

« *Vulnérabilité et aptitude* »

David Noguéro, professeur à l'Université de Paris Descartes Sorbonne Paris Cité (IDS - UMR-INSERM 1145)

La vulnérabilité est présentée sous plusieurs angles dans la réunion relative à ce thème de l'association Henri Capitant de 2018, auxquels il est renvoyé, notamment pour les définitions variées¹. Le *Vocabulaire juridique Capitant* ne s'attarde pas outre mesure sur la notion, en renvoyant simplement à la situation de faiblesse en droit pénal². Il en va ainsi car la vulnérabilité est probablement trop proche de sa réalité factuelle multiple. Pourtant, d'aucuns peuvent estimer qu'il s'agit d'une notion juridique. Du moins, la vulnérabilité est susceptible d'avoir des effets en droit. Incontestablement, la vulnérabilité s'inscrit dans un phénomène multiforme de montée au droit.

La jonction des deux mots dans le libellé du sujet « *Vulnérabilité et aptitude* » invite à tracer les répercussions de la vulnérabilité sur l'aptitude³. La thématique abordée lors des journées consacrées au sujet conduit à se limiter au domaine patrimonial⁴, à l'exclusion de celui de la protection de la personne, lui-même important. Quelle vulnérabilité et quelle aptitude ou inaptitude ? D'emblée, signalons que le pluriel devra être préféré au singulier pour chacun des termes. Dans le Code civil, les mots « vulnérable » ou « vulnérabilité » n'apparaissent pas formellement, comme celui d'« inapte », mais au contraire des autres vocables : l'« inaptitude »⁵ ou de l'« aptitude »⁶. Il faut aller plus loin que ces textes épars⁷.

Lorsque la Cour de cassation s'est penchée sur la vulnérabilité, dans son rapport annuel pour l'exercice 2009, elle a adopté une conception extensive de celle-ci⁸ afin de défendre sa

¹ La remarquable synthèse finale de Thierry Revet.

² J. Pradel, Brèves remarques sur la vulnérabilité, un concept moderne en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur du Doyen R. Bernardini, Parcours pénal*, L'Harmattan, 2017, p. 213. - Et F. Froment, La protection de la personne âgée en droit pénal substantiel, in *Dossier La personne âgée, sujet de protection du droit*, RDSS 2018-5, p. 809 ; L. Ascensi, La protection pénale des personnes âgées vulnérables : aspects processuels, in *Dossier La personne âgée, sujet de protection du droit*, RDSS 2018-5, p. 814.

³ V. pour des détails, nos réponses au questionnaire de notre collègue Brigitte Lefebvre, coordonnant le thème « *Vulnérabilité et aptitude* », sur le site internet de l'Association Henri Capitant.

⁴ Not. Ouvrage collectif, ss. dir. G. Raoul-Cormeil et J.-M. Plazy, *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015. Dont : Th. Verheyde, La protection de la personne et des biens : une distinction problématique en droit des majeurs protégés, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 287 ; J. Hauser, La vocation à la plénitude de la protection du majeur, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 369.

⁵ C. civ., art. 396 (celle de l'organe protecteur) ; art. 464 (du majeur à défendre ses intérêts ; période suspecte) ; art. 812-1-1 (mandat à effet posthume ; celle de l'héritier) ; art. 832-2 (attributions préférentielles ; celle du demandeur à la reprise d'exploitation) ; art. 1426 (régime matrimonial, communauté ; inaptitude de gestion d'un époux).

⁶ C. civ., art. 373-2-11 (modalités de l'autorité parentale ; celle des parents) ; art. 399 (celle des membres du conseil de famille à choisir) ; art. 405 et art. 447 (celle des tuteurs) ; art. 832-3 (attributions préférentielles ; celle des postulants).

⁷ Avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, est introduit un paragraphe 1 *La capacité* (in sous-Section 2 *La capacité et la représentation*, Section 2 *La validité du contrat*, Chapitre II *La formation du contrat*, sous-Titre I *Le contrat*, Titre III *Des sources d'obligations*, du Livre III), C. civ., art. 1145 suiv..

⁸ Rapport annuel 2009, 3^e partie Étude, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, site Internet. Avant-propos du professeur Xavier Lagarde. Et X. Lagarde, La protection des personnes vulnérables, entre audace et tempérance, JCP G 2010, Libres propos, 463. - Aussi, 106^e Congrès des Notaires de France, *Les personnes vulnérables*, Strasbourg, 2006. Précédemment, 80^e Congrès des Notaires de France, *Le notariat et les personnes protégées*, Versailles, 1984. Puis, 113^e Congrès des Notaires de France, *Familles, Solidarités, Numérique ; le notaire au coeur des mutations de la société*, Lille, 2017.

reconnaissance pour offrir la protection par une interprétation de faveur des règles plutôt téléologique que littérale. L'avant-propos de l'étude souligne la rareté, hors droit pénal, de la mise en avant, ouvertement, de la condition de la vulnérabilité pour l'intervention de la Cour, tout en indiquant que son œuvre de politique jurisprudentielle ne porte pas seulement sur l'application des dispositifs protecteurs des personnes vulnérables. Néanmoins, parmi les personnes entrant dans la catégorie de celles vulnérables figuraient, notamment, celles aux facultés personnelles altérées, soumises à un régime de protection juridique des majeurs, ainsi que les enfants, comme les personnes âgées ou celles dont la santé est altérée.

Dans notre perspective, une telle appréhension de la vulnérabilité par le rapport de 2009 est à la fois trop large (emprunteur, salarié...), par l'hétérogénéité des situations regroupées - certes pour les besoins d'une présentation transversale de l'activité de la juridiction⁹ -, et pas assez précise quant à la notion elle-même, lorsqu'il s'agit de l'appliquer tant aux majeurs aux facultés altérées qu'aux mineurs, sujets de notre attention. Certes, dans l'avant-propos de l'étude de la Haute Cour, les enfants et les adultes incapables sont assurément classés, avec d'autres, dans la catégorie de la vulnérabilité dite personnelle, celle « dont la cause est liée à la personne ou à son patrimoine et dont les conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé ». Les caractéristiques personnelles, qui seules nous intéressent ici, ne sont pas les conditions économiques de l'existence de l'individu, dénommés les moyens de sa liberté offerte par sa qualité de sujet de droit¹⁰. Sur cette seule thématique, déjà riche, nous nous permettons de renvoyer à la riche littérature que les manuels recensent. Nous nous bornerons à quelques références sans la moindre prétention à l'exhaustivité.

Selon les dictionnaires, la vulnérabilité traduit le caractère de ce qui est vulnérable¹¹. En partant de l'étymologie, on trouve ce qui peut être blessé, et, encore, qui est faible, ou peut

⁹ Tout en admettant le défaut d'exhaustivité, l'avant-propos de l'étude de 2009 traite de l'homogénéité difficile à atteindre, même si le point jugé commun est que l'individu vulnérable est « celui que sa fragilité expose à un désagrément, sinon un mal », appréhension intuitive à dépasser. L'exposition à un risque, trop répandue, ne suffit pas à rendre opérationnelle la notion, d'où la nécessité de cerner les maux craints, avec le critère de gravité distinctif du normal et du pathologique. Les personnes vulnérables sont « celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés ». La conception personnelle de la vulnérabilité (faiblesse personnelle qui empêche *a priori* l'individu d'exercer convenablement l'ensemble des attributs de la personnalité juridique) est distinguée de celle dite réelle, du fait des choses, faiblesse se manifestant ponctuellement en raison des circonstances.

¹⁰ Par parenthèse, il convient de distinguer strictement de la protection juridique les mesures sociales - non examinées ici - que sont la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP) et la mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ), qui ne crée aucune incapacité (C. civ., art. 495-3). En réaction par rapport à certaines dérives antérieures, le cumul de l'accompagnement social avec la protection civile est prohibé depuis la réforme de 2007 (C. civ., art. 495-1). - *Adde* J. Hauser, obs., *Vulnérable ou protégéable : deux notions à ne pas confondre*, RTD civ. 2010, p. 761.

¹¹ Les travaux sont très nombreux sur le thème, qui dépassent souvent notre seul sujet, si bien que nous ne saurions être exhaustif. Not. F. Cohet-Cordey (ss. dir.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000 ; F. Rouvière (ss. dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, Études de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2011 ; *Vulnérabilités, handicap et droit des incapacités aux nouvelles capacités*, Journée notariale de la personne et des familles (20 janv. 2010), RLDC, juill.-août 2010, supplém. n° 73. - Encore : L. Dutheil-Warolin, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse Limoges, 2004 ; V. Gittard, *Protection de la personne et catégories juridiques, Vers un nouveau concept de vulnérabilité*, thèse Paris II, 2005 ; Cl. Lacour, *Vieillesse et vulnérabilité*, thèse Toulouse I, 2006, PUAM, 2007 ; S. Zouag, *L'accompagnement dans la protection juridique des majeurs, une notion en devenir*, thèse Lyon III, 2015 ; M. Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, thèse Bordeaux, 2015 ; J. Dugne, *Essai sur la vulnérabilité du majeur en droit privé*, thèse Montpellier, en préparation, dir. F. Vialla. - Aussi : B. Lavaud-Legendre, La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction, RDSS 2010-3, p. 520 ; B. Beignier, Synthèse, in *Vulnérabilités, handicap et droit des incapacités aux nouvelles capacités*, RLDC juill.-août 2010, suppl. n° 73, p. 76 ; B. Delabre, D'une incapacité, créer de nouvelles capacités, in *Vulnérabilités, handicap et droit des*

être attaqué. Pour nous, ce sera une personne vulnérable. L'adjectif a parfois tendance à se substantiver afin d'évoquer les « vulnérables », population hétérogène éminemment diverse.

La source de la vulnérabilité est variable chez les personnes physiques qui nous intéressent. Toutefois, pour le droit, quoique vulnérable, toute personne a incontestablement la personnalité juridique¹², et peut potentiellement s'exprimer ou se manifester par son activité sur la scène juridique en sa qualité de sujet de droit, seul ou par d'autres techniques comme la représentation ou l'assistance. La vulnérabilité ne conduit pas forcément à une inaptitude, ou une aptitude très réduite, comme elle n'est en rien synonyme de minorité, d'incapacité ou de mesure de protection juridique¹³. Néanmoins, elle entretient des rapports avec ces notions et peut s'y manifester de diverses manières.

Le modèle de l'être de volonté du droit civil est également, en pratique, un être de chair et d'esprit dont la fragilité accompagne, substantiellement, l'enfant mineur, en formation progressive, ou peut se révéler, à l'âge adulte, pour une cause quelconque, à telle ou telle occasion. La construction abstraite du sujet se rapproche alors davantage de considérations concrètes. On retrouve l'âge, jeune ou vieux, avec le phénomène du vieillissement de la population, jusqu'à la dépendance, comme la santé dégradée, par la maladie, le handicap ou une autre étiologie.

En France, le mineur est la personne, quel que soit son sexe (il n'y a plus de sexe dit faible, qui reste néanmoins beau), qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans¹⁴. Depuis 1974, ce seuil brutalement franchi, à n'importe quelle minute de la journée, le mineur s'éveille majeur jusqu'à sa mort, disposant également de la majorité électorale. Il quitte le statut de la minorité qui se veut protecteur de son immaturité (capacité de jouissance ; incapacité d'exercice). Celle-ci décline depuis le jour de sa naissance, avec une progression différenciée chez chacun, malgré des points communs dans cette croissance. Le nourrisson ou l'enfant en bas âge, souvent qualifiés d'*infans*, sont habituellement jugés plus loin de la maturité que les pré-adolescents ou les adolescents, ou jeunes adultes. La minorité apparaît comme un parcours d'apprentissage et d'émancipation, jusqu'à l'autonomie entière, sans bornes. La maturité est cet état qui approche le complet développement, sinon le point de perfection de l'individu concerné. La minorité est un printemps qui aspire à l'été, avant l'automne de la vie et l'hiver annonciateur de son crépuscule. La montée de sève vers la lumière offre le discernement, cette faculté de juger sainement pour régler sa conduite, en distinguant le bien du mal. Pour

incapacités aux nouvelles capacités, RLDC juill.-août 2010, suppl. n° 73, p. 8 ; Th. Fossier, Peut-on légiférer sur la vulnérabilité ?, in Dossier *La protection de la personne majeure vulnérable ou comment concilier protection et autonomie*, Dr. fam. févr. 2011, Étude 2 ; J. Hauser, Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ?, RLDC, n° 83, juin 2011, n° 4288, p. 69 ; P. De Luca, L'Union européenne et la protection des personnes vulnérables, in *Mobilité et protection des personnes vulnérables en Europe : connaissance et reconnaissance des instruments*, Société de Législation Comparée, coll. « Colloques », vol. 23, oct. 2014, p. 67 ; Y. Favier, Vulnérabilité et fragilité : réflexion autour du consentement des personnes âgées, RDSS 2015-4, p. 702 ; M. Borgetto, La protection des personnes âgées et handicapées : entre droit social et droit civil, RDSS 2015-4, p. 757 - L.-F. Pignarre, Le notaire confronté à la vulnérabilité, RJPF mai 2018-5/8.

¹² Dans le présent cadre, il ne s'agit aucunement de s'intéresser au débat de la personnalité juridique ou non de l'embryon ou du fœtus. Nous traitons de personnes nées, viables et vivantes.

¹³ B. Moore, Considérations terminologiques sur les notions d'aptitude et de capacité, in Mélanges en l'honneur d'E. Deleury, *La personne humaine, entre vulnérabilité et autonomie*, éd. Yvon Blais, 2015. - F. Lhuillier, *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, thèse Lyon III, 2005.

¹⁴ C. civ., art. 414 ; art. 388, al. 1^{er} ; anc. art. 488, al. 1^{er}. Dans le Livre I *Des personnes*, Titre X *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Chapitre I *De la minorité*, C. civ., art. 388 s.. La majorité civile (auparavant fixée à 21 ans) est en harmonie avec la majorité électorale et celle pénale. - *Adde* : G. Cornu, L'âge civil, in *Mélanges P. Roubier*, t. 2, *Droit privé Propriété industrielle littéraire et artistique*, Dalloz Sirey, 1961, p. 9.

autant, en règle susceptible des nuances de l'exception, la capacité juridique ne s'acquiert pas progressivement ou graduellement.

En France, une fois la majorité atteinte, la personne demeure majeure, pouvant jouir et exercer ses droits (capacités de jouissance et d'exercice), jusqu'à son décès qui emporte également sa personnalité juridique. De l'autre côté du temps de vie écoulé, il n'y a pas un statut comparable à la minorité une fois franchi un seuil d'âge (70, 80, 85 ou 90 ans). Cependant, en doctrine, il a pu être proposé de considérer la faiblesse liée exclusivement à l'âge afin de protéger systématiquement la fragilité qui en découlerait : un statut de la séniorité¹⁵. Imposer mécaniquement un tel statut, serait-ce par inspiration d'expériences étrangères¹⁶, ne semble pas une voie pertinente pour appréhender l'avancée du grand âge. En lui-même, un chiffre ne donne que le nombre des années, pas l'état des facultés de l'individu, qui est seul pertinent et très variable, comme le soulignent la gérontologie et l'expérience vulgaire. L'infantilisation voulue protectrice par l'effet du seuil d'âge nous paraît inappropriée. Qui aurait estimé Victor Hugo ou le Doyen Carbonnier vulnérables en raison uniquement du constat de leur âge avancé ?

Toutefois, la vulnérabilité peut frapper l'individu pendant son existence, signe d'une débilité du corps ou/et de l'esprit. Malgré son invulnérabilité légendaire, Achille avait une fragilité fatale du talon. Nous ne sommes pas baignés entièrement dans le fleuve Styx, nous apportant une immunité absolue face à la vulnérabilité, même si certains attendent beaucoup des progrès de la science, au travers du transhumanisme¹⁷, jusqu'à une forme d'immortalité, véritable pari du futur¹⁸. Pour l'heure, le législateur n'est pas dupe du temps nécessaire pour notre épanouissement en maturité, puis de notre finitude comme de la possible altération de nos

¹⁵ Not. D. Guével, Et si l'on reparlait de « séniorité » ?, D. 2018, Éditorial, p. 1201. - Comp. V. Depadt-Sebag, L'EREMA à la recherche d'un statut des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, D. 2011, Entretien, p. 2720 ; M.-A. Gillet-Hauquier, Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité, LPA 13 janv. 2005, n° 9, p. 7 ; H. Fulchiron, Pour un instrument international sur la protection des personnes âgées vulnérables, Mélanges en l'honneur de M.-F. Callu, LexisNexis, 2013, p. 189 ; H. Fulchiron, L'accompagnement des personnes âgées vulnérables : nouveau concept juridique, nouvelle conception de la protection, Dr. fam. mars 2017, Étude 19 ; S. Moisdon-Chataigner, Une mesure de protection juridique adaptée aux spécificités de la maladie d'Alzheimer, Dr. fam. juin 2017, Étude 6 ; A. Vignon-Barrault, Les droits fondamentaux de la personne âgée, in Dossier *La personne âgée, sujet de protection du droit*, RDSS 2018-5, p. 759 ; Y. Lécuyer, La prise en compte du vieillissement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Dossier *La personne âgée, sujet de protection du droit*, RDSS sept.-oct. 2018-5, p. 76. - Adde K. Lefeuvre-Darnajou, *La pré-incapacité des majeurs vulnérables*, thèse Rennes 1, 2001 ; C. Gérard, *Les droits de la personne âgée : proposition d'un statut de post-majorité*, thèse Université d'Avignon, 2018. - Rapp. implic., sur le déclenchement, en deux temps, du mandat de protection future, dont une phase avant altération constatée des facultés personnelles, Rapport de mission interministérielle. *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 21 sept. 2018, dit Rapport Anne Caron-Dégliise, Avocate générale à la Cour de cassation, spéc. pp. 45-46.

¹⁶ Ana Paula Ariston Barion Pérès et Th. Fossier, Vulnérabilité ou affaiblissement : quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien, Dr. fam. 2005, chr. 20.

¹⁷ Pour le droit, not. J. Hauser, L'homme augmenté, Rapport introductif, in *L'homme augmenté face au droit*, X. Labbé (ss. dir.), Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 21 ; C. Lequillier, Le possible interventionnisme du droit face au transhumanisme, JDSAM 2016-14, p. 12 - J. Le Gars, Homme augmenté, transhumanisme en embuscade, Dr. fam. juin 2018, Étude 14 - B. Bévière-Boyer, Les recherches non thérapeutiques sur le corps humain, Dr. fam. juin 2018, Étude 17.

