrer son patrimoine.

L'article 1933, n° 1, alinéa b), du Code civil, dispose que ceux qui sont manifestement dément ne peuvent être tuteurs, même s'ils ne sont pas interdits ou inhabilité.

Et, enfin, l'article 2189, alinéa b), du Code civil, ne permet pas que les majeurs mis sous tutelle, qui souffrent d'une infirmité psychique, puissent tester. Le testament, dans ces cas, sera nul. Les majeurs inaptes qui n'auront pas été mis sous tutelle pourront tester, mais leurs testament pourra être annulé sur le

fondement d'une incapacité naturelle et en application du régime de l'incapacité accidentelle³.

Certaines de ces mesures, concernant le majeur handicapé qui souffre d'une anomalie psychique, sont d'une légalité douteuse en ce qu'elles ne respectent pas les principes inscrits à la Convention relatif aux droits des personnes handicapées, notamment ceux prévus à l'article 23⁴.

ACCUEIL FAMILIAL et HEBERGEMENT EN ÉTABLISSEMENT

Parmi les mesures de protection durables du majeur inapte, nous avons aussi l'accueil familial et l'hébergement en établissement.

L'accueil familial est une solution d'hébergement, temporaire ou définitif, pour les personnes âgées ou handicapés (Loi n° 39/91, du 10 octobre) lorsqu'il n'y a pas de mesures sociales efficaces, ou lorsqu'elles sont insuffisantes pour assurer de façon adéquate le maintien de la personne âgée ou handicapée à son domicile ; Ou lorsque cette dernière n'a plus de famille, ou celle-ci ne réunit pas les conditions minimums pour assurer son accompagnement. Les accueillants familiaux prennent alors la relève. Ce sont des particuliers qui reçoivent ces personnes chez eux, moyennant rémunération, et qui veillent à ce que ces personnes âgées ou handicapées, qui sont dans une situation de dépendance ou de perte d'autonomie, vieillissent ou vivent dans la dignité (article 11 de la Loi

³ Cf. "Incapacité de fait" p. 7.

⁴ L'article 23 prévoit :

« 1. Les États Parties prennent des mesures efficaces et appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des personnes handicapées dans tout ce qui a trait au mariage, à la famille, à la fonction parentale et aux relations personnelles, sur la base de l'égalité avec les autres, et veillent à ce que :

a) Soit reconnu à toutes les personnes handicapées, à partir de l'âge nubile, le droit de se marier et de fonder une famille sur la base du libre et plein consentement des futurs époux ;

b) Soient reconnus aux personnes handicapées le droit de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre de leurs enfants et de l'espacement des naissances ainsi que le droit d'avoir accès, de façon appropriée pour leur âge, à l'information et à l'éducation en matière de procréation et de planification familiale ; et à ce que les moyens nécessaires à l'exercice de ces droits leur soient fournis ;

c) Les personnes handicapées, y compris les enfants, conservent leur fertilité, sur la base de l'égalité avec les autres.

2. Les États Parties garantissent les droits et responsabilités des personnes handicapées en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants ou d'institutions similaires, lorsque ces institutions existent dans la législation nationale ; dans tous les cas, l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale. Les États Parties apportent une aide appropriée aux personnes handicapées dans l'exercice de leurs responsabilités parentales. ».

n° 39/91, du 10 octobre). Malgré la mise en place de l'accueil familial l'offre reste modeste face aux exigences de qualité et de disponibilité des familles d'accueil.

L'hébergement en établissement correspond à une mesure spécifiquement prévue pour les personnes ayant une anomalie psychique grave (Loi n ° 36/98 du 24 juillet, sur la santé mentale) et qui ne peut être déterminée que dans les cas où l'hébergement en établissement est le seul moyen d'assurer le traitement qui convient au patient. C'est au fond une hospitalisation compulsive, une mesure extrême qui est prise dans l'intérêt de l'incapable qui refuse de se soumettre à un traitement médical, afin de prévenir ou de mettre fin à des activités illicites, mettant en danger la personne et les biens, aussi bien de l'incapable que des tiers.

INCAPACITÉ DE FAIT

À côté des majeurs incapables, qui ont une incapacité permanente et qui ont été mis sous tutelle ou curatelle, nous avons des majeurs qui ont une incapacité de fait, permanente ou temporaire. Afin de protéger ces derniers, nous avons d'autres mesures qui se traduisent, soit par l'inefficacité des actes réalisés par une personne qui n'est pas en mesure de comprendre ou de vouloir, soit par l'intervention du gérant dans les affaires de l'incapable de fait.

Les mesures qui se traduisent par l'inefficacité des actes réalisés par l'incapable de fait visent défendre l'incapable contre ses propres actes et elles sont au nombre de deux : l'incapacité accidentelle (article 257 du Code Civil) et l'usure (article 282 du Code civil).

Tout contrat ou déclaration unilatérale, faite par quiconque, incapable accidentellement de comprendre sa portée ou n'ayant pas une volonté libre, sera annulé, à condition que ce fait soit notoire ou connu du cocontractant. De même, tout accord juridique sera annulé lorsque quelqu'un, exploitant la situation de besoin, l'inexpérience, la dépendance, les faiblesses de caractère de l'autre, obtient pour soi-même, ou pour un tiers, la promesse ou l'octroi d'avantages excessifs ou injustifiés.

En ce qui concerne la gestion d'affaires, celle-ci suppose qu'une personne intervienne dans les affaires d'une autre (l'affaire d'autrui) dans l'intérêt et pour le compte de celle-ci (le maître de l'affaire) sans pour autant y être autorisé (article 464 du Code civil). Le gérant doit agir en accord avec l'intérêt et la volonté, réel ou présumé, du maître de l'affaire, à moins que la volonté de ce dernier soit contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 465, alinéa a) du Code civil). Le gérant peut intervenir de deux manières, soit par la conclusion d'un acte juridique (actes d'administration, voire même de dispositions...), soit en réalisant un acte matériel (transport d'un blessé, réparation d'une fuite d'eau...). Dans l'hypothèse où il s'agit d'un acte juridique, l'acte peut être passé sans représentation, c'est-à-dire que le gérant accomplit l'acte en son nom propre ; ou en représentation, c'est-à-dire que le gérant informe le cocontractant qu'il agit pour le compte du maître de l'affaire.

L'article 1679 du Code civil étend le champ d'application de la gestion d'affaires au droit matrimonial. Ainsi, l'un des époux peut gérer les biens propres de l'autre, dès lors que ce dernier se trouve, pour une raison quelconque, temporairement incapable d'accomplir tout acte d'administration, tout acte conservatoire, sur ses biens propres et communs. Le conjoint/gérant ne peut toutefois prendre que des mesures visant à prévenir des dommages et aucune ratification n'est nécessaire pour que le conjoint/maître de l'affaire soit tenu d'exécuter les engagements pris dans son intérêt. A son tour, l'article 1678, n° 2, alinéa f) du Code civil, prévoit des pouvoirs d'administration plus amples que ceux accordés à l'un des conjoints en cas d'impossibilité temporaire de l'autre. Lorsque l'un des conjoints se trouve dans l'impossibilité permanente de gérer ses biens propres et communs, du fait de se trouver éloigné, dans un endroit inconnu, ou pour une autre raison, et quand il n'a pas accordé une procuration suffisante pour que l'autre conjoint puisse administrer ces biens, le conjoint présent détiendra des pouvoirs d'administration, et non de disposition, très étendus sur l'ensemble des biens du ménage.

Le recours aux règles de la gestion d'affaires ne sera pas nécessaire dès lors que le conjoint absent, incapable de fait, inapte, etc., a préalablement aménagé la gestion de ses biens propres par mandat exprès et révocable.

En règle générale, les dispositions entre vifs à titre onéreux portant sur des biens communs ne peuvent être unilatéralement consenties par un époux. Et, la loi exige le consentement des deux époux pour les actes de disposition relatifs au logement familial, propre ou commun. En outre, les époux ne peuvent l'un sans l'autre affecter le logement familial à la garantie d'une dette d'autrui, le grever de droits réels, le donner à bail ou faire cesser le bail etc. Il s'en suit que faute d'accord entre les époux, l'acte consenti par l'un d'eux sans le consentement de l'autre peut être annulé, à la demande du conjoint non consentant ou de ses héritiers, pendant un délai de six mois à compter du moment où le demandeur a pris connaissance de l'acte. Cependant, aux termes de l'article 1684, n° 3, du Code civil, lorsque l'un des conjoints est hors d'état de manifester sa volonté (éloignement, maladies, etc.) ou refuse sans motif de consentir à l'acte, l'autre époux peut être autorisé par justice à passer seul l'acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire.

Parmi tous ces régimes de protection du majeur, l'interdiction, autrement dit la mise sous tutelle du majeur, est susceptible de restreindre certains droits fondamentaux - la protection de la dignité humaine, le droit à l'autonomie et à l'autodétermination ou le droit au libre développement de la personnalité, entre autres - si elle est appliquée à une personne apte à comprendre et vouloir dans certains domaines de la vie. En effet, une telle restriction serait dans ces cas inutile, disproportionnée et inappropriée, et violerait l'article 18 de la Constitution de la République Portugaise. Avec l'interdiction, nous sommes confrontés à un régime juridique susceptible de ne pas tenir compte des droits fondamentaux du majeur. N'oublions pas que le droit au mariage, à l'adoption, à l'exercice de l'autorité parentale, est exclus pour les personnes ayant une déficience mentale, sans que le législateur cherche à savoir si elles ont une « certaine capacité » et une compréhension, même que limitée, du monde qui les entourent et de soi-même.

S'il est vrai que le vieillissement n'est pas en soi une incapacité, l'on constate une augmentation exponentielle du nombre de personnes âgées dans une situation de dépendance, qu'elle soit physique ou économique, et certainement dans une situation de perte d'autonomie. La perte d'autonomie physique et mentale n'implique pas, nécessairement, que la personne ne soit pas en mesure de prendre soin de soi et de son patrimoine. Néanmoins, certaines vulnérabilités empêchent que les individus puissent exercer leurs droits de manière indépendante, ce qui justifie que des mesures de protection soient envisagées. Or, l'interdiction et l'inhabilitation sont des systèmes qui supposent une incapacité permanente des personnes âgées, alors que cette incapacité ou cette vulnérabilité due à l'âge n'entraîne pas forcément une perte d'autonomie totale. Par conséquent, ces deux régimes sont inefficaces, inadaptés, pour protéger les personnes âgées ; principalement l'interdiction, qui est le régime le plus souvent mis en place pour protéger les biens des personnes âgées, car le majeur mis sous tutelle est soumis à un régime en tout identique à celui des mineurs.

Bien que la loi n° 38/2004, du 18 août, dispose dans son article 41 qu'« il incombe à l'Etat d'adopter les mesures spécifiques nécessaires pour assurer la protection du patrimoine des personnes handicapées » ; bien que la loi sur la santé mentale - Loi n° 36/98, du 24 juillet, modifiée par la Loi n° 101/99, du 26 juillet - ait prévu à l'article 46 que « la gestion du patrimoine des personnes malades mentales, non déclarées incapables, est réglementée par décret » il n'en demeure pas moins que les mesures adaptées aux majeurs partiellement incapables n'ont pas encore été prises. Cependant, conscient que le système mis en place depuis 1966 est trop rigide et inadapté, les facultés de Droit de l'Université de Coimbra et de l'Université de Lisbonne ont remis au Ministre de la Justice une étude qui propose de remplacer l'interdiction et l'inhabilitation par un système souple, à la carte, d'accompagnement des majeurs inaptes. Cette étude a été approuvée en Conseil des Ministres et il ne manque plus que le Parlement se prononce. Au lieu d'un modèle où l'incapable est « remplacé » par un tuteur ou un curateur, l'on envisage un modèle où le majeur est suivi, soutenu, accompagné par un tiers. Ce suivi sera limité à ce qui est strictement

nécessaire pour que la personne puisse subvenir à ses besoins personnels et patrimoniaux⁵.