¹⁸ Déjà, les difficultés contemporaines à gérer ! - Adde : G. Séraphin, Protection des majeurs, protection de l'enfance : Comment construire une politique publique de protection ?, RJPF juin 2017-6/7 ; Ph. Malaurie, Le Droit des personnes et la Protection des mineurs et des majeurs sous le regard du professeur Malaurie, Defrénois 14 sept. 2017, n° 18, p. 11.

facultés personnelles, tant corporelles que mentales, au cours de notre existence. Il existe des personnes qui ont un besoin de protection, malgré leur majorité¹⁹.

La faiblesse, qui est d'abord un fait juridique, est reconnue par le droit français. L'âge faible est chronologiquement celui de l'enfance, mais pas seulement, surtout avec le phénomène du vieillissement de la population dans les sociétés dites développées²⁰. Certains peuvent y rester, d'autre en sortir, mais point définitivement, et chuter plus tard. Un esprit faible peut se laisser manipuler, dominer ou abuser. La faiblesse est ce manque de force, physique, ou des facultés intellectuelles, de la raison. Elle est aussi, au figuré, un manque de talent ou de capacité, au sens de compétences. La faiblesse traduit le manque d'empire sur soi-même dans un système théoriquement forgé sur l'autonomie de la volonté du sujet de droit, avec l'arrière-fond de l'égalité des personnes.

La faiblesse que traduit la vulnérabilité prend sa signification non en soi, mais dans le rapport avec autrui. N'oublions pas que le droit gère les relations des personnes. Le mouvement des droits fondamentaux, qui n'est pas sans lien avec une forme d'individualisme, axe prioritairement sa réflexion sur l'individu. L'objectif est souvent de permettre l'effectivité de ses droits et la reconnaissance de prérogatives, de droits subjectifs ou libertés.

Dans notre champ d'étude, souvent sous l'effet d'instruments supranationaux, l'autodétermination²¹ comme le plaidoyer pour l'autonomie débridée sont à l'œuvre. Ils sont porteurs de nombreuses revendications ou de changements de paradigme, y compris au nom de la lutte contre les discriminations ou du respect de la dignité et des libertés individuelles²². Parfois, apparaît encore le sentimentalisme. Il s'agirait ne pas brimer les élans des personnes vulnérables, en les laissant libres de prendre des risques à assumer, comme des erreurs (lourdes ?), en les accompagnant, aidant, soutenant, sans décision substitutive. Un tel mouvement a sa réception, en France, notamment avec le Rapport du groupe de travail Anne

¹⁹ C. civ., art. 425 ; anc. art. 488, al. 2 ; art. 1145, al. 1^{er} ; art. 1146, 2^o ; anc. art. 1124.

²⁰ Observations anciennes. V. R. Savatier, Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, D. 1958, chr., p. 95 ; G. Cornu, La maladie physique, élément de l'état des personnes ?, Mac Gill Law Journal 1961, n° 4, vol. 7, p. 24 ; R. Savatier, Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil, D. 1968, chr., p. 109 ; J. Hauser, La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes, RDSS 1992, p. 467 ; F. Chabas, La protection du vieillard, Dr. & patr., oct. 1996, p. 54 ; J.-P. Gridel, L'âge et la capacité civile, D. 1998, chr., p. 90 ; D. Roman, Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne, RDSS 2008, p. 267 ; Ph. Malaurie, Le grand âge, LPA 15 oct. 2008, n° 207, p. 3 ; Th. Fossier, Le législateur des pauvres en esprit, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis Dalloz 2012, p. 95. - Des visions opposées : J.-C. Lombois, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, thèse Poitiers, 1961, LGDJ, Paris, t. 48, 1963, préf. J. Carbonnier ; J. Pradel, *La condition civile du malade*, thèse Poitiers, 1961, LGDJ, Paris, t. 39, 1963, préf. G. Cornu.

²¹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recomm. n° R (99) 4 du 23 févr. 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, et Recomm. CM/Rec (2009) 11, 9 déc. 2009 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité. - *Adde* : Ch. Schall, Le portail des procurations préventives du C.N.U.E. : la voie vers un avenir plus autodéterminé en Europe, in *Mobilité et protection des personnes vulnérables en Europe : connaissance et reconnaissance des instruments*, Société de Législation Comparée, coll. « Colloques », vol. 23, oct. 2014, p. 47.

²² Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 déc. 2006, Assemblée générale des Nations Unies. CIDPH ratifiée par la France. V. Loi n° 2009-1791 du 31 déc. 2009 *autorisant la ratification de la convention relative aux droits des personnes handicapées* ; Décret n° 2010-356 du 1^{er} avr. 2010 *portant publication de la convention relative aux droits des personnes handicapées (ensemble un protocole facultatif), signée à New York le 30 mars 2007*. - *Protection juridique des majeurs vulnérables*, Rapport du Défenseur des droits, sept. 2016. - *Contra* : Cour des comptes, *La protection juridique des majeurs. Une réforme ambitieuse, une mise en œuvre défailante*, rapport sept. 2016, pp. 39-40. - *Adde* : F. Vasseur-Lambry, Le statut civil du majeur protégé et le droit supranational des droits de l'homme, Dr. fam. févr. 2011, Étude 3.

Caron-Dégliise en 2018²³, avec des appréciations contrastées en doctrine²⁴. Depuis, en 2019, sont intervenues les conclusions « sévères » de la rapporteuse spéciale Catalina Devandas-Aguilar, par suite de son séjour hexagonal en octobre 2017²⁵. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice²⁶ apporte quelques modifications du dispositif en vigueur, qui parfois s'inspirent de ce mouvement, sans toutefois le consacrer entièrement.

Précisons qu'il nous apparaît pour le moins délicat d'affirmer sans nuance une autonomie sans limite, qui pourrait aller jusqu'à méconnaître l'intérêt de la personne vulnérable, objectif législatif exprimé dans les principes généraux de la protection²⁷. Déjà, l'autonomie n'existe réellement pour ces personnes vulnérables que si elle est vécue, non simplement proclamée²⁸. Ensuite, même avec un terreau individuel favorisant la reconnaissance d'une telle autonomie, celle-ci mérite un encadrement car il ne faut jamais occulter la protection due au motif de la vulnérabilité admise, par hypothèse. De plus, l'autonomie ne peut se mouvoir que dans le respect de la sécurité juridique. C'est dire que les prérogatives de l'un devront s'accorder dans

²³ Rapport de mission interministérielle. *L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables*, 21 sept. 2018, ci-après le Rapport Anne Caron-Dégliise. - Approbations : E. Pecqueur, Rapport Caron-Dégliise : des propositions ambitieuses, une réponse politique défailante ?, AJ fam. oct. 2018, Point de vue, p. 491 ; N. Peterka, Plaidoyer pour une protection plus respectueuse des personnes vulnérables, D. 2018, Point de vue, p. 2146. - Plus nuancé : I. Maria, obs., Nouveau rapport sur la protection juridique des personnes : feue l'incapacité juridique, Dr. fam. nov. 2018, comm. n° 266 ; G. Raoul-Cormeil, Rapport Caron-Dégliise : 104 propositions pour quelle réforme ?, LEFP nov. 2018, 111r8, p. 5, et Les distorsions entre la théorie et la pratique du droit des majeurs protégés, JCP G 2019, Étude 121. - Réserves anticipées : D. Noguéro, Agitation ou tempête pour le droit des majeurs protégés ?, JCP G 2018, Libres propos, 698.

²⁴ Juges diplomates : E. Pecqueur, A. Caron-Dégliise et Th. Verheyde, Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ?, D. 2016, chron., p. 958. - Critique ouverte : D. Noguéro, Pour la protection à la française des majeurs protégés malgré la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, RDSS 2016-5, p. 964. - Plus accueillant, avec des nuances : J. Hauser, Discrimination, JCP G 2016, Édito, 704, et obs. Majeurs protégés : difficile équilibre entre volonté et protection (Tribunal suprême espagnol, 3 juin 2016), RTD civ. 2017, p. 356 ; I. Maria, L'aspect subversif des droits de l'homme en cause dans le domaine de la protection juridique, Dr. fam. 2016, comm. n° 248 ; M. Mercat-Bruns, Comment repenser la capacité de la personne vulnérable ?, Revue de droit du travail, n° 1, janv. 2018, p. 31. - Plus partisans : Dossier, *L'accompagnement des personnes majeures vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique*, Dr. fam. mars 2017, Études 17 à 26, dont H. Fulchiron, L'accompagnement des personnes majeures vulnérables : entre nécessité juridique et exigence éthique, Dr. fam. mars 2017, Étude 17 - M. Baudel, Repenser la protection des majeurs protégés au regard de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Dr. fam. avr. 2018, Étude 8 ; N. Peterka, Majeurs vulnérables : quel accompagnement pour demain ?, D. 2018, Entretien, p. 1800.

²⁵ Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, 5 mars 2019, A/HRL/40/54/Add.1 (22 pp.), not. p. 15 s., n° 60 s. : sur le « déni de la capacité juridique ». Approche fondée sur les droits de l'homme (not. p. 6, n° 20). Confusion par assimilation sans nuance des personnes handicapées et des personnes sous tutelle ou curatelle (p. 15, n° 60). Recommandation de suppression de toutes les formes de décisions substitutives (p. 21, n° 86, a) et b)).

²⁶ Conformité à la constitution pour les majeurs protégés, Cons. const. 21 mars 2019, 2019-778 DC, cons. 43-46, 183-184, 377 s..

²⁷ C. civ., art. 415, al. 3.

²⁸ *Adde* D. Noguéro, Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés, JDSAM 2017-16, p. 128, et Élection, droit de vote, droits fondamentaux et majeurs protégés. Hommage à un juge des tutelles humaniste, in *La vie privée de la personne protégée, In memoriam Thierry Verheyde* (coord. G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise), éd. Mare & Martin, coll. Droit privé & science criminelle, 2019, Étude 6, p. 75, et *Addendum* mars 2019, V. www.davidnoguero.com

les relations avec les autres²⁹. Négliger cette réalité est condamner la mise en œuvre concrète de l'autonomie qui suppose un rapport à autrui.

Ayant identifié nos personnes vulnérables, dont la vulnérabilité est variable en nature et en degré, qu'en est-il au regard de l'aptitude ? De façon générale, quelqu'un qui est apte a les qualités requises ; il a une disposition à certaines choses. L'aptitude est une disposition naturelle, une faculté, à pouvoir réaliser une action. Cela peut également être une compétence acquise par la formation ou par l'expérience.

Le *Vocabulaire juridique Capitant* définit l'aptitude, tant en droit qu'en fait, pour l'objet de notre étude. L'aptitude de droit est une vocation juridique, une qualité correspondant, chez la personne à laquelle elle est reconnue, à une potentialité de droit. Le rapprochement est fait avec la capacité juridique avec laquelle elle est parfois synonyme, même si elle est une notion plus large.

L'aptitude de fait est une capacité de fait, une disposition naturelle. C'est la disposition naturelle ou acquise, qui est supposée jusqu'à preuve du contraire chez un majeur quand il s'agit de l'aptitude générale à exercer ses droits. L'antonyme est l'inaptitude, comme pour l'inapte celui d'apte. L'inaptitude exprime (plus vaguement, est-il indiqué par le *Vocabulaire*) toute incapacité de droit ou de fait. L'incapable de droit est légalement frappé d'une incapacité de jouissance ou d'exercice, ce qui le soumet à un régime juridique, comme l'est le majeur incapable ou protégé. Il en va de même pour la minorité, période de vie s'étendant de la naissance à la majorité, imposant le principe d'une incapacité d'exercice au mineur. L'incapable de fait est désigné comme la personne qui, bien que non (ou non encore) soumise à un régime d'incapacité juridiquement établi ou de protection juridique, est, en fait, dans l'impossibilité de pourvoir à ses intérêts ou d'accomplir un acte.

L'incapacité au sens strict est une inaptitude juridique. On devine que l'on fréquente ainsi des notions classiques sur lesquelles on ne peut s'attarder ici outre mesure³⁰. On tiendra pour acquis les définitions habituellement fournies, de la personnalité juridique - cette aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations pour la personne physique -, aux capacités de jouissance et d'exercice³¹. Retenons seulement le lien fait entre aptitude et capacité, et inaptitude et incapacité.

²⁹ Exemple, pour la capacité commerciale du curatelaire avec assistance pour les actes de disposition, Civ. 1^{re}, 6 déc. 2018, avis n° 15015, n° 18-70.011 : Bull. civ. I ; JCP G 2018, 1338, note D. Noguéro ; LEFP janv. 2019, 111u2, p. 2, obs. A. Gossin-Gorand ; JCP N 2019, Aperçu rapide, 158, obs. N. Baillon-Wirtz ; AJ fam. janv. 2019, p. 41, obs. G. Raoul-Cormeil ; Défrénois 21 févr. 2019, n° 8, 145s6, p. 26, obs. J. Combret ; D. 2019, p. 365, note N. Peterka ; Dr. fam. mars 2019, n° 64, note I. Maria ; LPA 28 févr. 2018, n° 43, p. 6, note Ch. Rieubernet ; JCP N 2019, 1114, note S. Moisdon-Chataignier ; RJPF 2019-2/16, obs. S. Mauclair ; et A. Gosselin-Gorand, L'exercice de l'activité commerciale par un majeur sous curatelle affirmé par la Cour de cassation ? À propos de Cass. 1^{re} civ., avis, 6 déc. 2018, n° 18-10011, Défrénois 14 févr. 2019, n° 7, doct., 144h4, p. 21.

³⁰ Occasionnellement, sera ici employé le terme incapacité pour viser les différentes mesures de protection juridique indépendamment de l'impact plus ou moins conséquent sur la capacité juridique.

³¹ R. Saleilles, Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés, Bulletin de la Société d'Études législatives, t. III, 1904, p. 262, t. IV, 1905, p. 135 ; R. Houin, Les incapacités, RTD civ. 1947, p. 383 ; J. Hauser, La notion d'incapacité, LPA 17 août 2000, n° 164, p. 3 ; A. Sacaze, La capacité des personnes physiques, LPA 1^{re} juill. 2004, n° 131, p. 46 ; V. Mikalef-Toudic et A. Cermolacce, Catégorie de personnes et capacité, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil. Catégorie de personnes et droit privé*, ss. dir. P. Bloch, C. Duvert, N. Sauphanor-Brouillaud, Economica, coll. Études juridiques, 2006, p. 42 ; P. Catala, Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil, JCP N 2008, 1267. - Encore : S. Godelain, *La capacité dans les contrats*, préf. M. Fabre-Magnan et

Le vocable « incapacité » n'a pas toujours bonne réputation et a conduit à préférer souvent le substitut de la vulnérabilité³². Il est fréquemment suggéré ou ordonné de glisser vers un adoucissement voire un édulcorant. Par la langue employée, le législateur cherche à faire montre de psychologie pour ne pas heurter. On voudrait probablement que les termes choisis servent de thérapeutique et jettent un voile pudique sur des réalités crues. Les termes « incapable » ou « incapacité » sont chassés par le législateur contemporain, du moins lorsqu'il intervient spécifiquement pour les règles dédiées à ces personnes vulnérables. Le classicisme - ou conservatisme, pourraient défendre certains - de l'appellation ne disparaît pas systématiquement. En témoignent l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*³³, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, ou aussi l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant³⁴. Quelles que soient les raisons justifiées ou la mode, l'incapacité demeure encore une expression parlante, commode, qui peut éviter de recourir à des périphrases.

Il faut se garder d'accoler une valeur péjorative à ces différents vocables qui traduisent simplement une réalité technique et humaine. Il n'y a pas une opposition de la protection et de l'incapacité, bien au contraire. Au final, il faut protéger. Il ne faut pas saborder la protection pour une vaine querelle de mots mais, au contraire, l'encourager afin de traiter les maux qui perdurent. Et il faut toujours se résoudre à poser la question de protéger comment. C'est dans la mise en œuvre des incapacités qu'il faut se montrer fin psychologue afin de saisir la variété des profils et de personnaliser la protection dans le respect de chaque personne.

En pratique, il est vrai que le vocabulaire employé n'est pas toujours rigoureux ou recouvre différentes réalités. Convenons de distinguer, pour les personnes vulnérables dans le domaine patrimonial, la capacité de fait de celle de droit, juridique ou légale, et leur revers qu'est l'incapacité.

La première est également dite capacité naturelle³⁵. En dépit d'une éventuelle incapacité de droit en place, la capacité de fait permet d'accorder valeur à l'expression concrète de tel individu. On s'intéresse alors à son consentement, à sa volonté, à son discernement, malgré la protection en place, qui ne prive pas forcément toujours de cette aptitude, du moins de manière absolue et continue. On tient compte de l'état psychologique réel de l'individu. Le très jeune enfant ou le fou complet est incapable d'avoir une conscience et une volonté efficaces (en droit). Autre chose est le caprice du désir extériorisé, même avec insistance. Une telle capacité de fait peut produire des effets indépendamment de l'existence d'un régime de protection organisé ou de la condition juridique du mineur. Dans sa face négative (incapacité de fait), on peut la rapprocher de l'hypothèse dans laquelle une personne est hors d'état

A. Supiot, LGDJ-Fondation Varenne, 2007 ; I. Maria, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, t. 44, 2010.

³² J. Hauser, Réflexion sur la protection de l'incapable, in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227 ; Faut-il brûler le droit des incapacités ? Commentaires de futures décisions, RTD civ. 1998, p. 656 ; L'incapable et nous, JCP N 1999, p. 863 ; Des incapables aux personnes vulnérables, Dr. fam. 2007, chr. 14 - Th. Fossier, L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer, Defrénois 2005, art. 38076, p. 3, et Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux, JCP N 2008, 1277.

³³ Ou incapable. C. civ., art. 1117, 1146, 1147, 1148, 1160, 1342-2. Encore, hors réforme des contrats, art. 373, 495-3, 902, 911, 1037, 1043, 1844-12, 1844-16, 1873-7, 1873-8, 1925, 1970, 1994.

³⁴ C. civ., art. 76, 155, 162.

³⁵ F. Bétaillole-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse Bordeaux IV, 1999.

d'exprimer un consentement, de manifester sa volonté, envisagée par des textes³⁶. Une incapacité de fait traduit une inaptitude de fait, concrète. Pour le majeur, elle était, autrefois, qualifiée de *démence de fait* (expression générique sans connotation scientifique stricte), aujourd'hui d'insanité (d'esprit, est-il surabondamment ajouté) ou de trouble mental, soit un défaut ou une absence de consentement³⁷. Les termes sont équivalents.