En attendant, il convient d'analyser les autres mesures de protection des majeurs vulnérables. L'âge et la maladie n'est pas synonyme d'incapacité mais peut être envisagé comme une vulnérabilité. En tant que telle, ont été mis au point des mécanismes qui visent à protéger les personnes âgées et les futurs malades.

PERSONNES ÂGÉES

La séparation de biens peut avoir une triple origine : conventionnelle, par le choix que les époux ont fait lors de leur mariage ; judiciaire et à titre de sanction prononcé à la demande de l'un des époux, lorsqu'un conjoint met en péril la communauté en raison d'une mauvaise gestion ; légale, lorsque l'un des conjoints, ou les deux, ont plus de 60 ans (article 1720, n°1, alinéa b) du Code civil). La différence entre la séparation de biens conventionnelle et légale réside dans le fait que lorsque le régime de séparation de biens est impératif, lorsque la loi l'impose, les donations entre époux consenties pendant le mariage ne sont pas permises, elles sont nulles de plein droit (article 1762 du Code civil). Quant aux donations par contrat de mariage, elles sont valables dans les deux cas.

Sachant que les couples qui ne signent aucun contrat sont automatiquement placés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, le législateur, en imposant le régime de séparation de biens aux couples

⁵ Les droits patrimoniaux des majeurs, même capables, a fait l'objet de deux projet de loi (d'initiative parlementaire).

Le Projet de Loi n.º 795/XIII/3.ª, du groupe parlementaire du CDS-PP, concerne l'indignité successorale et il prévoit que celui qui a été reconnu coupable d'un délit d'exposition ou d'abandon ou d'un délit pour violation d'une obligation alimentaire soit exclu de la succession pour *indignité*.

Le Projet de Loi n.º 781/XIII, du groupe parlementaire du PS, prévoit la possibilité pour les époux de renoncer réciproquement à la succession de l'autre, dans l'accord préuptial, dès lors que le régime de biens qui a été choisi est celui de la séparation de bien. Reste à savoir si un enfant de 16 ans, pouvant se marier avec l'autorisation de ses parents, pourra ou non renoncer, lui aussi, à la succession de son futur époux. Aux termes de l'article 1889 du Code civil, les représentants du mineur/heritier ne peuvent renoncer à la succession qu'après avoir obtenu une autorisation judiciaire.

dont l'un des conjoints, au moins, à plus de 60 ans, a voulu protéger ce conjoint et éviter les mariages par intérêt économique. Or, nous doutons que cette disposition soit conforme au principe constitutionnel qui prévoit que les citoyens sont égaux devant la loi (article 13 de la Constitution de la République Portugaise). De plus, cette mesure, qui prétendait protéger les personnes de 60 ans contre des mariages par intérêt, s'avère pratiquement inutile car, lors des réformes législatives de 1977, le conjoint est devenu héritier réservataire au même titre que les descendants ou ascendants. Autrement dit, d'une part le droit civil empêche que le conjoint de plus de 60 ans choisisse son régime matrimonial par crainte d'avantager l'autre conjoint, mais d'autre part il attribue au conjoint survivant les mêmes droits successoraux que ceux des enfants du défunt, et dans certains cas il lui attribue des droits successoraux plus importants.

La loi relative aux baux d'habitation, précise que lorsque le bailleur veut donner un congé à un locataire âgé de plus de 65 ans, afin d'exécuter des travaux d'aménagement dont le coût est supérieur à 25 % de sa valeur nette fiscale, il doit lui proposer un logement dans la même municipalité et correspondant à ses besoins et à ses possibilités, et aux conditions déjà mises en place en ce qui concerne le lieu, la valeur du loyer et les charges, et cela pendant trois ans. Ou alors, il doit lui remettre le montant de deux années de loyer pour l'indemniser. À défaut, le congé délivré par le propriétaire du bien loué n'est pas valable. Il convient également de noter qu'en principe, sous certaines conditions, le bailleur peut donner congé à son locataire lorsqu'il a besoin du logement pour lui ou pour ses descendants, au 1er degré. Cependant, il perd ce droit si le contrat de bail a été conclu avant le mois de juin 2006 et si le locataire, ou le sous-locataire, a 65 ans ou plus ; s'il a été mis à la retraite en raison d'une incapacité absolue ou, ne bénéficiant pas d'une pension d'invalidité, s'il n'est pas apte à travailler.

Une autre mesure qui limite la liberté des personnes âgées est celle de l'article 1979 du Code Civil qui dispose que ne peut adopter pleinement⁶ celui qui a plus de soixante ans au moment où l'enfant lui a été confié.

⁶ L'adoption simple a été abrogée par la Loi n.º 143/2015, du 8 Septembre.

PERSONNES MALADES

Nous analyserons maintenant les options que notre système offre aux adultes, non encore incapables, non interdits ou inhabilités, et qui désirent exprimer leur volonté concernant les soins de santé qu'ils entendent ou pas recevoir dans l'avenir, lorsqu'ils ne seront plus capables de le faire. La possibilité d'exprimer cette volonté est particulièrement appropriée pour les personnes atteintes, par exemple, de la maladie d'Alzheimer. La loi n ° 25/2012, du 16 juillet, est venue donner une réponse aux inquiétudes de ces personnes en prévoyant le testament vital, la nomination du mandataire des soins de santé et la création d'un registre national du testament vital.

Le terme « testament vital » est ce que les américains appellent « *living will* ». Il s'agit, en règle générale, d'un document écrit par une personne majeure et capable, devant une autorité publique ou devant des témoins, et qui contient des déclarations anticipées de volonté concernant les traitements qu'elle souhaite ou pas recevoir, compte tenu du fait qu'elle pourra, dans un futur plus ou moins proche, n'être plus capable de prendre des décisions pour soi et sur soi. Elle exerce ainsi son droit à l'autodétermination, de manière préventive. Ce qui présente des intérêts indéniables, notamment émotionnels, pour la personne elle-même, pour les membres de sa famille, qui n'auront plus à prendre des décisions souvent difficiles, et pour les médecins. De plus, associée à ce droit à l'autodétermination, le majeur exprime librement sa pensée et sa volonté. Le principal inconvénient du testament vital signalé par la doctrine est que ce testament peut ne pas exprimer la dernière volonté du patient, même s'il peut être modifié ou révoqué à tout moment.

La force obligatoire du testament vital suppose la signature du document devant une personne dûment accrédité ou devant notaire et la preuve que le testateur est capable. Les seuls cas où le testament ne sera pas respecté sont les suivants : lorsque la preuve est faite que le testateur a changé d'idées ; sa volonté est dépassé compte tenu de l'évolution des moyens thérapeutiques actuels ; si la volonté exprimée ne correspond pas aux circonstances de fait que le testateur avait prévu au moment de la signature ; ou lorsque face à une

situation urgente le médecin doit prendre d'autres mesures afin d'éviter des risques pour la santé ou la vie du testateur.

L'enregistrement du testament vital permet aux médecins d'avoir des informations rapides et constantes sur la volonté du patient. En cas d'urgence ou de traitement spécifique, le médecin traitant peut consulter le testament sur un portail électronique organisé spécifiquement pour les professionnels de la santé.

L'article 11 de la loi n ° 25/2012, du 16 juillet, prévoit que toute personne peut désigner un mandataire en matière de soins de santé, en lui accordant des pouvoirs représentatifs pour décider des soins de santé à recevoir ou ne pas recevoir, par le patient, lorsque celui-ci sera incapable d'exprimer sa volonté de manière autonome. Ce mandat peut ou non coexister avec le testament vital et il se présente comme une technique juridique plus "flexible" que celle du testament vital. Pourtant, le mandat portant sur la santé du mandant apparaît comme un élément qui perturbe les régimes de protection mis en place pour les majeurs incapables. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, le tuteur, en vertu de l'article 145 du Code civil, a le devoir de veiller à la santé de l'interdit. Alors, quand le patient est mis sous tutelle, qui devra veiller à sa santé ? Le tuteur ou le mandataire ? À notre avis, le mandat en matière de soins de santé et le testament vital, exprimant la volonté anticipée de l'interdit, devront être respectés par le tuteur, de sorte que la dignité de la personne soit mise au premier plan. De plus, la limitation des droits fondamentaux, en particulier des droits, libertés et garanties, doit respecter le principe de la proportionnalité, et ce respect est assuré par le mandat et le testament, alors qu'il est loin d'être assuré par l'interdiction, comme nous avons eu l'opportunité de voir.

Le mandataire de soins de santé doit être majeur, non interdit ou inhabilité en raison d'une anomalie psychique, et il doit être en mesure de consentir librement, consciemment et de façon éclairée. Ne peuvent être nommés mandataires les notaires qui sont intervenus à l'acte, ainsi que les propriétaires ou administrateurs des établissements de santé, à moins qu'ils aient une relation familiale avec le mandant. En ce qui concerne les questions formelles, les règles sont les mêmes que celles prévues pour le testament vital. C'est-à-dire que le mandat doit être signé par le mandant devant un fonctionnaire dûment autorisé du Registre National des Testaments Vitaux. Finalement, le mandat est librement

révocable par le mandant, et le mandataire peut renoncer au mandat après en avoir informé le mandant.

MINORITÉ

L'incapacité juridique des mineurs commence à leur naissance et cesse à l'âge de dix-huit ans. Pendant la minorité, si les parents vivent ensemble, l'autorité parentale est exercée par les deux parents conjointement. Si les parents ne vivent pas ensemble (en cas de séparation de corps ou en cas de divorce), l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, ou par les deux parents lorsque la garde est alternée. Au cas où les deux époux sont déchus de l'autorité parentale, l'enfant n'est plus représenté par un administrateur légal, la tutelle s'ouvre et il y aura lieu à la nomination d'un tuteur. La tutelle vise à assurer la protection tant de l'enfant que de ses biens. Le tuteur prend alors soin du mineur et le représente, tout comme les parents. Le tuteur est soit une personne désignée par testament ou par acte notarié, soit par le tribunal. Les organes de la tutelle sont le tuteur, le « protuteur » et le conseil de famille, à l'image de la tutelle des majeurs incapables.

Donc, pour assurer la protection des mineurs plusieurs régimes peuvent être mis en place en fonction de sa situation familiale. Malgré cela, ce système de protection est assez rigide car l'âge de 18 ans fonctionne comme la frontière entre l'incapacité et la capacité. Bien que le passage entre la minorité et la majorité se produise à cet âge, le législateur a cherché à atténuer cette rigidité et a créé ce que l'on pourrait appeler les majeurs prématurés. Il y a aussi les enfants majeurs.

ENFANTS MAJEURS

Dans certaines circonstances, un parent peut être appelé à soutenir financièrement son enfant alors qu'il est déjà majeur mais n'est pas encore autonome. La loi n ° 122/2015, du 1er septembre, prévoit que la pension alimentaire peut être versée aux enfants jusqu'à l'âge de 25 ans. Ainsi, le parent qui était auparavant tenu de soutenir son enfant jusqu'à la majorité voit actuellement son obligation temporairement prolongée. Auparavant, l'enfant majeur (ou émancipé) devait prouver qu'il n'avait pas encore terminé ses études, sa formation, pour éventuellement avoir droit à une pension.

MAJEURS PRÉMATURÉS

À côté des enfants majeurs nous avons les majeurs prématurés. Ainsi, à l'âge de **sept ans** le mineur est présumé responsable de ses actes. Cela veut dire qu'il peut engager sa responsabilité civile s'il a commis une faute de nature à engendrer un préjudice (article 488, n° 2, du Code civil).

À partir de l'âge de **seize ans** le mineur peut établir sa paternité ou maternité, par reconnaissance, et n'est soumis à aucun contrôle, à aucune autorisation de la part de ses représentants légaux (article 1850 du Code civil). Le mineur de seize est libre d'établir ses liens de parenté, de reconnaître un enfant, contrairement à ce qui se passe dans la plupart des actes juridiques qu'il prétend établir, comme par exemple le mariage, et cela pour une raison bien simple. La liberté accordée au mineur de seize ans qui reconnaît son fils est quasi nulle ; il n'a pas le choix entre reconnaître un enfant ou un autre. Il doit reconnaître le sien. Alors que s'il veut se marier, il peut choisir entre une multitude de personnes et le mariage avec tel ou tel personne, d'un point de vue patrimonial, peut porter préjudice à l'incapable. C'est alors qu'intervient son représentant, pour le guider et le protéger.