L'incapacité de droit est une construction juridique. On s'inspire de la situation de fait, mais on la dépasse, même si parfois il peut y avoir une superposition, comme dans le cas d'un nouveau-né. La dissociation peut exister car la part d'artifice peut être plus ou moins importante. Sans même revenir à la « feue » incapacité de la femme mariée, on va déclarer un adolescent incapable en droit, sous le statut de la minorité, même s'il peut avoir, par ailleurs, une capacité naturelle³⁸. Pour les majeurs, il s'agit des mesures continues de protection dénommée protection juridique et comprenant celles judiciaires (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) et celles conventionnelles (les mandats de protection future), ainsi que l'habilitation familiale, mesure hybride du mandat judiciaire familial³⁹, qui a subi une excroissance avec l'introduction de la technique de l'assistance en 2019, partant un changement de nature⁴⁰. Les mesures affectant la capacité juridique appartiennent au domaine de la loi.

Rapprochée de l'aptitude, la vulnérabilité doit être saisie dans une optique relationnelle, dans les rapports des sujets de droit entre eux. C'est pourquoi, ce qui importe est la répercussion de la vulnérabilité sur l'activité juridique. Le but est de ne pas isoler les personnes vulnérables des autres en les faisant fuir par un déséquilibre de traitement des intérêts en présence.

Selon l'article 8 du Code civil, « *Tout Français jouira des droits civils* ». Nous sommes tous égaux en droit ; d'aucuns moins que d'autres en fait. Ce constat neutre n'a pas de valeur hiérarchique. La ségrégation par catégories est une tâche du droit afin d'appliquer des régimes adaptés. Il existe des personnes moins compétentes que d'autres, moins aptes, moins capables, voire incapables. Il ne faut pas en faire un enjeu idéologique, ou un jugement de valeur, dans un sens ou dans l'autre. Mais, la différence doit souvent être prise en considération pour être compensée sur la scène juridique autant que possible. On peut y voir une expression de l'égalité réelle plus que formelle.

Il devient dès lors important de mesurer l'impact de la vulnérabilité sur l'activité juridique. A-t-elle une conséquence sur l'aptitude de celui qui est considéré comme vulnérable ? Sous cet

³⁶ C. civ., art. 120, 217, 219, 252-1, 373, 432, 433, 494-4, 815-4, 836, 1426, 1429, 2405, 2446. Comp. impossibilité de manifester la volonté, art. 149, 150, 159, 328, 343-1, 348, 348-2, 413-2.

³⁷ Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 6, n° 19 : l'art. 414-1 C. civ. sur l'insanité ne serait pas conforme à l'article 12 de la convention !

³⁸ M. Grimaldi, L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, in *L'enfant, la famille, l'argent*, Paris, LGDJ, 1991, p. 101 ; J. Hauser, Jeunes majeurs et vieux mineurs, in *Liber Amicorum* M.-T. Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille, éd. Bruylant, 1998, p. 315. - Comp. J.-J. Lemouland, L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, RTD civ. 1997, p. 1.

³⁹ Civ. 1^{re}, 20 déc. 2017, n° 16-27.507 : Bull. civ. I ; D. 2018, p. 223, note D. Noguéro ; Sol. Not. 18 janv. 2018, n° 1, inf. 20, p. 31, obs. N. Peterka ; Gaz. Pal. 6 févr. 2018, n° 5, 311h9, p. 13, note V. Montourcy ; LEFP févr. 2018, n° 111b7, p. 1, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. févr. 2018, p. 125, obs. G. Raoul-Cormeil ; Dr. fam. mars 2018, n° 73, note I. Maria ; Procédures, mars 2018, n° 87, note M. Douchy-Oudot ; Defrénois 29 mars 2018, n° 13, 134u7, p. 29, obs. J. Combret ; RTD civ. 2018, p. 74, obs. D. Mazeaud ; LPA 25 avr. 2018, n° 83, p. 13, 1^{re} esp., note G. Raoul-Cormeil ; JCP N 2018, 1228, note A. Tani ; D. 2018, Pan., p. 1458, spéc. p. 1469, obs. D. Noguéro ; Dr. & patrimoine, juin 2018, n° 281, p. 14, spéc. p. 16, obs. H. Fulchiron et B. Balivet.

⁴⁰ J. Combret et D. Noguéro, Personnes vulnérables, habilitation familiale et mandat de protection future : réforme de la justice et prospective, Defrénois **XX** avril 2019, n° **IX**, doct., **XXXXX**, p. **XX**.

aspect, on subodore que l'inaptitude du mineur est une situation transitoire jusqu'à l'acquisition de la majorité. En route, des seuils de pré-majorité pourraient consacrer un espace d'autonomie⁴¹. À l'inverse, l'inaptitude devient un accident pour le majeur en raison d'une éventuelle cause de vulnérabilité l'affectant, de façon ponctuelle ou avec chronicité. La règle est celle de l'aptitude qui conduit à lui accorder la capacité juridique⁴², grâce à laquelle il est « présumé » émettre un consentement valable, et défendre personnellement ses propres intérêts. La progression de l'âge et de l'état de santé dégradé pourrait expliquer une réflexion sur une pré-incapacité de l'adulte avant même de glisser dans l'incapacité.

Le réflexe premier est de s'interroger en terme de protection des personnes vulnérables, comme l'a montré le rapport 2009 de la Cour de cassation évoqué. Elle est primordiale. Mais, est-elle exclusive ? Pour exister, et aspirer à l'efficacité, une telle protection ne saurait négliger les tiers. Sans jugement de valeur, qui consacrerait un rapport d'infériorité, ces tiers sont les personnes dites « normales », ou « ordinaires », au sens où elles ne subissent pas une cause de vulnérabilité comme celles à qui on les compare. Dans l'activité juridique, il s'agit d'appréhender la situation de personnes jugées dans une situation différente à la normale, à supposer que l'on puisse établir un critère au moins relatif de la normalité⁴³. Il ne faut pas négliger que même une personne vulnérable est susceptible, par son comportement, de troubler la situation d'autrui. La protection est une remise à niveau afin de pouvoir agir et échanger avec les autres. Celle-ci effectuée, il convient d'assumer les suites de son action au détriment d'autrui.

Cette logique conduit à borner notre étude⁴⁴. Dans le présent cadre, la réflexion est limitée au domaine patrimonial, à l'exclusion de celui de la protection de la personne dans lequel les manifestations de la vulnérabilité ne sont certes pas ignorées. Place y est également faite, conséquemment, à l'aptitude du sujet de droit, mineur ou majeur, à privilégier, si possible.

Nous cantonnerons néanmoins l'examen de l'aptitude aux actes juridiques et à la responsabilité civile dans le champ indiqué. Cela permet de constater un double mouvement qui est principalement à l'œuvre, avec des nuances internes. En effet, la vulnérabilité ne conduit pas à l'aveuglement d'un traitement uniforme de l'aptitude ou de l'inaptitude⁴⁵.

Dans son rapport avec les autres sujets de droit, la personne vulnérable, mineure ou majeure, prétend légitimement à sa protection. Il faut veiller à préserver son aptitude ou à trouver des remèdes à son inaptitude, spécialement en ce qui concerne la conclusion des actes juridiques. En premier lieu, nous examinerons la vigilance face à la vulnérabilité pour l'acte juridique (I). Toutefois, les personnes vulnérables peuvent causer des dommages à autrui. Le risque de l'inaptitude est à attribuer. En second lieu, sera envisagé le refoulement de la vulnérabilité pour la responsabilité civile (II).

I. La vigilance face à la vulnérabilité pour l'acte juridique.

⁴¹ Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2014.

⁴² Sur une fusion/confusion de l'aptitude et de la capacité juridique, au nom des droits fondamentaux, en prospective, Rapport Anne Caron-Déglise, 21 sept. 2018, proposition n° 1, modifiant l'art. 414 C. civ.. Et Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 15 s., n° 60 s..

⁴³ G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Quadrige/PUF, coll. « Galien », éd. 2013.

⁴⁴ En outre, dans le respect des thèmes de réflexion confiés par l'association Capitant pour le sujet délimité, intitulé « *Vulnérabilité et aptitude* ».

⁴⁵ Sur ce constat pour la maladie, D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse Paris II, 2000, dir. G. Durry.

Selon Carbonnier, « *Si le fou était seul, qu'aurait-il besoin d'un droit ? Il est vrai qu'on ne s'apercevrait plus qu'il est fou* »⁴⁶. Nous vivons en société, qui n'est pas exclusivement une cour de récréation. Même Robinson Crusoé a eu Vendredi sur son île ! Ne l'oublions pas : le droit est fait par les hommes, pour les hommes. Il faut appréhender les différences qui peuvent se manifester entre les individus du fait de la vulnérabilité. Le droit va promouvoir la reconnaissance de la vulnérabilité afin de mieux protéger l'aptitude de la personne, ou de pallier son inaptitude, de diverses façons.

Traditionnellement, pour réaliser des actes juridiques⁴⁷, sont exigés la capacité juridique et le consentement⁴⁸, qui sont les formes d'aptitude reconnues par le droit. La vulnérabilité est susceptible d'affecter l'une et l'autre. En fonction de son intensité et de sa nature, la vulnérabilité constatée peut produire des effets de droit. Le but est d'organiser, par anticipation, les suites de l'inaptitude, ou de protéger l'aptitude soumise à l'atteinte de la vulnérabilité. Malgré la vulnérabilité, une marge d'initiative pourra être réservée à la personne en fonction de son aptitude de fait.

Cette vigilance s'exerce dans deux directions au regard de l'intensité de la vulnérabilité : la protection de la vulnérabilité (A) et l'autonomie par l'aptitude (B). Nous n'entrerons pas dans le parfait détail technique des règles évoquées, l'idée étant plutôt de relever les tendances générales.

A) La protection de la vulnérabilité.

Classiquement, conditions de validité de l'acte juridique, on retrouve le consentement et la capacité juridique. La vulnérabilité peut affecter l'un ou l'autre par l'inaptitude qu'elle entraîne. Aussi, on peut se trouver confronté à une inaptitude en présence de la capacité juridique (1) ou à une inaptitude traduite en incapacité (2).

1) L'inaptitude en présence de la capacité juridique.

Elle concerne davantage le majeur que le mineur, du moins celui non émancipé⁴⁹. Malgré la capacité juridique acquise, la vulnérabilité est prise en considération pour apprécier l'existence et la qualité du consentement (a), voire des incapacités de défiance (b).

a) Existence et qualité du consentement.

La vulnérabilité exerce une menace variable sur le consentement, serait-ce déjà en fonction de la réceptivité de l'individu concerné et donc de l'impact sur sa volonté⁵⁰. Capable en droit, le majeur est inapte en fait à manifester un consentement. Au moment où il paraît l'exprimer, il est atteint d'un trouble mental qui conduit au défaut de consentement⁵¹. Or, il faut être sain

⁴⁶ J. Carbonnier, *Droit civil 1/ Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, Thémis Droit privé, PUF, 17^e éd. refondue, 2000, n° 146, p. 302.

⁴⁷ Définition et régime, C. civ., art. 1100-1.

⁴⁸ C. civ., art. 1128, 1° et 2° ; anc. art. 1108.

⁴⁹ Sur l'émancipation du mineur, C. civ., art. 413-1 suiv..

⁵⁰ M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* 1995, p. 573.

⁵¹ O. Simon, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, *RTD civ.* 1974, p. 707 ; J.-F. Pillebout, Les risques de nullité pour incapacité, *JCP N* 1983, p. 279 ; D. Fenouillet, Le régime des actes juridiques. Présentation des travaux, in *L'âge et l'argent. Protection du patrimoine des personnes âgées*, Les cahiers de Droit et procédure, n° 3 Le régime des actes juridiques ; J.-P. Gridel, La sénescence mentale et le droit, *Gaz. Pal.* 21-22 mars 2001, 1, doct., p. 4 ; J. Klein, Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental, *Defrénois* 2006, art. 38382, p. 695 ; M.-L. Cicile-Delfosse, L'autonomie de la personne vulnérable au regard de la réforme du 5 mars 2007. La faculté de remettre en cause les actes de la personne vulnérable pour insécurité d'esprit, *La revue des notaires*, n° 45, mai 2009, p. 6 ; D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, les sanctions hors mesures de protection organisée, *LPA* 23

d'esprit pour consentir sauf à ce que l'acte encoure la nullité de droit, relative⁵². Le régime juridique de l'action varie mais la cause de l'insanité est pathologique qui comprend toutes les variétés d'affections par l'effet desquelles l'intelligence de l'auteur de l'acte a été obnubilée ou sa faculté de discernement dérégulée. Cette protection occasionnelle (selon l'expression du Doyen Carbonnier), acte par acte, permet de revenir sur une vulnérabilité passée.

On retrouve un tel retour en arrière pour les actes de la période suspecte, lorsqu'a été ouverte ultérieurement une tutelle, curatelle ou habilitation familiale⁵³. L'incapacité de droit ne rétroagit pas mais l'incapacité de fait notoire peut être critiquée par cette autre voie⁵⁴. Avec la réforme des majeurs protégés du 5 mars 2007, la nullité facultative de protection, qui exige désormais de démontrer un préjudice, est une sanction subsidiaire par rapport à celle de la réduction de l'acte « *sur la seule preuve de l'incapacité à défendre ses intérêts, par suite de l'altération des facultés personnelles* ».

Le délit pénal de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'un mineur ou d'une personne ayant une vulnérabilité particulière pour différentes causes⁵⁵, peut conduire à un acte gravement préjudiciable pour la victime⁵⁶. Il est jugé que la vulnérabilité ne correspond pas nécessairement à l'insanité, et inversement. Néanmoins, pour se prononcer sur le sort de l'acte, dans le respect de l'autorité de la chose jugée, le délit peut s'avérer utile dans telle espèce. Selon les cas, il peut y avoir une superposition vulnérabilité/insanité⁵⁷.

déc. 2009, n° 255, p. 6 ; Ch. Barthelet, Le notaire confronté dans la pratique à la faiblesse de son client civilement capable. D'une obligation de vigilance à un devoir de conseil renforcé, jusqu'au refus d'instrumenter, JCP N 2012, 1195 ; J.-M. Plazy, Les actes juridiques des majeurs protégés, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz 2012, p. 549 ; G. Raoul-Cormeil et F. Rogue, L'insécurité juridique tenant à l'insanité ou à l'incapacité d'une partie à l'acte notarié, LPA 30 avr. 2015, n° 86 spécial, p. 27 ; J. Leproux, La sécurité des actes juridiques face à l'incapacité et la mort, LPA 30 avr. 2015, n° 86 spécial, p. 47 ; L. Mauger-Vielpeau, Des actes patrimoniaux accomplis du vivant de la personne dans l'urgence de la fin de vie, in *Éthique et conditions de la fin de vie*, dir. A. Batteur et G. Raoul-Cormeil, éd. Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, 2016, Étude 29, p. 343 ; G. Raoul-Cormeil, La personne âgée et le risque d'insanité, RDSS 2018-5, p. 790 ; I. Maria, L'existence du consentement, insaisissable condition de validité du contrat, in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre, Le droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, 2018, p. 561.

⁵² C. civ., art. 414-1 ; art. 414-2 ; art. 901 (libéralités) ; art. 1129 (contrat). Et C. civ., anc. art. 489 ; anc. art. 489-1. Nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles sur ces questions. – V. Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 6, n° 19 : l'art. 414-1 du code civil sur l'insanité ne serait pas conforme à l'article 12 de la convention ! Consternant.

⁵³ C. civ., art. 464 ; art. 494-9 (modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 29, 9°) ; modifiant le régime de l'anc. art. 503 C. civ..

⁵⁴ J. Massip, L'article 503 du Code civil, Defrénois 1985, art 33541, p. 737 ; Ch. Boillot, Régime des actes conclus sous l'empire d'un trouble mental, dans la période qui précède la mise en place d'un régime protecteur, RLDC, n° 42, oct. 2007, n° 2714, p. 57 ; K. Salhi, La régularité des actes passés avant et après les mesures de protection, JCP N 2008, 1273 ; D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Première partie, les sanctions hors mesures de protection organisée, LPA 23 déc. 2009, n° 255, p. 6 ; A. Dumery, Regards sur l'apparition du préjudice en droit des personnes protégées, in *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuver-Défossez*, Montchrestien, 2012, p. 81 ; J.-M. Plazy, Les actes juridiques des majeurs protégés, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz 2012, p. 549 ; P. Murat, Retour sur quelques difficultés d'interprétation de l'article 464 du Code civil, Defrénois 15-30 août 2017 n° 15-16, 126y3, p. 879.

⁵⁵ Not. dossier *Le délit d'abus d'ignorance ou de faiblesse*, AJ pénal, mai 2018, p. 220 s..

⁵⁶ C. pén., art. 223-15-2.

⁵⁷ A. Cerf-Hollender, Le délit d'abus de faiblesse au moyen d'un acte juridique et plus spécialement d'un testament : grain de sable ou tremblement de terre pour la sécurité juridique ?, LPA 30 avr. 2015, n° 86 spécial, p. 52.

La question est donc de savoir quelle est l'incidence de la décision pénale définitive au civil. L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil s'attache à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé. L'autorité de chose jugée au pénal sur le civil ne s'attache qu'aux motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision définitive. Il n'y a donc aucun automatisme, dans un sens ou dans l'autre, quant au sort de l'acte, qu'il y ait relaxe ou condamnation.

Si le consentement existe, la vulnérabilité a pu altérer sa qualité. Son intégrité est protégée par les vices du consentement : erreur, dol et violence⁵⁸. En elle-même, la vulnérabilité ne constitue pas un tel vice, cause de nullité relative⁵⁹. Toutefois, elle permet, à l'occasion, de faciliter la preuve de ses éléments constitutifs⁶⁰. Les juges peuvent y être sensibles, notamment pour apprécier le caractère déterminant du vice sur le consentement. La réforme des contrats du 10 février 2016, ratifiée par la loi du 20 avril 2018, a introduit, dans le vice de violence, l'abus de l'état de dépendance du cocontractant procurant un avantage manifestement excessif⁶¹. Si la dépendance économique est visée, il faudra voir si l'interprétation pourrait comprendre l'abus de vulnérabilité, même si la loi de ratification du 20 avril 2018 ne paraît pas y encourager *a priori*.

b) Incapacités de défiance.

Brièvement, signalons que plusieurs textes, pour les libéralités, mais aussi pour des actes à titre onéreux, prennent en considération le rapport d'influence qui peut exister entre certaines personnes, dont celles vulnérables. Leur rédaction a pu évoluer dans le temps⁶². La nullité de l'acte litigieux est susceptible d'être poursuivie afin de protéger la vulnérabilité.

Les soins en dernière maladie ou l'hébergement ou l'accueil dans certains établissements ou chez des particuliers, de celui que l'on souhaite protéger, justifient des interdictions assorties de la nullité avec des exceptions, ou imposent de recueillir préalablement une autorisation judiciaire afin de réaliser l'acte⁶³. Plutôt que de lister des exceptions soumises *a posteriori* pour examen aux aléas de l'appréciation judiciaire, on peut préférer la généralisation du

⁵⁸ C. civ., art. 1130 suiv. ; anc. art. 1109 suiv. ; art. 901 (libéralités).