Le mineur de seize ans, tout comme les majeurs, peut reconnaître un enfant avant sa naissance alors qu'il est simplement conçu, c'est la reconnaissance prénatale, mais à condition que la mère soit identifiée. L'enfant peut aussi être reconnu après sa naissance et après sa mort. Normalement, l'établissement de la filiation est postérieur à la naissance et antérieure à l'âge adulte. Le fait qu'un enfant soit décédé ne doit cependant constituer un obstacle

à ce que son lien de filiation soit établi. La reconnaissance posthume est valable (article 1856 du Code civil), mais au seul cas où l'enfant a laissé des descendants qui acceptent l'établissement de cette filiation. La reconnaissance d'un enfant majeur est tout aussi possible mais elle n'est pas libre, puisqu'elle est soumise au consentement de l'enfant majeur (article 1857 du Code civil).

Pourquoi pas quatorze, quinze ou dix-sept ans ? Traditionnellement, l'on estime que le mineur à l'âge de seize ans a une certaine maturité lui permettant de se marier (article 1601, alinéa a), et article 1604, alinéa a), du Code civil) - avec l'autorisation de ses parents ou du fonctionnaire du registre de l'état civil – et de choisir librement sa religion (article 1886 du Code civil). Ce qui expliquerait la raison pour laquelle il ne peut reconnaître son enfant qu'à partir de l'âge de seize ans. L'ennui c'est qu'il arrive que mère et père aient seulement 15 ans, et la mère peut établir sa maternité, alors que le père doit attendre l'âge de 16 ans. Autrement dit, pendant un certain temps l'enfant peut avoir une mère mais ne peut légalement avoir un père, bien que le père, mineur de quinze ans, soit présent dans la vie de son fils et que personne n'ignore qu'il est le père. Peut surprendre le fait que la reconnaissance ne soit pas permise, lorsque le père ou la mère souffre d'une anomalie psychique. Tout comme il est surprenant que la loi admette la reconnaissance de son fils par un dément notoire, lorsqu'il se trouve dans un intervalle lucide, alors que cet établissement de la filiation créera un lien durable, une relation entre père et fils que le dément ne saura développer de façon durable et sereine.

La démence notoire est un empêchement au mariage. Ce que le législateur ne permet pas d'un côté – le mariage du dément – il le permet de l'autre – la reconnaissance d'un enfant. Pourquoi ? Car l'établissement de la filiation, même si le père ou la mère ne peut établir une relation familiale normale, considérant sa démence notoire, est un droit de l'enfant. Et, grâce à l'établissement de la filiation l'enfant deviendra créancier de ses parents.

Revenons à la question du mariage des mineurs. La loi permet au mineur de seize de se marier, à condition d'obtenir préalablement l'autorisation des parents qui exercent l'autorité parentale ou celle du tuteur, lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Si ceux qui sont responsables vis-à-vis du mineur n'autorisent pas le

mariage, le fonctionnaire de l'état civil a le pouvoir de prendre une décision définitive. Il peut célébrer le mariage s'il considère qu'il y a des motifs suffisants pour le faire, dès lors que le mineur présente la maturité physique et mentale indispensable pour assumer les responsabilités inhérentes au mariage (article 1612 du Code civil).

Grâce au mariage dûment autorisé, le mineur est affranchi de l'autorité parentale et devient juridiquement capable, comme un majeur, pour tous les actes de la vie civile requérant la majorité légale. En l'absence d'autorisation, la validité du mariage n'est pas mise en cause mais le mineur reste inapte. Il ne pourra gérer ses biens propres jusqu'à l'âge de la majorité. En outre, les dettes de son conjoint et les siennes, nées pendant le temps qui s'écoule entre le mariage non autorisé et sa majorité, ne pourront jamais être acquittées grâce à ses biens propres (articles 1604, alinéa a), 1627 et 1649 du Code civil).

A côté des situations envisagées précédemment où le mineur acquiert une certaine autonomie en fonction de son âge, une certaine capacité graduelle, l'âge étant un critère d'autonomie, nous en avons d'autres où la capacité ne dépend pas de l'âge, elle dépend de la maturité de l'individu, de sa capacité de discernement.

L'article 127 du Code civil prévoit des situations où le mineur est capable d'accomplir certains actes :

- Les actes d'administration ou de disposition sur les biens que le mineur de plus de seize ans a acquis par son travail. Ici, la reconnaissance d'une capacité exceptionnelle du mineur se comprend car celui-ci sera beaucoup plus prudent à gérer le patrimoine qu'il a gagné avec son propre effort, du moins on le suppose, qu'à gérer les biens acquis à titre gratuit, par donation par exemple.
- Les actes juridiques liés à son quotidien et qui impliquent des dépenses réduites. Ici, l'âge du mineur n'est pas prise en compte. Ce qui importe c'est que le mineur peut avoir une capacité naturelle le rendant apte à prendre des décisions le concernant et concernant ses biens. Il devient alors un « majeur spéciale ». Il a la possibilité d'accomplir des actes qui sont à la portée de sa capacité naturelle, comme par exemple acheter un ticket de bus, prêter un livre à un ami ou faire don de son argent de poche

à une association humanitaire. La mise en œuvre de cette disposition se fait cas par cas, en fonction de l'âge, la maturité et les conditions socio-économiques spécifiques à chaque mineur. Autrement dit, cette capacité, qui est réduite, suppose l'existence d'une « capacité naturelle » du mineur qu'il faudra rechercher, et, de plus, elle ne se conçoit que pour les actes de la vie quotidienne et de montant réduit.

- Les actes juridiques liés à la profession, à l'art ou à l'artisanat, que le mineur a été autorisé à exercer, ou ceux accomplis dans l'exercice de cette profession. Bien que l'âge de la majorité soit fixé à 18 ans, l'âge minimum pour pouvoir avoir une profession est de 16 ans. Mais il ne suffit pas d'avoir seize ans, le mineur doit également avoir terminé la scolarité obligatoire, ou être y inscrit, et avoir suivi l'enseignement secondaire ; et encore, avoir des capacités physiques et psychologiques adéquates au travail. L'article 68, n° 3, du Code du travail, dispose qu'un mineur âgé de moins de 16 ans ayant achevé ses études obligatoires peut, quant à lui, réaliser un travail léger, impliquant des tâches simples et bien définies qui, de par leur nature, ne sont pas susceptibles de porter atteinte à son intégrité physique, sa sécurité et sa santé, à ses progrès à l'école, etc., et à son développement physique, psychologique, moral, intellectuel et culturel. Le n° 4 du même article ajoute que le mineur de moins de seize ans doit travailler sous le contrôle et la direction d'un membre de sa famille (majeur et capable). Ainsi, est autonome pour accomplir tous les actes intrinsèques à l'exercice de sa profession ou qui aient un lien avec sa profession.

L'article 127 du Code civil n'est pas le seul article à prévoir des situations dans lesquelles le mineur devient un majeur prématuré. En effet, le mineur peut devenir propriétaire par usucapion (article 1289, n° 2, du Code civil) ; il peut convoquer le conseil de famille à partir de l'âge de 16 ans (article 1957 du Code civil) ; il doit donner son consentement pour être adopté, à partir de l'âge de 12 ans, et ses parents doivent aussi donner leur consentement, même s'ils sont mineurs (article 1981 du Code civil).

Différents textes s'occupent traitent de l'audition de l'enfant par un juge. En règle générale le mineur peut être entendu dans toute procédure le concernant. L'audition des mineurs trouve à s'appliquer particulièrement dans les procédures de divorce, de séparation entre les parents, ou encor, dans des procédures de modification de la garde de l'enfant, d'adoption et de droits aux relations personnelles (droit de visite etc.). Par exemple, la loi sur la protection des enfants et des jeunes en dangers⁷ prévoit l'audition des enfants de quatre manières différentes. Certaines règles sont relatives aux enfants de moins de 12 ans ; d'autres renvoient à l'âge de 12 ans ; d'autres n'indiquent pas l'âge ; et enfin, d'autres n'indiquent pas que l'audition suppose que l'enfant ait une certaine maturité. Nous avons donc un régime mitigé, avec d'un côté les enfants qui ont 12 ans ou plus et de l'autre les enfants de moins de 12 ans. Pour les premiers, le droit à l'audition est un droit qui repose sur un critère objectif, celui de l'âge, et qui exprime une capacité de discernement. Pour les seconds, le droit à l'audition repose sur un critère subjectif, celui de la capacité de discernement du mineur.

La capacité de discernement est également importante en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale. Les parents sont obligés d'agir dans l'intérêt de l'enfant, tout en tenant compte de sa capacité de discernement, de sa maturité (article 1878 du Code civil).

À mesure que l'enfant mûrit il acquiert une plus grande capacité lui permettant de réfléchir à toute sorte de problèmes et de décider. Il participe non seulement aux décisions familiales mais aussi à d'autres décisions dans les milieux dans lesquels il s'insère (école, etc.). Le discernement et l'âge du mineur sont des critères qui permettent au mineur une ascension vers la capacité. Mais la mise en place d'une capacité « prématuré », avant l'âge, est difficile de mettre en place. Quels droits le mineur pourrait-il exercer seul ? Comment le protéger lorsqu'il exerce des droits contraires à ses intérêts Comme nous avons eu l'opportunité de le constater, son autonomie progressive lui permet de prendre

⁷ Loi n. ° 147/99, du 1 Septembre, modifiée par la Loi n. ° 31/2003, du 22 Août et par la Loi n. ° 142/2015, du 8 Septembre.

certaines décisions portant sur sa vie, sur soi-même, mais il continue à avoir un pouvoir très limité sur son patrimoine⁸.

En principe, l'acte passé par un incapable est frappé de nullité. Il s'agit ici d'une nullité dite relative car seul le mineur ou son représentant légal peut demander l'annulation de l'acte en justice. La nullité prononcée est rétroactive, autrement dit, l'acte est censé n'avoir jamais existé. Mais tous les actes passés par le mineur ne sont pas nécessairement nuls. Il y a des actes que la loi ou l'usage autorise le mineur à accomplir seul.

Les cas dans lesquels la loi reconnaît une capacité d'exercice pleine et entière aux mineurs restent exceptionnels et demeurent souvent cantonnés aux actes éminemment personnels. La loi lui reconnaît le droit à l'établissement de sa paternité ou de sa maternité, puisqu'aucun autre que le mineur pourrait reconnaître son propre enfant. Mais aucun autre que lui pourrait rédiger son testament, alors que du fait de son incapacité le mineur ne peut le faire (article 2189, alinéa b), du Code civil). En lui interdisant de réaliser cet acte, on lui enlève un droit pour lequel la représentation est impossible. Il en est de même pour les donations.

Pour disposer de ses biens à titre gratuit il faut être capable (article 948 du Code civil) par conséquent, et en toute logique, le mineur a une incapacité absolue de faire des donations. Et, ses parents ou son tuteur ne pourront agir pour lui (article 949, n° 2, du Code civil). Néanmoins, il est possible d'envisager deux exceptions à ce principe. Tout d'abord, le mineur peut disposer à titre gratuit par contrat de mariage, et ce, avec l'assistance de ses père et mère, ou de l'un d'eux (article 1708 du Code civil). Ensuite, il est également admis que les présents d'usage constituent une exception et que les mineurs peuvent donc les consentir (article 127 du Code civil).