⁵⁹ F. Magnin, *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques*. L'abus de situation, JCP 1976, I, 2780 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *La vulnérabilité et le vice de violence*, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : étude de droit français et de droit comparé*, ss. dir. F. Rouvière, Bruylant, 2010, p. 340.

⁶⁰ D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., t. 1.

⁶¹ C. civ., art. 1143, rédaction de 2016 modifiée et en vigueur au 1^{er} oct. 2018. - S. Lequette, *Les prémisses de l'abus de dépendance psychologique*, LPA 19 oct. 2016, n° 209, p. 6 ; L. Mauger-Vielpeau, *Que reste-t-il de l'abus de vulnérabilité ?*, LEFP juill. 2018, 111k3, p. 6.

⁶² Notamment, après la loi n° 2015-1776 du 28 déc. 2015 *relative à l'adaptation de la société au vieillissement*, et l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 *portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁶³ C. civ., art. 909 ; CASF, art. L. 116-4 ; CSP, art. L. 3211-5-1 (établissement psychiatrique) ; C. civ., anc. art. 1125-1 ; CASF, anc. art. L. 331-4 ; anc. art. L. 443-6. V. encore, pour la vente, C. civ., art. 1596. - L. Mauger-Vielpeau, *Des actes patrimoniaux accomplis du vivant de la personne dans l'urgence de la fin de vie*, in *Éthique et conditions de la fin de vie*, dir. A. Bateur et G. Raoul-Cormeil, éd. Mare & Martin, coll. Sciences & Droit, 2016, Étude 29, p. 343 ; P. A. Girard, *Les interdits fondés sur une présomption de captation*, Defrénois 15-30 août 2017, n° 15-16, 127e2, p. 887 ; M. Gayet, *Les défis de l'anticipation successorale chez les personnes âgées : gratifier sans s'exposer*, in *Dossier La personne âgée, sujet de protection du droit*, RDSS 2018-5, p. 800, spéc. p. 803.

système d'autorisation préalable afin d'éviter de douter de la validité de l'acte jusqu'à sa contestation et le sort de la procédure. L'incapable est ici celui dont on se méfie, sur qui s'exerce le soupçon. La doctrine évoque souvent la « présomption de captation » pour cette règle de fond qui interdit de rapporter la preuve que la personne malade aurait valablement consenti une libéralité sans subir une quelconque pression ou influence.

En face, la personne est protégée en raison de sa situation de vulnérabilité dans certains rapports identifiés qui font craindre l'abus d'influence ou d'exploitation⁶⁴. La personne n'est pas nécessairement sous un régime de protection, bien que cela soit possible, puisque depuis le 1^{er} janvier 2009 les organes professionnels seuls visés, que sont les mandataires judiciaires à la protection des majeurs, quelle que soit la forme d'exercice, intègrent la catégorie des incapables⁶⁵. Selon les textes, sont également dans le cercle des incapables ceux exerçant la tâche de bénévoles ou de volontaires.

La critique s'exerce parfois au sujet de ce type d'incapacités. En effet, à force d'élargir le cercle de ceux qui ne peuvent traiter avec la personne vulnérable, celle-ci subit, par contrecoup, une incapacité de donner ou de tester ou de contracter car, se trouvant isolée ou en conflit avec ses proches, elle a pour contact et relation, voire affection, les seules personnes qu'elle rencontre dans le cadre dans lequel l'interdiction est dressée ! Un effet pervers est à éviter. Il s'agit donc d'un délicat équilibre à établir pour prémunir les individus d'influences critiquables (but louable), et pour leur permettre de « récompenser », de gratifier, ou de conclure des actes avec des personnes qui assument leur charge.

À un stade supérieur, la vulnérabilité va conduire à l'organisation d'une protection continue.

2) L'inaptitude traduite en incapacité.

La vulnérabilité est un facteur d'altération de la capacité juridique. Elle justifie la mise en place d'une incapacité juridique⁶⁶, qui est constatée ou prononcée (a). Ce régime se veut protecteur, d'où la sanction pour incapacité (b) si les procédures instituées ne sont pas suivies.

a) L'incapacité constatée ou prononcée.

Le type de vulnérabilité qui conduit à l'incapacité est variable. Pour cause d'immatrité ou pathologique, la capacité juridique va connaître un temps pour être admise pour tous et une remise en question pour certains : de l'incapacité du mineur (1°) à celle du majeur (2°).

1° L'incapacité du mineur.

À dix-huit ans, « *chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* », selon l'article 414 du Code civil. *A contrario*, le mineur en dessous de ce seuil d'âge ne dispose pas de la capacité d'exercice⁶⁷. Certains peuvent y voir une espèce de privation de liberté, malgré

⁶⁴ Outre la présomption simple d'interposition de personnes et la libéralité déguisée sous forme de contrat à titre onéreux, C. civ., art. 911.

⁶⁵ Civ. 1^{re}, 17 oct. 2018, n° 16-24.331 : Bull. civ. I ; JCP N 2018, 851, obs. I. Maria ; JCP G 2018, Act., 1168, obs. I. Maria ; Dr. fam. déc. 2018, n° 287, note I. Maria ; AJ fam. déc. 2018, p. 691, obs. N. Levillain ; BJDA 2018, n° 60, obs. M. Robineau ; JCP N 2019, 1107, note A. Tani ; D. 2019, p. 682, note G. Raoul-Cormeil ; et D. Noguéro, *L'incapacité de recevoir à titre gratuit ne s'applique qu'au mandataire judiciaire à la protection des majeurs*, Defrénois 14 mars 2019, n° 11, doctrine, 145s1, p. 20.

⁶⁶ C. civ., art. 1146 ; anc. art. 1124.

⁶⁷ J. Stoufflet, *L'activité juridique du mineur non émancipé*, in *Mélanges offerts à P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 782 ; Ph. Conte et J.-C. Montanier, *Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé*, JCP N 1986, I, p. 401 ; A. Cermolacce, *Les contrats du mineur*, Dr. fam. juin 2006, chr. 27 ; A. Dumery, *La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives*, Gaz. Pal. 7-8 janv. 2009, p. 4. - Encore : *Le statut du*

le statut protecteur octroyé. Il nous semble qu'il ne faut pas occulter la spécificité du mineur qui monte à la capacité juridique - avant même son indépendance concrète, le plus souvent, en pratique - par un apprentissage et un épanouissement progressifs. Dès lors, confiance est prioritairement faite aux parents, y compris à la famille monoparentale⁶⁸. Il demeure que l'incapacité d'exercice du mineur, de principe, n'est en rien absolue.

L'incapacité d'exercice du mineur, de principe, est générale qui est une protection tenant compte de son inaptitude naturelle, liée à son immaturité, pour décider seul raisonnablement. Automatique dès la naissance, jusqu'à la majorité, elle couvre aussi bien l'enfant en bas âge que l'adolescent. L'incapacité est simplement constatée ; c'est la condition juridique de tout mineur.

Il faut distinguer l'autorité parentale accompagnée de l'administration légale, situation statistiquement dominante, de la tutelle, ouverte dans des circonstances exceptionnelles. Comme remède à cette incapacité, le ou les parents, investis de l'autorité parentale, exercent l'administration légale réformée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 *portant simplification et modernisation du droit de la famille*⁶⁹. À défaut, de façon plus marginale en pratique, c'est la tutelle du mineur⁷⁰, toujours dans son intérêt. Il s'agit de représentation du mineur, le représentant légal agissant en son nom et pour son compte, avec ou sans autorisation selon les cas⁷¹. Dans l'acte juridique, le mineur est engagé comme l'est le majeur protégé par son représentant⁷². Dans le Livre I *Des personnes* du Code civil, est commun le Titre XII *De la gestion du patrimoine des mineurs et majeur en tutelle*⁷³.

mineur : plus de droits, plus de protections, LPA 9 mars 2012, n° 50 spécial, dont F. Bicheron, L'enfant et son patrimoine, LPA 9 mars 2012, n° 50 spécial, p. 30 ; H. Poivey-Leclercq, Le patrimoine du mineur et les nouveaux droits de l'enfant, LPA 9 mars 2012, n° 50 spécial, p. 41.

⁶⁸ Situation particulière : V. Mikalef-Toudic, Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant réforme de l'administration légale, Dr. fam. nov. 2016, Étude 46.

⁶⁹ Dans le Livre I *Des personnes*, Titre IX *De l'autorité parentale*, Chapitre II *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant*, C. civ., art. 382 s. - N. Peterka, Déjudiciarisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. À propos de l'ordonnance du 15 octobre 2015, JCP G 2015, Aperçu rapide, 1160 ; A. Batteur et Th. Douville, Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015. Présentation critique de l'administration légale, D. 2015, chron., p. 2330 ; J. Combret et N. Baillon-Wirtz, Quand modernisation rime avec confusion : l'administration légale selon l'ordonnance du 15 octobre 2015, JCP N 2015, Étude, 1238 ; I. Maria et G. Raoul-Cormeil, La nouvelle administration légale : 1 + 1 = 1 ? , Dr. fam. janv. 2016, Étude 4, p. 17 ; H. Gratadour, De la modification de la protection des mineurs et des majeurs vulnérables par l'ordonnance portant simplification et modernisation du droit de la famille, RLDC mars 2016, n° 135, p. 36 ; A. Pando, Mineurs et majeurs : de nouvelles mesures de protection juridique sont applicables, LPA 15 avr. 2016, n° 76, p. 7 ; A. Gouttenoire, L'harmonisation des pouvoirs dans la nouvelle administration légale, in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, éd. Connaissances et Savoirs, coll. Droit civil et procédures, 2018, p. 27 ; B. Desfossé, L'administration légale des biens du mineur dans la pratique notariale, in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, éd. Connaissances et Savoirs, coll. Droit civil et procédures, 2018, p. 43 ; P. Auffer, L'administration légale et l'avocat, in *Simplification et modernisation du droit de la famille : mythe ou réalité ?*, éd. Connaissances et Savoirs, coll. Droit civil et procédures, 2018, p. 59 ; J. Combret et A. Houis, Focus sur la représentation du mineur non émancipé, JCP N 2018, Étude 1360. - Encore : *L'administration légale*, Dossier, AJ fam. juill. 2016, p. 361 s. ; Dossier *Le renouveau de la gestion patrimoniale du mineur : Quels pouvoirs, quelles contraintes pour l'administrateur légal ?*, Act. prat. strat. patrimoniale juill.-août 2017, dont : N. Baillon-Wirtz, La substance de la nouvelle administration légale, Étude 16, et Le renouveau et les limites de la gestion du patrimoine du mineur, Étude 17 ; N. Peterka, Les actes interdits dans la gestion du patrimoine du mineur, Étude 19.

⁷⁰ Dans le Titre X *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Chapitre II *De la tutelle*, C. civ., art. 390 s..

⁷¹ C. civ., art. 388-1-1 ; art. 405 ; art. 408.

⁷² Th. Fossier, La représentation légale des incapables, une théorie à construire, Dr. fam. mai 2004, chr. 10 ; A. Karm, La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle, Dr. fam. mai 2007, chr. 18 ; N. Couzigou-

L'acte de disposition ne saurait être permis au mineur. La doctrine peut être davantage nuancée pour un acte d'administration accompli par le seul mineur, du moins s'il n'est pas lésionnaire. En réalité, il n'y a pas capacité juridique mais, au regard de la mise en œuvre des sanctions, on peut déduire que le mineur pourrait effectuer un acte d'administration si jamais il ne lui nuit pas, ce qui pourrait s'exprimer par la non manifestation d'une lésion. C'est un moyen de retrouver de la souplesse lorsque la vulnérabilité s'étiolo au profit d'une aptitude en action.

2° L'incapacité du majeur.

La matière qui avait été refondue par la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs* (inspirée par Jean Carbonnier), a été révisée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, en vigueur au 1^{er} janvier 2009. Cette réforme a depuis été suivie d'autres textes mais elle reste encore la matrice. Il demeure que des réflexions sont menées à la suite de l'interférence de la convention internationale des personnes handicapées, à côté de celle dédiée spécifiquement aux adultes de *La Haye*, entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009, avec la réforme de 2007⁷⁴.

Par principe capable, le majeur aux facultés personnelles altérées peut bénéficier d'un régime de protection juridique dans la palette de ceux disponibles⁷⁵. Il a même pu anticiper la survenance de sa vulnérabilité. En ce domaine où régnait habituellement l'ordre public, une forme de contractualisation est accueillie, à l'œuvre plus généralement dans le droit de la famille et des personnes.

Suhas, La gestion du patrimoine du mineur, JCP N 2013, 1192. - Adde : Ch. Leprince, *L'assistance dans l'élaboration d'un acte juridique*, thèse Rennes 1, 2014 ; M. Beauruel, *La théorie générale du pouvoir en droit des majeurs protégés*, thèse Caen, 2018.

⁷³ C. civ., art. 496 suiv..

⁷⁴ Not. I. Maria, La gestion de l'incapacité en droit international privé, Dr. fam. janv. 2018, Étude n° 9, et Révision du rapport explicatif sur la convention de La Haye du 13 janvier 2000, Dr. fam. oct. 2017, comm. n° 217, obs..

⁷⁵ Sous influence onusienne, le rapport Anne Caron-Dégliise, 21 sept. 2018 voudrait supprimer la tutelle (proposition n° 17), pour la remplacer s'agissant des mesures judiciaires, par une mesure unique (proposition n° 18) ne prévoyant que de façon exceptionnelle la représentation, et privilégiant l'assistance (principe et modalités, propositions n° 19 et 20). Pour le mandat de protection future (proposition n° 41) et l'habilitation familiale (proposition n° 43), serait ajoutée à la possibilité maintenue, là, de la représentation, la technique de l'assistance. - Comp. Th. Verheyde, La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français ?, JCP N 1993, p. 396 ; J. Picard, À l'est du nouveau... *Die Betreuung*. Protection des incapables majeurs. Incidences notariales, JCP N 1994, p. 77 ; A. Rieg, L'« assistance » à des personnes handicapées : le modèle allemand, in *Mélanges D. Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, PU Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 379 ; B. Hohl et M. Valding, Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du droit allemand ?, Gaz. Pal. 2000, n° 99, p. 8 ; E. Pecqueur, A. Caron-Dégliise et Th. Verheyde, Capacité juridique et protection juridique à la lumière de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 est-elle compatible avec l'article 12 de cette Convention ?, D. 2016, chron., p. 958 ; N. Baillon-Wirtz, Le droit allemand de la protection des majeurs : un exemple à suivre ?, *La vie privée de la personne protégée* in *Memoriam Thierry Verheyde*, ss. coord. G. Raoul-Cormeil et A. Caron-Dégliise, éd. Mare & Martin, Droit privé & Science criminelle, 2019, Étude 9, p. 124. - Comp. J.-J. Lemouland, L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, RTD civ. 1997, p. 1.

Dans le respect de la trilogie des principes directeurs de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité⁷⁶, il faudra prioritairement rechercher un instrument autre que l'incapacité⁷⁷ pour accorder une protection sans priver l'intéressé de capacité juridique malgré son inaptitude. Par exemple, il peut s'agir du recours au mandat de droit commun⁷⁸, de préférence animé par un mandataire capable et apte⁷⁹, ou des règles des régimes primaire et matrimoniaux des époux, qui visent davantage les aspects patrimoniaux de la protection.

Il est parfois évoqué la fiducie-gestion⁸⁰. S'il est techniquement et légalement possible d'y recourir au profit de personnes protégées, à certaines conditions⁸¹, il demeure que l'instrument n'est pas envisagé par des utilisateurs en pratique. Peut-être que l'avenir réservera une évolution, ou, du moins, intéressera des personnes voyageant et croisant le *trust*. Pour l'heure, il s'agit d'un instrument non usité en fait bien qu'offert en droit. Cela pourrait favoriser une gestion dynamique du patrimoine, surtout si celui-ci est important ou/et complexe. Mais une immense majorité des majeurs protégés, en France, sont plutôt très pauvres ou modestes. Du coup, une minorité de cette population est concernée, qui pourrait de surcroît préférer le mandat de protection future. Si certains peuvent estimer que la fiducie est étrangère à l'impératif d'anticipation⁸², d'autres pensent plus justement, peut-on défendre, que la fiducie en vue de protéger les majeurs est nécessairement une anticipation, en pratique, par un

⁷⁶ C. civ., art. 428 (modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 29, 2°) ; art. 440 ; art. 494-2. - V. Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 6, n° 19 : le premier de ces textes, avec l'art. 425 C. civ., ne serait pas conforme à l'article 12 de la convention !

⁷⁷ Il faut ici l'entendre de façon générique, au sens de mesure de protection, sans la réduire à une mesure dite « incapacitante ».

⁷⁸ Une fois que le mandant est devenu inapte, l'instrument est-il toujours adapté, qui ne prévoit aucun contrôle extérieur ? La question peut se poser surtout dans un contexte où des procurations peuvent être arrachées à des personnes faibles. La volonté prêtée au mandant n'est-elle pas quelque peu artificielle, en fait ? Le mandataire semble davantage représenter des intérêts lorsque le mandant est vulnérable. En sauvegarde de justice, mesure d'essence plutôt temporaire, le mandat conventionnel donné avant la mesure protectrice perdure sauf décision de suspension ou de révocation du juge qui intervient donc pour apprécier l'opportunité de cette organisation (C. civ., art. 436, al. 1°). - V. la fin du mandat par la tutelle des majeurs, C. civ., art. 2003. En perspective, l'avant-projet de l'Association Capitant de réforme du droit des contrats spéciaux (2017) prévoit que « Le mandat prend encore fin par le décès ou l'incapacité du mandant ou du mandataire » (art. 155). Il faut comprendre l'incapacité largement, comme mesure protectrice, non comme simple mesure « incapacitante ». La dérogation de la sauvegarde de justice serait à examiner. - *Adde* : G. Raoul-Cormeil, Contrat de mandat et incapacités des personnes physiques (à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux), LPA 21-22 mai 2018, n° 101-102, p. 7, et Procuration, mandat et incapacité des personnes physiques, Defrénois 19 déc. 2018, n° 49, Questions-Réponses Pratique, 142h6, p. 17.

⁷⁹ Par comparaison, en l'état actuel du droit, le mineur peut être le représentant d'autrui par le mandat de droit commun (C. civ., art. 1990). C'est la représentation par le mineur ou par un incapable majeur, par extension. La possibilité en droit ne signifie pas fréquence en fait. La règle existe. Pour autant, cela ne signifie pas une dérogation à l'incapacité de principe du mineur, puisque celui-ci n'est que le porte-parole du représenté, du mandant, qui est seul engagé juridiquement, grâce à la technique de la représentation. Pour apprécier une éventuelle défaillance du mineur, il faudrait se reporter aux règles de la minorité. La solution est autre dans la théorie générale de la représentation depuis 2016. C. civ., art. 1160 : « Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction ». Dans l'esprit du législateur en ce domaine, il semble qu'il faille comprendre l'expression « incapacité » comme comprenant les différents régimes de protection du majeur, seraient-ils estimés incapacitants ou non. Par analogie, le statut de la minorité pourrait être compris dans cette logique.