Pour prévenir les abus d'influence, certaines personnes ne peuvent recevoir des biens par donation. Le tuteur, le curateur, l'administrateur légal et le protuteur ne peuvent recevoir du mineur ou du majeur incapable, à moins qu'ils soient conjoints, ascendants, descendants ou collatéraux jusqu'au troisième degré de l'incapable (article 2192 du Code civil). Les membres des professions

⁸ Article 127 du Code Civil (précité).

médicales, ainsi que les infirmiers, qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci ; La même interdiction frappe les ministres du culte (article 2194 du Code civil) ; La personne avec laquelle l'un des conjoints a commis l'adultère ne peut, sauf exceptions, profiter de la donation (article 2196 n° 1 du Code civil). Les donations au profit du notaire ou de personnes qui ont intervenus à l'acte sont nulles et non avenues (article 2197 du Code civil), tout comme les donations entre époux soumis au régime impératif de la séparation de biens.

Quant au mineur, peut-il recevoir par donation ou testament ? Un mineur peut parfaitement recevoir des biens. Il est fréquent de voir des mineurs hériter de leurs ascendants ou de proches parents, et la donation, même si elle est plus rare, est parfaitement légale, tout comme le testament. Evidemment, le mineur étant incapable c'est son représentant légal qui acceptera la donation ou l'héritage.

Il convient de préciser que pour hériter il faut exister. Pourtant, à l'article 2033 du Code civil, le législateur distingue la vocation successorale des enfants conçus de celle des enfants non encore conçus. Le principe est que pour être capable de recevoir par testament, par donations, par contrat de mariage (institution contractuelle) ou par l'effet de la loi, il suffit d'être conçu à la date d'ouverture de la succession. Toutefois, l'enfant conçu ne peut jouir de ses droits que si à la naissance il est vivant et viable et à condition de naître dans les 300 jours après la mort du défunt (période légale pour obtenir la qualité d'héritier)⁹. Pour ce qui est des enfants non encore conçus, ceux-ci sont capable de recevoir par testament ou par contrat de mariage (institution contractuelle) à condition qu'ils soient les enfants d'une personne déterminée et vivante au moment de l'ouverture de la succession. Pourtant, la capacité successorale des enfants non conçus pose quelques problèmes. L'un des problèmes majeurs tient au fait qu'il peut y avoir un grand laps de temps entre l'ouverture de la succession et l'attribution des droits à l'héritier à naître. Pendant ce temps il faudra gérer le

⁹ Il est toutefois intéressant de lire un arrêt de la Cour Suprême de Justice Portugaise, du 3/04/2014 (http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dc_c2?OpenDocument), qui a décidé que l'enfant conçu mais non encore né avait droit à une indemnité suite à la mort de son père, au même titre que son frère vivant.

patrimoine du « futur héritier ». L'article 2238 du Code civil détermine que l'administration des biens sera confié à celui qui aura des droits sur le patrimoine de l'héritier à naître, au cas où celui-ci ne sera pas conçu ou naîtra sans vie ou sans viabilité.

En principe les biens hérités par le mineur sont gérés par les parents ou le tuteur. Toutefois, le donateur ou le testateur peuvent décider autrement et nommer un administrateur¹⁰ pour ce qui ait des biens inclus dans la libéralité (article 1968 du Code civil). La loi prévoit d'autres cas où les parents sont empêchés de gérer le patrimoine du mineur (article 1888 du Code civil), comme par exemple lorsque les parents ont été exclus d'une succession pour indignité et leur enfant est héritier dans cette même succession.

La loi reconnaît et protège ainsi les droits patrimoniaux de l'enfant à naître, qu'il soit conçu ou non, et que la conception soit naturelle ou artificielle. Mais cela ne revient pas à dire que « L'enfant conçu mais non encore né doit être tenu pour né chaque fois qu'il y va de son intérêt »¹¹. L'enfant a des droits avant de naître, mais seuls les enfants qui naissent vivants et viables pourront revendiquer ces droits. Il faut noter que la Loi du 26 juillet 2006, sur l'assistance médicale à la procréation, autorise, contrairement à l'insémination post mortem, le transfert d'embryon post mortem, à condition que l'embryon soit déjà conçu à l'époque du décès du père. Mais dans ce cas, pour que l'embryon puisse être considéré héritier réservataire faut-il encore, selon certains auteurs, qu'il naisse vivant et viable pendant la période légale (300 jours à compter du décès, article 1829, n° 1 du Code civil). Autrement dit, si le transfert se fait tardivement l'enfant qui naîtra ne pourra bénéficier que d'une dévolution testamentaire ou contractuelle. L'embryon conçu mais non implanté aura des droits successoraux limités s'il naît vivant et viable.

Les régimes de protection des mineurs et des majeurs incapables sont des régimes privés et la loi ne prévoit pas de curateurs ou tuteurs publics. Les tuteurs et les curateurs sont, par ordre décroissant : le conjoint ; la personne

¹⁰ Cet administrateur n'est pas un *trustee* (ou fiduciaire). Il existe de nombreuses techniques combinées qui permettent de retrouver certains avantages de la fiducie-libéralité (donation-partage ; donations graduelles) mais au Portugal aucun texte ne prévoit la fiducie-libéralité, ni la fiducie-gestion, ni la fiducie-sûreté.

¹¹ « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

indiquée par les parents de l'incapable dans un testament ; l'un des parents (père ou mère) de l'incapable ; les enfants majeurs de l'incapable, préférant le plus âgé, à moins qu'un autre soit plus apte à représenter l'incapable ; et lorsque la tutelle ou la curatelle ne peut être exercée par l'une de ces personnes, il appartiendra au tribunal de nommer le tuteur ou le curateur. Par conséquent, le plus souvent, l'incapable est représenté par un membre de sa famille ou de son entourage, pour s'occuper de son bien-être physique et moral et de son patrimoine, ou simplement de son patrimoine (curatelle). Il ne suffit pas d'être proche de l'incapable, de bien le connaître, pour devenir son représentant. En effet, certaines personnes ne peuvent être nommés tuteurs ou curateurs, comme par exemple, les mineurs non émancipés, les interdits et les inhabilités; ceux qui sont notoirement dément même s'ils ne sont pas soumis à un régime de protection ; ceux qui sont en litige, ou qui ont été en litige il y a moins de cinq ans, avec l'incapable ou avec ses parents; les magistrats qui exercent des fonctions proches du domicile de l'incapable, etc.

Le ministère public défend, dans les affaires civiles, les intérêts des personnes vulnérables, comme les mineurs, les personnes handicapées, les incapables majeurs et il joue un rôle important, notamment en matière de capacité juridique des personnes, de garde des enfants, adoption et privation des droits parentaux. Mais il convient de noter que si le modèle retenu pour protéger les mineurs et les majeurs, de façon stable et durable, suppose l'intervention du ministère public, ce dernier ne remplace pas les tuteurs ou curateurs privés. Le système n'en demeure pas moins privé lorsque le représentant de l'incapable est une institution de droit public, un hôpital, un asile, ou un établissement d'accueil d'enfants etc. Le tuteur et curateur est ainsi désigné qu'en dernier recours, dans les cas où le mineur ou le majeur incapable a besoin d'aide, mais n'a pas de parents, d'amis pouvant le représenter.

RESPONSABILITÉ CIVILE

La responsabilité délictuelle est engagée en cas de dommage causé à la suite d'une faute commise par l'auteur du dommage. Il y a deux types de fautes : la faute commise avec l'intention de nuire, c'est dans ce cas une faute délictuelle

(délit) ; la faute d'imprudance ou de négligence, qui est une faute quasi-délictuelle. Mais la responsabilité délictuelle peut être engagée en l'absence de faute. C'est une responsabilité fondée sur le risque. En effet, une personne va engager sa responsabilité lorsqu'elle a pris l'initiative d'une activité risquée prévue par la loi. La raison est simple. Celui qui récolte les bénéfices d'une activité risquée doit supporter la charge financière des dommages causés par cette activité.

En principe, afin d'être tenue responsable et de réparer un dommage causé, quatre conditions doivent être réunies et la preuve doit être apportée par la victime : la personne doit être douée de raison (**imputabilité**) ; il doit y avoir eu faute (délit ou quasi-délit) ; un dommage doit résulter des actes ou omissions de la personne ; et il doit exister un lien de causalité entre la faute commise et le dommage.

Il faut savoir qu'en principe un mineur de plus de **sept ans** est responsable de ses actes. Cela veut dire qu'il peut engager sa responsabilité civile s'il a commis une faute de nature à engendrer un préjudice (article 488 du Code civil). La loi présume qu'à partir de sept ans l'enfant a conscience de ses actes et avant l'âge de sept il manque de discernement pour engager sa responsabilité civile. Pareillement, les majeurs ne sont responsables et obligés de réparer le dommage causé à autrui que s'ils sont **doués de raison**, c'est-à-dire capable de se rendre compte de la nature de l'acte qu'ils ont pris, de sa portée et de ces conséquences. Une personne involontairement privée de sa raison, de manière temporaire ou permanente, au moment où elle a agi n'est donc pas civilement responsable. C'est pourquoi celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'est pas obligé à réparation. Mais, celui qui au moment de l'acte dommageable a retrouvé sa conscience est obligé d'indemniser la victime, tout comme celui qui s'est mis en état d'incapacité. Sauf que dans ces deux cas, encore une fois, il appartiendra à la victime de prouver l'imputabilité du responsable.

Parmi les personnes non-douées de raison, on retrouve notamment les personnes dont les facultés mentales sont altérées et les jeunes enfants généralement âgés de moins de sept ans. Ils ne sont pas responsables mais peuvent, pour des raisons d'équité, être tenue de réparer le dommage subi

lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir réparation de la part des personnes responsables de leurs surveillance ; pour autant que celui tenu de réparer le dommage ne soit pas privé des moyens dont il a besoin pour son entretien ou pour l'exécution de l'obligation légale d'entretien qui lui incombe.

Le Code civil impose aux parents, à titre de détenteurs de l'autorité parentale, la responsabilité pour le dommage causé par le fait ou la faute de l'enfant mineur. Il impose aussi au tuteur la responsabilité pour le dommage causé par le fait ou la faute du majeur incapable. La loi présume dans les deux cas (mineur ou majeur incapable) que le dommage causé ne se serait pas produit si le représentant du mineur ou du majeur incapable l'avait bien surveillé. Le représentant sera tenu responsable dans la mesure où, si l'incapable avait été capable de discernement, le geste commis aurait été fautif. Il est toutefois permis au représentant de l'incapable de se dégager de cette présomption en démontrant l'absence de faute de sa part dans la surveillance de l'incapable, ou alors, en démontrant que bien que la surveillance n'ait pas été assurée le dommage subi se serait produit (cause virtuelle).

Tout comme le représentant légal, les éducateurs, gardiens, médecins, hôpitaux, institutions psychiatriques, etc., pourront être tenus responsables de la faute ou du fait de l'incapable qui se trouve sous leur garde, à la suite d'une délégation de pouvoirs de la part du représentant de l'incapable. Ils seront présumés fautifs (article 491 du Code civil).

Lorsque dans l'exercice de son activité professionnel un mineur (seize ans) ou un majeur handicapé (handicap physique ou psychique) cause un préjudice à autrui, le code civil impose au commettant la responsabilité de la faute commise par son préposé dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit d'une responsabilité sans faute du commettant, même si le préposé a consciemment commis une faute (article 500 du Code civil).

Toute personne majeure ou mineure émancipée (mandant) ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle (interdiction) ou curatelle (inhabilitation) peut désigner une ou plusieurs personnes (mandataire) pour la représenter. Dans les

rapports entre mandants et mandataires, la responsabilité des contractants susceptible d'être engagée est, en principe, de nature contractuelle. Aussi, le mandataire est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution. Il est présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat. Seulement, le jour où le mandant ne sera plus en état, physique ou mental, de pourvoir seul à ses intérêts, s'il est mis sous tutelle ou curatelle, le mandataire ne pourra plus protéger les intérêts personnels et/ou patrimoniaux du mandant (articles 1175 et 1176 du Code civil). Le mandat cesse d'être valable à partir du moment où le majeur est déclaré inapte et la loi ne prévoit pas la possibilité de donner mandat en prévision de ces incapacités.