⁸⁰ C. civ., art. 2011 suiv..

⁸¹ Incompatibilité du cumul des qualités d'organe protecteur et de fiduciaire (C. civ., art. 445, al. 3 ; par renvois, art. 437, al. 2 ; art. 480, al. 2). Fiducie interdite après la tutelle ouverte (C. civ., art. 509, 5°), comme pour le mineur (C. civ., art. 387-2, 4° ; art. 408-1), et permise avec assistance du curateur (C. civ., art. 468, al. 2). Obligation du fiduciaire de rendre compte (C. civ., art. 2022).

⁸² Dans cette ligne, Rapport Anne Caron-Déglise, 21 sept. 2018, pp. 48-50, proposition n° 42.

mécanisme ayant vocation à remplacer une mesure (principe de subsidiarité). Dans cette dernière optique, l'avantage serait d'éviter une mesure de protection juridique avec les contraintes du cadre légal du contrat de fiducie.

Si rien ne permet d'octroyer une protection suffisamment efficace de ses intérêts, il faudra officialiser la vulnérabilité en suivant la procédure, les étapes, pour l'ouverture d'une protection juridique, quelle que soit sa forme : judiciaire, conventionnelle ou hybride avec l'habilitation familiale, qu'elle soit spéciale ou générale, c'est-à-dire avec une étendue supérieure quant au pouvoir conféré à autrui. Le besoin de protection sera authentifié et rendu opposable aux tiers, notamment par la publicité de la mesure. Le mandat de protection future reste prioritaire⁸³ et, si les conditions en sont satisfaites, l'habilitation familiale est plutôt à privilégier sur les mesures judiciaires⁸⁴.

L'idée générale reste de sélectionner la mesure la moins contraignante pour la capacité juridique au regard certes de l'altération des facultés personnelles, mais également d'autres facteurs à combiner⁸⁵ comme la situation familiale ou matrimoniale, l'étendue des ressources ou du patrimoine, par exemple. En fonction de l'impact sur l'activité juridique, la réceptivité de chacun aux maux qui l'affectent, et le contexte dans lequel il évolue, introduisent de la variation pour le choix de la mesure. La vulnérabilité est éminemment personnelle, partant subjective, et ne saurait être catégorisée, objectivement et absolument pour chacun, à partir de types de pathologie. En outre, la vulnérabilité est susceptible de changer dans le temps, d'où l'adaptation nécessaire au besoin éprouvé, initialement et périodiquement. Tenir compte des aptitudes résiduelles de l'individu concerné permet de mieux profiler le bouclier de la protection offerte. Il faut tenter de privilégier la haute couture sur le prêt-à-porter que constituent les prototypes des mesures disponibles avant aménagement pour tel utilisateur.

La vulnérabilité de fait sera ainsi convertie en mesure de protection juridique, prononcée ou déclenchée. Différentes garanties entourent la perte partielle de liberté résultant de cette protection continue qui se projette vers l'avenir. La vulnérabilité est compensée par une gradation des mesures, qui laisse plus ou moins d'initiative au majeur pour les actes juridiques. Faisons une présentation sommaire très schématique.

En sauvegarde de justice⁸⁶, habilitation familiale⁸⁷ ou mandat de protection future⁸⁸, le majeur protégé conserve l'exercice de ses droits, avec néanmoins une capacité fragilisée⁸⁹. Toutefois,

⁸³ L'inaptitude est constatée médicalement (C. civ., art. 481), et visée par un greffe (CPC, art. 1258-3), en dehors du juge, car en droit positif il n'existe pas d'homologation du mandat (existence ou/et déclenchement) par une autorité, judiciaire ou autre.

⁸⁴ La vulnérabilité conduisant à la sauvegarde de justice peut transiter par le juge (C. civ., art. 433), et elle peut également être mise en place sans lui, par déclaration médicale, sociale ou socio-médicale (C. civ., art. 434).

⁸⁵ Démarche à suivre, même si la lettre de l'art. 428, al. 2, C. civ. peut *a priori* apparaître comme réductrice.

⁸⁶ C. civ., art. 435, al. 1^{er}.

⁸⁷ C. civ., art. 494-8, al. 1^{er} (modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 9, 8°).

⁸⁸ En vertu des travaux préparatoires de la réforme de 2007 et de l'analyse doctrinale majoritaire. Depuis la réforme des contrats de 2016, comprenant une théorie générale de la représentation - dont on peut se demander si elle est toujours vraiment adaptée à la situation des personnes protégées ayant ses règles et logique spécifiques -, il peut être tiré argument de l'absence de dessaisissement quand le pouvoir est de source conventionnelle (C. civ., art. 1159, al. 2), à l'inverse de celle légale et judiciaire (al. 1^{er}).

⁸⁹ Outre l'insanité, il faut évoquer notamment les actions spéciales en réduction pour excès et rescision pour simple lésion en sauvegarde de justice (C. civ., art. 435) et mandat de protection future (C. civ., art. 488). Précisons qu'une fois le mandat de protection future déclenché, le mandant ou le bénéficiaire ne peut révoquer expressément ou tacitement le pouvoir confié au mandataire, décision appartenant au seul juge (C. civ., art. 489,

même lorsque la mesure est dite non incapacitante (serait-ce avec des nuances), l'inaptitude de fait peut, en pratique, sérieusement freiner l'autonomie du majeur concerné. Il peut être représenté par un organe protecteur qui a priorité⁹⁰, selon les textes, du moins pour les mesures autres que le mandat de protection future⁹¹. Les pouvoirs confiés sont plus ou moins étendus⁹².

La mesure qui peut être plus contraignante ne retire pas nécessairement toute possibilité d'action au majeur protégé. Il en va ainsi lorsqu'est utilisée la technique de l'assistance, conseil et contrôle de l'organe protecteur, qui n'est pas un représentant par principe⁹³. L'assistance complète la capacité juridique du majeur protégé qui doit encore exprimer un consentement⁹⁴. Elle est de principe en curatelle où le curatellaire conserve l'initiative de l'acte de disposition pour lequel il est alors assisté⁹⁵, par la contresignature du curateur⁹⁶, à l'inverse de l'acte d'administration qu'il réalise en principe seul. Quant à la mesure la plus contraignante ou « incapacitante » qu'est la tutelle, le tuteur est représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie civile, en principe, comme le représentant du mineur⁹⁷.

Dans le domaine patrimonial, même si les techniques de représentation et d'assistance existent, avec différents pouvoirs confiés au protecteurs, dans leur mise en oeuvre, il est conseillé de se reporter aux vœux ou directives éventuellement émis par le majeur vulnérable⁹⁸. Ses habitudes passées peuvent aussi être un indice utile à l'occasion. Ces données peuvent certes se trouver périmées d'où leur force relative, mais leur existence et leur valeur reste à peser en situation. Ainsi, l'individualisation de la mesure et la psychologie dans son

al. 2 ; art. 492, al. 3). En parallèle, après la mise en œuvre, le mandataire ne peut spontanément renoncer à sa mission, unilatéralement, ou même avec l'accord du majeur protégé. Seul le juge des tutelles peut le décharger de ses fonctions (C. civ., art. 480, al. 3). En fait, si le mandataire refuse d'exécuter sa mission, une décision le contraignant à agir serait contreproductive, avec menace sur les intérêts de la personne vulnérable, si bien que la cessation du mandat (ou le remplacement du mandataire, transition contractuellement prévue) interviendra, sans préjudice d'un éventuel engagement de sa responsabilité civile.

⁹⁰ Mandataire spécial en sauvegarde de justice (C. civ., art. 435, al. 1^{er} ; art. 437) ; personne habilitée en habilitation familiale (C. civ., art. 494-8, al. 1^{er} ; modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 9, 8°). Sous cet aspect, avec la représentation prioritaire, la mesure devient « incapacitante ».

⁹¹ Pour ce dernier, n'a pas été envisagée la contradiction des actes entre les protagonistes du mandat. En droit commun (C. civ., art. 478), le mandant qui agit, librement, dans la sphère de pouvoir du mandataire, révoque tacitement le pouvoir accordé (heur des textes, C. civ., art. 480, al. 3 ; art. 489, al. 2 ; art. 492, al. 3). Cette logique paraît inappropriée pour le mandat de protection future. Le législateur n'est pas allé au bout de la démarche de la protection juridique par voie conventionnelle. L'homologation pourrait consacrer une incapacité (V. sous Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-18.669 ; D. 2017, p. 191, note, et Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. D. Noguéro). *Contra* : Rapport Anne Caron-Dégliose, 21 sept. 2018, p. 45.

⁹² Dès le 20 avril 2018, le Projet de loi n° 463 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice (art. 16), prévoit l'extension de l'assistance à cette mesure, en sus de la représentation. Il a été amendé par le projet AN, n° 232, 18 févr. 2019 (art. 29). La règle est de droit positif après la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 29), en vigueur au 25 mars 2019.

⁹³ C. civ., art. 469, al. 1^{er}. Pour une représentation exceptionnelle, lorsque le curatellaire compromet gravement ses intérêts (C. civ., art. 469, al. 2) ou en curatelle renforcée (C. civ., art. 472 ; anc. art. 512), si le majeur est inapte à percevoir les revenus et à faire une utilisation normale des fonds (double condition à motiver, sous le contrôle vigilant de la Cour de cassation).

⁹⁴ D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., n° 368.

⁹⁵ C. civ., art. 467, al. 1^{er} ; art. 468 ; et art. 440, al. 1^{er}. En cas de refus du curateur, autorisation supplétive du juge, C. civ., art. 469, al. 3.

⁹⁶ C. civ., art. 467, al. 2.

⁹⁷ C. civ., art. 473, al. 1^{er} ; art. 496, al. 1^{er} ; art. 504 ; art. 505 ; et art. 440, al. 3.

⁹⁸ I. Maria, Directives du majeur protégé et gestion du patrimoine, in *Le patrimoine de la personne protégée*, LexisNexis, févr. 2015, p. 85. - Comp. pour celles issues de la volonté des parents du mineur en tutelle, C. civ., art. 401, al. 1^{er}.

animation peuvent se traduire efficacement sur le terrain. C'est une façon pragmatique de faire vivre l'autonomie à rechercher dans la mesure du possible, en vertu de l'article 415, alinéa 3, du Code civil, sans négliger l'intérêt de la personne faible. Si les beaux principes existent, encore faut-il qu'ils se réalisent concrètement, ce qui suppose des moyens matériels, à différents niveaux, des organes protecteurs jusqu'aux juridictions, en passant par les parquets (donc un budget étatique plutôt que la déjudiciarisation excessive), et, parfois, une évolution des pratiques et mentalités des uns et des autres. Ces dernières ne changent pas forcément au gré des textes trop mouvants. Le masque des droits fondamentaux avec le décor de la déjudiciarisation ne doit pas faire oublier que, quel que soit le texte et son ambition, la manière de l'appliquer importe. Plutôt qu'un dispositif servant la communication politique, il vaut mieux un corpus cohérent, pragmatique, stable et techniquement rigoureux, avec son application raisonnée.

En prospective, il est à relever qu'au nom de l'égalité, et de la lutte contre les discriminations, les mesures dites « substitutives », comme celle de la représentation en tutelle, sont vivement critiquées par notre Défenseur des droits, relais de la Convention internationale sur les personnes handicapées et de l'interprétation amplifiée du texte par son Comité des droits⁹⁹, souhaitant promouvoir l'accompagnement, comme le rapport Anne Caron-Dégliose de 2018. On peut ne pas partager cette position idéologique et peu pragmatique eu égard aux réalités de terrain. En outre, le déclin voulu des mesures judiciaires au nom de la liberté ou des droits fondamentaux cache parfois mal un aspect de la déjudiciarisation instillée, de plus en plus fortement, et les économies budgétaires espérées pour les finances publiques.

Dans le cadre protecteur actuel, il advient que les règles ne soient pas respectées.

b) La sanction pour incapacité.

Elle se traduit généralement par une nullité relative de protection¹⁰⁰, soumise à la prescription quinquennale¹⁰¹, et à son régime, notamment la confirmation de l'acte¹⁰², hormis pour les restitutions réduites à proportion du profit retiré¹⁰³. La vulnérabilité qui attendrait une certaine intensité pourrait servir d'excuse pour l'écoulement du délai, traduite en empêchement conduisant à l'impossibilité d'agir, au moins temporairement¹⁰⁴.

Il en va ainsi pour le mineur qui accomplirait un acte juridique entrant dans son incapacité. Par principe, sa simple déclaration de majorité n'a pas d'incidence sur l'annulation¹⁰⁵. Sans cette règle, la clause de déclaration de majorité deviendrait de style et paralyserait la protection du mineur. Réserve est faite de manœuvres frauduleuses du mineur, fautif, pour dissimuler sciemment sa minorité lors de la conclusion d'un acte. Il serait alors doué de discernement et avec une intention à vraiment relever. On retrouve également la nullité relative pour le majeur protégé. Comme pour le mineur, la nullité est de droit pour les actes

⁹⁹ Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 15, n° 60 : critique également de la technique de l'assistance en curatelle.

¹⁰⁰ C. civ., art. 1147 ; anc. art. 1125 ; art. 1179, al. 2 ; art. 1181.

¹⁰¹ C. civ., art. 1152 ; anc. art. 1304 ; art. 2224.

¹⁰² C. civ., art. 1151, al. 2.

¹⁰³ C. civ., art. 1352-4, rédaction maladroite modifiée par la loi de ratification de 2018, interprétative. - S. Tetard, Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du code civil (ou les risques de la simplification), D. 2017, chron., p. 77.

¹⁰⁴ C. civ., art. 2234. Déjà, jurisprudence sous l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*. - J. Carbonnier, La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*, Rev. crit. légis. et jurisp. 1937, p. 155.

¹⁰⁵ C. civ., art. 1149, al. 2.

postérieurs à la tutelle¹⁰⁶, accomplis par le tuteur seul, sans passer par la représentation¹⁰⁷. Il n'y a pas à démontrer un préjudice au contraire de la nullité facultative en cas de défaut d'assistance pour réaliser l'acte¹⁰⁸, hypothèse de la curatelle¹⁰⁹. Le juge a alors un pouvoir d'appréciation, en fonction des circonstances de la cause selon la jurisprudence.

En dehors de l'habilitation familiale qui ne les prévoit pas, il existe aussi les actions spéciales en rescision pour simple lésion, sans quotité fixée, et en réduction pour excès¹¹⁰. Elles s'appliquent pour les majeurs à la capacité fragilisée ayant agi dans leur sphère de capacité juridique résiduelle.

Observons l'interférence regrettable du droit commun des contrats après sa réforme de 2016, sur les sanctions propres aux majeurs protégés, hormis ceux sous mandat de protection future non visé¹¹¹, mesure qui offre pourtant les actions spéciales comme en sauvegarde de justice¹¹². L'article 1151, alinéa 1^{er}, du Code civil énonce que « *Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci* »¹¹³. Si des auteurs se réjouissent de cette interférence, d'autres regrettent vivement ces nouvelles règles susceptibles d'affaiblir la protection due aux personnes faibles au nom de la sécurité juridique des tiers¹¹⁴. Pour l'heure, la jurisprudence ne s'est pas prononcée.

Alors que la nullité est relative, donc de protection, partant simplement ouverte à celui que l'on souhaite défendre, il est permis au cocontractant d'y faire obstacle. Pour cela, il doit

¹⁰⁶ D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée, LPA 5 janv. 2010, n° 3, p. 5 ; N. Peterka, Le sort des actes de gestion du patrimoine de la personne vulnérable, LPA 4 nov. 2010, n° 220 spécial, p. 18 ; J.-M. Plazy, Les actes juridiques des majeurs protégés, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis Dalloz 2012, p. 549.

¹⁰⁷ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 3^o.

¹⁰⁸ J. Massip, La valeur juridique des actes en cas d'ouverture d'une curatelle, Defrénois 2009, art. 38975, p. 1461 ; D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée, LPA 5 janv. 2010, n° 3, p. 5 ; D. Noguéro, Critère de la nullité facultative pour défaut d'assistance en curatelle publiée et opposable, Defrénois 13 sept. 2018, n° 36, doctr., 139c3, p. 23.

¹⁰⁹ C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o. Solution étendue à l'habilitation familiale avec assistance à partir du 25 mars 2019 (C. civ., art. 494-9, al. 2).

¹¹⁰ C. civ., art. 435 (sauvegarde de justice) ; art. 488 (mandat de protection future) ; et art. 465, al. 1^{er}, 1^o (régime spécial pour les mesures judiciaires). - D. Noguéro, Les sanctions des actes juridiques irréguliers des majeurs protégés, Seconde partie, les sanctions sous mesures de protection organisée, LPA 5 janv. 2010, n° 3, p. 5 ; N. Peterka, La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés, AJ contrat, mars 2018, p. 107.

¹¹¹ C. civ., art. 1150. Hormis aussi l'insanité et la période suspecte, non visées.

¹¹² La nature conventionnelle de la protection justifierait-elle cette différence de traitement, ou est-ce plus prosaïquement un oubli involontaire du législateur ?

¹¹³ En son alinéa 2, la disposition rappelle simplement la possibilité de confirmation de l'acte.

¹¹⁴ J.-J. Lemouland, obs. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Réforme du droit des contrats, D. 2016, Pan., p. 1523, spéc. p. 1526 ; J. Hauser, La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille. Premiers aperçus, AJ fam. oct. 2016, p. 460 ; D. Noguéro, Les pouvoirs de la personne habilitée sur les biens du majeur protégé et les sanctions applicables, LPA 25 nov. 2016, n° 236, p. 7 ; N. Peterka, Les implications de la réforme du droit des obligations en droit des personnes protégées, AJ fam. nov. 2016, p. 533 ; H. Fulchiron et B. Balivet, Juillet 2015- Juin 2016. Réformes tout azimut ! (1^{re} partie), Droit & patrim., nov. 2016, n° 263, p. 76 ; J.-J. Lemouland, Consentement et capacité. L'influence discrète de l'utilitarisme, in *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, dir. V. Larribau-Terneyre et S. Pellé, PUPPA, 2016, p. 87 ; I. Maria, obs. Incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des personnes protégées, Dr. fam. janv. 2017, comm. n° 20.

démontrer que, cumulativement, l'acte est utile au majeur et exempt de lésion¹¹⁵. Est-ce une lésion objective ou subjective ? Ou, doit-il être établi que l'acte a profité au majeur. Qu'est-ce à dire ? Utile et profitable. Ou seulement profitable ? Donc sans lésion ? Laquelle ? On voit que le texte ne manquera pas de soulever des interrogations pour son application.

Donner un tel pouvoir au cocontractant est peut-être un encouragement à ne pas respecter les procédures instituées afin de protéger les majeurs vulnérables. C'est ce qui est critiquable. En effet, le cocontractant peut tenter le coup face au partenaire vulnérable. Si jamais il subit une action en justice, il fera systématiquement valoir que l'acte n'a pas causé de préjudice au majeur. Que peut devenir une nullité de droit qui normalement n'exige pas la preuve d'un préjudice ? Même si le fardeau de la preuve repose sur le cocontractant, qui ne voit que dans le débat judiciaire, le majeur vulnérable va devoir expliciter qu'il subit un tel préjudice ? La logique protectrice de la vulnérabilité devrait prévaloir, ici, sur la soi-disant sécurité juridique recherchée dans l'optique contractuelle.

B) L'autonomie par l'aptitude.

Depuis longtemps, mais de façon plus marquante ces dernières années, l'autonomie des personnes vulnérables est encouragée et recherchée. C'est particulièrement notable dans le domaine personnel mais le champ patrimonial n'est pas en reste pour capter le moindre zeste d'aptitude. Place est faite, selon certaines procédures plus ou moins élaborées pour la constater, à la capacité naturelle susceptible d'exister malgré la vulnérabilité et même l'incapacité officialisée. Il convient de présenter ses manifestations au travers du type d'acte (1), de l'incapacité aménagée (2) et de l'aptitude reconnue sous l'incapacité (3) dictée par la vulnérabilité.

1) Le type d'acte.

Le cas échéant, des personnes vulnérables peuvent librement accomplir un acte conservatoire (a) ou un acte courant (b), qui sont généralement de peu de gravité.

a) L'acte conservatoire.

Le mineur comme le majeur protégé, y compris en tutelle¹¹⁶, peuvent prendre l'initiative personnelle d'un acte conservatoire, comme peut le faire tout organe protecteur, sans la moindre autorisation préalable. Étant donné qu'il s'agit d'éviter une perte patrimoniale, souvent dans un contexte d'urgence, se devine l'utilité de l'acte, d'où l'activité permise. Les faits relèvent l'aptitude de la personne vulnérable.

b) L'acte courant.

Que ce soit pour le mineur¹¹⁷, ou pour les majeurs protégés, dont spécifiquement celui soumis à la mesure la plus contraignante de la tutelle¹¹⁸, le législateur prévoit une sphère d'activité minimale : les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise la personne vulnérable à agir elle-

¹¹⁵ N. Peterka, La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés, AJ contrat, mars 2018, p. 107.

¹¹⁶ C. civ., art. 504, al. 1^{er}. La lettre de la loi ne doit pas être déformée *a contrario* pour interdire un tel acte au tuteur qui en aurait eu l'idée et l'initiative. Elle rappelle simplement que le tuteur n'a nul besoin d'autorisation préalable afin de l'accomplir (« seul »).

¹¹⁷ C. civ., art. 388-1-1 ; art. 408, al. 1^{er}. La solution législative française est la reprise de la solution prétorienne. - A. Gouttenoire, La capacité usuelle du mineur, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis Dalloz 2012, p. 163.

¹¹⁸ C. civ., art. 473, al. 1^{er}.

même, seule. Sont habituellement évoqués les actes courants autorisés par la loi ou l'usage¹¹⁹, formule reprise par la réforme des contrats de 2016, à l'article 1148 du Code civil, ajoutant « *pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales* », sans autre commentaire¹²⁰.

Le renvoi à la loi conduit à une précision plus grande que celle de l'usage qui sera éminemment variable, aussi bien au sein des mineurs, entre ceux en bas âge et ceux adolescents, davantage autonomes, que par comparaison aux majeurs, catégorie qui connaîtra des différences quant à l'autonomie accordée. Pour les mineurs, l'utilisation de l'argent de poche est un exemple de la marge d'action¹²¹. L'idée est que, malgré sa vulnérabilité, la personne apte à le faire est susceptible d'agir car l'acte en question ne présente pas de danger et ne lui nuit pas. L'autonomie peut ainsi être admise. La vulnérabilité n'est alors pas sclérosante à l'excès. Pour le mineur, il est même explicitement indiqué que les actes courants sont susceptibles d'être annulés pour simple lésion¹²², limite à l'aptitude admise.

2) L'incapacité aménagée.

Elle consiste à restituer de la capacité juridique. Plusieurs directions sont à explorer tant pour le mineur que pour le majeur vulnérable.

1° L'émancipation.

L'émancipation consacre la capacité de principe, définitivement, avant même le relais de la majorité. Pour le mineur, l'émancipation par le mariage¹²³, ou décision de justice s'il a plus de seize ans révolus¹²⁴, le rend, par principe, « *capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* »¹²⁵. Sur autorisation, le mineur émancipé peut même être commerçant¹²⁶. La loi fixe néanmoins des limites pour se marier¹²⁷ ou se donner en adoption¹²⁸. Il demeure que la vulnérabilité s'évanouit face à l'aptitude vérifiée, au profit d'une capacité juridique anticipée sur l'âge normal, et certifiée par l'émancipation.

En pratique, l'émancipation est plutôt rare, sinon marginale, surtout depuis que le seuil de majorité civile a été abaissé à dix-huit ans et que l'âge du mariage a été bilatéralisé pour les filles à ce même âge¹²⁹. L'institution de l'émancipation demeure néanmoins¹³⁰.

¹¹⁹ Ou les expressions d'actes courants, ou de la vie courante, ou de capacité usuelle. - J.-C. Montanier, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, JCP 1982, I, 3076.

¹²⁰ Le juge devra préciser ce qu'il faut entendre exactement sous cette expression. Certains pourraient y voir une absence de lésion, *a priori* au sens objectif (une disproportion), peut-être mâtinée d'une touche subjective (un excès ou un désavantage au regard de la situation de la personne vulnérable), selon les espèces.

¹²¹ D. R. Martin, L'argent de poche du mineur et le droit, in *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1991, p. 51 ; G. Champenois, Rapport de synthèse, in *L'enfant, la famille et l'argent*, Paris, LGDJ, 1991, p. 195.

¹²² C. civ., art. 1149, al. 1^{er}. Sans quotité fixée. - N. Peterka, La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés, AJ contrat, mars 2018, p. 107.

¹²³ C. civ., art. 413-1. Même annulé ultérieurement.

¹²⁴ C. civ., art. 413-2. Qui est l'âge de fin de l'obligation scolaire.

¹²⁵ C. civ., art. 413-6, al. 1^{er}.

¹²⁶ C. civ., art. 413-8.

¹²⁷ Et par répercussion, le contrat de mariage, C. civ., art. 1398. La technique de l'assistance est privilégiée, ce qui préserve le choix personnel du mineur à l'initiative.

¹²⁸ C. civ., art. 413-6, al. 2.

¹²⁹ C. civ., art. 144, depuis la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*. L'idée sous-jacente est de lutter contre des mariages forcés, car l'aptitude ne doit pas occulter le besoin de protection. Avant, pour les filles, l'âge de 15 ans.

¹³⁰ I. Corpart, Le déclin de l'émancipation des mineurs, JCP N 2003, 1523.

2° Réglementations spéciales pour le mineur.

En dehors du cas du mineur émancipé, des réglementations spéciales peuvent offrir la capacité une fois franchi un seuil d'âge¹³¹, variable, auquel l'aptitude est supposée acquise dans le domaine concerné. On évoque la pré-majorité ou la pré-capacité¹³². Il peut également être tenu compte du degré de discernement de l'individu, qui augmente normalement avec l'âge se rapprochant de la majorité¹³³. Le principe d'incapacité n'est pas absolu. Il connaît des exceptions avec une tendance à leur multiplication. Lorsque la faculté d'agir est admise, le mineur doit être doué de discernement afin de comprendre la portée de son acte. Il montre ainsi son aptitude de fait malgré sa minorité, statut général pour tenir compte de sa vulnérabilité.

Le but est la reconnaissance de l'autonomie, en lien avec la maturité qui progresse différemment chez chacun et par certains paliers d'âge pour tous. La conception des rapports avec les parents, comme le rôle ou la fonction de ceux-ci, et la progression de la prise en compte des droits fondamentaux, font évoluer la perception de la place du mineur. La vulnérabilité peut être plus ou moins refoulée au profit de la reconnaissance de l'autonomie.

Avec une certaine diversité quant à la gradation au regard de l'âge, il est donc des domaines où une réglementation va accorder la capacité juridique au mineur. Le mineur est susceptible d'agir seul, ou, du moins, son rôle est reconnu dans un certain cadre, notamment avec le concours d'autres personnes. On se rapproche d'une capacité anticipée par rapport au temps qu'il reste à courir jusqu'à dix-huit ans. Le droit du travail connaît des aménagements depuis longtemps¹³⁴.

À titre d'illustration, il en va ainsi pour l'exercice d'une profession et les engagements qui en résultent¹³⁵. L'aptitude officialisée peut alors se coupler avec l'indépendance financière. Depuis la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 *relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, le mineur de seize ans révolus peut être autorisé à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle¹³⁶. Il est toutefois représenté pour les actes de disposition¹³⁷.

¹³¹ Y. Favier, J. Burel, F. Granet-Lambrechts, M. Jourdain, M. Rebourg, Seuils d'âge en droit des personnes et de la famille, AJ fam. oct. 2017, in dossier *Jeunesse et droit*, p. 512 ; D. Guérin et M. Péron, Seuils d'âge en droit des contrats et en droit des affaires, AJ fam. oct. 2017, in dossier *Jeunesse et droit*, p. 516.

¹³² F. Gisser, Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la pré-majorité, JCP 1984, I, 3142 ; J. Roque, La pré-majorité, Dr. fam. avril. 2009, chr. 20.

¹³³ La procédure et la vulnérabilité fait l'objet d'un thème spécifique des journées Capitant 2018 auquel il est renvoyé. V. C. civ., art. 388-1 ; art. 388-2 ; et leur jurisprudence.

¹³⁴ Il existe une réglementation spéciale pour le travail du mineur (jeune travailleur ou en apprentissage) dans le code dédié, sous respect notamment de l'obligation scolaire, de certaines règles pour le travail de nuit ou dans des lieux de débit de boissons. On n'entrera absolument pas dans le lourd détail. Le principe est qu'il est interdit d'employer un mineur de moins de 16 ans, sauf dérogations comme, par exemple, celle du contrat d'apprentissage dès 15 ans (C. trav., art. L. 4153-1). Des mineurs de plus de 14 ans peuvent accomplir des tâches adaptées pendant leurs vacances scolaires (C. trav., art. L. 4153-2). Le spectacle, les professions ambulantes, la mode ou la publicité ont également des règles favorables au travail du mineur plus jeune (C. trav., art. L. 7124-2).

¹³⁵ C. civ., art. 1149, al. 3. - Comp. actes interdits au représentant du mineur, même avec autorisation, dont l'exercice du commerce ou d'une profession libérale (C. civ., art. 387-2, 3°).

¹³⁶ C. civ., art. 388-1-2 ; art. 401, al. 4 et 5 ; art. 408, al. 4. - F. Julienne, Le mineur, acteur de la vie économique (à propos de la loi du 15 juin 2010), Dr. fam. 2010, Étude 31 ; B. Saintourens, Mineur et activité commerciale, la

Comme dans le travail, le domaine de l'entreprise est un secteur dans lequel le mineur pourra trouver une certaine marge d'initiative. Par comparaison, un mineur de seize ans révolus peut aussi librement constituer une association¹³⁸. « *Sous réserve d'un accord écrit préalable de leur représentant légal, ils peuvent accomplir tous les actes utiles à son administration, à l'exception des actes de disposition* ». Le fonctionnement reste encadré.

Pour un acte intime comme le testament¹³⁹, le mineur de plus de seize ans a, en règle, la faculté de disposer, mais à concurrence seulement de la moitié de ce qui est permis au majeur¹⁴⁰. La liberté reste encadrée. Hormis pour le mineur de moins de seize ans, l'incapacité justifiée par la vulnérabilité est susceptible de reculer afin de favoriser l'aptitude, sans négliger la protection¹⁴¹.

La vulnérabilité du mineur testateur de seize ans rejaillit cependant par l'interdiction qui lui est faite de disposer au profit de son tuteur¹⁴², sauf s'il s'agit de son ascendant¹⁴³. L'interdiction est même prolongée malgré la capacité acquise du mineur, devenu majeur ou émancipé, lorsqu'il dispose par donation entre vifs ou par testament, au profit de son ancien tuteur, tant que celui-ci n'a pas justifié des comptes de la tutelle¹⁴⁴. C'est comme si la vulnérabilité ne s'évanouissait que par le parfait éclairage sur la gestion passée, qui permet de peser l'éventuelle responsabilité du tuteur.

Il existe donc des tempéraments au principe de l'incapacité du mineur. Par exception, la possibilité d'action du mineur est prévue, qui correspond à une acquisition graduelle de la capacité. Un acte peut être accompli *par* le mineur ou *avec lui* qui participe, étant à l'occasion *associé* à certaines décisions le concernant¹⁴⁵, tant dans le domaine personnel que dans celui

réforme de 2010, RTD com. 2010, p. 686 ; E. Blary-Clément, Mineur entrepreneur : où est le problème ?, À propos de l'article 2 de la loi du 15 juin 2010, LPA 31 mai 2011, n° 107, p. 11. - *Adde* : A. Ballot-Léna, Le mineur commerçant, in *Réformes du droit civil et vie des affaires* (Actes du séminaire organisé par le centre de droit civil des affaires et du contentieux économique), Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2014, ss. dir. M. Bourassin et J. Revel, p. 153 ; F. Julienne, L'entrée d'un mineur dans une société civile ou commerciale, JCP N 2014, 1004 ; A.-F. Zattara-Gros, Le mineur en société après l'ordonnance du 15 octobre 2015 : danger patrimonial ou sécurité patrimoniale ? Defrénois 30 sept. 2016, n° 18, p. 938 ; M.-H. Monsérié-Bon, Le mineur, dirigeant d'entreprise : une fausse bonne idée..., in *Études offertes à Jacques Combret*, Defrénois Lextensoédition, 2017 ; J. Combret et A. Houis, Focus sur mineur et droit des sociétés, JCP N 2018, Étude 1361.

¹³⁷ Comp. le curatelaire pour une activité de commerce autorisée, mais assistée. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2018, avis n° 15015, n° 18-70.011, préc..

¹³⁸ Art. 45 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 *pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels*, créant l'art. 2 bis de la loi du 1^{er} juill. 1901 sur les associations. - Ch. Rieubernet, La nouvelle capacité associative des mineurs, Dr. fam. oct. 2012, Étude n° 16, et Protection des mineurs et capacité associative depuis la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, Dr. fam. déc. 2017, Étude 2.

¹³⁹ Sur la capacité pour les libéralités, au-delà des mineurs, C. civ., art. 902.

¹⁴⁰ C. civ., art. 904. Protection par la quotité associée au seuil d'âge.

¹⁴¹ Encore, le renvoi par C. civ., art. 903. Titre II *Des libéralités*, Chapitre IX *Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage*. C. civ. art. 1095. Aptitude reconnue mais vulnérabilité persistante conduisant à l'assistance. - Aussi, Titre V *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, Chapitre I *Dispositions générales*, C. civ., art. 1398.

¹⁴² C. civ., art. 907, al. 1^{er}.

¹⁴³ C. civ., art. 907, al. 3.

¹⁴⁴ C. civ., art. 907, al. 2.

¹⁴⁵ Comp. pour l'autorité parentale, C. civ., art. 371-1, al. 3.

patrimonial¹⁴⁶. La doctrine regrette souvent l'éclatement des solutions. C'est effectivement une réalité, déjà par les sources de l'autonomie ponctuelle du mineur : une origine jurisprudentielle, coutumière ou législative, voire déontologique¹⁴⁷. L'autonomie se développe sectoriellement, non pas dans une vision cohérente d'ensemble.

3° La modulation de capacité juridique du majeur protégé.

S'agissant du majeur protégé par une mesure judiciaire, sa capacité juridique peut être modulée à tout moment¹⁴⁸, ce qui permet de prendre en considération aptitude et inaptitude partielles. En curatelle, le curatelaire pourra faire seul des actes nécessitant habituellement l'assistance. En tutelle, le tuteur pourrait être assisté ou agir seul, plutôt que représenté. Par décision du juge, dans le respect de la sécurité juridique, est ainsi reconnue une capacité résiduelle ou partielle. L'acte passé en vertu de cette modulation de capacité juridique n'est pas pour autant purgé du côté du consentement, mais il devient difficile, en fait, de démontrer, par exemple, une insanité.

3) L'aptitude reconnue sous l'incapacité.

Sous le manteau protecteur de l'incapacité de droit, il faut veiller, à l'occasion, à rechercher s'il n'existe pas une aptitude à faire vivre, si possible. Pour le mineur, en marge de la réflexion sur la pré-majorité signalée, il est des hypothèses où l'on va s'intéresser à son consentement personnel ou à son avis. Il est vrai que c'est plus remarquable dans le domaine personnel que celui patrimonial.

Pour le majeur protégé, l'incapacité ne fait pas disparaître toute prise en considération du consentement, au-delà du seul champ de la protection de la personne¹⁴⁹. Pour l'acte unilatéral strictement personnel comme le testament, son caractère intime conduit à reconnaître, y compris en tutelle¹⁵⁰, la marge d'initiative au seul tuteur, bénéficiant d'un intervalle lucide, donc dans la limite de son insanité¹⁵¹. Il ne peut être ni assisté, ni représenté. En tutelle, il doit d'abord obtenir l'autorisation du juge des tutelles, qui ne vérifie par le contenu du testament, son opportunité, mais simplement la volonté d'en faire un et l'aptitude de fait, pour cela, selon la Cour de cassation¹⁵². Cette précaution sécurise l'acte voulue réellement par la personne vulnérable. Pour la donation effectuée par le tuteur, est privilégiée l'assistance du tuteur,

¹⁴⁶ Il faut se reporter à plusieurs textes (Titre IX *De l'autorité parentale*, Chapitre II *De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant*, art. 382 à 387-6 ; Titre X *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, Chapitre 1 *De la minorité*, art. 388 à 388-2 ; Chapitre II *De la tutelle*, art. 390 à 413 ; outre Titre XII *De la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle*, art. 496 s.), aussi hors du Code civil.

¹⁴⁷ Comme en matière médicale, pratique ensuite relayée par la loi (CSP).

¹⁴⁸ C. civ., art. 471 (curatelle) ; art. 473, al. 2 (tutelle). Déjà, avant la réforme de 2007, C. civ., anc. art. 501 ; anc. art. 511.

¹⁴⁹ C. civ., art. 458 (actes strictement personnels ; liste non limitative) ; art. 459 (acte personnel), modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (art. 9, I, 5°). Hors dispositions dans d'autres codes, C. civ., art. 459-1.

¹⁵⁰ C. civ., art. 476. Par des vagues législatives successives de libéralisation encadrée. - *Adde* : D. Noguéro, *Le testament des majeurs protégés : une liberté encadrée*, Defrénois 7 sept. 2017, n° 17, Pratique, Questions-réponses, 127t8, p. 17, *Les libéralités et les majeurs protégés*, Barreau de Paris, Commission Famille, sous-commission Majeurs vulnérables, 17 mai 2018, www.davidnoguero.com (les références citées).

¹⁵¹ Pas d'autorisation en curatelle, mais la réserve de l'insanité, C. civ., art. 470, al. 1°. Pour les autres mesures, malgré le silence des textes, le majeur protégé conserve sa capacité juridique pour élaborer son testament, sauf le risque d'insanité.

¹⁵² Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-10.340 : Bull. civ. I ; AJ fam. 2017, p. 250, obs. G. Raoul-Cormeil ; LPA 27 avr. 2017, n° 84, p. 15, note D. Noguéro ; Dr. fam. 2017, n° 109, 1^{re} esp., note I. Maria ; RJPF 2017-5/44, obs. S. Mauclair ; D. 2017, Pan., p. 1490, spéc. p. 1503, obs. J.-J. Lemouland ; RTD civ. 2017, p. 354, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2017, p. 465, obs. M. Grimaldi ; Defrénois 12 oct. 2017, n° 22, 129s1, p. 27, obs. J. Combret.

partant l'initiative du majeur protégé montrant son aptitude - comme la technique de l'assistance du curateur en curatelle¹⁵³ -, sinon, subsidiairement, la représentation¹⁵⁴ pour ne pas que l'inaptitude, exprimée par l'absence de tout intervalle lucide, paralyse toute possibilité de réaliser une libéralité.

Pour cette autonomie conditionnée, la reconnaissance de l'aptitude doit se vérifier d'un point de vue substantiel et procédural¹⁵⁵. En s'adressant au juge, le majeur vulnérable montre son aptitude et fait reculer ponctuellement l'incapacité.

On voit que la vulnérabilité est principalement protégée quant à la formation de l'acte juridique. Il n'en va pas toujours ainsi.

II. Le refoulement de la vulnérabilité pour la responsabilité civile.

La conscience et la raison permettent de maîtriser nos conduites. Une personne raisonnable régule son comportement grâce à son discernement, qui permet d'avoir conscience du bien et du mal. Sous cet aspect, y compris en dehors du droit pénal qui obéit à sa propre logique, être responsable supposerait un minimum d'aptitude, entendue largement.

En responsabilité, l'accent a longtemps été mis sur le fait générateur, partant l'auteur du dommage, donc éventuellement sa vulnérabilité. Depuis plusieurs décennies, l'œuvre, essentiellement prétorienne, est préférentiellement orientée vers la victime, afin de favoriser son indemnisation. Les dérives de la victimologie ont parfois pu être dénoncées. Le but politique peut bouleverser la cohérence du système au profit d'une solution pratique, parfois d'opportunité, voire d'équité, sans dire son nom.

Il convient de préciser que malgré l'existence de dispositions légales, le droit français est essentiellement jurisprudentiel, même si des lois multiplient les régimes spéciaux de responsabilité depuis quelques années.

Au travers du temps, le traitement de la vulnérabilité exprime les tensions et les débats sur les fondements, les fonctions ou les mécanismes de la responsabilité civile. Aujourd'hui, il nous semble que le principe est celui de la vulnérabilité occultée (A), que nous envisagerons d'abord. Il n'est pas sans nuance et laisse place au tempérament de la vulnérabilité considérée (B), examiné ensuite.

A) Le principe de la vulnérabilité occultée.

Historiquement, il n'en a pas toujours été ainsi¹⁵⁶. Depuis les années 1960, une évolution s'est dessinée tendant à occulter la vulnérabilité. Plutôt que de vulnérabilité sous-jacente, sont évoquée directement l'imputabilité, l'irresponsabilité, le discernement, l'inconscience, le

¹⁵³ C. civ., art. 470, al. 2.

¹⁵⁴ C. civ., art. 476, al. 1^{er}.

¹⁵⁵ La jurisprudence l'a décidé dès 2013 puis en 2015, tant en matière d'autorité parentale que de mariage. Le tuteur doit pouvoir assumer la procédure.

¹⁵⁶ Il convient de se reporter aux manuels et traités retraçant l'évolution de la responsabilité civile. Il en va de même pour les articles de doctrine et les commentaires de jurisprudence, très nombreux. Notamment, dernièrement, ayant inspiré le questionnaire, sur ce point, pour les journées canadiennes en 2018, M. Lacroix, Sens et non-sens de la responsabilité civile des aliénés et des *infantes*, in Chapitre 8, *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, CDPPOC, sous dir. J. Le Bourg et Ch. Quézel-Ambrunaz, 2018, p. 331.

trouble mental¹⁵⁷... Présentons le palliatif de la responsabilité du fait d'autrui (1) puis le discernement de l'auteur direct du dommage (2).

1) Le palliatif de la responsabilité du fait d'autrui.

La responsabilité du fait d'autrui peut éviter de trop s'interroger relativement à l'incidence de la vulnérabilité sur l'aptitude. Pour l'enfant, il s'agit de la responsabilité des père et mère, ou des parents, si l'on préfère, solidairement responsables. Elle était posée à l'article 1384 (ancien) du Code civil devenu l'article 1242, après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Le changement de numérotation n'altère en rien la substance de la règle, partant les solutions prétoriennees adoptées.

Dès les années 1960-1970, la jurisprudence a retenu qu'un acte objectivement illicite de l'enfant était suffisant pour retenir la responsabilité de ses parents. Le discernement du mineur devenait indifférent pour caractériser sa faute. Comme gardien de la chose, il pouvait également engager la responsabilité de ses parents, si les autres conditions étaient satisfaites.

Par une série de décisions de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984, la Cour de cassation a modifié le droit applicable. Le fameux arrêt *Fullenwarth*¹⁵⁸, surtout confirmé ultérieurement au début des années 2000¹⁵⁹, conduit à admettre qu'il suffit que le mineur ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime. Il importe peu que l'enfant n'engage pas sa responsabilité personnelle ou ne puisse être qualifié de gardien. Le simple fait causal suffit en l'état du droit positif.

Relevons néanmoins, en prospective, que dans sa version du 13 mai 2017, le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit, pour l'imputation du dommage causé à autrui, d'aligner la responsabilité des père et mère sur les autres cas de responsabilité du fait d'autrui¹⁶⁰. Le fait causal ne suffirait plus au regard de la règle harmonisée.

La responsabilité de plein droit n'est pas fondée sur une présomption de faute, de surveillance ou d'éducation, qui supporterait la preuve contraire (l'absence de faute, perdant ainsi son pouvoir d'exonération). Par le revirement de l'arrêt *Bertrand* de 1997¹⁶¹, répété fermement en 2002¹⁶², la Cour de cassation a fixé les conditions de l'exonération de la responsabilité de plein droit des père et mère. Elle retient seulement la force majeure, la cause étrangère, ou la faute

¹⁵⁷ J. E. Labbé, De la démence, au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile, Rev. crit. légis. et jurisp. 1870, p. 109 ; H. Pascaud, La responsabilité des aliénés, Rev. crit. légis. et jurisp. 1905, p. 219 ; R. Demogue, Le risque du corps humain comme cause d'irresponsabilité d'un accident d'automobile, RTD civ. 1925, p. 108, n° 14 ; P.-L. Rivière, La responsabilité civile de l'inconscient, JCP 1935, p. 1169 ; R. Roger, De la responsabilité pénale et civile de l'aliéné, Gaz. Pal. 1939, 2, doct., 9 ; R. Meurisse, De l'influence des états mentaux et de la maladie sur la responsabilité civile, D. 1959, chr., p. 13 ; Ch. Blaevoet, L'obnubilation des facultés intellectuelles et la jurisprudence, Gaz. Pal. 1966, 2, doct., 111. Après la réforme de 1968, aussi. V. toutefois, Ph. Pedrot, Vulnérabilité et responsabilité, in Mélanges en l'honneur de M.-F. Callu, LexisNexis, 2013.

¹⁵⁸ Ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16.612 : Bull. AP, n° 4.

¹⁵⁹ Civ. 2, 10 mai 2001, *Levert*, n° 99-11.287 : Bull. civ. II, n° 96 ; Ass. Plén., 13 déc. 2002, n° 00-13.787 : Bull. AP, n° 4, arrêt n° 2 ; Ass. Plén., 13 déc. 2002, n° 01-14.007 : Bull. AP, n° 3, arrêt n° 1.

¹⁶⁰ Projet de réforme de la RC, 13 mars 2017, art. 1245. De nombreuses références doctrinales en commentaires.

¹⁶¹ Civ. 2, 19 févr. 1997, n° 94-21.111 : Bull. civ. II, n° 56. - H. Lécuyer, Une responsabilité déresponsabilisante, Dr. fam. mars 1997, Repères ; F. Leduc, La responsabilité des père et mère : changement de nature, Resp. civ. et assur. 1997, chron. 9. - Aussi : G. Hilger, La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur sous l'angle de la résidence alternée, AJ fam. mai 2018, p. 278.

¹⁶² Ass. Plén., 13 déc. 2002, préc..

de la victime. Il en va ainsi même si l'assurance de responsabilité, répandue en pratique, n'est, en droit, pas obligatoire malgré des propositions doctrinales en ce sens. On devine que l'exonération totale par la force majeure, interprétée restrictivement, est plutôt difficile sinon introuvable, en fait. Il sera plus aisé de retenir, parfois, une faute de la victime, qui a un pouvoir d'exonération partielle (sauf à revêtir les caractères de la force majeure). Le parent ne peut donc s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve l'absence de faute dans la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant mineur. Ainsi, les tiers victimes sont garantis par les défaillances de comportement du mineur malgré sa vulnérabilité.

L'idée est de garantir la victime en désignant des répondants du mineur dont l'inaptitude ou le défaut de discernement n'est pas un obstacle à la mise en œuvre de cette responsabilité du fait d'autrui. L'autorité parentale des parents justifie qu'ils assument les conséquences dommageables en lien avec leur enfant sans égard pour sa vulnérabilité¹⁶³. Cette autorité disparaît avec l'émancipation¹⁶⁴. Du coup, les parents cessent d'être responsables de plein droit en leur seule qualité de père et mère.

D'autres personnes, qui peuvent exercer une surveillance ou une garde, seront responsables du mineur si leur faute est démontrée. Qu'en est-il du tuteur du mineur ? En 2000, la Cour de cassation s'est prononcée¹⁶⁵ dans le cas d'un beau-père, assuré, exerçant les fonctions de tuteur. Il a été jugé responsable du fait d'autrui, en qualité de tuteur, ayant accepté la garde du mineur adolescent (quatorze ans) et la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie. Remplissant, par substitution, la fonction des parents, souvent aussi en matière éducative, et probablement par rapprochement avec sa situation de responsable du fait d'autrui (sans parler de considérations d'opportunité, telles la couverture assurantielle ou la qualité de beau-père), le tuteur du mineur a été jugé, de façon prétorienne, dans l'espèce considérée, responsable sur le terrain de la responsabilité du fait d'autrui. Il est vrai que dans d'autres affaires (plus anciennes ; antérieures au principe général de responsabilité du fait d'autrui), le tuteur n'avait pas été jugé responsable par cette seule qualité, par assimilation aux père et mère. Les critères de la responsabilité du fait d'autrui sont ainsi mis en avant, semble-t-il, non pas seulement la stricte qualité de tuteur, même si, sous-jacente, elle a certainement pu jouer un rôle. À moins d'estimer qu'un tuteur pourrait être chargé des seuls biens du mineur et que pour le juger responsable du fait d'autrui, il faudrait qu'il soit aussi en charge de la personne de celui-ci, ce qui paraît l'analyse la plus vraisemblable. En droit positif, il faut comprendre que le tuteur du mineur qui assume sa pleine protection est responsable du fait d'autrui. Cette responsabilité semble admise par la majorité de la doctrine.

Le projet de réforme du 13 mars 2017 entérine la responsabilité de plein droit des parents exerçant l'autorité parentale comme celle des tuteurs chargés de la personne du mineur en son article 1246¹⁶⁶. C'est une solution autre qui prévaut pour l'organe protecteur du majeur

¹⁶³ Not. sur le critère de la cohabitation conçue abstraitement, Ch. Radé, La responsabilité civile du fait d'autrui, trente ans plus tard : des mutations, certes, mais..., *Resp. civ. et assur.* févr. 2019, dossier 3. - Et sa disparition, pour la référence à la seule autorité parentale, dans le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, art. 1246.

¹⁶⁴ C. civ., art. 413-7.

¹⁶⁵ Crim. 28 mars 2000, n° 99-84.075 : *Bull. crim.*, n° 140.

¹⁶⁶ « Sont responsables de plein droit du fait du mineur : -ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ; -son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ; -la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée ».

protégé. La Cour de cassation l'a décidé en 1998¹⁶⁷ pour un tuteur mais la règle transposable demeure parfaitement applicable après la réforme de 2007. L'organe protecteur n'engage pas sa responsabilité du fait d'autrui ès qualités, serait-il chargé de la protection des biens et de la personne du majeur vulnérable. Il devrait en aller ainsi à l'avenir, à suivre la prospective du projet du 13 mars 2017.

Il demeure que, sur le terrain de la responsabilité personnelle, selon les circonstances, une faute pourrait être retenue à l'encontre de l'organe protecteur. Dégagé à partir de 1991 - et précisé depuis -, dans l'affaire *Blieck* concernant un handicapé mental incendiaire¹⁶⁸, le principe général de responsabilité du fait d'autrui a aussi vocation à aussi jouer pour certaines personnes, si ses conditions habituelles sont réunies¹⁶⁹, conditions auxquelles nous renvoyons dans le présent cadre¹⁷⁰. Si les conditions en étaient remplies, une personne assumant la protection juridique pourrait également, en parallèle, engager sa responsabilité du fait d'autrui, selon les règles générales dégagées par la jurisprudence sur ce fondement. Il n'y a aucune illustration connue en jurisprudence d'un tel cas.

La seule vulnérabilité, en elle-même, ne peut toutefois expliquer la charge d'autrui et la responsabilité consécutive.

2) Le discernement de l'auteur direct du dommage.

Distinguons l'abandon progressif de l'imputabilité (a) des suites de la vulnérabilité ignorée (b).

a) L'abandon progressif de l'imputabilité.

La possibilité de considérer une personne comme responsable a longtemps été liée à l'existence de son discernement afin de caractériser le fait générateur de responsabilité. Néanmoins, ce principe pouvait être tempéré par des expédients notamment pour les majeurs : ne retenir qu'une inconscience totale ; estimer que n'était pas rapportée la preuve de l'altération des facultés au moment précis du fait dommageable ; étirer la causalité en retenant une faute antérieure à l'état d'inconscience interdisant de s'en prévaloir lors de l'action...

À l'occasion, à partir de règles opposées, on peut arriver à des résultats concrets assez proches. Malgré un corpus orienté différemment peut exister une relative permanence des solutions concrètes.

Dès 1964¹⁷¹, la jurisprudence *Trichard* a admis, au moins implicitement, que le discernement n'était pas indispensable pour la garde d'une chose, et l'exercice des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle. Une obnubilation passagère des facultés intellectuelles (démence au sens pénal ou un quelconque malaise physique), n'est pas un événement exonératoire, cause de dommage extérieure ou étrangère au gardien.

¹⁶⁷ Civ. 2., 25 févr. 1998, n° 95-20.419 : Bull. civ. II, n° 62. - A.-M. Galliou-Scanvion, L'article 1384, alinéa 1^{er}, et la responsabilité du fait d'autrui : un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur, D. 1998, chr., p. 240.

¹⁶⁸ Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231 : Bull. AP, n° 1.

¹⁶⁹ S. Hennion-Moreau, Responsabilités civile et pénale du handicapé et des personnes qui l'encadrent, RDSS 1998, p. 180.

¹⁷⁰ Projet de réforme de la RC, 13 mars 2017, art. 1247.

¹⁷¹ Civ. 2., 18 déc. 1964, n° 62-10.610 : Bull. civ. II, n° 836.

La solution est devenue certaine avec la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs*¹⁷². A été introduit dans le Code civil, l'ancien article 489-2, inchangé en substance, après la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs*. Seule la numérotation évolue avec l'actuel article 414-3 : « *Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* »¹⁷³.

Ce n'est pas un simple pouvoir modérateur du juge qui a été retenu, mais une véritable responsabilité civile de la personne agissant sous l'empire d'un trouble mental. Dès les années 1970, la Cour de cassation l'a admis en retenant que la disposition s'appliquait à toutes les responsabilités prévues aux (anciens) articles 1382 et suivants (faute ; garde de la chose ; responsabilité du fait d'autrui, notamment commettant/préposé ou parent/enfant). Aussi, conséquence pratique d'importance, le majeur aux facultés altérées pouvait bénéficier de l'assurance de responsabilité civile, même si le contrat ne visait pas l'article 489-2¹⁷⁴. La loi n'instituait aucune responsabilité nouvelle¹⁷⁵. Les polices visant les textes habituels de la responsabilité pour sa couverture (champ de la garantie) comprenaient aussi l'ancien article 489-2 même non mentionné. L'assuré privé de discernement était donc couvert par l'assurance, en même temps qu'il devenait responsable (solution protectrice). L'enjeu de la couverture assurantielle est particulièrement prégnant lorsque les règles de la responsabilité civile imposent à la personne vulnérable de supporter le poids de la réparation¹⁷⁶.

Sur le terrain de la faute, il ne suffit pas de subir un trouble mental pour qu'elle soit caractérisée. Le discernement devient indifférent mais le fait objectivement illicite, fautif

¹⁷² Ch. Blaevoet, La responsabilité des inconscients, *Gaz. Pal.* 1968, 1, doctr., 113 ; R. Savatier, Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil, *D.* 1968, chr., p. 109 ; G. Viney, Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil, *RTD civ.* 1970, p. 251 ; J.-J. Burst, La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, *JCP* 1970, I, 2307 ; Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental, *JCP* 1971, I, 2401 ; N. M. K. Gooma, La réparation du préjudice causé par les malades mentaux, *RTD civ.* 1971, p. 29 ; J. Gaudart, De la responsabilité délictuelle des majeurs incapables, *Gaz. Pal.* 1973, 1, doctr., 209 ; J. Gaudart, De la possibilité d'un recours fondé sur l'art. 1382 du Code civil à propos du dommage causé par un majeur protégé, *Gaz. Pal.* 1974, 1, doctr., 247 ; J.-F. Barbieri, Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile : l'incidence de l'article 489-2 du Code civil après une décennie, *JCP* 1982, I, 3057 ; C. Jonas, La réparation des dommages causés aux tiers par les malades mentaux : évolution et perspectives, *RDSS* 1990, p. 1 ; H. Rigot-Müller, Droit et folie : Une irresponsable responsabilité du dément en droit civil, *APD*, t. 36, *Droit et science*, 1991, p. 265 ; M. Bussani, La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en *Common Law*, *Gaz. Pal.* 1997, 1, doctr., 293.

¹⁷³ Rapport 2019 de l'ONU sur les droits des personnes handicapées, préc., p. 6, n° 19 : ce texte ne serait pas conforme à l'article 12 de la convention ! Encore, sur la suppression des soins psychiatriques sans consentement (p. 16, n° 63 s., spéc. n° 66 ; p. 22, n° 86, c) à g), spéc. e)).

¹⁷⁴ *Civ.* 2, 4 mai 1977, n° 75-14.473 : *Bull. civ.* II, n° 113 - *Civ.* 1^{er}, 17 mai 1982, n° 81-12.126 : *Bull. civ.* I, n° 177.

¹⁷⁵ *Civ.* 2, 24 juin 1987, n° 84-15.173 : *Bull. civ.* II, n° 137. - D. Noguéro, Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables, *RGDA* 2010, p. 633.

¹⁷⁶ Sur l'assurance : J. Goupil, La responsabilité des malades mentaux et l'assurance, *Gaz. Pal.* 1972, 1, doctr., 269 ; G. Viney, La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, *JCP* 1985, I, 3189 ; H. Groutel, L'assurance de responsabilité civile et les troubles mentaux (l'article L. 121-2 du Code des assurances sur les traces de l'article L. 113-1 ?), *Resp. civ. et assur.* 1992, chron. 5 ; F. Rosier, La responsabilité et l'assurance de la personne protégée, *RLDC*, juill.-août 2010, supplém. n° 73, p. 18 ; D. Noguéro, Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables, préc.. - Adde : Cl. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, coll. « Nouvelles bibliothèque des thèses », vol. 45, 2005, préf. Y. Lequette, not. n° 47 suiv., n° 184 suiv..

donc, est exigé pour la responsabilité personnelle¹⁷⁷. C'est pourquoi la couverture assurantielle ne saurait exclure la responsabilité en vertu de l'article 414-3 du Code civil.

Le gardien de la chose exerce les pouvoirs de la garde même sans discernement. Le préposé frappé d'un trouble mental est susceptible de commettre une faute engageant la responsabilité de son commettant¹⁷⁸.

Le texte a vocation à s'appliquer à un majeur protégé ou non. Pour celui sous protection juridique, il faudra veiller à souscrire une couverture assurantielle, spécialement lorsqu'il quitte son logement, auquel est fréquemment rattachée la police d'assurance responsabilité civile, pour un établissement, nouvelle résidence.

Des partisans de la faute subjective, on pu tenter de cantonner la portée du texte en jouant sur la notion de trouble mental. Il s'agit d'en adopter une conception restrictive devant exclure l'altération des facultés résultant d'un malaise d'origine physique¹⁷⁹.

Même à supposer une telle analyse pertinente - ce qui nous paraît fort douteux -, elle est assurément dépassée avec l'évolution ultérieure relative au mineur, et, notamment, la consécration de la faute dite objective au sens de débarrassée de l'imputabilité¹⁸⁰. Observons que, depuis des années, il est exceptionnel qu'une décision vise l'article 489-2 ou 414-3 du Code civil afin de décider de la responsabilité. Au contentieux de la responsabilité civile, on ne voit d'ailleurs guère de décisions s'appuyant sur ces textes. En doctrine, certains peuvent discuter le fait même qu'il s'agirait d'une responsabilité, pourtant assurable. Il nous semble que le débat est sérieusement dépassé, et assurément, depuis que toutes les personnes privées de conscience, quelle que soit la source, pathologique ou autre, peuvent engager leur responsabilité, avec la disparition de la condition d'imputabilité. La faute civile (simple, du moins) est envisagée *in abstracto*, par référence à un modèle abstrait de comportement, détachée des considérations morales et pénales, partant d'un rattachement subjectif. Du coup, la vulnérabilité ne saurait la faire disparaître.

Par parenthèse, en matière de responsabilité contractuelle, la doctrine a pu débattre sur l'application de la disposition, avec des appréciations contrastées¹⁸¹. En jurisprudence, la question s'est posée de savoir si celui qui sollicitait la nullité de l'acte juridique pour trouble mental pouvait corrélativement engager sa responsabilité de ce fait¹⁸². Il faudrait donc considérer, un peu paradoxalement selon nous, que tout à la fois, le législateur accorde une action pour mettre à néant l'acte litigieux et en retire aussitôt le bénéfice, au moins en partie, en permettant au juge d'ordonner une condamnation au versement de dommages et intérêts. Le contractant de la personne vulnérable pourrait ainsi obtenir une espèce de « compensation » et même un moyen de pression afin de dissuader le majeur d'agir en nullité.

¹⁷⁷ Civ. 2., 24 juin 1987, préc..

¹⁷⁸ Civ. 2., 3 mars 1977, n° 75-12.279 : Bull. civ. II, n° 61.

¹⁷⁹ Civ. 2., 4 févr. 1981, *Vaujany*, n° 79-11.243 : Bull. civ. II, n° 21 : malaise cardiaque, chute simplement.

¹⁸⁰ H. Mazeaud, La « faute objective » et la responsabilité sans faute, D. 1985, chr., p. 13 ; M. Carcenac, De la responsabilité sans faute à la « faute objective », RGDA 1998, p. 32.

¹⁸¹ Cl. Ophèle, Le droit à dommages-intérêts du créancier en cas d'inexécution contractuelle due à la démence du débiteur, RGDA 1997, p. 453 ; M. Daury-Fauveau, La faute de l'aliéné et le contrat, JCP 1998, I, 160 ; S. Lucas Raffalli, L'inapplicabilité de l'article 489-2 du Code civil à la défaillance du contractant affecté d'un trouble mental, LPA 29 septembre 1999, n° 194, p. 4. - D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., t. 2.

¹⁸² Comp. depuis la réforme des contrats de 2016, nullité et dommages-intérêts, C. civ., art. 1178, al. 4.

Néanmoins, il faut signaler que la Cour de cassation s'est prononcée une fois à ce sujet par une décision inédite appuyée sur l'article 489-1¹⁸³, et plus depuis. Par une appréciation critiquable, pour un cautionnement annulé, la Cour a accueilli l'action en responsabilité de la banque contre la caution insane. Elle a considéré que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la nullité du contrat n'excluait pas l'action en responsabilité contre le contractant dont la faute a été, en l'espèce, caractérisée* »¹⁸⁴. Cette jurisprudence a justement fait l'objet de la critique de la doctrine, car elle neutralise la protection due à la vulnérabilité.

Tout mineur n'est pas forcément privé de conscience. L'âge crée des différences même s'il n'y a pas un seuil légal de l'âge de raison, du discernement, qui reste apprécié souverainement, *in concreto*, généralement retenu autour de sept/huit ans. Avant la réforme des contrats de 2016, l'ancien article 1310 du Code civil énonçait que le mineur « (II) *n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit* ». Sur ce fondement, il était déduit qu'avec le discernement l'adolescent est possiblement responsable de ses actes, à l'inverse du nourrisson ou du très jeune enfant, en bas âge. Il fallait donc faire des distinctions au sein des mineurs, et identifier les personnes inconscientes, c'est-à-dire l'*infans*¹⁸⁵.

En 1976¹⁸⁶, la Cour de cassation a pu prendre appui sur l'article 489-2 du Code civil pour retenir la faute civile d'un adolescent dément. Surtout, par la série d'arrêts du 9 mai 1984¹⁸⁷, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé qu'un enfant de trois ans pouvait être gardien d'une chose, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il avait un discernement¹⁸⁸. Pareillement, la recherche du discernement devient indifférente pour caractériser la faute de l'*infans*¹⁸⁹. Aussi, en marge de la responsabilité des père et mère, le mineur peut parfaitement être jugé responsable, sa responsabilité se cumulant éventuellement avec celle du fait d'autrui¹⁹⁰.

Par ces évolutions, la conception générale de la faute est modifiée pour consacrer celle objective, et la disparition de l'imputabilité pour toutes les personnes susceptibles d'être privées de conscience, quelle que soit la source, pathologique ou autre. Plus largement, la responsabilité civile se débarrasse du discernement, si bien que la vulnérabilité est ignorée. Peu importe l'aptitude concrète du responsable recherchée.

Certains effets en résultent.

¹⁸³ Civ. 1^{er}, 28 janv. 2003, n° 00-12.498.

¹⁸⁴ Depuis, même logique, CA Reims, 16 févr. 2009, Dr. fam. nov. 2009, n° 146, note I. Maria.

¹⁸⁵ X. Blanc-Jouvan, La responsabilité de l'« infans », RTD civ. 1957, p. 28 ; F. Warembourg-Auque, Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'« infans », RTD civ. 1982, p. 329 ; A. Tunc L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, JCP 1966, I, 1983.

¹⁸⁶ Civ. 2^e, 20 juill. 1976, n° 74-10.238 : Bull. civ. II, n° 270.

¹⁸⁷ Ch. Lapoyade Deschamps, Les petits responsables (Responsabilité civile et pénale de l'enfant), D. 1988, chr., p. 299 ; R. Legeais, Le mineur et la responsabilité civile. À la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984, in *Écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 253. - Comp. pour une approche originale, M.-S. Payet, Vers la reconnaissance d'un principe d'irresponsabilité du mineur en matière délictuelle et quasi-délictuelle, LPA 20 août 2002, n° 166, p. 4 et LPA 21 août 2002, n° 167, p. 3.

¹⁸⁸ Ass. plén., 9 mai 1984, *Gabillet*, n° 80-14.994 : Bull. AP, n° 1. - R. Legeais, Un gardien sans discernement, D. 1984, chr., p. 237.

¹⁸⁹ Ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16.612 : Bull. AP, n° 4 : 7 ans - Civ. 2^e, 12 déc. 1984, n° 82-12.627 : Bull. civ. II, n° 193 - Civ. 2^e, 20 oct. 2016, n° 15-25.465 : Bull. civ. II.

¹⁹⁰ Civ. 2^e, 11 sept. 2014, n° 13-16.897 : Bull. civ. II, n° 185 - Civ. 2^e, 20 oct. 2016, préc. : anc. art. 1382 C. civ., devenu art. 1240.

b) Les suites de la vulnérabilité ignorée.

Dès 1984, la construction jurisprudentielle a conduit à généraliser l'abandon du discernement tant pour l'auteur du fait dommageable que pour la victime de celui-ci. Ainsi, une fillette de cinq ans a pu concourir par sa faute à son dommage¹⁹¹, comme un mineur de treize ans¹⁹². Il en va pareillement pour la personne atteinte d'un trouble mental, le texte actuel ne distinguant pas.

Dans le principe, la solution peut choquer, déjà symboliquement. Pensons au grand public. Relevons que malgré le délaissement du discernement pour juger du sort de la victime, les juges peuvent faire montre de bienveillance ou d'indulgence afin d'apprécier la faute de la victime susceptible d'amputer sa réparation. À l'occasion, le principe de l'indifférence à l'imputabilité est neutralisé par la négation de la faute sur le terrain du fait illicite. Soulignons encore que la limite de l'indemnisation des victimes est une préoccupation qui dépasse le seul cas des personnes sans discernement.

À la suite de critiques et suggestions doctrinales, le projet de réforme du 13 mars 2017 propose de distinguer entre auteur et victime quant au discernement. « *Sauf si elle revêt les caractères de la force majeure, la faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire* »¹⁹³ pour le responsable. La victime sans discernement serait ainsi opportunément protégée.

Sur le terrain de l'exonération de responsabilité de la personne vulnérable, il ne nous semble pas possible de réintroduire, indirectement, les causes qui ont été écartées du côté du fait générateur jugé constitué¹⁹⁴. Par exemple, le trouble mental ne pourrait être, à la fois, indifférent pour caractériser la faute, et pertinent pour établir la force majeure au profit du fautif. Il peut exister un débat doctrinal sur la question. Traditionnellement, les auteurs retiennent le caractère exonératoire de la maladie, spécialement après la prise de position de la Cour de cassation¹⁹⁵. Dans la responsabilité civile, pour garantir les tiers, la vulnérabilité devrait être traitée, selon nous (opinion isolée), comme l'attribution d'un risque à la charge de la personne qui la subit.

Il demeure que cette ligne principale d'occultation de l'inaptitude résultant de la vulnérabilité¹⁹⁶ n'est pas sans nuance.

B) Le tempérament de la vulnérabilité considérée.

¹⁹¹ Ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.481 : Bull. AP, n° 3.

¹⁹² Ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.031 : Bull. AP, n° 2.

¹⁹³ Art. 1255, amendé.

¹⁹⁴ Idée développée, D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse préc., t. 2, et La maladie du débiteur cas de force majeure, D. 2006, chr., p. 1566. - Autre analyse : Cl. Lequillier, *La santé du cocontractant*, thèse Paris Descartes, PUAM, 2015.

¹⁹⁵ Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 : Bull. AP, n° 5.

¹⁹⁶ *Adde* sur l'occultation de la vulnérabilité dans l'appréciation du préjudice subi par la victime au regard de ses prédispositions ou de son état d'inconscience (fin des divergences en 1995). Le refoulement de principe de ces données en droit positif empêchant de limiter l'indemnisation. V. P. Jourdain, *Dommages à la personne : des évolutions majeures*, Resp. civ. et assur. févr. 2019, dossier 6, spéc. n° 31 s. : victimes en état végétatif (ex. Crim. 15 janv. 2019, n° 17-86.461). Dans la continuité de la jurisprudence, projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, art. 1268 : « Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable ».

La responsabilité civile fait encore place à la prise en considération de la vulnérabilité, même de façon exceptionnelle. A déjà été évoqué le cas de la force majeure morbide.

Par exemple, certaines fautes qualifiées peuvent comprendre dans leurs éléments constitutifs, la caractérisation d'une intention. Il en va ainsi pour la faute intentionnelle ou dolosive. Comme pour la faute simple, le discernement n'est pas réintroduit, mais il faut vérifier si l'individu est dans un état de conscience lui permettant de manifester réellement une telle intention. Cette vérification s'impose y compris lorsque le majeur se trouvera sous un régime de protection juridique.

L'inaptitude à agir par une telle volonté dirigée conduit à tempérer la mise à l'écart de principe de la vulnérabilité. Si la doctrine peut raisonner en termes de fonctions de la responsabilité, les juges sont parfois imprégnés de différentes considérations bien au-delà des schémas théoriques. Ils peuvent alors retenir des solutions jugées simplement opportunes sans trop d'attention à l'esprit de système.

Par exemple, dans le droit spécial de l'indemnisation des accidents de la circulation¹⁹⁷, la victime d'une atteinte à sa personne n'est privée d'indemnisation qu'en cas de faute inexcusable, cause exclusive de l'accident. Une telle faute est entendue de façon particulièrement stricte par la jurisprudence dans le but évident de protéger les victimes, dans ce système d'assurance obligatoire. La limite est d'avoir recherché volontairement le dommage subi, ce qui recoupe, en pratique, les hypothèses de faute de la victime voulant se suicider sciemment (l'absence de discernement au moment de cet acte empêche de caractériser une telle faute).

Certaines victimes sont même super-protégées comme celles âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans¹⁹⁸, ou disposant d'un titre avec un certain taux d'incapacité ou d'invalidité - les critères sont alternatifs. Là encore, il ne s'agit pas forcément de personnes soumises à un régime de protection juridique. La faute inexcusable, au sens de la loi de 1985, en son article 3, s'entend de la faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience. Dans la prospective, le projet du 13 mars 2017 de réforme de la responsabilité civile, qui codifierait dans le Code civil certains régimes spéciaux, dont celui du fait des véhicules terrestres à moteur, conserve une telle architecture¹⁹⁹. Le dommage volontairement recherché serait toujours exclu de l'indemnisation²⁰⁰. En cas de dommage corporel, la faute de la victime serait sans incidence sur le droit à réparation, sauf en présence d'une faute inexcusable, cause exclusive de l'accident. Le sort du conducteur serait même légèrement amélioré. Demeurerait l'exception des trois catégories de victimes super-protégées, en raison de leur âge ou de leur handicap²⁰¹.

¹⁹⁷ Loi n° 85-677 du 5 juill. 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, dite loi *Badinter*.

¹⁹⁸ Comp. sur le seuil d'âge de 65 ans, cumulé avec d'autres critères, pour le bail d'habitation. Art. 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986*, modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

¹⁹⁹ Projet de réforme de la RC du 13 mars 2017, art. 1285 et s..

²⁰⁰ Projet de réforme de la RC du 13 mars 2017, art. 1286.

²⁰¹ Projet de réforme de la RC du 13 mars 2017, art. 1287. Une rédaction identique au droit positif actuellement en vigueur.

Après une décision de 1989 concernant une personne sous curatelle avec un handicap mental²⁰² à la portée incertaine, la Cour de cassation est venue clairement préciser en 2017²⁰³, l'incidence du défaut de discernement. La victime « *dans un état de confusion mentale ou, à tout le moins, d'absence momentanée de discernement au moment de l'accident* » ne peut commettre une faute inexcusable. Son inaptitude la protège ici d'une privation d'indemnité.

Conclusion.

Au bilan, la vulnérabilité qui est susceptible d'entraîner une inaptitude, mais pas toujours, est donc plutôt pesée lors de la formation de l'acte juridique et occultée dans le champ de la responsabilité, avec des nuances.

²⁰² Civ. 2., 7 juin 1989, n° 88-10.379 : Bull. civ. II, n° 120 : sans atteindre le taux d'invalidité fixée par la loi.

²⁰³ Civ. 2., 2 mars 2017, n° 16-11.986 : Bull. civ. II ; D. 2017, p. 800, note D. Noguéro ; Gaz. Pal. 2 mai 2017, n° 17, p. 20, note D. Mazeaud ; LPA 2 juin 2017, n° 110, p. 11, note B. de Bertier-Lestrade ; Resp. civ. et assur. juin 2017, n° 164 ; LPA 18 juill. 2017, n° 142, p. 15, note A.-L. Fabas Serlooten ; Gaz. Pal. 17 oct. 2017, n° 35, p. 67, note M. Ehrenfeld.